

# ESTUDOS EM HOMENAGEM A ADA PELLEGRINI GRINOVER E JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Adrian Simons  
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes  
Alvaro Pérez Ragone  
Paulo Henrique dos Santos Lucon

Coordenadores





Copyright© 2020 by ATirant Lo Blanch

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

#### CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**

*Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México*

**JUAREZ TAVARES**

*Catedrático de Direito Penal da Universidade do Rio de Janeiro - Brasil*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**

*Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha*

**OWEN M. FISS**

*Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**

*Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha*

E85 Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira [livro eletrônico]  
Organizadores Adrian Simons, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Alvaro Pérez Ragoné, Paulo Henrique dos Santos Lucon. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2020.  
8Mb ; ebook

ISBN: 978-85-9477-430-9

1. Miscelâneas. 2. Homenagem. I. Título.

CDU: 082.2

*É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.*

*A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).*

*Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.*



**Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.**

Avenida Brigadeiro Luiz Antonio nº2909, sala 44.

Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP CEP 01401-000

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com

www.tirant.com/br

Coordenadores  
Adrian Simons  
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes  
Alvaro Pérez Ragone  
Paulo Henrique dos Santos Lucon

**ESTUDOS EM  
HOMENAGEM A ADA  
PELLEGRINI GRINOVER E  
JOSÉ CARLOS BARBOSA  
MOREIRA**



São Paulo  
2020

## PROF<sup>A</sup>. ADA PELLEGRINI GRINOVER

Ada nasceu em 16 de abril de 1933 em Nápoles, de uma família de eminentes magistrados. Seu pai, Domenico Pellegrini Giampietro, intelectual e jurista, era professor de Direito Constitucional italiano e comparado, além de Teoria Geral do Estado, na Faculdade de Direito da Universidade de Nápoles. Regia também Direito Público Comparado na Faculdade de Ciências Políticas da Universidade de Roma.

Com a situação política delicada na Itália do pós-guerra, Ada veio com a família para o Brasil em 1951, tendo concluído o então curso clássico no Colégio Dante Alighieri. Já em 1953, ingressou em terceiro lugar como aluna na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, onde construiria sua emérita carreira como processualista. Foi uma das melhores alunas de sua turma, tendo em 1956 conquistado o Prêmio Basileu Garcia como melhor estudante de Direito Penal. Em 1966 obteve sua especialização em Direito Processual Civil, com a tese “A jurisprudência como interpretação”, tendo concluído o curso com média dez. Em 1970 concluiu seu doutorado pela casa, com a tese “Ação declaratória incidental”, tendo sido a primeira doutora formal da faculdade. No ano de 1973 obteve a livre-docência em direito processual civil com o estudo “Garantia constitucional do direito de ação e sua relevância no processo civil” e sete anos depois, em 1980, tornou-se Professora Titular do Departamento de Direito Processual, com a tese “Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas”. Referido estudo está publicado na obra “Provas ilícitas, interceptações e escutas”, Brasília, Gazeta jurídica, 2013. De 1984 a 1988, foi chefe do departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Em 1998 recebeu o título de doutora Honoris Causa pela Universidade de Milão.

Ada participou da elaboração da Constituição Federal de 1988, do Código Civil brasileiro de 2002, do Código de Defesa do Consumidor e do Código de Processo Civil de 2015, bem como do Projeto do Código de Processo Penal. Foi ainda coautora da Lei de Interceptações Telefônicas, da Lei de Ação Civil Pública e da Lei do Mandado de Segurança. Apresentamos juntamente com Kazuo Watanabe o Projeto de Lei n. 8.058/2014, que trata do controle judicial de políticas públicas.

Em 1993 tornou-se Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e mais tarde, sua Presidente honorária, sempre participando ativamente do dia a dia do IBDP, com comentários a inúmeras decisões que podem ser vistas no endereço eletrônico do instituto ([www.direitoprocessual.org.br](http://www.direitoprocessual.org.br)). Foi Vice-Presidente do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (de 2010 a 2012) e recebeu o título de Vice-Presidente honorária da International Association of Procedural Law (2011). Atuou ainda como Vice-Presidente da OAB-SP (de 1998 a 2000) e foi fundadora e diretora da Escola Superior de Advocacia (de 2004 a 2005).

Sua vida rendeu vasta produção acadêmica, que além de ser referência obrigatória a todos os estudiosos do direito e do processo, faz seu legado permanecer eternamente. Ada dedicou sua atenção em especial ao Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito Público e Constitucional. Destacam-se as obras “Teoria Geral do Processo” (1974), em coautoria com Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Carlos de Araujo Cintra, que superou sua trigésima edição (São Paulo, 32<sup>a</sup> ed., Malheiros editores, 2016), “Provas ilícitas, interceptações e escutas” (Brasília, Gazeta jurídica, 2013), e sua mais recente obra, na qual revisou e revisitou muitos dos conceitos ligados à teoria geral do processo, “Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo” (Brasília, Gazeta Jurídica, 2016). Sua produção científica pode ser conferida no seguinte endereço eletrônico: <http://lattes.cnpq.br/6701924464437308>

Por toda sua contribuição ao universo do Direito, em especial do Direito Processual, Ada foi condecorada com diversos prêmios e títulos, dos quais podem ser citados: “Prêmio Woman of the year for Brazil do American Biographical Institute” (1988); “Homenagem especial do Instituto de Direito James Tubenchiack” (2006); “Prêmio Presenza Italiana Nel Mondo” pelo Governo Italiano (2006); “Comenda de ‘Ufficiale Gran Cavaliere’” (2006); “Prêmio da Fundação Redenti” (2007); homenagem da USP por ter defendido a primeira tese oficial de

doutorado na Faculdade de Direito (2008); “Reconocimiento por su Aporte a la Disciplina Procesal, Asociación Argentina de Derecho Procesal” (2009); “Prêmio Spencer Vampré, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo” (2010); “Por Inestimáveis Contributos Científicos, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília-DF” (2011); “Reconocimiento a su destacata trayectoria internacional en la enseñanza e la teoría general del proceso, Poder Judicial de la Federación. Instituto de la Judicatura Federal - Escuela Judicial” na Argentina (2011); Agradecimento pela visita na Jornada Control Jurisdiccional de Políticas Públicas em Brasil y Argentina, Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba-A (2013); Medalha do Mérito Acadêmico-Cultural, Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2013); “Homenagem por sua história, exemplo e papel de destaque em nossa luta pela valorização da mulher no universo jurídico e na sociedade, ASAS - Associação das Advogadas, Estagiárias e Acadêmicas de Direito do Estado de São Paulo” (2014); “Homenagem pelo valioso apoio à consolidação do Convênio Acadêmico entre a Universidade de São Paulo e a Universidade de Keio e ao fortalecimento entre Brasil e Japão na área jurídica, Faculdade de Direito da USP. Instituto de Direito Comparado Brasil-Japão” (2014); dentre muitos outros.

No campo da literatura, ocupava a cadeira n. 9 da Academia Paulista de Letras, tendo editado a obra “A menina e a guerra”, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1998, com a qual recebeu o Prêmio 2000 “Alejandro J. Cabassa” da “União Brasileira de Escritores”, e o Primeiro Prêmio (narrativa) do “Concurso Internazionale Letterario Tito Casini 2001”, na Itália.

Vê-se que seu reconhecimento não se limitou ao território nacional, mas atingiu todo o mundo. Ada formou uma verdadeira escola, com gerações de alunos brasileiros, latino-americanos e europeus, que está refletida nas dezenas de atribuições a ela garantidas e no valioso volume em sua homenagem, “Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover”, São Paulo, DPJ, 2005.

Particularmente na Itália era reconhecida como a maior jurista brasileira de todos os tempos. Não somente os títulos e honrarias recebidos em nome do governo italiano ilustram isso, mas principalmente os inúmeros laços de proximidade e amizade que ela estabeleceu. Em especial na Universidade de Milão, onde esteve presente recorrentemente, na condição de aluna, doutora e palestrante.

Na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), mesmo aposentada, continuava a lecionar como Professora Sênior nos Cursos de Pós-Graduação, em disciplinas voltadas para o processo penal e civil. Em relação ao processo coletivo, voltava suas recentes preocupações para o processo estrutural, em especial para o processo de interesse público e voltado para o controle judicial de políticas públicas. Chegou a participar da elaboração do programa da matéria de pós-graduação que ministraríamos em conjunto, no semestre de 2017 (“o controle jurisdiccional de políticas públicas e o processo para conflitos de interesse público”).

No Curso de Graduação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), no primeiro semestre de 2017, com 84 anos de idade, fez questão de comigo participar de aulas para expor sua nova visão sobre a teoria geral do processo, expressa em seu último livro “Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo”.

Faleceu em 13 de julho de 2017, trabalhando ativamente até os últimos instantes de vida.

Além de sua contribuição inestimável à ciência do Direito, Ada será sempre lembrada pelos amigos pela generosidade, disposição, dedicação, idealismo, e perseverança, bem como por sua extraordinária capacidade de trabalho. Mulher que, pela excelência de sua obra e pelo vigor com que trabalhou até seu último dia, conquistou seu lugar na história como uma das personagens mais ilustres e respeitáveis: é a primeira professora a ter seu nome em uma das salas do prédio histórico da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, as Arcadas, no Largo de São Francisco, com a reforma empreendida pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, instituto esse que tanto amava e se dedicava plenamente.

**Paulo Henrique dos Santos Lucon**

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual  
Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## PROFESSOR, DESEMBARGADOR E JURISTA

**José Carlos Barbosa Moreira**

O Professor, Desembargador e Jurista José Carlos Barbosa Moreira faleceu no dia 26 de agosto de 2017, no Rio de Janeiro.

Considerado um dos maiores expoentes do Direito Processual brasileiro de todos os tempos, um dos maiores juristas brasileiros da história e referência internacional no âmbito processual, José Carlos Barbosa Moreira nasceu na cidade do Rio de Janeiro, no dia 17 de setembro de 1931. Filho dos professores Antonio de Sousa Moreira e Zenaide Barbosa Moreira, foi aluno da Escola Francisco Cabrita e do Colégio Militar.

Realizou, nos anos de 1950 a 1954, o curso de direito na Faculdade Nacional de Direito, da antiga Universidade do Brasil, atual Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Na mesma instituição, no período entre 1959 e 1961, cursou o doutorado, em Direito Penal, e obteve a sua primeira livre-docência, defendida em 1967. Na então Universidade do Estado da Guanabara (hoje Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ), no ano de 1968, conquistou o seu segundo título de livre-docente, defendendo a tese intitulada “O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis”.

Casou-se em 1959 com Gilka, com quem teve quatro filhos: Luís Eduardo, Carlos Roberto, José Henrique e Mário Celso.

Foi aprovado e classificado, em primeiro lugar, no concurso público para o cargo de Procurador do Estado do Rio de Janeiro, que exerceu no período entre 1963 e 1978. Em seguida, foi nomeado, pelo quinto constitucional, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde permaneceu em atividade até o ano de 1992. Os seus pareceres e votos destacam-se pela escrita elegante, clara e objetiva, bem como pelo raciocínio lógico e profundo.

Foi um exímio professor em todos os níveis, tendo ministrado aulas nos cursos primário, secundário, superior e de pós-graduação. Lecionou, dentre outras, no ensino primário e secundário, as disciplinas de português e matemática. No magistério superior, ministrou, inicialmente, a disciplina Direito Judiciário Penal, na Faculdade Nacional de Direito. Em 1976, desenvolveu estudos com o Professor Mauro Cappelletti, na Universidade de Florença. No ano de 1979, tornou-se Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), exercendo a Cátedra das disciplinas Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil até o ano de 1996, quando se aposentou.

Foi também professor visitante nas Universidades de Bolonha (em 1993) e Lisboa (em 1996).

Autor de inúmeras obras jurídicas, dentre livros e artigos publicados em periódicos. Dentre os seus trabalhos publicados, destacam-se verdadeiros clássicos da literatura processual brasileira: “O Novo Processo Civil Brasileiro”, “Comentários ao Código de Processo Civil” e “Temas de Direito Processual Civil” (em nove volumes). Além de suas obras, o autor é frequentemente citado pela doutrina e por inúmeras decisões.

Foi Secretário, Tesoureiro e Presidente do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, recebeu o título de Vice-Presidente Honorário da International Association of Procedural Law, em 1995, e tornou-se membro honorário da Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, em 1993.

Barbosa Moreira foi, ainda, membro de diversas entidades jurídicas internacionais, tais como: Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht (Associação Científica de Direito Processual Internacional), desde 1980; o Instituto Comparado Luso-Brasileiro, desde 1982; a International Association

of Procedural Law, desde 1984; Association Internationale de Méthodologie Juridique, desde 1986. E, em 1992, tornou-se membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Além disso, participou ativamente na elaboração de leis processuais, em congressos no Brasil e no exterior, bem como nas Jornadas de Direito Processual promovidas de dois em dois anos pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, do qual o grande mestre foi diretor, membro do Conselho Consultivo e, por fim, membro honorário.

Não só pelo notório saber jurídico, Barbosa Moreira é lembrado por sua dedicação em toda a sua carreira profissional. É tido como um dos melhores (senão o melhor) dentre os procuradores, magistrados e professores de Direito Processual que o Estado do Rio de Janeiro teve e lembrado com carinho e afeto por suas gerações de alunos, a quem ele tanto se devotou. Prova disso é que ainda figura na sala dos professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro placa que lhe foi concedida quando de sua aposentadoria pelos alunos e alunas das turmas de 1972/1974/1976/1978/1980/1983/1986/1989/1992 e 1996. Suas palavras ainda hoje ressoam, no momento de sua eterna aposentadoria: “*Nossa gratidão ao Professor José Carlos, na ocasião de sua aposentadoria, pela sua devoção ao magistério, pelos ensinamentos que ministrou, pelo carinho e o respeito sempre demonstrados, pelos caminhos que apontou, pela simplicidade e pela grandeza, exemplo para as novas gerações*”.

Foi uma enorme perda para toda a comunidade jurídica brasileira, especialmente para nós, seus eternos alunos e discípulos.

Manifestamos a nossa solidariedade aos seus familiares, alunos e amigos, espalhados pelo mundo. Descanse em paz Professor José Carlos Barbosa Moreira e muitíssimo obrigado por seus preciosos ensinamentos jurídicos, de ética e de vida.

Esta coletânea, reunindo expoentes juristas de variados países, é somente uma pequena, mas importante, homenagem prestada ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.

### **Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**

Professor Titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Professor Titular de Direito Processual no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (Unesa)

Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2)

Diretor do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP)

Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)

Membro da *International Association of Procedural Law* (IAPL)

Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ)

Professor Visitante da Mercer University (Georgia, Estados Unidos da América)

# SUMÁRIO

<b>IL CONTROLLO DELLA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA NEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE ITALIANO DAL 1865 AD OGGI</b> .....	7
Achille Saletti	
<b>LA PRUEBA CIENTIFICA</b> .....	20
Adrián Simons Pino	
<b>A INFLUÊNCIA NORTE-AMERICANA NOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS LATINOS</b> .....	41
Afranio Silva Jardim	
<b>NOVA TEORIA GERAL DO PROCESSO OU NOVA TEORIA DO PROCESSO CIVIL? O ÚLTIMO EXCELENTE LIVRO DA PROFESSORA ADA PELLEGRINI GRINOVER</b> .....	46
Afranio Silva Jardim	
<b>‘TOWARDS EUROPEAN RULES OF CIVIL PROCEDURE: RETHINKING PROCEDURAL OBLIGATIONS’</b> ..	49
Alan Uzelac	
<b>CHIAREZZA E SINTESI TRA MITO E REALTÀ</b> .....	63
Alberto Tedoldi	
<b>LA ÉTICA DE LOS ABOGADOS Y LOS BESTIARIOS MEDIEVALES</b> .....	79
Alejandro Romero Seguel	
<b>JURISPRUDÊNCIA E PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: ESTUDOS EM HOMENAGEM A JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA E ADA PELLEGRINI GRINOVER</b> .....	85
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes	
<b>LA REVALORIZACIÓN DE LA EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA JUSTICIA CIVIL A LA LUZ DEL GERENCIAMIENTO DEL PROCESO</b> .....	104
Álvaro Pérez Ragone	
<b>DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: OS DESAFIOS DA COLABORAÇÃO E DA INFORMAÇÃO</b> .....	124
Ana Paula de Barcellos	
<b>LE AZIONI DI CLASSE DEI CONSUMATORI DALLE ESPERIENZE STATUNITENSI AGLI SVILUPPI EUROPEI ()</b> .....	137
Andrea Giussani	
<b>MEDIA-CONCILIAZIONE E NEGOZIAZIONE ASSISTITA: LIMITI O INCENTIVI ALLA DEFLAZIONE DEL CONTENZIOSO CIVILE?</b> .....	147
Andrea Graziosi	
<b>ALLE ORIGINI DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO: IL BROCARDO <i>IUDEX SECUNDUM ALLEGATA E PROBATA (PARTIUM) IUDICARE DEBET</i></b> .....	161
Andrea Panzarola	
<b>NOTE MINIME SULLA GIUSTIZIA SECONDO DIO (SECONDO I VANGELI) E SULLA GIUSTIZIA SECONDO GLI UOMINI (ALLA LUCE DELLA COSTITUZIONE)</b> .....	175
Andrea Proto Pisani	
<b>LEALTÀ E CONFLITTO DI INTERESSI NELLA PROSPETTIVA DELLE DINAMICHE PROCESSUALI</b> .....	179
Angelo Dondi	
<b>NOTE SU INTERESSE AD AGIRE E “FRAZIONAMENTO DEI CREDITI” NEI RAPPORTI DI DURATA</b> .....	189
Antonino Barletta	
<b>PROCESSO CIVILE E SOZIALFUNKTION</b> .....	197
Antonio Carratta	



<b>EXTENSÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA ÀS QUESTÕES PREJUDICIAIS: NOVAS TENDÊNCIAS EM PERSPECTIVA COMPARADA.....</b>	<b>226</b>
Antonio do Passo Cabral	
<b>LE PROSPETTIVE DI RIFORMA DELL’AZIONE DI CLASSE ITALIANA: UNA NUOVA ROTTA DA TRACCIARE FRA L’ATTRAZIONE PER L’ESPERIENZA STATUNITENSE E LA VIA “BRASILIANA” SUGGERITA DAL LEGISLATORE EUROPEO .....</b>	<b>244</b>
Beatrice Zuffi	
<b>SULLA CITAZIONE DEI «PRECEDENTI» NEGLI SCRITTI FORENSI ITALIANI .....</b>	<b>257</b>
Bruno Cavallone	
<b>HOW TO HARMONIZE CIVIL PROCEDURAL LAW? A EUROPEAN PERSPECTIVE .....</b>	<b>260</b>
C.H. van Rhee	
<b>CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A FUNÇÃO E O OBJETO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE – JUDICIAL REVIEW – NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DO PENSAMENTO DE ADA PELLEGRINI GRINOVER .....</b>	<b>267</b>
Camilo Zufelato	
<b>EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS EMITIDAS POR EL PODER JUDICIAL FEDERAL EN RELACIÓN A LOS LAUDOS ARBITRALES RESUELTOS POR LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO .....</b>	<b>278</b>
Carina Gómez Fröde	
<b>PARA MIS QUERIDOS PROFESORES ADA PELLEGRINI GRINOVER Y JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA.....</b>	<b>278</b>
<b>NOTE MINIME SULLA “CRISI” DELLA MOTIVAZIONE NEL SISTEMA PROCESSUALE CIVILE ITALIANO ..</b>	<b>289</b>
Carlo Rasia	
<b>A INSTRUMENTALIDADE METODOLÓGICA DO PROCESSO .....</b>	<b>297</b>
Carlos Alberto de Salles	
<b>LA CONCEPCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA DOCTRINA (CIVIL Y PROCESAL) CHILENA DOMINANTE DURANTE EL SIGLO XX .....</b>	<b>309</b>
Carlos del Río Ferretti	
<b>NOVAS PERSPECTIVAS EM TERMOS DE SOLUÇÕES CONSENSUAIS.....</b>	<b>327</b>
Carlos Roberto Siqueira Castro	
<b>NOTAS SOBRE A BOA-FÉ NO PROCESSO INTERNACIONAL .....</b>	<b>345</b>
Carmen Tiburcio	
Antonio Augusto Tiburcio	
<b>LA NATURA DELL’ARBITRATO E LA CONTRAPPOSIZIONE DI UN ARBITRATO LIBERO ALL’ARBITRATO RITUALE.....</b>	<b>358</b>
Carmine Punzi	
<b>L’ORDINE DI ESIBIZIONE DELL’ART. 210 C.P.C. E LA «DIVULGAZIONE DELLE PROVE» DELL’ART. 5 DIR. UE N. 104 DEL 2014: CONTAMINAZIONI POSSIBILI E AUSPICABILI DAL DIRITTO UE .....</b>	<b>366</b>
Caterina Silvestri	
<b>JUDICIAL INDEPENDENCE AND JUDICIAL HUBRIS .....</b>	<b>378</b>
Christoph A. Kern	
<b>RIFLESSIONI SULLA NOZIONE DI “MERITO” NEL PROCESSO CIVILE E AMMINISTRATIVO ITALIANI</b>	<b>388</b>
Cristina Asprella	
<b>L’INTERESSE COME OGGETTO DI TUTELA NEI PROCEDIMENTI IN CAMERA DI CONSIGLIO .....</b>	<b>394</b>
Davide Turroni	

<b>BASE PRINCIPIOLÓGICA DO PROCESSO COLETIVO .....</b>	<b>410</b>
Édis Milaré	
<b>LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL: EL DESAFÍO DE ABREVIAR Y DETALLAR AL MISMO TIEMPO .....</b>	<b>420</b>
Eduardo Oteiza	
<b>L'INCIDENZA DELLE PRONUNCE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SULLA PORTATA DELLE PRONUNCE ITALIANE IN PUNTO DI GIURISDIZIONE. I CASI INTEREDIL E GOTHAER .....</b>	<b>428</b>
Elena D'Alessandro	
<b>CLASS ACTION: REPRESENTATION OR SUBSTITUTION? THE ELI-UNIDROIT PROJECT EXAMPLE ...</b>	<b>437</b>
Emmanuel Jeuland	
<b>ARBITRATO RITUALE E IRRITUALE: UNA DICOTOMIA PECULIARE ALL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO.....</b>	<b>443</b>
Enrico Righetti	
<b>LAS INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS EN EL PROCESO PENAL CHILENO .....</b>	<b>452</b>
Enrique Letelier Loyola	
<b>EL ÁMBITO DE LOS PROCESOS COLECTIVOS .....</b>	<b>466</b>
Enrique M. Falcón	
<b>NORME PROCESSUALI NELLE GIURISDIZIONI STATALI TRA PRASSI, REGOLE E PRINCIPI NEL MONDO OCCIDENTALE .....</b>	<b>475</b>
Fabio Santangeli	
<b>INTRODUZIONE .....</b>	<b>475</b>
<b>L'EFFICACIA ESECUTIVA (AUTOMATICA) DELLE DECISIONI CIVILI NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO .....</b>	<b>503</b>
Fabrizio Giuseppe del Rosso	
<b>OSSERVAZIONI SPARSE SU PROBLEMI E TECNICHE DI REDAZIONE DELLE IMPUGNAZIONI CIVILI ..</b>	<b>519</b>
Federico Carpi	
<b>CONTRA LA CONCILIACIÓN INTRAPROCESAL EN EL PROCESO CIVIL: REFLEXIONES Y PROPUESTAS DE CAMBIO .....</b>	<b>526</b>
Felipe Gorigoitía Abbott	
Claudio Meneses Pacheco	
<b>PROCEDIMENTOS, DÉFICIT PROCEDIMENTAL E CONDUÇÃO ATIVA DOS PROCEDIMENTOS CIVIS PELO JUIZ NO BRASIL .....</b>	<b>540</b>
Fernando da Fonseca Gajardoni	
<b>ACCESS TO INFORMATION AND EVIDENCE IN THE ELI/UNIDROIT EUROPEAN RULES ON CIVIL PROCEDURE: SOME FUNDAMENTAL ASPECTS .....</b>	<b>550</b>
Fernando Gascón Inchausti	
Michael Stürner	
<b>NULLITIES AND THE EFFECTS OF DEFECTIVE PROCEDURAL ACTS IN EUROPEAN LAW () .....</b>	<b>569</b>
Ferruccio Auletta	
<b>IL SUPERAMENTO DELLA LOGICA AUTORITATIVA FILIPPO DANОВI DEL PROCESSO E L'ESPANSIONE DEGLI ADR.....</b>	<b>576</b>
Filippo Danovi	
<b>MEDIAÇÃO NOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS: NOVOS REFORÇOS NA BATALHA PELA PACIFICAÇÃO.....</b>	<b>588</b>
Flávia Pereira Hill	
<b>SENTENÇA ARBITRAL E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FASE DE</b>	

<b>CUMPRIMENTO DE SENTENÇA</b> .....	<b>600</b>
Flávio Luiz Yarshell	
<b>UN NUEVO PROCESO PARA CONFLICTOS DE INTERÉS PÚBLICO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA</b> ...	<b>605</b>
Francisco Verbic	
<b>SULLA FUNZIONE NOMOFILATTICA DELLE PRONUNCE NELL'INTERESSE DELLA LEGGE EX ART. 363 C.P.C.</b> .....	<b>621</b>
Giorgetta Basilico	
<b>ACTE AUTHENTIQUE FRANÇAISE E ATTO PUBBLICO ITALIANO COME PROVE DOCUMENTALI: ANALOGIE E DIFFERENZE ANCHE ALLA LUCE DELLA RIFORMA DEL CODE CIVIL DEL 2016</b> .....	<b>629</b>
Giulia Di Fazio	
<b>A SUMMA DIVISIO CONSTITUCIONALIZADA NO BRASIL DIREITO COLETIVO E DIREITO INDIVIDUAL E SUA IMPORTÂNCIA PARA O APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA DE TUTELA COLETIVA</b> ..	<b>641</b>
Gregório Assagra de Almeida	
<b>RIFLESSIONI SUL GIUDIZIO DI RINVIO AI SOLI EFFETTI CIVILI EX ART. 622 C.P.P.</b> .....	<b>656</b>
Guido Canale	
<b>LAS FACULTADES JUDICIALES DE DIRECCIÓN MATERIAL DE LOS PROCESOS CIVILES EN LA LEGISLACIÓN Y EXPERIENCIA ESPAÑOLAS.</b> .....	<b>664</b>
Guillermo Ormazabal Sánchez	
<b>EL APROVECHAMIENTO DE PRUEBAS OBTENIDAS ILÍCITAMENTE EN EL PROCESO CIVIL</b> .....	<b>682</b>
Hanns Prütting	
<b>OS CASOS REPETITIVOS NOS BRASIL: NOTAS SOBRE A AGREGAÇÃO DE LITÍGIOS, O PROCESSO COLETIVO E OS PRECEDENTES VINCULANTES NO CPC/2015.</b> .....	<b>685</b>
Hermes Zaneti Jr.	
<b>ACORDOS EM LITÍGIOS COLETIVOS: LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONSENSO EM DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS APÓS O ADVENTO DO CPC/2015 E DA LEI DE MEDIAÇÃO</b> .....	<b>697</b>
Humberto Dalla Bernardina de Pinho	
<b>QUALI NUOVE PROSPETTIVE DI RIFORMA PER L'ARBITRATO AMMINISTRATO DALLA CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI IN ITALIA?</b> .....	<b>713</b>
Ilaria Lombardini	
<b>IDEOLOGÍA Y PROCESO ... IN MEDIO VIRTUS.</b> .....	<b>727</b>
Joan Picó i Junoy	
<b>EL CAMBIO DE PARADIGMAS EN MATERIA PROCESAL CIVIL</b> .....	<b>741</b>
Jorge W. Peyrano	
<b>REFLEXIONES SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DEL FUTURO PROCESO.</b> .....	<b>745</b>
José Bonet Navarro	
<b>SOBRE O CONCEITO DE ATO PROCESSUAL</b> .....	<b>749</b>
José Lebre de Freitas	
<b>CONFLICTOS COLECTIVOS Y PROCESO</b> .....	<b>757</b>
José María Salgado	
<b>RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA COM GERENCIAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES</b> .....	<b>767</b>
Kazuo Watanabe	
<b>SULLA NATURA DELLA REVOCAZIONE PER ERRORE DI FATTO DELLE PRONUNCE DELLA CASSAZIONE.</b> .....	<b>771</b>
Laura Salvaneschi	

<b>ANÁLISIS CRÍTICO DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE PROCESOS COLECTIVOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2018)</b> .....	781
Leandro J. Giannini	
<b>LA JUSTICE A TRAVERS LE CONTRAT</b> .....	790
Loïc Cadiet	
<b>LOS FUNDAMENTOS DEL PROCESO PENAL DEL MENOR</b> .....	798
Lorenzo M. Bujosa Vadell	
<b>RIFLESSIONI SU <i>RULE OF LAW</i> E «PRECEDENTE» GIUDIZIALE</b> .....	812
Luigi Paolo Comoglio	
<b>COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO EM FAVOR DE TERCEIROS E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS</b> ....	830
Luiz Guilherme Marinoni	
<b>LA LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS Y LA EXIGENCIA DE REPRESENTATIVIDAD ADECUADA</b> .....	842
Maite Aguirrezabal Grünstein	
<b>IMPUGNACIÓN DE LA COSA JUZGADA “INTERNA” PARA DAR CUMPLIMIENTO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA. LA REFORMA DE 2015</b> .....	854
Manuel Ortells Ramos	
<b>DÉCÉS DE DEUX GÉANTS BRÉSILIENS DE LA PROCÉDURE CIVILE</b> .....	872
Marcel Storme	
<b><i>SULL'APPELLO INCIDENTALE DEL SOCCOMBENTE VIRTUALE SU QUESTIONI</i></b> .....	874
Marcella Negri	
<b>CULTURA DEL PROCESSO E OBBLIGO DI VERITÀ DELLE PARTI</b> .....	885
Marco Gradi	
<b>LE OPPOSIZIONI DI MERITO E DI RITO DEL DEBITORE NEL DIRITTO ITALIANO E NEL DIRITTO BRASILIANO*</b> .....	894
Massimo Cirulli	
<b>UNA LINEA SOTTILE TRA LIBERTÀ E IMPOSIZIONE: LA MEDIAZIONE IN MATERIA CIVILE E COMMERCIALE IN ITALIA</b> .....	910
Michele Angelo Lupoi	
<b>A INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO ATRAVÉS DA CITAÇÃO DO RÉU: UM <i>GEDANKENSPIEL</i> PROCESSUAL</b> .....	924
Miguel Teixeira de Sousa	
<b>CORNERSTONES OF CIVIL JUSTICE</b> .....	934
Neil Andrews	
<b>COSTITUZIONE E PROCESSO CIVILE: DALL'ACCESSO AL GIUDICE ALL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE</b> .....	941
Nicolò Trocker	
<b>L'EVOLUZIONE DEL <i>COLLABORATIVE LAW</i> IN ITALIA: LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN MATERIA FAMILIARE</b> .....	957
Olga Desiato	
<b>A TEORIA DA AÇÃO DE CLASSE (<i>Class Action</i>)</b> .....	979
Owen Fiss	
<b>LA TUTELA D'URGENZA E LE RIFORME PROCESSUALI ITALIANE</b> .....	985
Paolo Biavati	

<b>HOT TOPICS NAS ESPECIFICIDADES PROCESSUAIS DA ARBITRAGEM SOCIETÁRIA: DISPONIBILIDADE DO DIREITO DE NOMEAÇÃO DE ÁRBITRO E OBJETIVIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO OU DO RIGOR DAS PALAVRAS QUE APRENDI COM BARBOSA MOREIRA</b> .....	992
Paula Costa e Silva	
<b>A CONTRIBUIÇÃO DA OBRA DO PROFESSOR JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA PARA O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b> .....	1000
Paulo Cezar Pinheiro Carneiro	
<b>IL SISTEMA DEI PRECEDENTI NEL C.P.C. BRASILIANO DEL 2015</b> .....	1006
Paulo Henrique dos Santos Lucon	
<b>O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO RECURSAL</b> .....	1020
Pedro Miranda de Oliveira	
<b>STREITGEGENSTANDSLEHREN IN DEUTSCHLAND UND DIE KERNTHEORIE DES EUGH</b> .....	1035
Peter Gottwald	
<b>CORTI COMMERCIALI INTERNAZIONALI OVVERO CORTI INTERNAZIONALI D'IMPRESA (INTERNATIONAL BUSINESS COURTS)</b> .....	1043
Remo Caponi	
<b>ARTIGO: NOTAS A RESPEITO DA VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES NO NOVO CPC</b> .....	1054
Ricardo de Barros Leonel	
<b>LA JUSTICIA “DE ACOMPAÑAMIENTO” O PROTECCIÓN (O LA VISIÓN SOCIAL DEL PROCESO CIVIL)</b> .....	1066
Roberto Omar Berizonce	
<b>IL RAGIONAMENTO PROBATORIO (FUNZIONE, STRUTTURA, ESITI, SINDACABILITÀ)</b> .....	1079
Roberto Poli	
<b>NOTE COMPARATIVE SULL'ESECUZIONE INDIRETTA IN ITALIA E IN BRASILE</b> .....	1118
Sergio Chiarloni	
<b>TUTELA ATÍPICA DE PRESTAÇÕES PECUNIÁRIAS. POR QUE AINDA ACEITAR O “É RUIM MAS EU GOSTO”?</b> .....	1125
Sérgio Cruz Arenhart	
<b>JUSTICE AMIABLE : CONCEVOIR AVANT DE CONSTRUIRE</b> .....	1139
Soraya Amrani Mekki	
<b>GLI EFFETTI DELLE SENTENZE SULLA GIURISDIZIONE E LA DISCIPLINA DELLA <i>TRANSLATIO IUDICII</i></b> .....	1152
Stefano Alberto Villata	
<b>ACCIONES COLECTIVAS: LEGITIMACIÓN Y COSA JUZGADA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL</b> ....	1175
Teresa Armenta Deu	
<b>COURT SYSTEM AND CASE MANAGEMENT IN HUNGARY</b> .....	1192
Viktória Harsági	
<b>DIVERSIFICAZIONE DEI RITI NELLE CULTURE DELLA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE – RAFFRONTI IN TEMA DI TUTELE SOMMARIE E ANTICIPATORIE</b> .....	1204
Vincenzo Ansanelli	
<b>BURDEN OF PROOF AND NON-LIQUET: DIFFERENT MODES AND NEW DEVELOPMENT IN CHINA</b> ...	1213
Zhixun Cao	

# IL CONTROLLO DELLA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA NEL GIUDIZIO DI CASSAZIONE ITALIANO DAL 1865 AD OGGI

Achille Saletti

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Il controllo della motivazione nel codice del 1865. – 3. I progetti di riforma. – 4. Il codice del 1940 ... – 5. ... e le riforme successive in argomento. – 6. La situazione attuale. – 7. Considerazioni conclusive.

## 1. PREMESSA

Il *Tribunal de Cassation* venne istituito in Francia, durante la rivoluzione, con legge 27 novembre – 1° dicembre 1790, al precipuo fine di prevenire ogni abuso del potere giudiziario rispetto alle indicazioni normative emananti dal potere legislativo <sup>(1)</sup>. In particolare, quella legge riconosceva al *Tribunal de Cassation* la possibilità di annullare « *toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées* », nonché « *tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi* ». Nulla veniva invece previsto in relazione al vizio di motivazione. Del resto, una diversa soluzione sarebbe stata incompatibile con quanto disposto dall'art. 3, 4° comma, della citata legge, la quale chiariva che « *sous aucun prétexte et en aucun cas, le tribunal ne pourra connaître du fond des affaires* ».

Pur essendo la Corte di cassazione italiana di derivazione da quella francese, in essa, invece, ha sempre giocato un ruolo di grande rilievo la possibilità di censurare i vizi di motivazione della sentenza impugnata e ciò da quando in Italia vi fu un codice unitario <sup>(2)</sup>, a seguito dell'unificazione proclamata il 17 marzo 1861 <sup>(3)</sup>.

Tale motivo di ricorso, peraltro, è sempre stato oggetto di discussioni e, nei tempi a noi più vicini, anche di vari interventi legislativi: e all'esame di queste vicende è destinato il presente lavoro, affettuosamente dedicato ai Maestri che qui si onorano.

## 2. IL CONTROLLO DELLA MOTIVAZIONE NEL CODICE DI RITO DEL 1865

Il codice di rito promulgato nel 1865, stabiliva all'art. 517, con un elenco «di fattura empirica» <sup>(4)</sup>, otto casi per cui era possibile ricorrere avanti alla Suprema Corte <sup>(5)</sup>, nei quali non era tuttavia esplicitamente prevista alcuna possibilità di ricorrere per difetto di motivazione.

Nei lavori preparatori del codice del 1865 era, invero, emersa l'esigenza di garantire un controllo in

1 Significativamente, l'art. 1 L. 27 novembre – 1° dicembre 1790 prevedeva che « *Il y aura un tribunal de cassation établi auprès du corps législatif* ».

2 Il primo codice di procedura civile italiano, varato dopo l'unità d'Italia, fu promulgato con R.D. 25 giugno 1865 n. 2358 ed entrò in vigore con il 1° gennaio 1866.

3 Prima dell'unità d'Italia si applicavano differenti codici di procedura civile, in relazione ai vari stati in cui la penisola italiana era divisa. Dopo l'unificazione della maggior parte dei vari stati che esistevano nella penisola, fino all'entrata in vigore del codice post-unitario del 1865, trovò applicazione provvisoriamente, nel regno d'Italia, il codice di procedura civile del regno di Sardegna del 1859 (in argomento v. N. Picardi, *La riforma giudiziaria fra il XIX ed il XX secolo. Note introduttive*, in G. Tarzia – B. Cavallone, *I progetti di riforma del processo civile (1866-1935)*, I, Milano 1989, 4).

4 L'espressione è di F. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova 1938, II, 651.

5 Il testo originario dell'art. 517 c.p.c. 1865 prevedeva, infatti, che si potesse ricorrere in cassazione (all'epoca esistevano più corti di cassazione – in conseguenza della precedente suddivisione dell'Italia in più stati – corti che, ad un certo momento, erano ben cinque, con sede, rispettivamente, in Roma, Firenze, Napoli, Palermo e Torino: l'unificazione avvenne solamente con il R.D. 24 marzo 1923, n. 601, ma per ragioni espositive nel prosieguo della trattazione si tratterà della Cassazione come di un organo unitario *ab origine*) per i seguenti motivi: «La sentenza pronunciata in grado di appello può essere impugnata col ricorso per cassazione: // 1. se le forme prescritte sotto pena di nullità sieno state ommesse o violate nel corso del giudizio, sempre che la nullità non sia stata sanata espressamente o tacitamente; // 2. se sia nulla a norma dell'articolo 361; // 3. se contenga violazione o falsa applicazione della legge; // 4. se abbia pronunciato su cosa non domandata; // 5. se abbia aggiudicato più di quello ch'era domandato; // 6. se abbia ommesso di pronunciare sopra alcuno dei capi della domanda stati dedotti per conclusione speciale, salvo la disposizione dell'articolo 370, capoverso ultimo; // 7. se contenga disposizioni contraddittorie; // 8. se sia contraria ad altra sentenza precedente pronunciata tra le stesse parti, sul medesimo oggetto, e passata in giudicato, sempre che abbia pronunciato sull'eccezione di cosa giudicata».

relazione alla carenza di motivazione del provvedimento impugnato, osservandosi che tale censura rappresentava «una delle più desiderabili guarentigie di una Corte suprema» (6). La Commissione legislativa, aderendo a tale osservazione, ritenne opportuno precisare che detto vizio potesse essere oggetto di ricorso per cassazione, ma nei soli termini poi previsti dal n. 2 dell'elenco contenuto nell'art. 517 c.p.c. 1865: disposizione che, in forza di un articolato sistema di richiami, riconosceva la possibilità di denunciare alla Corte di cassazione il vizio di omissione, nella sentenza impugnata, dei «motivi in fatto e in diritto», come discendeva dal combinato disposto degli artt. 360, n. 6, e 361, n. 2, c.p.c. 1865 (7). Niente di più specifico veniva disposto.

Irrilevante, invece, ai nostri fini era la previsione contenuta all'art. 517, n. 7, c.p.c. 1865, il quale ammetteva la possibilità di censurare la sentenza impugnata in caso di «disposizioni contraddittorie». Tale censura si riferiva, infatti, secondo la comune opinione (8), non alla contraddizione tra le argomentazioni addotte dalla sentenza di merito per giustificare la propria decisione, ma al diverso caso di «inconciliabilità materiale o giuridica di un capo del dispositivo con altro capo dello stesso dispositivo» (9): in altri termini, con tale motivo di ricorso si poteva denunciare non già l'incongruenza della motivazione, ma l'impossibilità di procedere all'esecuzione di una sentenza i cui comandi giudiziari erano in contrasto tra loro.

Dunque, la situazione risultava chiara, stando alla lettera della legge: si poteva ricorrere per cassazione, in relazione ai vizi di motivazione, solamente nella misura in cui questa facesse difetto nella sentenza impugnata.

Nonostante il tenore letterale dell'art. 517 c.p.c. 1865, la giurisprudenza però si orientò nel senso di affermare che della nozione di «omissione della motivazione» non fosse lecito dare un'interpretazione di carattere formalistico, limitata alla carenza assoluta di motivazione, bensì fosse necessario dare a tale previsione legislativa una lettura volta a valorizzare il carattere funzionale della motivazione. Qualora vi fossero state, secondo la giurisprudenza, argomentazioni tra loro contrastanti ovvero illogiche, la motivazione doveva considerarsi solo apparente: e tanto era ritenuto sufficiente a giustificare la nullità della sentenza e la sua conseguente censurabilità in sede di ricorso per cassazione (10).

In questa ricostruzione, la Corte di cassazione, ferma la sua funzione nomofilattica attribuitale dal codice, tendeva a «trasformare il controllo di mera legalità in controllo di giustizia» (11).

Una tale interpretazione dell'art. 517, n. 2, c.p.c., pur largamente diffusa in giurisprudenza, non era, per contro, condivisa altrettanto unanimemente dalla dottrina dell'epoca. Se, infatti, coloro che aderivano alla soluzione giurisprudenziale (12) osservavano come una Suprema Corte, che fosse chiamata solamente a verificare il rispetto della legge senza poter sindacare la fondatezza delle pretese delle parti, avrebbe rappresentato un'ingiustizia intollerabile per l'ordinamento (13), altra parte della dottrina non condivideva tale soluzione, tenendo distinta la totale omissione della motivazione dalla situazione che si aveva quando questa invece sussisteva,

6 Così l'intervento in commissione legislativa dell'on. Romano, riportata in Ga. e Gi. Foschini, *I motivi del codice di procedura civile*, II ed., Torino, 1869, 518.

7 Il cui tenore era il seguente: (art. 360), «La sentenza deve contenere: ... 6. i motivi in fatto e in diritto»; (art. 361), «La sentenza è nulla: ... 2. se siasi ommesso alcuno dei requisiti indicati nei numeri 4, 6, 7, 8 e 9 dell'articolo 360, salvo quanto è stabilito nell'articolo 473. I motivi si reputano ommessi quando la sentenza siasi puramente riferita a quelli di un'altra sentenza».

8 L. Mortara, *Manuale della procedura civile*, VIII ed., II, Torino 1916, 116; G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., II, Napoli 1936, 513 e 601.

9 Così, ad esempio, Cass., 6 aprile 1937, n. 990, in *Foro it. Rep.*, 1937, voce *Sentenza in materia civile*, n. 107. Conf. Cass., 25 aprile 1930, n. 1340, in *Mass. Foro it.*, 1930, 272.

10 Per quanto riguarda la contraddittorietà della motivazione, si osservava come «la contraddizione ... fra le considerazioni della motivazione della sentenza, può dar luogo a nullità per vizio di motivazione a norma degli artt. 361 n. 2, 360 n. 6 e 517 n. 2 c. p. c.» (Cass., 16 aprile 1932, n. 1379, in *Foro it. Rep.*, 1932, voce *Sentenza in materia civile*, n. 111. Conf. Cass. Torino, 12 maggio 1866, in *Racc.*, XVIII, I, 332; Cass. Torino, 20 dicembre 1866, *ivi*, I, 917). Ancor più significative erano le conclusioni cui era pervenuta la Suprema Corte in tema di illogicità della motivazione: «anche il giudizio di fatto è sindacabile in Cassazione, quando il giudice di merito vi sia pervenuto attraverso criteri illogici o anti giuridici» (Cass., 22 febbraio 1933, n. 667, in *Mass. Foro it.*, 1933, 157. Conf. Cass., 15 gennaio 1932, n. 131, *ivi*, 1932, 29).

11 L'efficace espressione è di S. Longhi, *Aspetti della Corte di cassazione compiuto il decennio della sua unità – Discorso inaugurale del Procuratore Generale della Corte di Cassazione*, Roma s.d. (ma 1934), consultabile anche in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it), 9.

12 J. Mattei, *Annotazioni al codice di procedura civile italiano*, Venezia 1869, 401; Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, cit., II, 652 s. In senso conforme, L. Mattiolo, *Diritto giudiziario civile*, V ed., IV, Torino 1904 (rist. 1931), 74, affermava che «nulla, quindi, per difetto di motivazione, dovrà dirsi la sentenza, che dà soltanto motivi equivoci, incerti, confusi, ambigui, e di tal natura da non lasciare comprendere quali furono le vere ragioni del giudicare». Riassuntivamente su tale posizione, osservava F. Carnelutti, *Limiti al rilievo dell'error in iudicando in corte di cassazione*, in *Studi di diritto processuale*, Padova 1925, 382, che «... il controllo della motivazione deve esercitarsi non tanto per rimproverare al giudice di non aver detto, quanto di non aver pensato» e che oggetto di indagine non dovesse essere la struttura apparente della motivazione, essendo invece necessario controllare «la struttura intima o sostanziale del sillogismo».

13 Mattei, *Annotazioni*, cit., 631 s.

pur non essendo convincente ed appagante. Si osservava che, ogni qual volta dal tenore della motivazione, benché contraddittoria ovvero illogica, le parti avessero potuto individuare il ragionamento seguito dal giudice, non vi poteva essere carenza di motivazione nel senso voluto dal codice, considerata la funzione attribuita alla Corte di cassazione: una censura avanti a tale Corte, qualora il ragionamento del giudice di merito fosse contraddittorio o illogico, era possibile solo se lo stesso aveva comportato una violazione o falsa applicazione della legge, in quanto tale censurabile *ex art. 517, n. 3, c.p.c. 1865* <sup>(14)</sup>.

Tale dibattito rifletteva la diversa concezione della funzione preminente da attribuirsi alla Corte di cassazione italiana: meramente nomofilattica, secondo alcuni, a tutela dello *ius constitutionis*, come si diceva, piuttosto che finalizzata a salvaguardare lo *ius litigatoris*, svolgendo una funzione, *lato sensu*, di giudice di terza istanza.

### 3. I PROGETTI DI RIFORMA

Questa situazione indusse il legislatore italiano a tentare di intervenire ripetutamente in materia, senza tuttavia che, sino alla promulgazione del codice del 1940, alcuna modifica venisse apportata ai testi normativi allora vigenti.

I primi tentativi di riforma del codice di procedura civile italiano del 1865 si concentrarono, per quanto riguarda il ricorso per cassazione, per la verità su aspetti prevalentemente diversi da quello qui in esame. In particolare, lo sforzo legislativo fu concentrato nel processo di unificazione delle cinque Corti di cassazione all'epoca esistenti <sup>(15)</sup>. Tuttavia, non mancarono, già nel corso del XIX secolo – quindi non molti anni dopo l'entrata in vigore del codice di rito del 1865 – dei tentativi di meglio chiarire la portata dell'art. 517 c.p.c.

Un primo progetto di riforma, di origine governativa, presentata dal Guardasigilli Tajani nel 1886 <sup>(16)</sup>, prevedeva, nella versione emendata dalla Commissione speciale del Senato, all'art. 6, la possibilità di ricorrere per cassazione per sei motivi, tra cui, per quanto qui rileva, qualora la sentenza fosse «nulla per mancanza di motivazione ai termini dell'art. 360 n. 6 e 361, n. 2» <sup>(17)</sup>. Benché, dunque, nella sostanza, non vi fossero modifiche reali rispetto a quanto già desumibile dal combinato disposto delle due norme da ultimo citate e dell'art. 517, n. 2, c.p.c. 1865, tale proposta introduceva espressamente, quale motivo di ricorso per cassazione, il difetto di motivazione. Peraltro, come si diceva, simile previsione normativa, se anche fosse divenuta legge, difficilmente avrebbe potuto risolvere il dibattito, di cui si è dato conto nel paragrafo che precede, circa la nozione di difetto di motivazione rilevante ai fini della possibilità di ricorrere in cassazione; nozione che, a seconda delle tesi, spaziava dalla sua mancanza grafica a quella della sua logicità e congruenza. Quindi, da questo punto di vista il progetto Tajani finiva per non prendere posizione sul problema, visto che confermava sostanzialmente il dato normativo suscettibile di così diverse interpretazioni.

Radicalmente diverso era, invece, il sistema pensato dal progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario presentato dal Governo Zanardelli nel 1903 <sup>(18)</sup>. Questo, all'art. 22, ammettendo il ricorso solo per violazione o falsa applicazione della legge *ex art. 517, n. 3, c.p.c. 1865*, metteva la funzione nomofilattica della Corte di cassazione al centro dell'attenzione, peraltro sforzandosi di non sacrificare il diritto delle parti ad una decisione giusta della lite che le contrapponeva. Benché, infatti, la previsione di tale progetto fosse decisamente più restrittiva rispetto al sistema vigente per quanto concerne il controllo della Corte di cassazione, esso, per salvaguardare i diritti delle parti, si proponeva di modificare profondamente il sistema delle impugnazioni. Il legislatore prevedeva, agli artt. 17 e 18, un terzo grado di giudizio di merito, demandato alle Corti di revisione (destinate a sostituirsi alle cinque Corti di cassazione esistenti), mentre il giudizio di cassazione – nei più ridotti limiti sopra ricordati – si sarebbe svolto, *ex art. 21 del progetto*, avanti alla Corte di cassazione che sarebbe stata unica, con sede in Roma.

14 P. Calamandrei, *La Cassazione civile*, II, Torino 1920, *passim*, spec. 374 e 375 n. 1; L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III ed., IV, Milano s.d. (ma 1912), 553 ss. Implicitamente sul punto, v. altresì A. Di Majo, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Torino 1894, 357.

15 V. *supra*, nota 5.

16 Lo si può leggere in G. Tarzia – B. Cavallone, *I progetti di riforma del processo civile (1866-1935)*, cit., I, 39 ss.

17 Norme il cui testo è riportato sopra alla nota 7.

18 Consultabile in G. Tarzia – B. Cavallone, *I progetti di riforma del processo civile (1866-1935)*, cit., I, 254 ss.



In tal modo, pur salvaguardando le esigenze nomofilattiche, al contempo si riconosceva alle parti il diritto ad un terzo grado di giudizio a cognizione piena, in cui era ben possibile un ulteriore controllo sul percorso argomentativo della decisione impugnata <sup>(19)</sup>. Avverso le decisioni rese da tali Corti di revisione sarebbe, poi, stato possibile il ricorso per cassazione, nei limiti di cui s'è detto.

La proposta non trovò, però, accoglienza. Del resto, già prima della presentazione del d.d.l. in questione, la dottrina non aveva mancato di rilevare l'incongruenza dei giudizi c.d. di terza istanza, risalenti al diritto comune, la cui funzione appariva oramai anacronistica in un contesto storico in cui le esigenze di garanzia cui dette istituzioni erano state poste a presidio nei secoli precedenti erano oramai garantite dal principio di legalità e dalla codificazione <sup>(20)</sup>.

Nel giro di pochi anni, con il progetto Orlando del 1908 <sup>(21)</sup>, elaborato da Lodovico Mortara, veniva peraltro abbandonata questa impostazione e sancita espressamente la soluzione più permissiva, circa l'ambito di applicazione da riconoscersi al controllo della motivazione della sentenza, diffusa nella giurisprudenza. L'art. 20, n. 3, del citato progetto riconosceva, infatti, espressamente la possibilità di impugnare con il ricorso per cassazione le decisioni rese in appello, «...se per assoluta insufficienza dei motivi di fatto o di diritto [fosse mancata] la giustificazione logica e giuridica, totale o parziale, del dispositivo...» (contrapponendosi al motivo dal n. 1 dello stesso articolo, che permetteva di censurare la sentenza impugnata per sua nullità). Questa soluzione aveva, così, il pregio di sancire chiaramente che l'incongruenza della motivazione era sindacabile in sede di cassazione, come pretendeva la giurisprudenza, le cui tesi ricevevano un formale riconoscimento. Insomma, il legislatore valorizzava espressamente lo *ius litigatoris* (*id est*, la funzione di giudice del caso concreto della Corte di cassazione), anche se ciò comportava "l'annacquamento" della funzione nomofilattica. Tale progetto non ebbe però successo, anche a causa della ferma opposizione manifestata da Giuseppe Chiovenda <sup>(22)</sup>.

Sin qui i progetti di riforma per così dire "ufficiali". A questi, peraltro, si aggiungevano anche una serie di progetti di riforma avanzati da Commissioni o da singoli studiosi.

Così nel primo dopoguerra – ci si riferisce qui alla prima guerra mondiale – Giuseppe Chiovenda elaborò un progetto di riforma del codice di rito <sup>(23)</sup>: questo, però, per quel che qui interessa, non era molto diverso dall'allora vigente art. 517, n. 2, c.p.c. 1865, in quanto si limitava a ribadire negli artt. 195 e 196 la possibilità di sindacato in cassazione per vizi di forma ovvero per violazione o falsa applicazione della legge.

Negli stessi anni, anche Lodovico Mortara presentò un progetto di riforma <sup>(24)</sup>. In esso si prevedeva, all'art. 292, n. 5, la possibilità di ricorrere in cassazione «per mancanza assoluta di accertamento e di esame intorno a un punto di fatto che fu oggetto di specifica discussione tra le parti qualora la corte riconosca l'influenza decisiva del medesimo sulla definizione in diritto della controversia». Al riguardo, l'Autore affermava, nella Relazione che accompagnava il progetto, di aver provveduto alla «riduzione *al minimo* dei motivi di ricorso» <sup>(25)</sup>: benché la previsione di detto ulteriore motivo – destinata, come vedremo, a venir recepita, nelle sue linee essenziali, nei decenni successivi – ampliasse formalmente il novero dei motivi di ricorso per cassazione rispetto alla lettera dell'art. 517, n. 2, c.p.c. 1865, tuttavia, sul piano sostanziale, agiva nel senso opposto, escludendo che ogni diverso vizio di motivazione potesse essere portato all'attenzione della Suprema Corte. In particolare, a differenza di quanto era stato proposto nel progetto Orlando, nulla si prevedeva più circa la possibilità di censurare la motivazione illogica <sup>(26)</sup>.

19 I caratteri del processo avanti le Corti di revisione – con sede in Firenze, Napoli, Palermo, Roma e Torino – fa pensare a quelle attuali del giudizio di appello italiano, essendo vietate, ex art. 18 del d.d.l. anzidetto, nuove domande, eccezioni e prove, similmente a quanto dispone l'attuale testo (più volte novellato) dell'art. 345 c.p.c. italiano vigente.

20 F. Ricci, *Commento al codice di procedura civile italiano*, VII ed., II, Firenze 1895, 641.

21 Consultabile in G. Tarzia – B. Cavallone, *I progetti di riforma del processo civile (1866-1935)*, cit., II, 847; in argomento v. B. Cavallone, *Il progetto Orlando*, *ivi*, 829 ss. In seguito alla fine della legislatura, lo stesso progetto fu ripresentato nel 1909, senza particolari modifiche per quanto riguarda l'oggetto del presente lavoro (il contenuto dell'art. 20 fu trasposto nell'art. 16).

22 Per una esaustiva indagine circa le ragioni dell'ostilità di Chiovenda al progetto, non da ultimo derivante dalla sua personale avversione nei confronti di Mortara, si veda l'analisi di B. Cavallone, *Il progetto Orlando*, cit., 839 ss.

23 Vedilo in G. Chiovenda, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra (1919)*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, II, Milano 1993, 1 ss.

24 L. Mortara, *Per il nuovo codice di procedura civile. Riflessioni e proposte*, in «*Giur. it.*», 1923, IV, 136 ss.

25 Mortara, *op. ult. cit.*, 149.

26 Si prevedeva, però, che «la mancanza o insufficienza di motivazione in diritto intorno ai fatti accertati nella sentenza è supplita dalla corte di cassa-

Niente disponeva invece, quantomeno *expressis verbis*, il coevo progetto di riforma elaborato da Francesco Carnelutti<sup>(27)</sup>, che, all'art. 368, ammetteva la possibilità di ricorrere alla Suprema Corte solamente per incompetenza, eccesso di potere, violazione o falsa applicazione della legge (mostrando così di non volere sancire l'incongruenza della motivazione nel catalogo dei motivi di ricorso per cassazione).

A questi progetti seguiva, nella seconda metà degli anni '30 del secolo scorso, il progetto elaborato da Enrico Redenti<sup>(28)</sup>: l'art. 691 virava decisamente nel senso di escludere il controllo sulla congruenza della motivazione della sentenza impugnata davanti alla Corte di cassazione. Esso infatti escludeva espressamente che «la deficienza, la oscurità o la contraddittorietà delle motivazioni della sentenza impugnata» potesse essere denunciata per cassazione, dimostrando così di accogliere la soluzione più restrittiva circa il controllo da affidare alla Suprema Corte, valorizzandone la funzione nomofilattica.

L'autorevolezza degli autori coinvolti in tali progetti, tra i massimi studiosi dell'epoca, che proponevano soluzioni non coincidenti, dimostra meglio di ogni altro rilievo, la vivacità del dibattito sul ruolo che ancora all'alba degli anni '40 del secolo scorso, doveva essere assegnato alla Corte di cassazione italiana in tema di controllo della motivazione.

Si giungeva così ai progetti di riforma che hanno preceduto l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura civile italiano del 1940, attualmente vigente anche se profondamente modificato nel corso degli anni.

Due i progetti governativi che ebbero a precedere il varo del vigente codice, il c.d. Progetto preliminare Solmi ed il Progetto definitivo Solmi, dal nome del Guardasigilli dell'epoca.

Il primo, all'art. 364<sup>(29)</sup>, muoveva nella linea già battuta dal progetto Redenti, escludendo, al pari di quello, «l'insufficienza e la contraddittorietà della motivazione» quali cause di ricorso per cassazione. Nella Relazione che accompagnava il Progetto si chiariva come, a ben vedere, la nozione di contraddittorietà o insufficienza dei motivi, se tecnicamente intesa, era destinata a essere tutelata *sub specie* di violazione di legge, rimanendo invece incompatibile con la funzione di giudice del diritto l'interpretazione estensiva del vizio che tanta fortuna aveva avuto nella giurisprudenza<sup>(30)</sup>.

Questa rigorosa esclusione, «quasi universalmente» criticata<sup>(31)</sup>, veniva tuttavia allentata nel progetto definitivo Solmi<sup>(32)</sup>, il quale in proposito stabiliva, all'art. 377, che «Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado, escluse quelle del conciliatore, possono essere impugnate col ricorso per cassazione: // 1) per difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria; // 2) per motivi concernenti le questioni di competenza, quando non sia prescritto per esse il regolamento di competenza; // 3) per motivi di nullità della sentenza o del procedimento; // 4) per ogni altra violazione o falsa applicazione del diritto vigente».

Nella Relazione che accompagnava il Progetto definitivo, il Guardasigilli scriveva: «nell'art. 377 ho soppresso l'ultimo comma del corrispondente art. 364 del progetto preliminare, perché, come già in precedenza ho avvertito, attraverso il coordinamento delle disposizioni del n. 3 di quest'art. 377 e dell'art. 59, la mancanza o contraddittorietà di motivazione costituisce motivo di nullità della sentenza, denunciabile per cassazione». In effetti l'art. 59 del progetto definitivo, rubricato «Nullità della sentenza», recitava: «La sentenza è nulla quando manchi il dispositivo o la sottoscrizione del giudice, ovvero vi sia mancanza o contraddittorietà di motivazione. // La sentenza è altresì nulla se alla deliberazione abbiano partecipato giudici diversi da quelli

zione, che pronuncia poi come di ragione sui motivi del ricorso» (art. 292, 2° comma, progetto Mortara).

27 Consultabile in Carnelutti, *Progetto del codice di procedura civile*, I, Padova 1926.

28 Vedilo in Ministero di grazia e giustizia, *Lavori preparatori per la riforma del codice di procedura civile – Schema di progetto del libro primo*, Roma 1936.

29 Ministero di grazia e giustizia, *Codice di procedura civile – Progetto preliminare e relazione*, Roma 1937. Il testo dell'art. 364 era il seguente: «Le sentenze dell'autorità giudiziaria pronunciate in grado di appello o in unico grado di giurisdizione, escluse le sentenze del conciliatore, possono essere impugnate col ricorso per cassazione: // 1) per difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria; // 2) per motivi di competenza; 3) per motivi di nullità della sentenza o del procedimento; 4) per ogni altra violazione o falsa applicazione del diritto vigente. // L'insufficienza e la contraddittorietà della motivazione non sono motivi di ricorso».

30 È però il caso di osservare come, in caso di omesso esame di allegazioni risolutive o di prove decisive, si concedesse comunque alla parte il rimedio della revocazione, salvaguardando così l'esigenza di giustizia della decisione.

31 Così scriveva V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II ed., II, Napoli, 1945, 348. In senso critico verso l'espressa espunzione dell'insufficienza e della contraddittorietà della motivazione quale motivo di ricorso per Cassazione, si era espresso altresì Carnelutti, *Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile*, Milano 1937, 108 s.

32 Consultabile in Ministero di grazia e giustizia, *Codice di procedura civile – Progetto definitivo e relazione del Guardasigilli on. Solmi*, Roma 1939.

che dovevano parteciparvi». Si allentava, così, notevolmente la rigorosa esclusione prevista per l'insufficienza e la contraddittorietà della motivazione sancita dall'ultimo comma dell'art. 364 del Progetto preliminare.

#### 4. IL CODICE DEL 1940 ...

All'esito del lungo dibattito e dell'*iter* di riforma, si giungeva così al codice di procedura civile italiano vigente, approvato con R.D. 28 ottobre 1940 e destinato ad entrare in vigore il 21 aprile 1942.

Il nuovo codice, peraltro, sul punto che ci interessa, accoglieva una previsione diversa da quella del Progetto definitivo Solmi. L'art. 360, n. 5, c.p.c. prevedeva *ex novo*, quale motivo di cassazione della sentenza, l'«omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti». In merito a questa novità – che riprendeva nei contenuti il progetto Mortara – la Relazione che accompagnava il nuovo codice, osservava: «Durante i lavori preparatori si era manifestata un'autorevole tendenza a eliminare del tutto dal giudizio di cassazione quel motivo di “difetto di motivazione”, al quale la pratica giudiziaria aveva dato, come noto, una estensione così esorbitante e lontana dalle sue origini testuali. Ma piuttosto che sopprimerlo, si è preferito conservarlo ristretto e precisato nella nuova formula, che lo ammette non nella quasi illimitata ampiezza alla quale la pratica era arrivata nell'adattamento delle norme del codice del 1865, ma nei limiti precisi di un omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio del quale le parti avevano discusso» (33).

Per il resto, con riferimento alla nostra materia, il n. 4 dell'art. 360 c.p.c. 1940 ammetteva la possibilità di censurare la sentenza di merito «per nullità della sentenza o del procedimento» (34), riprendendo, con formulazione più ampia ed appropriata, il “vecchio” art. 517, n. 2, c.p.c. 1865. L'art. 132, 2° comma, n. 4, c.p.c. chiariva infatti come ogni sentenza dovesse contenere, tra l'altro, «la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione»; requisito che, in quanto indispensabile al raggiungimento dello scopo dell'atto, era posto a pena di nullità.

Questo quadro era completato dall'art. 65 dall'Ordinamento giudiziario italiano, approvato (35) ad appena un anno di distanza dal varo del codice di procedura civile, il quale stabiliva che «La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge». Specialmente tale ultima norma permetteva di comprendere appieno la funzione immaginata per il Supremo Collegio dal legislatore dell'epoca: la Corte di cassazione era chiamata soprattutto a svolgere una funzione pubblicistica, tesa a garantire l'uniformità del diritto nel preminente interesse della legge.

In un simile quadro, il ruolo di giudice del caso concreto, riconosciuto al Supremo Collegio dalla giurisprudenza imperante nella vigenza del codice del 1865, era destinato a perdere buona parte del suo rilievo.

#### 5. ... E LE RIFORME SUCCESSIVE IN ARGOMENTO

Se non che il quadro immaginato dal legislatore del 1940 era destinato a durare assai poco, con riferimento alla nostra materia. Se, a seguito alla fine del secondo conflitto mondiale ed alla caduta del fascismo, il legislatore, espressione delle forze politiche uscite vincitrici dalla guerra, rinunciò all'idea di abrogare *tout court* il codice del 1940 (36), procedette però ad una revisione radicale del codice di rito. In particolare l'art. 30 D.Lgs. 5 maggio 1948, n. 483, ratificato con legge 14 luglio 1950, n. 581, modificò il quadro dei motivi che giustificavano il ricorso per cassazione e in modo particolarmente incisivo proprio il n. 5 dell'art. 360 c.p.c. Esso, infatti, veniva sostituito con la seguente previsione, che sanciva la possibilità di ricorrere «per omessa,

33 Relazione alla Maestà del Re Imperatore, § 30, in *Codice di procedura civile*, Roma 1940, 71 s. (oggi consultabile anche in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it), 4026).

34 Gli altri motivi di ricorso per cassazione previsti dall'art. 360 c.p.c. attecchivano al difetto di giurisdizione (n. 1), alla violazione delle norme sulla competenza (n. 2) e alla violazione o falsa applicazione delle norme di diritto (n. 3).

35 Con R.D. 30 gennaio 1941, n. 12.

36 Sul dibattito formatosi sulla sorte del codice del 1940 alla fine della guerra, si veda F. Cipriani, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli 1992, 79 ss.

insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio».

Paradossalmente il difetto di motivazione, inteso non solo come mancanza della stessa, ma anche come sua insufficienza o contraddittorietà, trovava la sua prima espressa sanzione normativa proprio quale reazione allo sforzo legislativo di ridurne il controllo nel giudizio di cassazione. Si tornava, così, sostanzialmente al sistema del 1865, quale costruito dalla giurisprudenza, cui il legislatore del 1940 aveva cercato di porre un freno<sup>(37)</sup>.

La Relazione del Guardasigilli Grassi<sup>(38)</sup>, che accompagnava il D.Lgs. 483 del 1948, affermava – come del resto era evidente – che la formulazione della norma ampliava «la possibilità del controllo dall'omissione di accertamento o di motivazione sul punto decisivo», premurandosi, al contempo, di chiarire che in tale nozione era ricompresa, altresì, «l'irrazionalità e la deficienza del processo logico e la sua insanabile contraddizione»<sup>(39)</sup>. Insomma, la nuova formulazione era finalizzata «a contenere in pratica la censura entro confini compatibili con la funzione istituzionale del Supremo collegio e con la sostanziale giustizia»<sup>(40)</sup>. Si cercava, così, di raggiungere un bilanciamento tra la funzione nomofilattica e la funzione di giudice quasi “di terza istanza”, che negli anni, come visto, la Suprema Corte si era attribuita. La norma ammetteva infatti la possibilità di adire la Corte di cassazione ogniqualvolta la sentenza fosse stata viziata dalla «omessa»<sup>(41)</sup>, «insufficiente»<sup>(42)</sup> o «contraddittoria motivazione»<sup>(43)</sup> «circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio»<sup>(44)</sup>.

Il nuovo testo era destinato a rimanere immutato sino all'inizio del XXI secolo, allorché il legislatore è intervenuto, ripetutamente, su tutti gli aspetti della norma contenuta nel n. 5 dell'art. 360 c.p.c., fino a ripristinare il testo originario del codice del 1940. Peraltro, nonostante questa sua stabilità, protrattasi per oltre cinquant'anni, il dibattito non era destinato a sopirsi, dal momento che, da più parti, l'eccessiva durata del giudizio di Cassazione (peraltro notevolmente inferiore a quella attuale) veniva imputata primariamente proprio alla possibilità – certamente abusata nella prassi – di censurare il vizio di motivazione.

Espressione di questa tendenza restrittiva è indubbiamente il progetto di riforma elaborato dalla commissione presieduta da Enrico Tullio Liebman, la quale, mentre ribadiva i motivi di ricorso previsti dai primi quattro numeri dell'art. 360 c.p.c., prevedeva la totale espunzione del motivo di ricorso di cui al n. 5<sup>(45)</sup>. Nella Relazione che accompagna tale progetto si chiariva che la scelta di eliminare *tout court* tale motivo di ricorso era stata presa «allo scopo di riportare l'istituto della cassazione alla sua genuina funzione di custode dell'esatta interpretazione ed esatta applicazione della legge» e, in particolare, «nella speranza di diminuire in tal modo il numero dei ricorsi»<sup>(46)</sup>. Finalità deflattiva, questa, destinata ad essere immanente nell'ultima parte del XX secolo e in quello successivo, riflettendosi sulla necessità di ridurre/eliminare la possibilità del ricorso

37 Scriveva, con riferimento alla modifica in questione, S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1966, II, 2, 207: «Il riformatore del 1950 è praticamente ritornato all'antico, o quanto meno ha messo molta acqua nel suo vino, riportando il fuoco della censura sulla motivazione, e trasformando il fatto in punto, con una vaghezza di termini che lascia aperto l'adito ad una integrale rivalutazione del giudizio». V. anche in argomento M.T. Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, V ed., Milano 1962, II, 283.

38 Che si può leggere in *Lex*, 1948, 1151 ss.

39 V. Relazione del Ministro Guardasigilli, cit., 1172.

40 Relazione del Ministro Guardasigilli, cit., 1172. Con il che veniva evidenziato il timore che la nuova formula, pur più restrittiva rispetto a quella originariamente prevista dal d.d.l., potesse non riuscire a contemperare entrambi gli obiettivi perseguiti. Si noti che la modifica proposta dal codice di rito del 1940 era giustificata anche dall'esigenza di «rendere più sollecito il corso del procedimento» (Relazione alla Maestà del Re Imperatore, cit. § 30. V. anche Relazione al progetto definitivo Solmi, cit., 94). Questa esigenza di contemperare la salvaguardia dei diritti delle parti con quella di accelerare il corso dei processi – nella specie, avanti alla Corte di cassazione – doveva diventare sempre più pressante nel corso degli anni successivi, come dimostra il fatto che le riforme proposte ed effettuate dell'art. 360, n. 5, c.p.c. sono state sempre più frequentemente giustificate con l'esigenza acceleratoria di tale giudizio, come si vedrà *infra*.

41 La giurisprudenza ha approfondito la nozione di omessa motivazione specialmente nei casi in cui ha dovuto stabilire i limiti di ricorribilità per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. Al riguardo, si veda più diffusamente *infra*, § 6.

42 Vizio che, secondo la giurisprudenza si configura «quando dall'esame del ragionamento svolto dal giudice del merito e quale risulta dalla sentenza stessa impugnata emerge la totale obliterazione di elementi che potrebbero condurre a una diversa decisione ovvero quando è evincibile l'obiettivo deficienza, nel complesso della sentenza medesima, del procedimento logico che ha indotto il predetto giudice, sulla scorta degli elementi acquisiti, al suo convincimento» (Cass., 29 marzo 2012, n. 5088, in *Guida dir.*, 2012, 20, 53 s. Conf. Cass., 2 febbraio 1996, n. 914, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 144 s.).

43 Detto vizio sussiste allorché «le ragioni poste a fondamento della decisione risultino sostanzialmente contrastanti in guida da elidersi a vicenda e da non consentire l'individuazione della *ratio decidendi*», e cioè l'identificazione del procedimento logico – giuridico posto a base della decisione adottata» (Cass., 14 giugno 2010, n. 21215, in *De Jure*. Conf. Cass., 17 luglio 1997, n. 6557, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1222; Cass., 11 giugno 1979, n. 3286, *ivi*, 1979, 1430 s.).

44 Per una compiuta indagine sulla portata del motivo previsto dal n. 5 dell'art. 360 c.p.c., si veda, ad es., M. Cantillo, *Il sindacato di legittimità sul giudizio di fatto; i vizi della motivazione (art. 360, n. 5, c.p.c.)*, in *Aa. Vv.*, *La Cassazione civile*, II, Torino 1998, 1641 ss.

45 Il progetto è consultabile in *Riv. dir. proc.*, 1977, 491.

46 In *Riv. dir. proc.*, 1977, 459.

in cassazione per profili attinenti alla motivazione.

Così i progetti di riforma Brancaccio-Sgroi<sup>(47)</sup> e Rognoni<sup>(48)</sup> – quest'ultimo elaborato da una Commissione governativa presieduta da Vittorio Denti – prevedevano, con formulazione di compromesso tra il testo originario del 1940 e le successive modifiche intervenute nel 1948-1950, la possibilità di ricorso «per omessa motivazione su un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti». Ancora una volta, veniva evidenziato «l'intento di alleggerire il carico di lavoro della Cassazione»<sup>(49)</sup>.

Più permissivo, ma ugualmente ispirato all'esigenza di ridurre il contenzioso avanti alla Suprema Corte, era il testo del progetto elaborato dalla Commissione presieduta da Giuseppe Tarzia<sup>(50)</sup>, il cui art. 2, n. 29, prevedeva la delega al Governo per la revisione del giudizio in Cassazione finalizzata alla «limitazione del controllo della Corte di cassazione sulla motivazione in fatto della sentenza al caso di motivazione omessa o contraddittoria su un punto decisivo prospettato da una parte o rilevato d'ufficio». Chiariva la Relazione che «gli interventi proposti per il giudizio di cassazione ... si ispirano soprattutto all'esigenza di garantire l'essenziale funzione di nomofilachia della Corte di cassazione e di contenere l'espansione, troppe volte contestata, del suo sindacato al giudizio di fatto»<sup>(51)</sup>.

Benché nessuno di questi progetti sia mai stato approvato, la finalità deflattiva spinse il legislatore ad intervenire, all'alba del XXI secolo sull'art. 360, n. 5, c.p.c.

La formulazione della norma, non toccata, per quanto qui rileva, dalla pur incisiva riforma del 1990<sup>(52)</sup>, è stata così oggetto di profonde modifiche in una duplice direzione. Anzitutto, a seguito della riforma operata dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, oggetto del vizio di omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione è divenuto il fatto controverso, decisivo per il giudizio, in luogo del «punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio»<sup>(53)</sup>. Questa modifica suscitava contrastanti valutazioni: a coloro – ed erano la maggioranza – secondo i quali, «al di là delle parole diverse e più icastiche introdotte dalla Novella del 2006, poco o nulla cambia rispetto alla precedente formulazione»<sup>(54)</sup>, si contrapponeva chi attribuiva alla nuova previsione una portata innovativa, particolarmente restrittiva rispetto a quella in precedenza esistente<sup>(55)</sup>.

A questo primo intervento se ne è poi aggiunta un secondo, la cui portata non sembra possa essere smiunita come era avvenuto per quella precedente: il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, in l. 7 agosto 2012, n. 134, ha, infatti, provveduto alla soppressione nel n. 5 dell'art. 360 di ogni riferimento alla motivazione. Oggi, dunque, il vizio censurabile è costituito *tout court* dall'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti». Si è così giunti, tramite questo doppio passaggio, al testo odierno, che riproduce quello del 1940, con minime, quanto sostanzialmente irrilevanti, modificazioni formali<sup>(56)</sup>.

Indubbiamente l'intento del legislatore del 2006 era, ancora una volta, finalizzato al risultato di ridurre

47 Pubblicato in *Quaderni CSM*, 1990, XXXIV, 400 ss. In argomento si veda altresì la risoluzione approvata dal Consiglio Superiore della magistratura e pubblicato in *Foro It.*, 1990, V, 263 ss.

48 Il testo del progetto è consultabile in *Foro it.*, 1987, V, 126 ss., spec. 133. In argomento, sulle ragioni di tale formulazione, si veda V. Denti, *Una difesa d'ufficio*, in *Foro it.*, 1987, V, 175.

49 *Relazione al disegno di legge (approvato dal consiglio dei ministri il 6 febbraio 1987, presentato – n. 2214/S/IX – al senato il 16 febbraio 1987) concernente i provvedimenti urgenti per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile*, in *Foro it.*, 1987, V, 125.

50 Consultabile in *Riv. dir. proc.*, 1996, 948 ss.

51 In *Riv. dir. proc.*, 1996, 996 s.

52 L'art. 59, L. 26 novembre 1990, n. 353, si limitava ad espungere dal testo dell'art. 360 c.p.c. il riferimento alla oramai soppressa figura del conciliatore.

53 Il tenore del n. 5 diveniva così il seguente: «per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio».

54 C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, II ed., Padova 2008, 240; conf. A. Carratta, *Sub art. 360*, in *Le recenti riforme del processo civile*, Commentario diretto da S. Chiarloni, Bologna 2007, I, 322 e 324 s.; S. Cartuso, *Sub art. 360 – I*, in *La riforma del giudizio di cassazione*, a cura di F. Cipriani, Padova 2009, 44 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti; L.P. Comoglio – C. Ferri – M. Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, V ed., I, Bologna 2011, 717; A. Tedoldi, *La nuova disciplina del processo di cognizione: esegesi e spunti*, in *Giur. it.*, 2006, 2007; M. Taruffo, *Una riforma della Cassazione civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 780 s.

55 G. Monteleone, *Il nuovo volto della cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 946 s., secondo il quale «non si tratta più di effettuare un controllo più o meno diffuso sull'iter logico-giuridico seguito dal giudice ... ma si tratta, invece, di controllare se il giudice abbia tenuto nella dovuta considerazione un fatto controverso e decisivo per il diritto». L'A. coglie nella nuova previsione un parallelismo con l'errore revocatorio, seppure «con la sostanziale differenza che in questo caso il fatto è stato oggetto di discussione tra le parti e quindi l'omessa valutazione è frutto di un errore di giudizio, non di una involontaria supposizione».

56 In particolare, esse sono rappresentate dal fatto che si parli oggi di omesso esame «circa un fatto decisivo», invece che, come nel 1940, di omesso esame «di un fatto decisivo».

il numero dei ricorsi<sup>(57)</sup>, ma che tale risultato non sia stato conseguito è dimostrato inequivocabilmente dalla circostanza che, a poco più di cinque anni dalla predetta novella, il motivo di impugnazione in esame veniva nuovamente – e più radicalmente – inciso, con il sostanziale ritorno alla formulazione del codice del 1940 e l’abbandono definitivo del disposto introdotto nel 1950.

## 6. LA SITUAZIONE ATTUALE

Quest’ultimo cambiamento, con il suo “ritorno all’antico”, è stato variamente valutato ed apprezzato in dottrina<sup>(58)</sup>. Senza indugiare ad un dettagliato esame delle varie opinioni, la formulazione della disposizione in esame induce a ritenerne la profonda diversità rispetto al motivo introdotto con la riforma del ’50.

Mentre questo prevedeva un apposito mezzo per censurare i vizi motivazionali della sentenza nella triplice prospettiva allora introdotta, la riforma del 2012 ha introdotto una previsione totalmente diversa, incentrata sull’esistenza di un fatto decisivo ai fini della decisione della lite, trascurato dal giudice nonostante sia stato oggetto del dibattito processuale tra le parti. Si può cogliere, da questo punto di vista, un nitido legame tra il motivo previsto dal nuovo art. 5 e quanto dispone, in tema di revocazione, l’art. 395, n. 4, c.p.c.<sup>(59)</sup>, che viene a costituire il *pendant* della prima norma<sup>(60)</sup>, essendo il *discrimen* rappresentato dalla circostanza che il fatto sia stato oggetto o no di discussione.

Come giustamente osservato, «la denuncia di questo vizio investe la Corte di un vero e proprio giudizio di fatto, seppur circoscritto alla ricognizione della vicenda processuale concretamente avutasi e limitata alla sola omissione»<sup>(61)</sup>; conformemente, del resto, a quanto osservavano, già nel 1944, Andrioli e Micheli, secondo i quali – che auspicavano la re-introduzione di un controllo sulla motivazione quale quello ammesso nella vigenza del codice di rito del 1865 ed erano critici, proprio per questa ragione, rispetto alla formulazione del n. 5 dell’art. 360 accolta nel 1940 (ed identica a quella odierna, che, semmai, è più ampia di quella di allora, stante l’utilizzo dell’avverbio «circa») – «l’omesso esame del fatto decisivo finisce con l’attribuire alla cassazione un ben più penetrante esame del fatto, in quanto la valutazione della decisorietà implica o può implicare il riesame di tutto il materiale istruttorio acquisito alla causa»<sup>(62)</sup>.

Indubbiamente anche oggi il primo tema di esame, nella prospettiva del novellato n. 5, sarà rappresentato dalla motivazione della sentenza. Ciò però non tanto per quel che dice, come in precedenza, ma per quel che non dice: quando taccia, cioè, circa un fatto decisivo oggetto di discussione tra le parti. Per contro, la motivazione della sentenza non esaurirà l’esame della Corte, che dovrà esaminare gli atti processuali per verificare l’esistenza del fatto omesso unitamente agli altri requisiti che lo rendono rilevante.

Peraltro, al di là delle opinioni soggettive, quel che conta, nella prospettiva in esame, è il diritto vivente. E, a questo proposito, la giurisprudenza sembra ormai saldamente orientata nel considerare quello in questione

57 N. Picardi, *Manuale del processo civile*, II ed., Milano 2010, 440 s.; B. Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 225; S. Satta – C. Punzi, *Diritto processuale civile*, App. aggiornamento XIII ed., Padova 2007, 48; R. Tiscini, *Sub art. 360*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. Briguglio – B. Capponi, Padova 2009, III, 1, 42.

58 Il dibattito è stato amplissimo ed è efficacemente riassunto da Rasia, *La crisi della motivazione nel processo civile*, cit., 279 ss., cui si rinvia anche per ogni opportuno riferimento bibliografico.

59 Si tratta di disposizione che ammette il ricorso in revocazione quando la sentenza «è l’effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l’inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell’uno quanto nell’altro caso se il fatto non costituisce punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare».

60 In questo senso, condivisibilmente, B. Capponi, *L’omesso esame del n. 5 dell’art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 396. Di «controllo a carattere latamente revocatorio» parla anche B. Sassani, *Legittimità, «nomofilachia» e motivazione della sentenza: l’incontrollabilità in cassazione del ragionamento del giudice*, in *Judicium.it*, § 1. Nel senso di un parallelismo con l’errore revocatorio si esprimeva già Monteleone, *op. loc. cit.* alla nota 55, con riferimento alla previsione del n. 5, quale modificata nel 2006.

61 B. Sassani, *Lineamenti del processo civile italiano*, V ed., Milano 2015, 586 s.

62 V. Andrioli – G.A. Micheli, *Riforma del codice di procedura civile*, in *Ann. Dir. Comp.*, Roma 1946 (ora in V. Andrioli, *Scritti Giuridici*, III, Milano 2007, 1576), che concludevano: «Meglio, quindi, mantenere fermo il controllo sulla logica congruenza della motivazione, purché lo si limiti ai vizi causali, incidenti, cioè, sul dispositivo». Questa contrapposizione tra l’originario testo del n. 5 e quello che doveva venir poi introdotto nel 1950, mi induce a dissentire dalla diffusa osservazione che l’odierno vizio «non coincide con quanto intesero i *conditores* del codice del 1942, mossi da tutt’altre impellenti preoccupazioni. Per costoro, infatti, l’omesso esame costituiva il limite invalicabile del sindacato sulla motivazione, e al tempo stesso un freno sulle pratiche esorbitanti che s’erano diffuse in difetto di una norma esplicita sui limiti intrinseci del controllo di legittimità. Nella lezione attuale – almeno per come inteso dalla suprema Corte – la stessa espressione si colloca fuori dal vizio di motivazione, per diventare vizio del giudizio in sé» (Capponi, *L’omesso esame del n. 5 dell’art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione cit.*, 936). Il rilievo è indubbiamente corretto, ma resta il fatto che, ora come allora, l’intento era il medesimo, ridurre il carico di lavoro della Suprema Corte, limitando il controllo sulla motivazione ed introducendo, piuttosto, un controllo sull’errore della decisione, quando fosse stato trascurato un fatto evidente e decisivo.

come un vizio avente caratteristiche profondamente innovative rispetto al passato.

La Corte Suprema è più volte intervenuta sulla portata da attribuire al nuovo n. 5 dell'art. 360 c.p.c. Le Sezioni unite hanno infatti affrontato ripetutamente il tema<sup>(63)</sup> sancendo la novità del motivo di ricorso in esame rispetto alla precedente previsione normativa; e le conclusioni raggiunte sono state successivamente riprese e ribadite dalle sezioni semplici<sup>(64)</sup>.

Secondo la Cassazione, il fatto di cui parla il n. 5 è un fatto storico, che può essere sia principale che secondario, ma che deve essere decisivo, tale cioè che, «*se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia*»<sup>(65)</sup>: il fatto omesso deve, dunque, avere un'efficacia causale determinante, non solo essere potenzialmente idoneo a determinare un esito diverso della lite. Tale fatto – dibattuto tra le parti – può risultare dal testo della sentenza come dagli atti processuali.

Anche le istanze istruttorie possono venire in gioco ai fini dell'esistenza del vizio in esame. Se l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio in questione, quando il fatto storico, alla dimostrazione del quale erano finalizzate, sia comunque stato preso in esame dal giudice – e ciò anche se la sentenza non ha dato conto di tutte le risultanze istruttorie<sup>(66)</sup> – la mancata ammissione di mezzi istruttori, senza adeguata motivazione, rileva nella prospettiva del n. 5, laddove abbia precluso alla parte di provare (e quindi far constare) un fatto decisivo per la decisione<sup>(67)</sup>; sicché, per questo aspetto, il carattere determinante del fatto si attenua. Se è vero, infatti, che la circostanza di fatto deve comunque essere tale che, se fosse stata dimostrata, «*avrebbe determinato un esito diverso della controversia*», nondimeno l'esistenza di tale circostanza non risulta dagli atti processuali o dalla sentenza; essa viene valutata in una prospettiva ipotetica, quella della potenziale idoneità della prova a dimostrare l'esistenza del fatto decisivo, qualora, cioè, l'assunto sia confermato dai mezzi istruttori dedotti e non ammessi. L'elemento determinante è pur sempre il mancato esame di un fatto decisivo, ancorché la sua esistenza non sia ancora dimostrata (ma possa, potenzialmente, esserlo).

Tutto ciò potrebbe portare al convincimento che il vizio di motivazione, quale introdotto nel 1950, non trovi più salvaguardia in sede di giudizio avanti alla Corte di cassazione. In realtà non è così: esso è ancora denunciabile, anche se in una prospettiva parzialmente diversa da quella introdotta nel 1950.

Se infatti le riforme del 2006 e del 2012 hanno profondamente modificato l'art. 360, n. 5, c.p.c., esse non hanno toccato il n. 4 della disposizione in questione<sup>(68)</sup>, il quale, come abbiamo visto, è sempre stato, sin dal 1865, un motivo di ricorso strettamente connesso al vizio di motivazione<sup>(69)</sup>. Se non che, sino al 2012, si trattava di questione più teorica che pratica, dal momento che l'ampia formulazione del n. 5 era idonea a ricomprendere in sé tutti i vizi che attenevano alla motivazione della sentenza. Cambiata quest'ultima, v'è da

63 Cass., S.U., 7 aprile 2014, n. 8053, in *Guida dir.*, 2014, 25, 14, preceduta dalla nota di G. Finocchiaro, *Sull'attuazione della riforma delle impugnazioni civili pochi punti fermi e tante incognite*; in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1594, con nota di F. Porcelli, *Sul vizio di «omesso esame circa un fatto decisivo»*; in *Corr. giur.*, 2014, 1241, con nota di C. Glendi, *At ille murem peperit (nuovamente a proposito di un altro «non grande arresto» delle Sezioni Unite)*; in *Giur. it.*, 2014, 1901, con nota di A. Turchi, *Applicabili in materia tributaria le nuove disposizioni sul ricorso per cassazione*; in *Dir. prat. trib.*, 2014, 460, con nota di S. Dalla Bontà, *Le sezioni unite enunciano l'applicabilità del riformulato art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c. e del meccanismo della c.d. doppia conforme al ricorso per cassazione in materia tributaria*. Nel medesimo senso v. Cass., S.U., 7 aprile 2014, n. 8054, in *Italgiure*, e, successivamente, Cass., S.U., 22 settembre 2014, n. 19881, in *Foro it.*, 2015, I, 209.

64 V., ad es., Cass., 27 gennaio 2017, n. 2118, in *De jure*; Cass., 19 febbraio 2016, n. 3314, in *Leggi d'Italia*; Cass., 16 ottobre 2015, n. 20980, *ivi*; Cass., 20 gennaio 2015, n. 800, in *Guida dir.*, 2015, 14, 64.

65 Così il principio di diritto affermato da Cass., S.U., 7 aprile 2014, n. 8053, cit.; v. anche Cass., S. U., 22 settembre 2014, n. 19881, in *Foro it.*, 2015, I, 209. Conf. Cass., 19 gennaio 2017, n. 1297, in *Guida dir.*, 2017, 10, 58; Cass., 20 gennaio 2015, n. 800, *ivi*, 2015, 14, 64. Secondo Cass., 27 luglio 2016, n. 15636, in *Mass. Giust. civ.*, 2016, rv 640726, è configurabile una violazione del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. anche quando il giudice abbia pronunciato su un fatto decisivo ed oggetto di discussione tra le parti «con affermazione sostanzialmente apodittica».

66 Cfr., conformemente al principio di diritto affermato da Cass., S.U., 7 aprile 2014, n. 8053, cit., Cass., S.U., 22 settembre 2014, n. 19881, cit.; Cass., 19 gennaio 2017, n. 1274, in *Guida dir.*, 2017, 10, 58; Cass., 1 settembre 2016, n. 17500, in *Juris data*; Cass., 23 agosto 2016, n. 17251, in *Giur. it.*, 2017, 647, con nota di I. Gambioli, *Brevi note sull'interpretazione dell'art. 360 c.p.c. e sulla nozione di fatto decisivo*; Cass., 13 luglio 2016, n. 14316, in *Leggi d'Italia*; Cass., 20 gennaio 2015, n. 800, cit.; Cass., 11 dicembre 2014, n. 26097, in *De Jure*.

67 Cass., 8 marzo 2017, n. 5800, in *Leggi d'Italia*; Cass., 19 dicembre 2016, n. 26100, in *Juris data*; Cass., 22 giugno 2016, n. 12884, in *Leggi d'Italia*. Analogamente è stato ritenuto con riferimento al mancato esame delle risultanze della consulenza tecnica esperita: Cass., 7 luglio 2016, n. 13922, in *Mass. Giust. civ.*, 2016, rv 640530.

68 Che prevede, lo ricordiamo, la possibilità di ricorrere in cassazione per nullità della sentenza o del procedimento, norma del codice vigente che non è mai stata modificata.

69 Ancora recentemente, prima della riforma del 2012, si era osservato come i motivi dei nn. 4 e 5 presentassero una stretta correlazione. In proposito v. B. Sassani, *Lineamenti del processo civile italiano*, I ed., Milano 2008, 497, secondo il quale «quando si parla di "omessa motivazione" ai sensi del n. 5, non ci si riferisce alla motivazione mancante, cioè a una sentenza che non contiene affatto la motivazione e si esaurisce nel dispositivo. In questo caso avremmo un vizio del documento sentenza, una nullità della sentenza che ricadrebbe nel n. 4».

interrogarsi se e come i motivi di censura previsti dal n. 4 dell'art. 360 c.p.c. ne abbiano risentito <sup>(70)</sup>.

Torna così attuale il problema dei limiti entro cui il vizio di motivazione sia censurabile per violazione di legge. La questione aveva destato, in passato, un certo interesse qualora le parti avessero proposto ricorso per cassazione non ai sensi dell'art. 360 c.p.c. (e, dunque, per i motivi ivi contemplati), ma ai sensi dell'art. 111 Cost., il quale, a prescindere dalla possibilità che una sentenza sia oggetto di ricorso ai sensi dell'art. 360 c.p.c., stabilisce che questa è «sempre» censurabile avanti alla Corte di cassazione, ma solo «per violazione di legge» <sup>(71)</sup>.

Le Sezioni Unite, chiamate a valutare, sotto tale regime, i limiti della sindacabilità sulla motivazione al di fuori degli ampi limiti riconosciuti dalla previgente versione dell'art. 360, n. 5, c.p.c., avevano chiarito che «si possono denunciare soltanto “violazioni di legge”, con riferimento sia alla legge regolatrice del rapporto sostanziale controverso, sia alla legge regolatrice del processo. Pertanto la inosservanza del giudice civile all'obbligo della motivazione su questioni di fatto integra “violazione di legge”, e come tale è denunciabile con il detto ricorso, quando si traduca in mancanza della motivazione stessa (con conseguente nullità della pronuncia per difetto di un requisito di forma indispensabile), la quale si verifica nei casi di radicale carenza di essa, ovvero del suo estrinsecarsi in argomentazioni non idonee a rivelare la *ratio decidendi* (cosiddetta motivazione apparente), o fra di loro logicamente inconciliabili, o comunque perplesse od obiettivamente incomprensibili, e sempre che i relativi vizi emergano dal provvedimento in sé, restando esclusa la riconducibilità in detta previsione di una verifica sulla sufficienza e razionalità della motivazione medesima in raffronto con le risultanze probatorie» <sup>(72)</sup>.

Seguendo tale insegnamento giurisprudenziale, la Cassazione, in seguito alla riforma del 2012, ha chiarito che, nonostante l'attuale formulazione dell'art. 360, n. 5, c.p.c., il sindacato sulla motivazione è tuttora presente, ma ridotto al minimo costituzionale, nei più angusti limiti entro cui il vizio configura una nullità della sentenza; pertanto «l'anomalia motivazionale denunciabile in sede di legittimità è solo quella che si tramuta in violazione di legge costituzionalmente rilevante e attiene all'esistenza della motivazione in sé, come risulta dal testo della sentenza e prescindendo dal confronto con le risultanze processuali, e si esaurisce, con esclusione di alcuna rilevanza del difetto di “sufficienza”, nella “mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico”, nella “motivazione apparente”, nel “contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili”, nella “motivazione perplesso ed obiettivamente incomprensibile”». Insegnamento ripreso in identici termini dalle sezioni semplici <sup>(73)</sup>.

Questo indirizzo, che forse era possibile immaginare alla luce dei precedenti sviluppi di cui si è dato conto sopra, evidenzia plurimi aspetti di differenza rispetto al controllo sulla motivazione *olim* previsto dal n. 5, quale introdotto nel 1950.

La prima ed essenziale concerne i diversi termini di raffronto che vengono in gioco. Mentre, infatti, in passato il controllo sulla motivazione comportava anche la possibilità di raffrontare le ragioni del decidere

70 Non mi sembra che il controllo della motivazione, nei termini in cui è ancora ammesso, possa farsi rientrare nella prospettiva delle violazioni disciplinate dal n. 3 dell'art. 360 c.p.c., come pure è stato prospettato (così, ad es., B. Sassani, *Legittimità, «nomofilachia» e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in cassazione del ragionamento del giudice* cit., § 10). È ben vero che omettere la motivazione configura sicuramente una violazione di legge, ma il fatto che esista un motivo specifico per censurare la nullità della sentenza e del procedimento comporta necessariamente una lettura riduttiva della previsione del n. 3. Del resto, che qui si tratti di nullità della sentenza, mi sembra fuor di discussione: la mancanza del requisito della motivazione, prescritto dall'art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c., che ne costituisce il *proprium* giusta il precetto costituzionale posto dall'art. 111, comma 6, Cost., comporta la nullità del nostro atto per inidoneità al raggiungimento dello scopo ex art. 156, comma 2, c.p.c.

71 Nel 2006, per superare la diversità tra il ricorso in cassazione ex art. 360 c.p.c. e quello straordinario ex 111 Cost., era stato introdotto un nuovo comma all'art. 360 – l'ultimo – che sancisce l'identità dei vizi denunciabili davanti alla Suprema Corte, indipendentemente dalla natura, ordinaria o straordinaria, del ricorso. Con la conseguenza che, stabilendo la norma in questione, *per relationem*, i vizi proponibili tramite il ricorso straordinario in cassazione, è oggi possibile denunciare ex art. 111 Cost. anche l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti, motivo sicuramente assai lontano dalla «violazione di legge» di cui parla la previsione costituzionale.

72 Cass., S.U., 16 maggio 1992, n. 5888, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 804, con nota di M. De Cristofaro, *Ricorso straordinario per cassazione e censure attinenti alla difettosa motivazione (del rapporto fra art. 360, n. 5, c.p.c. ed art. 111, 2° comma, Cost.)*; in *Corr. giur.*, 1992, 751, con nota di C. Mandrioli, *Le «sezioni unite» limitano l'accesso al ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Costituzione*. Orientamento ribadito, pochi mesi dopo, da Cass., S.U., 16 settembre 1992, n. 10598, in *Foro it.*, 1995, I, 633.

73 Cfr., tra le tante, Cass., 12 ottobre 2017, n. 23940, in *De Jure*; Cass., 4 agosto 2017, n. 19641, in *Guida dir.*, 2017, 46, 74; Cass., 27 gennaio 2017, n. 2118, in *Juris data*; Cass., 12 gennaio 2017, n. 678, in *Leggi d'Italia*; Cass., 28 settembre 2016, n. 19179, *ivi*; Cass., 10 giugno 2016, n. 11892, in *Mass. Giust. civ.*, 2016, rv 640194; Cass., 31 maggio 2016, n. 11344, in *Leggi d'Italia*; Cass., 7 aprile 2016, n. 6763, in *Juris data*; Cass., 18 marzo 2016, n. 5447, in *Leggi d'Italia*; Cass., 19 febbraio 2016, n. 3314, *ivi*; Cass., 21 settembre 2015, n. 18449, *ivi*; Cass., 6 luglio 2015, n. 13928, *ivi*; Cass., 17 giugno 2015, n. 12486, *ivi*; Cass., 17 febbraio 2015, n. 3156, *ivi*.



adottate e le risultanze del giudizio, prima fra tutte quelle probatorie, oggi tale verifica è meramente «interna» al provvedimento: deve cioè fare riferimento a questo in sé, prescindendo da dati estranei alle argomentazioni contenute nella sentenza, quali desumibili da altre fonti processuali<sup>(74)</sup>. Da questo punto di vista il controllo sul difetto di motivazione si è fortemente ridotto rispetto al passato.

Se, d'altra parte, si esaminano i tipi di vizi oggi configurabili secondo la giurisprudenza, la diversità sussiste parimenti, anche se forse è meno nitidamente prevedibile l'evoluzione che si potrà avere.

La Suprema Corte, nel 1992, con la decisione poc'anzi ricordata, raggruppava tali vizi in due grandi categorie: da un lato, la mancanza dei motivi sotto l'aspetto materiale e grafico, dall'altro l'esistenza «grafica» della motivazione, ma inidonea «a rivelare la *ratio decidendi*, anche sotto l'aspetto del fatto», ipotesi nella quale faceva rientrare sia i casi di motivazione apparente, sia quelli di contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili e, ancora, di motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile<sup>(75)</sup>. La soluzione è stata ripresa dalla giurisprudenza chiamata ad individuare i casi di controllo sulla motivazione oggi configurabili<sup>(76)</sup> a seguito della riforma del n. 5 dell'art. 360 c.p.c., che, a sua volta, li individua seguendo l'anzidetta ripartizione, pur tendendo ad una considerazione autonoma delle varie figure che, nel 1992, venivano ricomprese nella più generale inidoneità della sentenza a rendere percepibile la propria *ratio decidendi*.

Si contrappongono, così, ad una ipotesi quasi di scuola (quale la mancanza assoluta della motivazione sotto l'aspetto materiale e grafico), altre di più incerta individuazione in concreto.

Rispetto alla pregressa formulazione del n. 5, che parlava di «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione», sicuramente continua a ricorrere, ancor oggi, il primo caso, quello dell'omissione di motivazione: e ciò sia dal punto di vista della motivazione materialmente e graficamente inesistente, sia da quello della motivazione graficamente presente, ma logicamente inidonea alla sua funzione (e, come tale, meramente «apparente»). Altrettanto, però, pare doversi dire con riguardo al carattere contraddittorio della motivazione, visto che sia il «contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili», sia la «motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile» richiamano tale concetto: vizi che ricorreranno sicuramente laddove non sia ravvisabile la *ratio decidendi* della decisione, ma suscettibili di essere letti in maniera più o meno ampia, a seconda dell'interpretazione che si vorrà darne.

Escluso, invece, per espressa affermazione della giurisprudenza<sup>(77)</sup>, è il controllo sulla sufficienza – e quindi sulla razionalità – della motivazione: la differenza, da questo punto di vista, appare marcata rispetto al passato. In realtà, il quadro è meno nitido di quanto si potrebbe ritenere: infatti quello di «motivazione apparente» è concetto indeterminato, idoneo ad essere inteso in maniera più o meno rigorosa. In effetti, una motivazione gravemente insufficiente ben potrebbe essere ritenuta come apparente<sup>(78)</sup>; stabilire in quali termini ci si orienterà non è possibile predire, poiché sarà la prassi della Suprema Corte, se non addirittura quella delle singole sezioni, a concretamente dirlo<sup>(79)</sup>. Certo è che il controllo non potrà che essere interno alla sentenza e in questa prospettiva la differenza con il passato è destinata a rimanere radicale, essendo preclusa ogni verifica – anche se la giurisprudenza si orientasse in termini permissivi – della sufficienza della motivazione e della sua razionalità in relazione alle risultanze processuali.

Peraltro, se una tale soluzione mi sembra imposta *in iure condito*, non si può non constatare come la Corte di cassazione talvolta abbia difficoltà ad accettare quest'ultimo limite. Una recente decisione, infatti, ha aderito ad una interpretazione decisamente estensiva del n. 5, stabilendo che «nella nuova formulazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c. ... la Corte di cassazione può verificare l'estrinseca correttezza del giudizio di fatto sotto il profilo della manifesta implausibilità del percorso che lega la verosimiglianza delle premesse

74 V. per tutte, Cass., S.U., 7 aprile 2014, n. 8053, cit.; Cass., S.U., 22 settembre 2014, n. 19881, cit.

75 Cfr. Cass., S.U., 16 maggio 1992, n. 5888, cit.

76 Cfr. la giurisprudenza citata alla nota 73.

77 Cfr., per tutte, Cass., S.U., 7 aprile 2014, n. 8053, cit.; Cass., S.U., 22 settembre 2014, n. 19881, cit.

78 Osserva G.F. Ricci, *Il giudizio civile di cassazione*, II ed., Torino 2016, 172, che «estremamente labile è il confine fra una motivazione che si voglia considerare apparente e quello di una motivazione che sia illogica o insufficiente».

79 V., ad es., per due letture assai differenti, Cass., S.U., 3 novembre 2016, n. 22232, in *Leggi d'Italia*; Cass., 9 marzo 2017, n. 6025, in *Italggiure*, nella motivazione.

alla probabilità delle conseguenze e, pertanto, può sindacare la manifesta fallacia o non verità delle premesse o l'intrinseca incongruità o contraddittorietà degli argomenti, onde ritenere inficiato il procedimento inferenziale e di risultato cui esso è pervenuto, per escludere la corretta applicazione della norma entro cui è stata sussunta la fattispecie»<sup>(80)</sup>. Proprio il riferimento alla «manifesta fallacia o non verità delle premesse o l'intrinseca incongruità o contraddittorietà degli argomenti», se portato alle sue estreme conseguenze, sembra dischiudere nuovamente le porte del Supremo Collegio ad un sindacato sulla razionalità della motivazione.

## 7. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Profonde modifiche vi sono state, dunque, a proposito della possibilità di ricorrere per cassazione per difetto di motivazione, dall'introduzione del codice di procedura civile del 1865 c.p.c. ad oggi.

La storia di tale motivo di ricorso può, così, essere vista come «ciclica»: una costante oscillazione tra la vocazione «classica» della Suprema Corte, quale giudice chiamato a decidere sui casi concreti in quanto sussiste un «interesse della legge», e quella della Corte di cassazione come arbitro finale della singola controversia, chiamato a valutare la giustizia della soluzione prescelta.

In questo variegato quadro, la riforma del 2012 è stata, dunque, solamente l'ennesima manifestazione del dissenso, già esistente all'inizio del secolo scorso, circa la funzione da attribuire alla Cassazione e conseguentemente al controllo da ammettersi sulla motivazione del provvedimento di merito; dissenso che, vivo nella vigenza dell'abrogato codice, si è riproposto quando si è trattato di varare quello in vigore, poi con la «controriforma» del 1950, per rinnovarsi periodicamente nel tempo. Dissenso che, se si muoveva nel quadro dei massimi principi, relativamente alla funzione da svolgersi dal Supremo Collegio, era altrettanto, se non prevalentemente mosso dalla preoccupazione di ridurre un carico di lavoro ritenuto manifestamente eccessivo. Emblematico è, infatti, che anche quando tale carico, come negli anni '70 del secolo scorso, era estremamente inferiore a quello odierno, si fornisse della necessità di intervenire sul n. 5 dell'art. 360 c.p.c. – come era stato in passato e come sarebbe stato in seguito – *in primis* una giustificazione sistematica, ma senza celare l'intento di ridurre il numero dei ricorsi avanti alla Suprema Corte.

Oggi ha ripreso il sopravvento il partito che vuol privilegiare il ruolo della Corte quale giudice dello *ius constitutionis* piuttosto che dello *ius litigatoris*, peraltro sempre nell'intento ultimo di ridurre il numero dei ricorsi.

Non si può non constare, peraltro, come il controllo sulla motivazione tenda sempre a riemergere, nonostante le riforme in contrario senso: circostanza la quale consente di concludere che tale controllo è percepito come un momento essenziale anche nel giudizio davanti alla Corte di cassazione.

80 Cass., 5 luglio 2017, n. 16502, in *De Jure*. V., in senso analogo, Cass, 12 giugno 2018, n. 15321, in *Italggiure*, nella motivazione, secondo la quale «la genericità del rinvio alle argomentazioni del c.t.u. ed il ricorso a mere clausole di stile per esprimere la condivisione delle conclusioni peritali ... e il dissenso dalle critiche mosse dalle parti, non è compatibile con l'obbligo di adeguata motivazione incombente sul giudice di merito», sicché il conseguente difetto di «percorso logico» della motivazione comporta la violazione dell'art. 360, n. 5, c.p.c.

# LA PRUEBA CIENTIFICA

## THE SCIENTIFIC PROOF

Adrián Simons Pino<sup>1</sup>

*The scientific advances have greatly influenced the perception of the facts, generating some objectivation of the perception of the proof. In the past, many decisions were made on the basis of common sense and presumptions. This is reduced by the performance of more reliable evidence, which can generate a better conviction in the judge or legal operator.*

*In this article, the author develops the effects that the scientific evidence has had on legal practitioners, such as the judges. Also, a theoretical framework will be proposed to understand this type of test, taking as reference emblematic cases.*

*KEYWORDS: Science; test; process; judge; certainty.*

Los avances científicos han influenciado enormemente en la percepción de los hechos, generando cierta objetivación de la percepción de la prueba. En el pasado, muchas decisiones se tomaban sobre la base del sentido común y las presunciones. Ello se ve reducido con la actuación de medios probatorios más certeros y fiables, los cuales pueden generar una mejor convicción en el juez u operador jurídico.

En el presente artículo, el autor desarrolla los efectos que ha tenido la prueba científica en los operadores del derecho, como los jueces. Asimismo, se planteará un marco teórico para comprender a dicho tipo de prueba, tomando como referencia casos emblemáticos.

PALABRAS CLAVE: Ciencia; prueba; proceso; juez; certeza.

### I. ¿LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO?

Como ha indicado el científico español Peré Estupinyá “la ciencia son las gafas que nos permiten escudriñar en la estructura del universo, descubrir el mundo microscópico, explorar el interior del cerebro humano, comprender nuestro comportamiento, y disfrutar de toda la complejidad y esplendor que oculta la naturaleza”<sup>2</sup>.

Por ejemplo, una gran revolución llegó con la capacidad de observar el funcionamiento del cerebro en tiempo real, a través de lo que ahora se llama neurociencia. Más allá de las aplicaciones médicas, los escáneres de resonancia magnética funcional están siendo utilizados para investigar lo más profundo de nuestra personalidad. ¡El futuro ya está presente!

Los científicos ya están afirmando que las imágenes más precisas de la actividad cerebral, pueden ser utilizadas para exculpar a alguien de un proceso si se detectan que las fechorías no son atribuibles a la voluntad de esa persona, sino debido a una programación cerebral defectuosa. Esto puede llevar a revolucionar las bases del derecho penal y los principios que sostienen a la imputación.

Ahora, se sabe que los escáneres de resonancia magnética funcional pueden detectar las alteraciones en los cerebros de los pederastas. Incluso un grupo de científicos de la Universidad de Harvard ha planteado válidamente la siguiente pregunta: ¿debería ser reconsiderada la ley criminal en vista de los avances de la neurociencia?

<sup>1</sup> Abogado, Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Miembro de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje.

<sup>2</sup> ESTUPINYÁ, Pere. El ladrón de cerebros. Compartiendo el conocimiento científico de las mentes más brillantes. DEBOLSILLO, Barcelona, 2013. p.20.

Hemos llegado a tal punto que el principio de autoridad y el sentido común no se llevan muy bien con la ciencia. La ciencia nos enseña que la toma de decisiones debe estar basada en evidencia y corregir constantemente nuestras creencias, cuando las evidencias de la experimentación nos lo sugieren.

A partir de ahora, el sentido común ya no será el mismo. Y nuestras máximas de experiencia deberán tener otro estándar.

Los jueces de muchas partes del mundo ya son conscientes de ello. Pero, llevar el mundo del conocimiento científico al proceso (sea judicial o arbitral) no será tarea fácil. Veamos.

## II. LOS CASOS DAUBERT-JOINER-KUMHO3 4 5 6

Hoy en día, no se puede hablar de la prueba científica sin siquiera hacer referencia a la llamada trilogía DAUBERT-JOINER-KUMHO.

Antes de los casos emblemáticos, el referente era el caso *Frye v. Estados Unidos de América* de 1923. La Corte Suprema de los Estados Unidos descartó como prueba pericial científica el detector de mentiras basado en la presión arterial sistólica. La doctrina derivada del caso *Frye* estableció que los métodos usados por el experto para formar sus conclusiones científicas deberían encontrarse entre los generalmente aceptados por la comunidad científica especializada. Apreciemos que desde 1923, la Corte Suprema de los Estados Unidos mostró una preocupación por la ciencia y su influencia en el proceso. En las siguientes líneas, haré una breve síntesis de los casos que consagraron esa justificada preocupación.

### A. *Caso Daubert Vs Merrel Dow Pharmaceuticals Inc. (1993)*

Se trataba de un fármaco llamado Bendictin que se recetaba para las náuseas de las mujeres embarazadas. Los demandantes argumentaron que la medicina causaba defectos de nacimiento en los recién nacidos.

Tanto en primera como segunda instancia, había mucha evidencia epidemiológica, en contra de lo indicado en el dictamen pericial (aplicaron la regla *Frye*).

El caso llegó hasta la Corte Suprema de los Estados Unidos, ésta revocó la decisión de la Corte del Noveno Circuito de Apelaciones y declaró que ya no era aplicable la regla *Frye*, en materia de prueba científica.

Fue la primera vez que una Corte Suprema de un ordenamiento jurídico importante asumió el problema de la validación científica de nociones extrajurídicas de las cuales el juez puede servirse para fundamentar su decisión.

El juez ponente Blackmun, como lo refirió el profesor Taruffo, creó un mini tratado de epistemología, en el que se hizo prevalecer el conocimiento reflexivo elaborado con rigor, frente al *doxa*, que hasta ese momento representaba al conocimiento ordinario sin rigurosa reflexión. Para tal efecto, el juez Blackmun creó una lista de criterios para la admisión y valoración de la evidencia científica o técnica que se haya aportado al proceso. Ahora bien, esa lista no debe ser apreciada como una de carácter cerrado, todo lo contrario, debe permanecer abierta para que los jueces o árbitros puedan emplear criterios complementarios, en consonancia con los avances de la ciencia o tecnología.

### 1. CRITERIOS

- A. Falsabilidad (falsifiability): se manifiesta con la siguiente pregunta: ¿La prueba se basa en una teoría o una técnica susceptible de contraste? Esto tiene que ver con el control empírico de la teoría o técnica usada para la producción de la prueba aportada al proceso.

3 PEREZ GIL, Julio. El Conocimiento Científico en el Proceso Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 102-107.

4 TARUFFO, Michele. La Prueba. Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 90, 94, 95, 97, 98, 99 y 100.

5 LLUCH, Xavier Abel. La Valoración de la Prueba Científica. En: Derecho Probatorio Contemporáneo. Prueba Científica y Técnicas Forenses. Coordinadora: BUSTAMANTE RÚA, Mónica María, Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco, Colombia, 2012, p. 244.

6 SANDERS, Joseph. La paradoja de la relación metodología y conclusión y la estructura de la decisión judicial en los Estados Unidos. En: Derecho Probatorio Contemporáneo. Prueba Científica y Técnicas Forenses. Coordinadora: BUSTAMANTE RÚA, Mónica María, Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco, Colombia, 2012, pp. 99-109.

B. Revisión por pares (*peer review*): se manifiesta haciendo la siguiente pregunta: ¿Ha sido la teoría o técnica revisada por otros científicos o técnicos?

La revisión científica se considera como necesaria para la defensa de la “buena ciencia” y el imprescindible descarte de la “mala ciencia” o también llamada “ciencia basura” (*junk science*), por cuanto incrementa las posibilidades de detección de errores metodológicos. Por ejemplo, la publicación de los resultados de una investigación en revistas científicas o especializadas de reconocido prestigio, es un ingrediente que debe incrementar la confianza en el juez, respecto de la validez o confiabilidad del método utilizado por el experto o perito. Todo juez debe ser cuidadoso cuando tiene frente a sí una prueba catalogada como científica o técnica, porque puede tratarse de un lobo feroz disfrazado de caperucita; por ejemplo, cuando se está frente a una prueba de ADN realizada por un laboratorio que no tiene certificaciones o, si las tuviera, no son las adecuadas, o si la muestra tomada no fue la requerida, o si esta no fue objeto de una adecuada conservación antes de ser llevada para análisis, etcétera.

Pero, también hay que reconocer que, en algunos casos, los descubrimientos científicos o técnicos pueden ser innovadores o singulares, o de un interés específico para haber sido objeto de alguna publicación de manera periódica o reiterada. Esta situación debe ser apreciada por el juez o árbitro según el caso concreto.

A. Porcentaje de error conocido o potencial (*standar and error rates*): ¿Cuenta la técnica con una tasa de error conocido y con normas de control de su operatividad? ¿Respeto los estándares de correcta ejecución en las operaciones aplicativas? Esto responde al conocimiento de la probabilidad efectiva o potencial de error.

Consenso general de la comunidad científica (*general acceptance*): ¿La ciencia utilizada es generalmente aceptada? Si bien este es el mismo criterio que el asumido en el caso Frye, al ponerse en contexto con todos los demás criterios adquiere una dimensión absolutamente diversa.

## 2. PROBLEMAS ESENCIALES POSTULADOS EN EL CASO DAUBERT

- a. La necesidad de que el conocimiento extrajudicial del cual el juez se sirve para decidir sobre los hechos, sea científicamente válido.
- b. Se espera que el juez sea una especie de guardián o *gatekeeper* de la prueba científica, que tenga la potestad de seleccionar y admitir para valoración al momento de resolver, sólo la prueba científicamente válida.
- c. Se pone en crisis el mito según el cual la ciencia sería capaz de encontrar la verdad cierta e indiscutible. Este mito favorecería una dirección pasiva y sometida de los jueces sobre lo que dicen los científicos, técnicos, expertos o peritos. Mito que muchas veces se ve reforzado por la presión mediática cuando se trata de un caso de interés público, en el que se ha puesto en evidencia alguna pericia o dictamen científico-técnico que, a su vez, sirve de pretexto para los denominados “juzgamientos o linchamientos públicos” sobre la inocencia o culpabilidad de una persona.

Ocurre a menudo que, en el proceso, se discuten técnicas de indagación que se definen como científicas, pero que en muchos casos no lo son, con el consecuente riesgo de cometer graves errores en la confirmación de los hechos. Solo un juez, actuando como epistemólogo y aplicando los criterios antes indicados, puede llegar a conclusiones válidas al momento de valorar la prueba.

### B. Caso *General Electric vs Joiner (1996)*

En este caso el demandante alegó que adquirió un cáncer al pulmón por su exposición al PCB (bifenilos policlorinados), que se usaba como aislante para equipos eléctricos. El PCB es una sustancia tóxica y está considerada como uno de los doce contaminantes más nocivos.

El demandante era un fumador y con antecedentes familiares de cáncer al pulmón, pero argumentó que el PCB desencadenó o activó su cáncer.

El juez supremo Rehnquist revisó los estudios científicos presentados por el demandante y, aplicando las reglas del caso DAUBERT, concluyó que no había relación que estadísticamente lo demostrase. Se presentaron estudios de trabajadores de una planta del Estado de Illinois que acreditaban una alta incidencia de muertes por cáncer al pulmón. Sin embargo, ese incremento no fue estadísticamente significativo. Los expertos no

podieron concluir y vincular el aumento de las muertes por cáncer al pulmón, con la exposición a los PCBs.

### C. Caso *Kumho Tire vs Carmichael* (1999)

La Corte Suprema decidió revisar nuevamente el tema porque la Corte del Décimo Primer Circuito de Apelaciones sostuvo que la regla de la admisibilidad de DAUBERT se aplicaba solo a la prueba científica, y no a otros tipos de pruebas periciales.

En este caso, los demandantes resultaron heridos cuando el neumático trasero derecho de su camioneta estalló. Por ende, alegaron que los neumáticos Kumho tenían algún defecto de fabricación.

Así concluyó el perito o experto de los demandantes: “la carcasa del neumático debe permanecer unida a la parte interna de la banda de rodamiento por un periodo significativo de tiempo, después del natural desgaste de su banda de rodamiento”. En el caso, la banda de rodamiento se separó de su interior con cinturón de acero. El experto, para emitir su dictamen realizó una inspección visual y táctil de la cubierta del neumático y constató que no había sufrido sobredesviación (desinflamamiento o demasiado peso); por tanto, concluyó que la llanta estaba defectuosa.

La Corte de Apelaciones indicó que dicha inspección no puede ser considerada como un dictamen de un experto científico y por lo tanto no aplicó la regla DAUBERT.

La Corte Suprema expresó su discrepancia y corrigiendo la decisión anterior, determinó que sí debe aplicarse dicha regla. Indicó que el método usado fue confiable, pero su aplicación al caso concreto no lo fue, porque el informe también indicaba que la llanta tenía un gran desgaste en la banda de rodamiento (como lo relató claramente Joseph Sanders). En tal caso, podría decirse que bajo el criterio establecido la opinión del experto si bien no calificaba como una prueba científica, tal vez, podría ser considerada como una prueba técnica susceptible de ser controlada bajo los criterios jurisprudenciales antes referidos.

## III. IMPACTO DE ESTAS SENTENCIAS

- a. Sus efectos fueron seguidos en la mayoría de las cortes federales y estatales.
- b. En el año 2000 el legislador norteamericano modificó el artículo 702 de las *Federal Rules of Evidence*, para incorporar los criterios establecidos en las sentencias de los casos *Doubert – General Electric – Kumho*.
- c. Con la modificación establecida, la Regla 702 quedó redactada de la siguiente manera: “Cuando los conocimientos científicos, técnicos u otros especializados puedan servir al Jurado para entender las pruebas o fijar los hechos del caso, podrá tenerse en cuenta el testimonio de un experto por razón de conocimiento, habilidad, experiencia, formación o educación en el que exprese su opinión si (1) el testimonio está suficientemente fundado en hechos o datos fiables, (2) el testimonio es producto de principios y métodos fiables, y (3) el testigo aplica los principios y métodos a los hechos del caso de forma fiable”.
- d. Es importante precisar que el “testigo experto” (*witness expert*) es el equivalente en nuestro sistema al perito. En Inglaterra, tiene una regulación especial, la cual otorga al juez un poder de control respecto de la prueba pericial que se vaya a ofrecer. Es decir, para el ejercicio de tal medio probatorio se requiere la conformidad de la Corte.
- e. La influencia de las indicadas sentencias trascendió continentes y llegó hasta nuestro sistema (*Civil Law*). La doctrina fijada por los tribunales norteamericanos sobre el llamado “juicio de admisibilidad” de las pruebas científicas, es hoy imprescindible para cualquier aproximación al tema. Ese reconocimiento pacífico, que supera las barreras tradicionales entre los sistemas del *Civil Law* y el *Common Law*, se debe probablemente a una necesidad compartida: la de afrontar el problema de discernir entre la buena ciencia y la que solo tiene una mera apariencia de serlo. Además, de poner en manos del juez o árbitro una serie de herramientas para evaluar la fiabilidad de la prueba científica o técnica aportada por alguna de las partes.
- f. Como indicó Julio Perez Gil<sup>7</sup>, una correcta aplicación de los requerimientos derivados del caso *Daubert* va dirigida a establecer con carácter previo al juicio, lo que pudiera ser calificado como una aceptable

<sup>7</sup> PEREZ GIL, Julio. El Conocimiento científico en el proceso civil, ob.cit., p. 107.

“verdad científica”.

- g. El caso Daubert, trajo un desarrollo de determinados conceptos referidos a la prueba científica o técnica y su aporte al proceso, como instrumento efectivo de comprobación de los hechos invocados por las partes, aumentando el grado de certeza o veracidad de la decisión. Teniendo en cuenta ello, en las siguientes líneas veremos, bajo la perspectiva del profesor Taruffo<sup>8</sup> una clasificación de las ciencias que nos permitirá apreciar mejor el rol del juez al momento de la admisión, actuación y valoración de las pruebas científicas o técnicas.

## CLASIFICACIÓN DE LAS CIENCIAS

### Ciencias Empíricas

Son las ciencias de la explicación y dentro las cuales resaltan las ciencias naturales; las llamadas ciencias duras (química, física, biología, genética, determinadas ramas de la ingeniería, matemáticas, aunque no tiene base empírica).

### Ciencias Sociales

Son las ciencias apreciadas desde la comprensión, también llamadas ciencias del espíritu, humana o social (psicología, sociología, antropología, historia, derecho, etcétera). Se puede decir que son todas las que estudian el comportamiento humano.

Catalogar a las ciencias en dos grupos puede ser calificado como osado, pero tiene una función didáctica para resaltar la base empírica y social que les sirve como fuente de comprobación. Por ejemplo, hay ciencias que no podrían ser calificadas como enteramente empíricas o sociales como la economía y la contabilidad. La economía puede tener una dimensión matemática o numérica, pero también tiene en consideración los comportamientos sociales frente a los fenómenos de producción, o la relación del hombre con la propiedad o la riqueza.

Lo relevante es que, sin importar el tipo de ciencia, la actitud del juez o árbitro debe ser como la de un epistemólogo; y lo más recomendable, al momento de sustentar su decisión sobre la base de la evidencia científica aportada, es que aplique los estándares de fiabilidad antes mencionados.

El uso de nuevos estándares de control de fiabilidad de la prueba científica, trajo como consecuencia una serie de cuestionamientos frente a determinadas técnicas que antes gozaban de un alto grado de confiabilidad. En el año 2009, la National Academy of Science, en una publicación titulada “Strengthening Forensic Sciences in the United States”, se cuestionaron las 12 principales técnicas forenses desde el punto de vista de la severidad científica. Todas las técnicas forenses, con excepción de los test genéticos, son cuestionadas respecto del fundamento de su absoluta validez científica. Esto afectó a las técnicas más usadas: huellas digitales, pericia caligráfica y pericia balística.

El principal argumento que se planteó para justificar tales estudios, relativos a la falta de certeza científica, radica en que estas técnicas tienen una valoración subjetiva por parte de los expertos que las usan. La consecuencia es que, si dos expertos llegan a conclusiones distintas, no existe ningún otro criterio científicamente válido para decidir quién tiene la razón.

## IV. CUALIDADES ESPECÍFICAS DE LA CIENCIA

Siguiendo los criterios desarrollados por el profesor Gustavo Cuello Iriarte<sup>9</sup>, la ciencia debe ser apreciada por el juzgador de la siguiente manera:

- a. La objetividad: la ciencia debe apartarse, en la medida de lo posible de prejuicios, costumbres, tradiciones, meras impresiones u opiniones, etcétera.
- b. La racionalidad: la ciencia se vale de la razón como herramienta para el logro de resultados. De esta manera, se aparta de la religión y de todos los conocimientos no racionales.
- c. La sistematicidad: la ciencia se preocupa por construir un sistema de ideas organizadas racionalmente.

<sup>8</sup> TARUFFO, Michele. La Prueba, ob. cit., p. 97.

<sup>9</sup> CUELLO IRIARTE, Gustavo. Derecho Probatorio y Pruebas Penales, LEGIS, Bogotá, 2008, pp. 223 y 224.

- d. La generalidad: a la ciencia le interesa llegar a una comprensión cada más extensa de las cosas.
- e. La falibilidad: la ciencia debe aceptar su propia capacidad de equivocarse. Siendo consciente de sus limitaciones, la ciencia podrá autocorregirse y superarse. Una teoría científica siempre puede ser refutada o sometida a cuestionamiento. Ser escéptico es esencial para la consolidación de la ciencia y su propia evolución.
- f. La verificabilidad es necesaria, según el tipo de ciencia que se trate.

## V. VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA

El juez o árbitro no tiene por función sustituir al experto o perito, o pretender convertirse en un científico improvisado. Esto puede traer como consecuencia, que se asuma de manera pasiva o sumisa el dictamen pericial, trasladando casi literalmente su contenido o conclusiones, para sustentar una decisión sobre determinados hechos invocados por las partes. La labor del juez o del árbitro debe ser distinta. Debe consistir en controlar el trabajo del experto, para verificar la credibilidad y la validez del resultado que proporciona al proceso la prueba científica o técnica.

El juez o árbitro debe valorar la correcta realización del procedimiento y la validez del método, que ha sido seguido para la realización de la prueba científica o técnica. Como lo ha reiterado el profesor Taruffo, el **juez debe operar como un epistemólogo**, es decir, como un sujeto que verifica la validez del método con el cual han estado uniendo determinados resultados probatorios. Solo actuando de esta manera se neutraliza lo que se ha denominado el “efecto CSI”, como la serie de televisión en la que la investigación forense prácticamente sustituye a los jueces.

En resumen, la fiabilidad de una prueba que pretende ser considerada como científica o técnica, depende de:

- 1) Validez científica del método usado.
- 2) Tecnología apropiada.
- 3) Rigurosos controles de calidad (correcta técnica del procedimiento).
- 4) Cualidades del experto o perito.
- 5) En el caso de los árbitros, considero que la exigencia en la correcta valoración de la prueba científica o técnica debe ser más rigurosa o de un altísimo estándar. Por varias razones: **i)** es instancia única (la revisión judicial, vía anulación, no puede entrar directamente a la actividad de valoración probatoria que hicieron los árbitros- salvo una grosera y manifiesta arbitrariedad en tal actuación); **ii)** los árbitros han sido designados sobre la base de su especialidad, que, a su vez, tiene relación con la materia controvertida; y **iii)** la confianza que las partes han depositado en lo árbitros también importa una alta dedicación para resolver el caso.

Un tema para tener en consideración es el desarrollado por la profesora española Carmen Vásquez Rojas<sup>10</sup>, con relación al *background* del juez. Este está compuesto por las creencias netamente personales y las creencias compartidas socialmente. La confluencia entre ambas creencias es justamente lo que se busca, que incremente su *background*, sobre todo en lo que se refiere a sus conocimientos científicos; lo cual, enriquecerá esa zona intermedia de las creencias del juez<sup>11</sup>.

La profesora Vasquez<sup>12</sup>, pone de relevancia dos errores que comúnmente se cometen cuando se indica que el juez debe valorar los dictámenes periciales tomando en cuenta sus propias máximas de experiencia:

- Primer Error: no distinguir entre las creencias personales y las sociales.
- Segundo Error: se confunde el rol del *background* del juez con los criterios de valoración y los estándares de la prueba. Las máximas de experiencia le sirven al juez para apreciar lo que se está diciendo, las pruebas

10 VASQUEZ ROJAS, Carmen. De la prueba científica a la prueba pericial. Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 185, 186 y 187.

11 Los jueces deben recibir permanente capacitación en ámbitos extrajurídicos que resulten de utilidad para su trabajo. Por ejemplo, genética, economía, principios contables, sociología, etc.

12 VASQUEZ ROJAS, Carmen. Ob. Cit. p. 186.



que sus sentidos perciben, etcétera. En cambio, los criterios de valoración sirven para apreciar la calidad de la prueba y los estándares de prueba son reglas de decisión sobre la suficiencia que produce en el juez el conjunto de pruebas. Es decir, luego de aplicar el principio de valoración individual de la prueba relevante, el juez hace un balance general que le permita llegar a un convencimiento sobre los hechos que se pretenden acreditar en el caso concreto. Esto último responde al principio de unidad de la prueba porque debe quedar claro que la valoración conjunta viene después del estudio individualizado de cada medio probatorio o elemento probatorio calificado como relevante<sup>13</sup>.

## VI. ¿ES EL ADN LA PRUEBA PERFECTA?

Como lo indica la bióloga Maria Isabel Quiroga<sup>14</sup>, la prueba de ADN se sustenta en las diferencias genéticas entre los seres humanos. Esto hace que las características del ADN de una persona sean únicas e inmutables y están determinadas, desde el momento mismo de la concepción, por la dotación genética que se recibe de los padres y, a través de ellos, de los ancestros. Esta dotación genética se denomina **genoma**, que es propio de cada individuo e idéntico en cada uno de los billones de células que forman un organismo.

Por eso se puede afirmar que no existen dos personas con igual ADN, salvo el caso de los gemelos idénticos.

El ADN es transmitido de padres a hijos, de los cromosomas del óvulo y del espermatozoide. Cada padre transmite al concebido la mitad de su ADN. Por eso, nuestro ADN proviene de los padres y la comparación que se haga del ADN de dos personas permite determinar si hay algún vínculo genético entre ambas.

Para el caso de las pruebas de paternidad, se usa técnicas de genética molecular y puede extraerse de cualquier célula del organismo. Lo más común es obtener células de la sangre o de la mucosa oral (interior de los labios y mejillas). Para tal efecto, se toma una muestra de cada una de las tres personas involucradas (el hijo, la madre y el posible padre). Se buscan en el presunto padre aquellas marcas o alelos (formas alternativas de un gen que se hayan en el mismo locus<sup>15</sup> de los cromosomas homólogos. Los alelos se segregan durante la meiosis<sup>16</sup> y el hijo solo recibe uno de cada par de alelos de cada progenitor), que, estando presentes en el hijo, no se encuentran en la madre. La falta de coincidencia de dos de estas marcas es suficiente para excluir la paternidad con 100% de seguridad.

De otro lado, si el presunto padre tiene todos los alelos que el niño posee y que no ha heredado de su madre, entonces su paternidad queda demostrada. Para este efecto, es muy importante señalar que el análisis de un solo locus no es determinante de paternidad, debe examinarse un número variable, generalmente entre 5 y 15 *loci*, para llegar a excluir la paternidad o alcanzar una probabilidad mayor de 99.9%. Es decir, el tamaño del fragmento de ADN que se mide en kb (miles de bases), es esencial para lograr el alto grado de certeza que busca esta prueba biológica.

También es importante resaltar que el perfil de ADN es muy usado en la medicina forense con el propósito de establecer la procedencia de algún resto biológico (sangre, semen, pelo, etcétera). Por ejemplo, para comparar el ADN de un presunto violador con el de la sangre de varios sospechosos, el perfil de ADN del criminal será idéntico al encontrado en el semen, de igual modo puede compararse la raíz del cabello, sangre, piel dentro de las uñas de la víctima, con muestras biológicas de sospechosos.

Llevada de manera correcta, debido al elevado porcentaje de certeza, esta evidencia biológica puede ser calificada como la prueba perfecta, y debería producir plena certeza al momento de juzgar.

Sin embargo, la validez del test genético depende de una serie de condiciones relativas a la calidad (tamaño de los alelos), a la recolección y conservación de los materiales genéticos, desde el uso del

13 PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones del Profesional LTDA. Colombia, 2004, p.7.

14 QUIROGA DE MICHELENA, Maria Isabel. LA PRUEBA DE ADN. Fundamentos biológicos de la determinación de paternidad y otras aplicaciones médico legales. En: La Prueba de ADN, Cuadernos Jurisprudenciales, Año 4, Número 37, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 19, 20 y 21.

15 **Locus**: Localización exacta de un gen o un segmento de ADN en un cromosoma. Las diferentes formas del gen (alelos) ocupan siempre la misma posición en el cromosoma. Plural: loci.

16 **Meiosis**: Tipo especial de división celular que ocurre en las gónadas, en el cual a partir de células diploides se forman los gametos (cada una de las células germinativas: óvulo o espermatozoide).

procedimiento correcto, hasta la seriedad del laboratorio y el experto que lo realizó.

El problema de muchos países, como es el caso del Perú, es que no tienen una Carta o Guía Genética, o regulaciones mínimas para la correcta realización de una prueba de ADN.

La idoneidad de los laboratorios es todo un problema porque debería existir una previa certificación y habilitación para su correcto funcionamiento, sean públicos o privados. Para ello también, resulta imprescindible exigir a los laboratorios certificaciones de calidad que se rigen por normas ISO.

La habilitación debe estar a cargo del Estado o de una entidad científica autorizada para tal labor. Es muy importante asegurar que el laboratorio donde se practicarán las pruebas cumpla con las normas sanitarias que la regulación provea.

La prueba de ADN puede presentar los siguientes problemas, que eventualmente afectarían su alta probabilidad de certeza:

- Cuando los laboratorios no cuentan con los expertos adecuados (inmunogenetistas, hematólogos, bioquímicos especializados en enzimas, biólogos moleculares, especialistas en bioestadísticas, etcétera).
- Cuando el laboratorio no disponga de un adecuado sistema de computación, como es el caso de los analizadores genéticos automáticos.
- También, la falibilidad de estos exámenes de última generación puede obedecer al insuficiente tamaño del grupo o cantidad de los alelos.
- La ausencia de condiciones apropiadas de asepsia o higiene durante el procedimiento de manipulación de las muestras.
- El hecho de que el ADN se encuentre degradado o afectado por la contaminación proveniente de bacterias, o que haya acontecido la denominada “contaminación cruzada”.
- Riesgo de resultados equívocos si durante el análisis no se ha mantenido la temperatura adecuada (exposición a ambiente caluroso o húmedo).

Este listado preparado por el profesor argentino Marcelo Sebastián Midón<sup>17</sup>, constituye una guía útil para que el juez o árbitro actúe como un verdadero epistemólogo, sometiendo a la prueba de ADN a un control de fiabilidad en la obtención y concreción del medio probatorio.

## VII. LA NEUROCIENCIA Y EL PROCESO

Como bien lo ha advertido el profesor René Molina<sup>18</sup>, las investigaciones realizadas por la neurociencia evidencian que el Derecho va a ser afectado de manera irremediable.

El tema es si realmente somos conscientes del impacto y si estamos preparados para enfrentarlo. La primera respuesta que se me viene a la mente es negativa. Veamos algunos ejemplos de afectación al Derecho por parte de la neurociencia:

- a. La neurociencia como herramienta para un sistema de selección de jueces: Los científicos han desarrollado herramientas que pueden utilizarse para comprobar que la teoría del pensamiento basado en la justicia tiene lugar de manera independiente del razonamiento sustentado en reglas. Cuando se piensa en la justicia, se refleja en un algoritmo no verbal, soportado por una mezcla de huellas genéticas, herencia cultural y experiencia. Con estos avances científicos será posible preparar un determinado perfil para quien aspire a ejercer el cargo de juez; sometiendo al candidato a un examen neurocientífico para determinar si está realmente preparado para ejercer tan importante función pública.
- b. La neurociencia: la libertad, responsabilidad e imputabilidad: ¿Cuán responsables somos de nuestras acciones? ¿Cómo influye la edad en la responsabilidad?

Para ello hay que tener en cuenta que las investigaciones demuestran que, durante la adolescencia se registran procesos de maduración biológica del cerebro (entre los 16 a 17 años). Es por ello que, los resultados

17 MIDÓN, Marcelo Sebastián. *Pericias Biológicas*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza – Argentina, 2005, pp. 163, 164, 165, 170 y 171.

18 MOLINA GALICIA, René. *Neurociencia, Neuroética, Derecho y Proceso*. En: *Neurociencia y proceso judicial*, Directores: TARUFFO, Michele y NIEVA FENOLL, Jordi, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 47, 48, 49, 52 y 62.

ofrecidos por la neurociencia, han demostrado que los jóvenes tienen una menor capacidad que los adultos para inhibir sus comportamientos y controlar sus impulsos.

Tan relevante está siendo la neurociencia que, en el caso *Roper vs Simmons* (2005), la Corte Suprema de Estados Unidos, apoyada en estudios neurocientíficos, abolió la pena de muerte para los jóvenes con una edad inferior a los 18 años.

## VIII. LA NECESIDAD URGENTE DE REPLANTEAR LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Si bien es cierto que la enseñanza del derecho en el Perú está en permanente crisis, considero importante advertir que no podemos vivir al margen de la sociedad del conocimiento y de la influencia de la ciencia en el proceso.

Por eso, es imprescindible que las facultades de Derecho incorporen como materia de estudio los avances de la ciencia; como la Psicología, Biología y Neurociencia (todo lo que tenga que ver con el comportamiento humano). La ciencia y el Derecho ya no pueden andar por separado.

Los jueces o árbitros también tienen el deber de conocer los avances de la ciencia, e incorporarlos a sus conocimientos generales o máximas de experiencia. Nuestra sociedad, cada vez más tecnificada, traslada sus problemas al sistema judicial o arbitral, aportando al proceso pruebas de diversa índole científica y/o técnica. Y si los jueces o árbitros no están preparados siquiera para valorar prueba compleja, es muy probable que los expertos o peritos sean quienes definan el resultado del caso, sin ningún tipo de control respecto de la fiabilidad o grado de certeza de la prueba aportada.

## IX. UN BUEN COMIENZO: LA ALIANZA ENTRE CIENTÍFICOS Y JUECES

En Inglaterra se ha dado inicio a un ambicioso proyecto: la elaboración de Manuales Judiciales de contenido científico. La Sociedad Real y la Sociedad Real de Edimburgo, bajo la dirección de Lord Hughes of Ombersley, están diseñando manuales para ayudar a los jueces británicos a entender la evidencia científica y aplicar ese conocimiento para un caso concreto.

Los manuales se caracterizan por su facilidad de entendimiento, como por la descripción precisa de las posiciones sobre temas científicos. Por esas razones, estos manuales son considerados muy útiles para muchas jurisdicciones en todo el mundo y ayudará a los jueces a conocer y entender los temas científicos.

Esta valiosa asociación ha producido hasta la fecha dos manuales: i) Análisis Forense de la Marcha; y ii) Análisis Forense del ADN. Hagamos una breve aproximados a dichos Manuales:

### A. MANUAL DE ANÁLISIS FORENSE DE LA MARCHA

A.1. El análisis forense del modo de andar o marcha es una reciente forma de evidencia en las cortes penales de Reino Unido.

A.2. Se basa únicamente en la forma de andar de individuo. Sin embargo, al ser la mecánica del movimiento humano una ciencia joven o incipiente, su fundamento científico es escaso.

A.3. Es por eso que el Manual indica que la evidencia científica que apoya el análisis de marcha forense, como actualmente es practicado, es muy limitado. Debe ser acompañado de prueba complementaria. Por sí solo, no puede ser considerado como prueba esencial de culpabilidad.

A.4. Cuando el análisis forense de marcha es usado como ayuda para la identificación de un sospechoso, los siguientes puntos deben ser tomados en consideración:

- No hay evidencia para apoyar la afirmación de que la marcha es la única, dentro de las limitaciones actuales o previsibles, de las mediciones utilizadas en el análisis forense de la marcha.
- Actualmente no existe una base confiable que permita evaluar la frecuencia de las características de marcha normal o anormal.

- No hay índices de error publicados y verificados con la metodología actual.
- No hay registro de estudios publicados sobre la confiabilidad y repetibilidad del analista.
- No hay una metodología estandarizada para el análisis, la comparación y el reporte de las características de la marcha.
- Esta ciencia joven tiene un problema como era de esperarse. No existen calificaciones académicas en el análisis forense de la marcha como disciplina; por ende, una amplia gama de profesionales puede presentarse como analista de marcha.

Pese a las advertencias antes descritas, esta nueva rama tiene un futuro prometedor. Se están desarrollando métodos automatizados para extraer datos del video y hacer comparaciones con fines biométricos, y se está explorando la posibilidad de adaptarlos para fines forenses. Si bien estos pueden ser una promesa para un futuro no muy lejano, aún se requerirán pruebas más rigurosas para validar su uso en la admisión de pruebas.

## B. MANUAL FORENSE DEL ADN

### B.1. Este manual tiene los siguientes objetivos:

- Una comprensión científica de la práctica actual del análisis del ADN, utilizado en la identificación humana dentro del contexto de la ciencia forense.
- Orientar a los jueces en relación con las limitaciones de la interpretación actual y las evaluaciones que se pueden hacer, para que pueda ser tomado en cuenta al tomar decisiones relacionadas con la evidencia de ADN.

B.2. El Manual indica que la ciencia subyacente al análisis del ADN, es confiable, repetible y precisa, y se basa en tecnología validada tanto para la generación de un perfil de ADN como para la interpretación de ese perfil. Ahora bien, cuando el análisis de ADN se usa como evidencia ante un tribunal, es importante tener en cuenta lo siguiente para evaluar la admisibilidad y peso como evidencia:

- Los perfiles de ADN se generan utilizando técnicas científicamente aceptadas y siguiendo, sobre todo, métodos o procedimientos científicos validados.
- Cuando un perfil de ADN se obtiene de una persona, la interpretación de ese perfil debería ser normalmente sencilla y proporciona evidencia científica poderosa para excluir o incluir a un individuo como posible fuente de ADN.
- La contaminación y los errores pueden ocurrir en el proceso de análisis de ADN. Los científicos pueden abordar los problemas específicos de cada caso, a través de los procesos, verificaciones y muestras de control asociadas con el caso.
- El análisis e interpretación de los perfiles de ADN complejos<sup>19</sup> debe llevarse a cabo solo dentro de las pautas validadas por la organización que realiza el trabajo. Estas pautas deben estar disponibles para su revisión.
- El peso de la evidencia de los perfiles de ADN complejos/mixtos se estima en gran medida con el uso de un programa informático.
- La elección del programa de software y por qué se utilizó para las muestras de ADN complejo/mixto, debe explorarse con el científico.
- Cualquier estimación del peso de la evidencia se calcula con estimaciones de probabilidad: una probabilidad de coincidencia es una estimación de probabilidad, mientras que una relación de probabilidad es la relación de dos estimaciones de probabilidad. En el Reino Unido, las probabilidades de coincidencia menores a uno en mil millones tienen un tope de uno en mil millones. Las razones de probabilidad superiores a mil millones también tienen un tope de mil millones.
- Las pruebas para determinar qué fluido(s) corporal(es) pueden haber producido un perfil de ADN, generalmente solo dan una indicación del fluido corporal y no una identificación definitiva.
- Existen algunos estudios publicados que abordan la transferencia y la persistencia del ADN, pero es probable que no se hayan estudiado las circunstancias específicas relacionadas con casos penales individuales.

19 Un perfil de ADN complejo es uno en el que ocurren una o más de las siguientes condiciones: i) menos de la cantidad óptima de ADN presente (modelo bajo); ii) un perfil de ADN mixto en el que no está claro el número de contribuyentes; iii) El ADN se ha degradado, lo que significa que se ha descompuesto en pequeñas piezas insuficientes para que se produzca un perfil compuesto; y iv) existen componentes químicos que impiden que el proceso de generación de perfiles de ADN funcione de manera eficiente (INHIBICIÓN).

- El Manual tiene unas reglas muy importantes de observar en lo que se refiere a la preservación de las muestras: La mayoría de la evidencia biológica se conserva mejor cuando se almacena en seco y/o congelado. Estas condiciones reducen la velocidad a la que el ADN se descompondrá y evitarán el crecimiento de moho y bacterias. Las muestras deben ser empaquetadas con sumo cuidado, a menudo usando bolsas con evidencias de intrusión que muestran una advertencia visible si alguien ha intentado abrirlas. Una vez asegurada las muestras deben ser transportadas al laboratorio forense, donde son inspeccionada y firmadas a su llegada. Dentro del laboratorio, las muestras generalmente se congelan, aunque los artículos húmedos muy manchados se pueden secar en un ambiente controlado. El secado ayudará con la preservación, pero generalmente solo se deberá usar para artículos grandes, muy manchados y mojados. Luego, el ADN se extrae químicamente y se purifica del material biológico y se almacena en tubos sellados, ya sea un refrigerador a 4°C o en un congelador a -20°C.

En resumen, este Manual ofrece a los jueces una rápida instrucción sobre la prueba de ADN, la comprensión fácil del lenguaje y términos científicos vinculados a dicha prueba y, sobre todo, un listado de advertencias al momento de evaluar la confiabilidad de la evidencia obtenida.

## X. LA PRUEBA CIENTÍFICA EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES: EL AMPARO

Teniendo en consideración la naturaleza del Amparo como proceso de tutela de urgencia para la protección de los derechos fundamentales y sociales complementarios a la libertad, reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales, la prueba, como herramienta esencial para la acreditación de los hechos lesivos a tales derechos, debe, también, estar acorde con la estructura y función de este tipo de proceso constitucional.

Como lo indica María Mercedes Serra, el proceso de amparo se diferencia del ordinario por la finalidad que persigue y la materia tratada, y porque, además, constituye un instrumento procesal diseñado para garantizar la supremacía constitucional y proteger de manera simple, rápida y directa los derechos fundamentales<sup>20</sup>.

En ese orden de ideas, es de suponerse que la prueba tiene una especial importancia por los derechos que se someten al conocimiento del juez constitucional y por la necesidad de que la tutela buscada acabe lo más pronto posible. Esto implica una limitación respecto a la prueba que se pueda aportar y a la inmediatez en su apreciación o actuación. Veamos.

Morello y Vallefín<sup>21</sup>, al comentar el artículo 2 inciso d) de la Ley 16986<sup>22</sup> (Ley de Amparo argentina), precisaron que la vía del amparo no resulta procedente para cuestiones que requieran mayor amplitud de debate o de prueba. También advierten que los jueces deben extremar su ponderación y prudencia, a fin de no decidir por el proceso de amparo cuestiones susceptibles de mayor debate y que correspondería resolver ante la justicia ordinaria.

En una línea más avanzada, el profesor Néstor Pedro Sagües<sup>23</sup> pide no hacer una exégesis liviana de la norma antes referida. La complejidad fáctica no es suficiente para rechazar el amparo, el profesor argentino advierte que no debe descartarse *a priori* la demanda, sino solo en aquellos casos en los que se requiera un aporte de pruebas superior al que normalmente puede ofrecerse en un proceso breve como el amparo.

Quien aboga por una flexibilización a la limitación probatoria en el proceso de amparo, es el profesor Osvaldo Gozaíni. Y me parece, hasta ahora, la posición más acorde con las reales necesidades de justicia constitucional. Veamos por qué.

Pese a que el amparo es un proceso de estructura concentrada con una evidente limitación probatoria, el profesor Gozaíni<sup>24</sup> invita a reconducir el objeto de la prueba en los procesos constitucionales y no usar como excusa el problema de la dificultad probatoria para el rechazo del amparo.

Es importante resaltar la siguiente idea del profesor argentino: “La principal tarea del juez en el amparo

20 SERRA, María Mercedes. A propósito del rechazo *in limine* en el amparo. En: El Amparo Constitucional, Directores: BIDART CAMPOS, Germán y SAGÜES, Néstor, Depalma, Argentina, 1999, p. 91.

21 MORELLO, Augusto y VALLEFÍN, Carlos. El Amparo. Régimen Procesal. Librería Editora Platense, La Plata, 1998, pp. 38 y 39.

22 “...si la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba...”.

23 SAGÜES, Néstor Pedro. Compendio de derecho procesal constitucional. ASTREA, Buenos Aires, 2009, pp. 474 y 475.

24 GOZAÍNI, Osvaldo. Tratado de Derecho Procesal Constitucional, tomo I, Editorial Porrúa, México, 2011, pp. 741 y 742.

es la concentración de los actos de prueba. Al no perder ninguna de las facultades procesales que cuenta en los juicios de conocimiento, ellas pueden ser actuadas. El restriccionismo anterior respecto a la necesidad de mayor debate y prueba como pauta de rechazo para tramitar el proceso constitucional no puede surtir de excusa para efectuar el control de constitucionalidad. De hacerlo, el único beneficiado es el presunto infractor, que obtiene de un ritualismo la convalidación de sus actos u omisiones que se derivan a un proceso ordinario para elaborar en su irreal eficacia la prueba necesaria”<sup>25</sup>.

Si puedo resumir en una expresión el pensamiento del profesor Gozaíni, podría decir que el juez constitucional, debe buscar un adecuado balance entre el derecho a la prueba y el debido proceso para que el amparo no sea desnaturalizado, pero que tampoco el excesivo celo o ritualismo sea un obstáculo para acceder a una técnica procesal adecuada o idónea que permita una tutela efectiva y específica a los derechos materiales. Ya lo dijo el profesor Marinoni; “[...]el derecho de acción... además de adquirir la función de derecho de acceso a la justicia, asume la figura de derecho a la preordenación de técnicas procesales idóneas a la viabilidad de la obtención de las tutelas prometidas por el derecho sustancial”<sup>26</sup>.

Si queremos que el amparo sea una técnica idónea para la obtención de las tutelas prometidas o protegidas por la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, no recurramos al exceso de ritual manifiesto o a la fácil forma del rechazo *in limine* de la demanda de amparo. El Juez constitucional no debe olvidar que cumple un rol protagónico, es el que más cerca debe estar de nuestra realidad social, siempre atento para reprimir a la arbitrariedad, ejerciendo de manera permanente el control de la constitucionalidad y el de convencionalidad. Observando siempre, para tal efecto, los tratados internacionales en la materia como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas.

Es por ello, que el profesor español Aragón Reyes, citado por Gozaíni, indica lo siguiente: “para interpretar y aplicar los derechos no sirve la *scientia iuris*, sino que precisa la *iuris prudentia*, capaz de incorporar la realidad a la norma a través del caso y de utilizar la equidad para buscar la solución normativa a través del principio de proporcionalidad”<sup>27</sup>. Ese debe ser el rol del juez constitucional, liberarse del yugo de la ley para trascender con sus decisiones en nuestra sociedad.

En sede nacional, Felipe León Florían, indica que las causales de improcedencia de la demanda de amparo no solo deben ser apreciadas a partir del listado contenido en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional. El artículo 9 del referido Código<sup>28</sup>, también puede ser usado como una limitación para el acceso al amparo. Es decir, si la controversia resulta compleja, en lo concerniente a la determinación de los hechos, el amparo no sería el proceso adecuado, por carecer de estación probatoria. Pero, al mismo tiempo advierte con mucho tino, que el hecho que un caso sea complejo no es causa suficiente para determinar la improcedencia de la demanda de amparo, debido a una eventual dificultad probatoria. “[...]no quiere decir strictu sensu que la complejidad y la necesidad de actuación probatoria hagan de por sí improcedente el amparo, sino solo significa que, de lo aportado por el demandante, en el caso concreto, no se observa con claridad (ni siquiera con proximidad) los elementos que configuran el acto lesivo, ni se muestran elementos que puedan llevar al juez a una actuación probatoria de oficio”<sup>29</sup>, apunta acertadamente el citado autor.

Teniendo en consideración lo anteriormente desarrollado, es perfectamente posible que, en el proceso constitucional, como lo es el amparo, se debatan temas que tengan relación directa o indirecta con la ciencia o la técnica. Ello, porque la evidencia científica no solo puede estar reflejada a través de una pericia, medio

25 GOZAÍNI, Osvaldo. Ob. Cit. p. 744.

26 MARINONI, Luis Guilherme. El Derecho Fundamental de acción en la Constitución brasileña. En: Boletín Mexicano de derecho comparado No. 123, UNAM, México, 2008, p. 1383.

27 GOZAÍNI, Osvaldo, Ob. Cit. p. 91.

28 Artículo 9.- Ausencia de etapa probatoria.

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de actuaciones probatorias que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.

29 LEÓN FLORÍAN, Felipe Johan. Sobre la prueba en el proceso de amparo. En: La prueba en el proceso constitucional. Dialogo con la Jurisprudencia, Guía Práctica 4, Lima, 2010, p.74.

probatorio que necesariamente debe tener una etapa de actuación probatoria. No olvidemos que la ciencia puede estar presente en muchas actividades humanas y, por ende, determinadas acciones u omisiones pueden afectar derechos constitucionales; como sería el caso de medicinas defectuosas o riesgosas para la salud, o cuestionamientos a métodos artificiales de fecundación.

La prueba científica o técnica también puede ser incorporada al proceso constitucional mediante prueba documental. Por ejemplo, aportando publicaciones científicas que reflejen la opinión de expertos sobre el tema que es objeto de discusión. Ello lo veremos más adelante cuando haga referencia al caso de “la píldora del día siguiente” o al derecho de los transexuales de cambiar el sexo en su documento de identidad. No hay que olvidar que el juez constitucional puede hacer un amplio uso de sus poderes probatorios, y hacer uso de la potestad de convocar a las partes a una audiencia para que presenten sus posiciones y expliquen la ciencia o técnica que la sustenta; por ejemplo, el efecto abortivo o no de la píldora anticonceptiva. Inclusive, el juez puede convocar a expertos para que ilustren o expliquen, desde su ciencia o conocimiento los alcances de determinada materia que puede resultar compleja.

Es claro que los debates científicos han llegado al proceso, no podemos ponernos una venda y remitir de manera automática al proceso ordinario cualquier controversia compleja que implique recurrir a la ciencia o la técnica. Cuando a veces solo es necesario comprobar una verdad científica para descartar una conducta contraria a nuestro ordenamiento constitucional.

Veamos un ejemplo en el caso del derecho constitucional a la educación y que esta no se vea afectada por la imposición de dogmas religiosos. Perú Estupinyá<sup>30</sup>, comenta que parece absurdo tener que defender a estas alturas la teoría de la evolución de Darwin. Pero, en Estados Unidos, una encuesta publicada en la revista Nature en 2007 demostró que la mitad de la población adulta no acepta la tesis de Darwin en pleno siglo XXI. Y esta realidad no tardó en llegar a las cortes norteamericanas. Los fundamentalistas religiosos en más de una oportunidad han intentado interferir en el derecho a la educación científica que tienen los alumnos, disfrazando sus creencias, para poder introducir las en los programas curriculares de las escuelas públicas. Primero lo intentaron con el denominado “creacionismo científico”, luego en la década de 1980, un juez felizmente dictaminó que resultaba obvio que el mensaje no era científico sino religioso. En el 2005 los fundamentalistas religiosos volvieron al ataque, e inventaron el concepto de “diseño inteligente” para “explicar” en las escuelas el origen de las especies. Tuvo que intervenir un juez para darle la razón nuevamente a la biología; el denominado “diseño inteligente” no era parte de la ciencia, sino una ideología religiosa.

## XI. LA PRUEBA CIENTÍFICA EN EL PROCESO PENAL

Es de resaltar que la justicia penal peruana ha dado un paso muy importante al fijar un criterio jurisprudencial en materia de prueba científica. Me refiero al IX Pleno Jurisdiccional de los Jueces Supremos en lo Penal de fecha 02 de octubre de 2015<sup>31</sup>.

Los jueces supremos han asimilado correctamente los siguientes criterios para la valoración de las pruebas científicas:

- Se adoptaron criterios para la evaluación de la validez y fiabilidad de la prueba pericial.
- De ello se deriva la diferenciación entre lo que puede considerarse ciencia de la que no lo es. Para lograr tal propósito, nuestra Corte Suprema, siguiendo a la jurisprudencia norteamericana, ha propuesto lo siguiente:
  - i. La controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica, o la técnica en que se fundamenta la prueba, lo que implica que la teoría haya sido probada de forma empírica, no solo dentro de un laboratorio.
  - ii. El porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada.
  - iii. La publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o técnica en cuestión, lo que permite su control y revisión por otros expertos.

30 ESTUPINYÁ, Perú. Ob. Cit. p.213.

31 Acuerdo Plenario No.4-2015/CIJ-116, publicado en el diario Oficial El Peruano el 21 de junio de 2016.

iv. La existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada.

Agregan nuestros jueces supremos en lo penal que el criterio de la aceptación general (*general acceptance*) deja de ser el único elemento de decisión (como se había establecido en el caso Frye). Ahora, la decisión sobre la admisión de este medio de prueba ya no corresponde únicamente a la comunidad científica sino al juez, quien deberá controlar la confiabilidad de la prueba científica, con arreglo a dichos criterios, y exponer los motivos de su inadmisión. Y, en caso de que la conclusión no se desprenda de los datos que señala en su dictamen, el Tribunal tiene la libertad de determinar que existe un análisis inaceptable entre las premisas y la conclusión.

Considero que esta jurisprudencia, dado su alcance, por las reglas y principios generales que ha desarrollado en materia de prueba científica, vincula a todas las especialidades de nuestro sistema de justicia, conforme lo establece el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Las citadas reglas jurisprudenciales, fueron aplicadas a un caso concreto. Se trata del llamado caso Oyarce (Sala Penal Transitoria R.N.N. 1658-2014- LIMA, de fecha 15 de marzo de 2016). Este es un caso de violencia en el ámbito del fútbol nacional, en el que un joven barrista perdió trágicamente la vida cuando fue atacado en un estadio por otros barristas del equipo contrario, lanzándolo desde una altura superior a los 9 metros. En el proceso penal, se actuaron diversas pericias de orden técnico y científico; unas para intentar acreditar la tesis del “auto impulso” y las otras para acreditar, como finalmente ocurrió, el uso de una “fuerza externa” que ocasionó la caída del joven barrista. Para lograr tal tarea, los señores jueces supremos en lo penal, recurrieron a la jurisprudencia comparada del caso “Daubert vs Merrell Down Pharmaceuticals”. Por ende, las pericias aportadas fueron analizadas bajo los siguientes criterios:

- Que la conclusión científica tenga fundamento fáctico.
- Que se hayan integrado principios y metodologías fiables.
- Que la conclusión sea aplicable a lo sucedido de manera verificablemente correcta.

Estos criterios, llevaron a la Sala Penal de la Corte Suprema a condenar a los agresores a una pena de 25 años de cárcel. Este ha sido caso emblemático, no solo por la atención que suscitó en el público por los actos de violencia que se producen en el fútbol, sino porque, además, los jueces recurrieron a la ciencia para sustentar una condena.

## **XII. LA PRUEBA CIENTÍFICA EN LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES: LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)**

### **A. El caso Artavia Murillo Vs Costa Rica. Fecundación *in vitro* (fiv), 28 de noviembre de 2012**

Se demandó al Estado de Costa Rica a causa de una sentencia expedida por la Sala Constitucional de ese país, que declaró inconstitucional un determinado tipo de fecundación *in vitro* (FIV).

La Corte Constitucional de Costa Rica argumentó que la fecundación *in vitro* afectaba a la vida de los embriones que eran descartados, argumentando lo siguiente: “La vida humana se inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada, resultaría en una evidente violación del derecho a la vida contenido en la Constitución costarricense”.

### **B. ¿Qué dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos?**

La Corte sustentó su decisión en dictámenes periciales científicos y en literatura de la ciencia médica.

Se llegó de determinar que Costa Rica fue el único Estado que prohibió de manera expresa la FIV.

La Corte reconoció que no hay consenso científico respecto a cuándo comienza la vida, o desde cuándo es sujeto de protección el embrión.

La Corte actuó y valoró prueba científica contenida en pericias y doctrina médica sobre el tema en cuestión. Para tal efecto, describió las tres teorías sobre la concepción:



- “Concepción I”: desde el momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide. De la fecundación se crea una nueva célula: el cigoto.
- “Concepción II”: como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. El cigoto se conecta con el sistema circulatorio materno.
- Y la tercera teoría, pero menos aceptada, indica que la vida comienza cuando recién se desarrolla el sistema nervioso.

Lo descrito evidencia que no hay consenso científico, respecto desde qué momento se produce la concepción.

Pese a la falta de consenso científico, la CIDH asumió una posición e indicó que la “concepción” comienza cuando el embrión se implanta en el útero (fecundación + implantación). Teniendo en cuenta la posición científica asumida, la Corte desarrolló las siguientes consecuencias jurídicas respecto del embrión y de la madre:

- Recién a partir de la implantación se aplica el artículo 4° de la Convención (derecho a la vida).
  - No obstante ello, el objeto de protección es la mujer embarazada, y concluye que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión.
  - La expresión “*ser humano*” utilizada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no ha sido entendida en el sentido de incluir al no nacido.
  - Según la Corte, el embrión no puede ser tratado como persona. El embrión puede ser protegido en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en “persona” con derecho a la vida.
  - La protección del derecho a la vida con arreglo al artículo 4° de la Convención no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo.
  - El derecho absoluto a la vida del embrión como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- a. Como se puede apreciar de esta apretada síntesis, la posición asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, usando como sustento determinada evidencia científica, tiene consecuencias en todo el sistema interamericano, afectando directamente las legislaciones estatales y las decisiones judiciales que, de ahora en adelante, vayan a emitir los jueces que forman parte del sistema.

No es este el espacio para realizar una crítica profunda a la decisión asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; sin embargo, no puedo dejar de advertir que el embrión implantado dejó de ser sujeto de protección directa, otorgando a la madre embarazada poder de decisión sobre su condición. Las consecuencias sobre el aborto son graves.

Demás está decir, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni por asomo usó las técnicas aportadas por el precedente DAUBERT y que han sido recogidas por la doctrina continental de manera pacífica.

### XIII. LA PRUEBA CIENTÍFICA ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

#### A. Caso 00139-2013-PA/TC, de fecha 18 de marzo de 2014. San Martín P.E.M.M. representado(a) Por Rafael Inga Zevallos. transexualidad y ciencia. versión I

El demandante interpuso una demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (organismo estatal a cargo del registro e identificación de las personas), solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino), en su documento nacional de identidad – DNI.

De igual modo, que se produzca dicho cambio en su partida de nacimiento.

El demandante se calificó como “transexual” o “mujer reasignada”, mediante una cirugía de cambio de sexo.

La sentencia emitida por la mayoría de los miembros del Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de amparo.

Gran parte del sustento de dicha decisión se basó en un análisis de naturaleza científica. El debate se centró entre el “sexo biológico” y el “sexo psíquico”; y cuál de ellos debía prevalecer.

Según el Tribunal Constitucional el único sexo a tener en consideración es el “sexo biológico”. Para

llegar a tal conclusión, recurrió a determinada ciencia que indica que el sexo biológico o cromosómico no se puede cambiar o alterar.

Como consecuencia de ello, según el Tribunal Constitucional surge la “doctrina de la indisponibilidad del sexo”.

El Tribunal Constitucional indicó que solo se puede rectificar el registro por algún “error en la transcripción”.

Además, justificó como único supuesto de desajuste en el propio sexo cromosómico, en los casos de intersexualidad o hermafroditismo (error en la apreciación del sexo).

El caso del transexualismo, lo calificó como una patología de orden psicológico (enfermedad mental).

El Tribunal Constitucional también advierte que la cirugía para el trastorno de la transexualidad y consecuente prevalencia del sexo psíquico sobre el cromosómico está sujeto a una gran polémica en el mundo científico. Agregó que la cirugía no es aceptada pacíficamente en el campo científico, que también hay tratamientos psicológico-psiquiátricos, para que el “paciente” acepte su sexo biológico y, sobre la base de ello, construya su identidad.

Siguiendo esa línea, el Tribunal Constitucional realiza la siguiente conclusión científica: “El cambio de sexo no es posible, incluso con la cirugía más perfecta”.

También estableció que el criterio científico mayoritario es el de la prevalencia del sexo biológico, por encima de lo que defiende el criterio minoritario respecto del sexo psíquico. Y, sobre la base de tal aseveración, indicó que el Derecho deberá interpretar sus normas o cambiar su legislación a la luz de lo que aporte la ciencia médica al respecto.

Para reforzar lo indicado en el numeral precedente, se argumentó que existen escuelas científicas que abogan por el tratamiento psicológico-psiquiátrico que procure curar al transexual, para que finalmente acepte su sexo biológico.

Además, Tribunal Constitucional se restringe y no dicta precedentes sobre temas polémicos que puedan dividir a la opinión pública; que ello es propio de los “jueces activistas” (afectación al principio de separación de poderes).

No obstante, los votos en minoría, en mi opinión, reflejan una posición científica mucho más sólida que, sin recurrir a la regla DAUBERT en materia de evaluación de la evidencia científica, se aproxima mucho. Veamos:

Se cuestionó severamente la existencia de las escuelas científicas que abogan por el tratamiento psicológico-psiquiátrico del transexual. Si se hubiese seguido la regla Daubert, la pregunta que hubiese sido formulada sería la siguiente: ¿Ha sido la teoría del tratamiento psicológico-psiquiátrico revisada por otros científicos? ¿Obedece a algún consenso científico?

- La comunidad científica ha rechazado las denominadas terapias reparativas, que supuestamente permitirían adaptar la identidad o el deseo sexual al sexo biológico.
- Se cuestionó la total ausencia de respaldo científico a la decisión adoptada en mayoría. De haberse recurrido a las técnicas sugeridas por la regla Daubert, era altamente probable llegar a una distinción entre “ciencia buena” (good science) y “ciencia mala” (junk science).
- Finalmente, contrario a lo que la ciencia, la doctrina y jurisprudencia comparada indican, la decisión adoptada en mayoría desconoce la categoría de “identidad de género”.

Como es de verse, para esta polémica decisión, el transexual es considerado como un “enfermo mental”.

## **B. Caso 06040-2015-PA/TC, de fecha 21 de octubre de 2016. Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga (Ana Romero Saldarriaga). transexualidad y ciencia. versión II**

Apenas pasaron dos años, para que llegara otro caso de transexualidad con pretensiones de cambio de nombre y de sexo en los documentos de identidad (partida de nacimiento y DNI). Pero, ahora, estamos frente a un Tribunal Constitucional con nuevos integrantes.

El renovado Tribunal Constitucional decidió dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial que fuera establecida en la Sentencia No.0139-2013-PA/TC. Veamos de manera resumida qué llevó al Tribunal Constitucional a este cambio de criterio en materia de transexualismo.

En el Fundamento 6, se indicó que la anterior postura suponía un severo e irrazonable impedimento para la viabilidad de esta clase de pedidos ante el Poder Judicial. Por dos razones esenciales:

i) no puede entenderse el transexualismo como una patología o enfermedad; y ii) existe la posibilidad de que, en ciertos casos, el derecho a la identidad personal faculte a un juez a reconocer el cambio de sexo.

En el Fundamento 7, se menciona que en la anterior decisión se asumió que el transexualismo era una mera cuestión patológica y/o médica. Para refutar tal conclusión, en la nueva decisión el Tribunal Constitucional recurrió a la ciencia más actual para sustentar el cambio de criterio jurisprudencial. Citó a la American Psychological Association [en adelante, APA], para afirmar que el enfoque de la enfermedad mental estaba superado. De igual modo, se explicó que la Organización Mundial de la Salud estaba rumbo a superar la tipología de la enfermedad mental o trastorno de la personalidad, en los casos de transexualismo.

Concluye el Tribunal Constitucional, en su Fundamento 9, que el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, más no como una patología; así las cosas, y en consonancia con estas evidencias, respaldadas por la jurisdicción supranacional y los criterios asumidos por los organismos internacionales, corresponde dejar sin efecto este extremo de la doctrina jurisprudencial fijada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 0139-2013-PA.

De esta manera el Tribunal Constitucional en sus fundamentos 13 y 14, aseveró que la realidad biológica no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, reconociendo que existe un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal.

De las dos sentencias materia de comentario, se pueden extraer las siguientes conclusiones: i) es claro que la prueba científica si puede ser objeto de análisis y de valoración en los procesos constitucionales; y ii) es altamente recomendable que los jueces constitucionales recurran a las reglas desarrolladas por los casos Daubert-General Electric-Kumho, para verificar la confiabilidad y validez de la información o datos científicos que se pretendan utilizar como elementos de convicción para la decisión a tomar en un caso concreto.

### **C. Casos 7435-2006-PC/TC de fecha 13 de noviembre de 2006 y 02005-2009-PA/TC de fecha 16 de octubre de 2009. ambos referidos al tema de la “píldora del día siguiente”. Dos versiones sobre un mismo tema**

En ambos casos se discute si la “anticoncepción oral de emergencia” o también llamada “píldora del día siguiente” tiene efectos en el embarazo ya iniciado y, si esta es abortiva o no. De igual modo, si el Estado debe incorporarla dentro de su política de salud pública.

Como podrá apreciar el lector, se trata de un caso donde hay un debate científico médico, en el sentido si tal método anticonceptivo impide la implantación de un óvulo fecundado y los efectos sobre el endometrio.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 7435, del 13 de noviembre de 2006, se puede apreciar una situación inusual. El Tribunal Constitucional solicitó a algunas iglesias su postura sobre los efectos de la “anticoncepción oral de emergencia”. Por ejemplo, la Iglesia Católica haciendo referencia a una encíclica papal, se opone a cualquier método anticonceptivo y de manera sorprendente indica que la anticoncepción y el aborto son frutos de la misma planta. Y se opone a que el Estado distribuya los anticonceptivos porque “actúan en realidad como abortivos en las primerísimas fases de desarrollo de la vida del nuevo ser humano”.<sup>32</sup>

Lo peor que puede hacer un juez es convocar a los dogmas en asuntos que la respuesta solo puede venir de parte de la ciencia. Poner en una decisión la posición de las iglesias frente a la de los científicos, es como regresar a la época de Galileo en la que la ciencia se enfrentaba a la religión y sufría las consecuencias de la Inquisición.

Finalmente, el Tribunal Constitucional tuvo en consideración las posiciones científicas expuestas por la Organización Mundial de la Salud, el Colegio Médico del Perú y el Ministerio de Salud. Sobre ello cabe destacar lo siguiente: “la evidencia científica actual ha establecido claramente que los mecanismos de acción

32 Juan Pablo II, “Evangelium vitae”. Roma. 1995.

de la anticoncepción hormonal oral de emergencia impiden o retardan la ovulación e impiden la migración de los espermatozoides por espesamiento del moco cervical. Por tanto, actúan antes de la fecundación... Se ha probado que tales mecanismos no tienen acción adversa sobre el endometrio, por lo que no se puede asignar efecto abortificante a la anticoncepción hormonal oral de emergencia”.

Como se trató de un proceso de cumplimiento, en el que se solicitaba que el Estado, a través de Ministerio de Salud, garantice la provisión gratuita e información sobre el anticonceptivo oral de emergencia; el Tribunal Constitucional consideró que el anticonceptivo oral de emergencia sí es un método válido de anticoncepción y que debe estar a disposición gratuita de las ciudadanas y ciudadanos. Es decir, que los efectos de la AOE no son abortivos.

No pasaron más de tres años para que el Tribunal Constitucional conociera nuevamente este debate, y fruto de ello, en un proceso de amparo asumió una posición distinta a través de la Sentencia No.02005-2009.

En la referida Sentencia, el Tribunal Constitucional admite que se ha aportado al proceso abundante información científica, pero que esta información le ha generado incertidumbre y, pese a ello, está en el deber de resolver y asumir una posición respecto del llamado anticonceptivo oral de emergencia o “píldora del día siguiente”.

En la sentencia el Tribunal Constitucional tomó en consideración lo que los laboratorios fabricantes del producto indicaron en los “insertos” de los empaques. Se analizaron cinco productos que eran comercializados en nuestro país y en todos ellos se encontró un común denominador: referido al “tercer efecto”. Es decir, que además de inhibir la ovulación o espesar el moco cervical, previenen, interfieren o impiden la implantación.

De igual modo revisaron la posición de la Food and Drug Administration (FDA), respecto de los anticonceptivos de emergencia, y específicamente el producto Plan B. Esta información científica del máximo organismo norteamericano coincide en indicar que el anticonceptivo oral de emergencia puede inhibir la implantación por alteración del endometrio, según el Tribunal Constitucional.

Es por esas razones que el Tribunal Constitucional, decidió aplicar el principio precautorio en el caso concreto. En el fundamento 47 se indicó lo siguiente: “Junto a los principios que nos han servido de pauta interpretativa respecto al derecho a la vida; para la adopción de una posición respecto de la denominada Píldora del Día Siguiente y su acusada afectación al concebido con el denominado tercer efecto, que produciría cambios en el endometrio y no permitiría la anidación, será necesario utilizar el denominado por la doctrina y la legislación principio precautorio. Esta directriz adquiere especial relevancia en los casos donde se encuentran en controversia la posible afectación de los derechos a la salud y la vida, por actividades, procesos o productos fabricados por el hombre”.

Demás está decir que nuestro Tribunal Constitucional, para aplicar el principio de precaución, asumió que la concepción y, por ende, la vida, se inicia desde el momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide. Por esas razones, declaró fundada la demanda de amparo y en consecuencia ordenó al Ministerio de Salud que se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada “píldora del día siguiente”.

Lo lamentable de ambas decisiones del Tribunal Constitucional es que no recurrieron a las reglas universales creadas a raíz de los casos Daubert General Electric y Kumho, para finalmente asumir una posición sólida frente a criterios científicos opuestos.

El debate ahora se pondrá más intenso, porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos (como lo hemos explicado en este trabajo), ha determinado que la concepción comienza cuando el embrión se implanta en el útero de la madre.

#### **D. Nuestro Código Procesal Civil y la prueba científica**

Uno de los capítulos que requiere una urgente reforma es el referido a la prueba. De manera especial, el que corresponde a la pericia.

El artículo 264<sup>33</sup>, que regula al perito de parte, leído junto con el artículo 263<sup>34</sup>, ofrecen un panorama más que confuso. Ambas normas procesales, como vienen siendo interpretadas y aplicadas por nuestros operadores (jueces y abogados), nos indican que, si una parte quiere ofrecer una pericia, en su escrito de demanda o reconvencción deberá postular tal medio probatorio indicando los puntos sobre los que versará el dictamen, la profesión u oficio de quien deberá practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia. Pero no se puede ofrecer el dictamen pericial de parte en el mismo escrito de demanda o reconvencción; debiendo esperar que el juez determine su admisibilidad y plazo para su producción. Nada más absurdo.

Se atenta contra el derecho a la defensa en su versión más elemental: la de ofrecer el medio probatorio idóneo al momento de demandar o de contestar la demanda o reconvenir.

Por ejemplo, si se quiere presentar una demanda de daños y, éstos necesitan ser cuantificados por un contador o economista, se llega al absurdo de que la demanda contenga un “sustento” respecto del tipo de daño producido y el monto al que asciende éste; pero que no sea posible adjuntar a ella el respectivo dictamen pericial de parte o informe de experto que lo sustente.

Es preciso que la norma procesal sea reformada para permitir a las partes acceder libremente a la prueba pericial, sin necesidad de que el juez en un acto posterior a la demanda, contestación o reconvencción decida su admisión y actuación. Esa libertad probatoria, le puede permitir al juez apreciar el grado de convencimiento que le puede producir la o las pericias aportadas por las partes y, solo de considerarlo necesario puede ordenar la actuación de una pericia de oficio. Y no al revés, como actualmente contempla nuestra regulación procesal; que la pericia de parte está condicionada a la que el juez vaya a determinar de oficio.

La doctrina procesal denomina a la pericia producida fuera del proceso y aportada en la demanda, contestación o reconvencción, como “dictamen pericial extrajudicial”<sup>35</sup>. De esta manera se prioriza a la pericia de parte, convertida ahora en la modalidad por excelencia de prueba pericial, relegando a un lugar subsidiario y excepcional a la pericia de oficio o de designación judicial.

Esta regulación defectuosa, obliga a las partes a realizar “malabares procesales” para presentar en los actos postulatorios prueba científica o técnica. Por ejemplo, postular como “prueba atípica” un informe escrito de experto que contenga una valuación de los daños que sirvan de sustento a una demanda o reconvencción. Y, al mismo tiempo, ofrecer una pericia de parte para acreditar el mismo tipo y monto de daño invocado.

Un tema aparte radica en el artículo 268<sup>36</sup>. Dicha norma solo permite nombrar peritos en un proceso, a los que aparecen en el listado que cada colegio profesional proporcione al Consejo Ejecutivo de cada Distrito Judicial. En mi opinión, esta regla procesal restringe severamente el derecho a la defensa de los justiciables, impidiendo, por ejemplo, recurrir a expertos académicos que laboran en universidades de prestigio o, recurrir a expertos internacionales. Demás está indicar, los serios problemas que se presentan por las listas de profesionales que aportan los colegios profesionales, debido a la falta de experiencia, idoneidad y fiabilidad de los peritos nominados.

Finalmente, es preciso una regulación especial referida a las pruebas científicas o técnicas, a efecto de que el juez pueda realizar un control de la prueba respecto de su fiabilidad, de los métodos y principios aplicados por el perito o experto y si la aplicación de tales métodos ha sido ejecutada o realizada de forma confiable.

#### XIV. CONCLUSIONES

- 1) La prueba científica es una variante de la prueba pericial, que se caracteriza por la especial idoneidad del

33 Artículo 264.- Las partes pueden, en el mismo plazo que los peritos nombrados por el juez, presentar informe pericial sobre los mismos puntos que trata el artículo 263, **siempre que lo hayan ofrecido en la oportunidad debida.** Este perito podrá ser citado a la audiencia de pruebas y participará en ella con sujeción a lo que el juez ordene.

34 Artículo 263.- Al ofrecer la pericia se indicarán con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia. Los peritos son designados por el juez en el número que considere necesario.

35 LLUCH, Xavier Abel. La Prueba Pericial, JB Bosch Editor, Barcelona, 2009, pp. 97 y 98.

36 Artículo 268.- En Consejo Ejecutivo de cada Distrito Judicial, formula anualmente la lista de los especialistas que podrán ser nombrados peritos en un proceso, tomando como base la propuesta alcanzada por cada colegio profesional. Cuando la pericia no requiera de profesionales universitarios, el juez nombrará a la persona que considere idónea. La misma regla se aplica en las sedes de los juzgados donde no haya peritos que reúnan los requisitos antes señalados.

- experto interviniente. Admite diversas acepciones como prueba pericial propiamente dicha, prueba de peritos, reconocimiento pericial, dictamen de peritos, dictamen de expertos o dictamen de especialistas.
- 2) Sin perjuicio de lo indicado en el numeral precedente, la prueba científica también puede ser presentada como prueba documental de actuación inmediata. Como se ha podido apreciar de los procesos constitucionales objeto de comentario y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los jueces pueden recurrir a evidencia científica contenida en artículos de especialidad, informes científicos de organismos internacionales, informes de expertos, etcétera.
  - 3) No debe confundirse la alta confiabilidad de que goza la prueba científica con la infalibilidad.
  - 4) El juez o árbitro debe actuar como un guardián o *gatekeeper* de la prueba científica.
  - 5) La regla Daubert se ha convertido en un parámetro universal, que debiera ser asimilada por nuestra jurisprudencia y legislación.
  - 6) El juez o árbitro debe valorar la correcta realización del procedimiento y la validez del método utilizado. De igual modo, tener en consideración el margen de error.
  - 7) La ciencia y el derecho ya no pueden seguir caminos separados. Es preciso que los jueces actualicen sus conocimientos. Un buen ejemplo de ello son los Manuales Científicos elaborados para los jueces británicos por la Sociedad Real y la Sociedad Real de Edimburgo.
  - 8) Es muy importante replantear la enseñanza del derecho, incorporando estudios elementales de psicología, biología, genética, neurociencia, etcétera.
  - 9) Los jueces y árbitros deben elevar sus estándares de conocimientos científicos, a fin de que sus máximas de experiencia estén acordes con la sociedad del conocimiento.
  - 10) Es preciso una nueva regulación procesal en materia de prueba pericial. Pero, mientras ello ocurre los jueces no pueden permanecer ausentes al paso de la historia, debiendo adecuar los procedimientos a los nuevos requerimientos de la ciencia y la técnica.
  - 11) Pese a su recepción de manera pacífica por parte de la doctrina continental, los criterios de la regla Daubert, en general, no son usados por los jueces o árbitros como herramienta de admisión, actuación y valoración probatoria. Con la honrosa excepción de la justicia penal, que ha dado un paso muy importante en nuestro país, llevando a la prueba científica a un nuevo estándar probatorio.

## BIBLIOGRAFÍA

### Legislación

Convención Americana de Derechos Humanos.

Decreto Supremo 017-93-JUS (Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Resolución Ministerial 10-93-JUS (Código Procesal Civil)

### Doctrina

CUELLO IRIARTE, Gustavo. “Derecho Probatorio y Pruebas Penales”. Bogotá: LEGIS. 2008. ESTUPINYÁ, Pere. “El ladrón de cerebros”. Barcelona: Debolsillo. 2013.

GOZAÍNI, Osvaldo. “Tratado de Derecho Procesal Constitucional”. Tomo I. México D.F.: Editorial Porrúa. 2011.

Juan Pablo II, “*Evangelium vitae*”. Roma. 1995.

PEREZ GIL, Julio. “El Conocimiento Científico en el Proceso Civil”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010. THEMIS 71 | Revista de Derecho 226 LA PRUEBA CIENTÍFICA

TARUFFO, Michele. “La Prueba”. Madrid: Marcial Pons. 2008.

LEÓN FLORÍAN, Felipe Johan. “Sobre la prueba en el proceso de amparo”. En: *Dialogo con la Jurisprudencia* 4. 2010.

LLUCH, Xavier Abel. “La Valoración de la Prueba Científica”. En: BUSTAMANTE RÚA, Mónica María (Coordinadora). “Derecho Probatorio Contemporáneo. Prueba Científica y Técnicas Forenses”. Medellín: Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco. 2012.

LLUCH, Xavier Abel. “La Prueba Pericial”. Barcelona: Bosch. 2009.

MARINONI, Luis Guilherme. “El Derecho Fundamental de acción en la Constitución brasileña”. En: *Boletín Mexicano de derecho comparado* 123. 2008.

MIDÓN, Marcelo Sebastián. “Pericias Biológicas” Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo. 2005.

- MOLINA GALICIA, René. “Neurociencia, Neuroética, Derecho y Proceso”. En: TARUFFO, Michele y Jordi, NIEVA FENOLL (Directores). “Neurociencia y proceso judicial”. Madrid: Marcial Pons. 2013.
- MORELLO, Augusto y Carlos VALLEFÍN. “El Amparo. Régimen Procesal”. La Plata: Librería Editora Platense. 1998.
- PARRA QUIJANO, Jairo. “Manual de Derecho Probatorio”. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA. 2004.
- QUIROGA DE MICHELENA, María Isabel. “La prueba de ADN. Fundamentos biológicos de la determinación de paternidad y otras aplicaciones médico-legales”. En: La Prueba de ADN: Cuadernos Jurisprudenciales 37. Lima: Gaceta Jurídica. 2004.
- SAGÜES, Néstor Pedro. “Compendio de derecho procesal constitucional”. Buenos Aires: ASTREA. 2009.
- SANDERS, Joseph. “La paradoja de la relación metodología y conclusión y la estructura de la decisión judicial en los Estados Unidos”. En: BUSTAMANTE RÚA, Mónica María (Coordinadora). En: BUSTAMANTE RÚA, Mónica María (Coordinadora). “Derecho Probatorio Contemporáneo. Prueba Científica y Técnicas Forenses”. Medellín: Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco. 2012.
- SERRA, María Mercedes. “A propósito del rechazo in limine en el amparo.” En: BIDART CAMPOS, Germán y Néstor SAGÜES (Directores). “El Amparo Constitucional”. Buenos Aires: Depalma. 1999.
- VASQUEZ ROJAS, Carmen. “De la prueba científica a la prueba pericial”. Madrid: Marcial Pons. 2015.
- Manual de Análisis Forense de la Marcha
- Manual de Análisis Forense del ADN

## Jurisprudencia

*Caso Artavia Murillo v. Costa Rica.*

*Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.* (509 U.S. 579). 1993.

*Frye v. Estados Unidos de América* (293 F. 1013. D.C. Cir.). 1923.

*Roper v. Simmons* (543 U.S. 551). 2005.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente 0139-2013-PA/TC, de fecha 18 de marzo de 2014.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente 7435-2006-PC/TC, de fecha 23 de marzo de 2016. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente 02005-2009-PA/TC, de fecha 29 de octubre del 2004.

# A INFLUÊNCIA NORTE-AMERICANA NOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS LATINOS

**Afranio Silva Jardim**

Professor associado de Direito Processual Penal da Uerj. Mestre e Livre-Docente em Direito Processual. Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do E.R.J.

Preliminarmente, dedico este singelo estudo ao grande jurista José Carlos Barbosa Moreira, por tudo o que fez em prol do desenvolvimento teórico do nosso Direito Processual. Professor insuperável e autor invulgar de obras já clássicas. Devo muito a este verdadeiro mestre. Obrigado, professor José Carlos Barbosa Moreira.

## 1. TEMOS DE TOMAR CONHECIMENTO E REFLETIR

Recentemente, li um importante livro que importei da Argentina, intitulado “Bases del nuevo código procesal penal de Lanación”, de autoria de Marcelo A. Solimine, ed. Had-Hoc, Buenos Aires, 2015. Esta obra cuida do sistema do código federal que ainda se encontra em “vacatio legis”. Em sua parte introdutória, tal autor argentino faz uma interessante explanação sobre o movimento de reforma processual penal na América Latina. Na verdade, foram novos códigos de processo penal, em 15 países, começando pela Guatemala, em 1992 e terminando em 2009, no México.

Mais impressionante do que este tempo recorde é o fato de que todos estes novos códigos de processo penal, com estrutura do chamado sistema adversarial, sofreram influência direta de juristas e organismos dos Estados Unidos da América do Norte, conforme estudo do professor argentino Máximo Langer, escrito originalmente em inglês, já que ele estava fazendo sua pós-graduação naquele país. Escreveu Marcelo Solimini, in verbis: “A partir de allí se desencadenó un proceso de reforma que Máximo Langer muestra con detalle y profundidad, con mención de los componentes políticos e ideológicos coyunturales que ledieron impulso, incluida la injerencia de organismos de los EE.UU. e internacionales (como ILUANUD) ... que concluyeron una cascada de códigos acusatorios y reformas procesales ... (p.51/52).

Em relação ao estudo acima citado de Máximo Langer, a obra que lemos faz constar em seu rodapé n.4, pag.51: “Muestra la labor de la USAID (Agência de los EE.UU. para el desarrollo internacional), que patrocinó los procesos de reforma en América Latina a partir de 1985, sin imponer modelos estadounidenses y apoyando a las instituciones locales existentes ...”. Mais adiante, na p.55, Marcelo Solimine esclarece sobre a presença de grupos provenientes das universidades norte americanas nos debates sobre novos códigos de processo penal, inclusive em relação ao argentino, conforme dito por Marcos Salt, em sua exposição na Câmara de Senadores do Congresso.

Desta forma, julgo estar confirmado o que venho dizendo há muito tempo. O chamado sistema processual adversarial (sistema acusatório puro ou radical) tem origem na ideologia liberal e privatista reinante nos Estados Unidos e não atende ao interesse público.

Vários autores, que se filiam a este modelo, chegam a sustentar que o conflito decorrente do delito se dá entre aquele que pratica o crime e a vítima, motivo pelo que o Ministério Público “sequestrou” o ofendido do processo penal (sic). Assim, deve prevalecer a vontade privada destes sujeitos, mesmo que seja para afastar a incidência da lei penal (cogente, por ser pública). É a volta ao sistema romano, onde o crime era “um problema da vítima”.



Neste equivocado sentido, é a tese de doutorado do argentino Francisco Castex, aprovada com a restrição que transcrevemos abaixo. O autor sustenta que o conflito resultante da prática do delito é, na verdade, entre o autor da infração penal e a vítima, motivo pelo que deve ser aplicada a ação penal privada e ser ampliado o poder dispositivo no processo penal, através da manifestação de vontade do ofendido. Chega-se a sugerir um sistema penal sem o Ministério Público ...A referida crítica foi feita pelo conhecido examinador professor-doutor Daniel R.Pastor, in verbis:

“Sin embargo, no me imagino que un acercamiento entre las partes, con exclusión total o parcial de la voluntad del Estado al respecto, sea “más adecuado”, ya en abstracto, para así resolver por mediación el conflicto penal entre el asesinado y su asesino, entre el genocida y los exterminados, enfin, entre Videla y las Madres de Plaza de Mayo. Y se esto no es posible (p.127 y ss.), es probable que en el modelo propuesto algo esencial esté falando. En cambio, me resulta más tentadora de aceptar, aunque aún no la comparto, la idea de Castex, consecuencia directa e inevitable de su tesis, de vivir el futuro en un mundo libre de fiscales”. (Francisco Castex, Sistema Acusatorio Material, Buenos Aires, ed. Del Puerto, 2013, p;174

Na verdade, cuida-se do neoliberalismo globalizante trazido para o “novo” processo penal. Tal visão privatista se vê também no novo código de processo civil, onde as partes podem criar novos procedimentos e prazos diferentes do que nele é regulado. O pior de tudo isto é que alguns companheiros estudiosos do processo penal ainda não perceberam ... Realmente, o direito é uma superestrutura que vai sendo condicionada pela infraestrutura econômica social liberal.

De há muito, venho me opondo doutrinariamente à “importação” de institutos processuais peculiares ao sistema processual norte-americano, fundado em bases jurídicas e valores sociais diversos da nossa cultura latina.

Estou percebendo que eles desejam a ampliação do poder discricionário do Ministério Público em nosso sistema de justiça criminal. Os absurdos acordos de cooperação premiada, que estão fazendo na chamada “Lava Jato”, é um exemplo disso: “o negociado sobre o legislado” no Direito Penal e no Direito Processual Penal. Vale dizer, o princípio da legalidade não interessa a quem tem o poder, mormente o poder econômico ...

Por outro lado, temos evoluído em prol do aperfeiçoamento do sistema penal acusatório, mas não devemos chegar ao exagero do que se convencionou chamar de “sistema adversarial”. O processo não é “coisa das partes”, mas sim um instrumento público, através do qual o Estado presta a sua jurisdição. O interesse público, cristalizado na legislação cogente, está fora do alcance do poder dispositivo da acusação e da defesa. É o princípio da legalidade, fundante do sistema “civil law”, que nos foi legado pela tradição grega e romana.

Assim, não vejo com bons olhos a “ampliação da justiça penal pactuada no processo penal”. Já temos a transação penal para as infrações de pequeno potencial ofensivo, nos Juizados Especiais Criminais” e o acordo de cooperação premiada, prevista na legislação que cuida do “crime organizado”. O que mais se deseja?

Aliás, tenho escrito muito no sentido de que os tribunais superiores precisam fixar limites interpretativos a este novo instituto, pois constato excessos ilegais em muitas destas “delações premiadas”. Não acho possível, por exemplo, que um acordo entre um membro do Ministério Público e um indiciado possa afastar a aplicação das regras do Cod. Penal e da Lei de Execução Penal, prevendo benefícios não previstos na lei de regência ou benefícios por ela não admitidos (penas de reclusão altíssimas em regime domiciliar ...).

Desta forma, não vejo o que ampliar. O membro do Ministério Público (pensemos em um jovem Promotor de Justiça em uma comarca bem distante dos grandes centros) não pode negociar com as regras do direito público, a qualquer pretexto. Não tem ele legitimidade e autorização constitucional para derrogar o direito posto.

Se o processo já não mais é “coisa das partes”, como foi em algum momento da antiguidade, com mais razão, não pertence ao membro do Ministério Público o poder de mudar o que está legislado (conteúdo do processo). O Direito Material, no caso, o Direito Penal, não pode ser objeto de barganha no inquérito ou mesmo na fase processual.

Vale dizer, precisamos combater, com todas as nossas forças, esta verdadeira e indesejável privatização do sistema penal. Poder demasiado não fortalecerá o Ministério Público. Ao contrário, vai fragilizá-lo

perante a população.

Vejo um certo “deslumbramento” em algumas parcelas do Ministério Público pátrio, mormente do Ministério Público Federal. É preciso não esquecer das realidades totalmente diversas sobre as quais atuam os órgãos do Ministério Público dos Estados. Imaginem as diferenças entre as realidades de países com formação cultural tão distinta. Aliás, em muitos aspectos, temos que reconhecer o grande avanço e desenvolvimento dos Estados Unidos em relação a nós. Entretanto, nas questões sociais pouco precisamos aprender com eles.

Enfim, como professor e estudioso de Direito Processual Penal há 38 anos, estou muito preocupado com o rumo que as coisas estão tomando em nossa sociedade, no que diz respeito ao processo penal. Os interesses corporativos e profissionais, a ignorância ou desinformação de alguns, e o “modismo” de outros, tudo muito por conta do despreparo de nossa grande imprensa, estão “bagunçando” o sistema processual brasileiro, fruto de uma longa e sólida construção teórica, que vem acompanhando o nosso processo civilizatório. Lamentável.

## 2. PRIVATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL?

Algumas legislações mais recentes e parte da doutrina “moderna” sustentam a abolição ou “flexibilização” do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública. Entretanto, tais legislações e estes autores aumentam a hipótese de cabimento da ação penal privada subsidiária da pública. Caberia tal esdrúxula ação privada não só na inércia do Ministério Público, mas também quando ele, prestigiando o princípio da oportunidade, deixar de oferecer a sua denúncia ao órgão jurisdicional competente.

Vale dizer, substituem um órgão do Estado, que tem as mesmas garantias da magistratura, pela acusação do ofendido (vítima), que se move por desejos pessoais e privados, embora compreensíveis. Por vezes, a vítima é motivada até por sentimentos escusos ou não muito próprios para instauração de um processo penal democrático.

Sob certo aspecto, estaremos retornando ao sistema processual vigente antes do século XVII. Trata-se de mais um passo para a privatização do nosso processo penal. Lamentável é que parcela do próprio Ministério Público não está percebendo isto, seduzido pelo indesejável sistema adversarial norte-americano.

Contundente é a crítica a este sistema por parte do catedrático da Universidade de Valencia, professor Juan Montero Arouca, um dos maiores processualistas da Espanha. Tal extensa crítica está em seu importante livro intitulado “Proceso Penal y Libertad, Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal”, Madrid, Ed. Aranzadi, 2008, p.76/80; mais especialmente no capítulo que denominou “El absurdo intento de monopolizar la idea de proceso acusatorio o, si se prefiere, del sistema que se llama adversarial”. Somos a favor de um processo penal acusatório público, onde prevaleça o interesse da sociedade, seja através de uma acusação responsável, seja através de uma defesa substancial e eficaz. As partes não podem transigir com as regras cogentes do Direito Penal e não devem poder renunciar aos seus deveres processuais.

## 3. SERÁ QUE NÃO PERCEBERAM?

Outro aspecto a ser considerado e relacionado ao tema que estamos cuidando diz respeito ao princípio da oportunidade, que virou moda em parte da doutrina dita moderna. Não concordamos em outorgar ao Ministério Público o poder de se colocar acima da Lei Penal, decidindo se oferece a denúncia ou não, diante de uma situação concreta, mesmo que estejam presentes todas as condições para o exercício da ação penal e todos os pressupostos processuais. O Ministério Público é quem decide se há ou não interesse público a ser tutelado processualmente ... Isto é democrático?

Na verdade, abandonar o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública é dar ao membro do Ministério Público o poder discricionário de denunciar ou não este ou aquele crime, este ou aquele indiciado. É colocar o Promotor ou Procurador da República como titular exclusivo de se aplicar ou não a lei penal, que é de natureza pública. Vale a pena repetir: é dar-lhes o poder discricionário de discernir se está ou não presente o interesse público.

O princípio da oportunidade não é nada democrático, por isso a Constituição da Itália expressamente

obriga o exercício da ação penal, lógico que presentes as condições que a lei exige para tal. Na época do fascismo, o Ministério Público da Itália acusava quem fosse do interesse do governo autoritário.

Note-se que a realidade do nosso país é bem diversa da de outros países. Não podemos pensar apenas nos grandes centros mais desenvolvidos. Temos de perceber que, no interior do país, as coisas são bem diversas. Imaginem se o fazendeiro de longínqua área rural, por onde tem que passar o Promotor de Justiça, em seu carro, para chegar ao fórum, souber que este Promotor pode ou não denunciar o capataz de sua fazenda ... O princípio da obrigatoriedade funciona, nesta medida, também como uma “defesa” da atuação do membro do Ministério Público.

Ademais, qual o critério a ser adotado para existir ou não uma acusação facultativa? Poder demasiado não vai fortalecer a Instituição, mas vai fragilizá-la perante a opinião pública.

O Direito Penal é que tem de resolver a questão, descriminalizando inúmeras infrações penais sem relevância social (princípio da intervenção mínima do Direito Penal). Por outro lado, o princípio da insignificância já legitima o não oferecimento da denúncia, tendo em vista a atipicidade da conduta, por ausência de bem jurídico a ser tutelado.

Outra medida aceitável seria ampliar as hipótese de ação penal pública condicionada à representação do ofendido, mormente para os crimes contra o patrimônio (sem violência ou ameaça) e outras infrações menores, desde que seja disponível o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

O argumento de que a polícia e até alguns órgãos do Ministério Público já não obedecem, na prática, ao nosso sistema processual, não tem qualquer respaldo lógico. Seria o mesmo que revogar o artigo 121 do Cod. Penal, porque os homicídios continuam sendo praticados. Aliás, se com a regra da obrigatoriedade, já se criticam tais omissões, imaginem sem ela ...

Vamos parar de modismos, de imitar o sistema norte-americano, onde tudo é diferente, seja na cultura, seja na organização do Ministério Público, seja na estrutura do Poder Judiciário. Noventa por cento dos casos não são levados a juízo e os questionáveis e suspeitos acordos do Ministério Público e investigados são feitos tendo em vista a “prova” inquisitória, colhida pela polícia. O chamado sistema adversarial somente se faz sentir para muitos poucos casos. Lá também existe a “lei do menor esforço” ...

Neste sentido, veja-se o que nos informa o grande professor, meu mestre de sempre, José Carlos Barbosa Moreira, sobre o funcionamento do sistema penal norte-americano, na nota de rodapé n.6: “em obra muito recente, o dado impressiona: apenas cerca de 2% de todos os processos penais se resolveriam por meio do “trial” (Samaha, *Criminal Procedure*, 4a.edição, Belmont, 1998, p.37).” *Temas de Direito Processual*, Oitava Série, S.Paulo, Saraiva, 2004, p.8).

Assim, lamentavelmente, dá para entender o absurdo que ocorre naquele país, conforme notícia publicada no site Conjur, com base em pesquisa e matéria jornalística dos Estados Unidos (23.07.2016), in verbis:

“Nem todos os condenados por estupro são presos nos EUA.

Juristas (norte-americanos), consultados pelo jornal, disseram que a razão mais comum para estupradores escaparem da prisão é o acordo que a Promotoria faz com a defesa para obter uma confissão em troca de uma pena mais leve, como suspensão condicional da pena, quando os promotores acreditam que seu caso é fraco”.

#### 4. UMA VISÃO PUBLICISTA DO SISTEMA PROCESSUAL

Paralelamente a outras leituras, decidi ler (ou reler) os principais trabalhos que o professor José Carlos Barbosa Moreira – para mim, o maior processualista brasileiro de todos os tempos – reuniu nos nove volumes publicados sob o título “Temas de Direito Processual”.

Comecei a leitura pelos estudos mais recentes do mestre. Evidentemente, pelo nosso contato na UERJ e pela leitura de seus livros, já conhecia a sua predileção pela sistemática publicista do “processo” e, por ela, fui fortemente influenciado. Talvez por isso, tenha escrito a minha dissertação de mestrado, no longínquo ano de 1981, com o título “Da Publicização do Processo Civil”, depois publicada pela antiga ed. *Liber Iuris*.

Hoje, o meu embate é contra a “privatização do processo penal”, que se busca através da adoção de um sistema acusatório puro ou radical, próximo do sistema adversarial, tão a gosto dos Estados Unidos e da Inglaterra (paraísos dos liberalismos políticos e econômicos), países que privilegiam o individualismo e o “darwinismo social”. Tudo isso, importado para os países mais pobres, determina uma total injustiça social, pois o “deus mercado” não distribui riqueza, mas, ao contrário, concentra aquilo que é produzido pela mão do trabalhador em papéis que fazem a fortuna de alguns poucos.

Embora com os olhos voltados mais para o processo civil, o prof. José Carlos Barbosa Moreira, com a clareza e concisão que sempre o caracterizaram, disse o que eu gostaria de ter dito, por isso que transcrevo abaixo. Não tenho dúvida de que vale também para o processo penal:

“Já no que tange à repartição de atribuições entre o órgão judicial e os litigantes na atividade de instrução, nem ao mais superficial observador escapará a dimensão política – ou, se preferir, ideológica – da problemática. Cercear a participação do juiz e confiar às partes ( ou melhor: aos advogados) a condução do mecanismo probatório é opção que transcende com absoluta nitidez o plano da técnica: põe de manifesto a adesão a um ideário liberal, tomada a palavra no sentido individualístico – no sentido em que era costume usá-la para designar o pensamento dominante na maior parte do século XIX e atualmente é lícito usá-la para designar o pensamento dominante no início do século XXI. Esse pensamento parte de uma premissa: a melhor solução para as questões da convivência humana é a que resulta do livre embate entre os interessados, com a presença do Estado reduzida à de mero fiscal da observância de certas “regras do Jogo”. Projetada na tela da economia, semelhante idéia leva à glorificação do mercado como supremo regulador da vida social. Projetada na tela da Justiça, fornece apoio a uma concepção de processo modelada à imagem de duelo ou, se se quiser expressão menos belicosa, de competição desportiva. (Temas de Direito Processual, 9 série, 2007. Saraiva. P. 65-66)”.

Evidentemente que é legítima a opção pelo sistema processual liberal-individualista, onde o Estado aparece como um mero árbitro do duelo entre dois jogadores e adversários. Entretanto, parece que muitos que defendem tal sistema não perceberam ainda que isto está ligado a uma escolha ideológica. A minha, sendo pela justiça social, não pode prescindir da atuação efetiva do Estado, que se deseja seja cada vez mais democratizado e atento aos interesses da sociedade.

# NOVA TEORIA GERAL DO PROCESSO OU NOVA TEORIA DO PROCESSO CIVIL? O ÚLTIMO EXCELENTE LIVRO DA PROFESSORA ADA PELLEGRINI GRINOVER

**Afranio Silva Jardim**

Professor associado de Direito Processual Penal da Uerj. Mestre e Livre-Docente em Direito Processual. Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do E.R.J.

Alguns poucos anos atrás, elaborei um estudo sobre a Teoria Geral do Processo, ousando contestar um excelente texto do professor Aury Lopes Jr, que negava a sua existência. Este meu trabalho agora está publicado na 14ª edição do livro que tenho em parceria com o amigo e professor Pierre Souto Maior Amorim, intitulado “Direito Processual Penal, Estudos e Pareceres”, Salvador, Juspodium, 2015, p.73/78.

Na mesma semana, fomos honrados com brilhante comentário sobre esta polêmica, escrito pela renomada professora Ada Pellegrini Grinover. Após se posicionar sobre os pontos debatidos por mim e pelo prof. Aury, a professora Ada concluiu que talvez fosse necessário formular uma “Nova Teoria Geral do Processo”.

Para nossa surpresa, a referida professora da Universidade de São Paulo, no final do ano que passou, brinda todos os processualistas com uma breve, mas importante e inovadora, obra doutrinária, publicada pela Editora Gazeta Jurídica, com o sugestivo título: “Ensaio sobre a processualidade. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo”.

Tendo em vista estes fatos pretéritos, tomo a liberdade de fazer alguns breves e incompletos comentários a esta “revolucionária” proposta daquela que é a mestra de duas gerações de processualistas de nosso país, uma grande inspiração para os estudiosos do processo.

Desde logo, cabe dizer que o mencionado livro é de leitura obrigatória para aqueles que desejam refletir e avançar na teoria do processo.

Nesta obra, a autora propõe a ampliação do conceito de jurisdição, a fim de contemplar também a chamada “justiça arbitral” e a chamada “justiça conciliativa”. A jurisdição deixaria de ser um monopólio do Estado, não devendo ser considerada um “poder”, mas sim uma “função”.

Em razão desta premissa, a professora Ada, na linha do jurista italiano ElioFazalari, também amplia o conceito do processo, concebido como todo o procedimento desenvolvido em contraditório. O processo seria uma categoria que extrapolaria o Direito Processual, surgindo daí uma necessidade de adjetivá-lo, enquanto objeto da nossa disciplina. O procedimento é amplamente valorizado, devendo ser adequado à solução dos conflitos de interesses. Para a professora Ada, o processo não é uma relação jurídica; o processo “contém a relação jurídica processual” (p.30).

Sempre entendi o processo como uma “categoria autônoma” da teoria geral, sendo ele o “criador” da relação jurídica processual. Cada ato praticado faz incidir a norma processual que o regula, criando direitos, deveres, poderes, sujeições e ônus processuais para os sujeitos que atuam no respectivo processo.

Infelizmente, a autora deixa de tratar, em sua inovadora obra, do direito (poder) de ação, advertindo que a ação, cada vez mais abstrata, “perde sua centralidade no sistema, pois pode haver jurisdição sem ação” (p.5). Entenda-se: a professora Ada amplia o conceito de jurisdição para abranger a “justiça conciliativa”.

Estabelecidas estas premissas, a professora Ada Grinover não mais aceita a “substitutividade” como

característica da jurisdição, relativiza outras características apontadas pela doutrina clássica e chega a admitir jurisdição e processo sem o exercício do direito (ou poder) de ação (p.5, final do primeiro parágrafo).

Como deixamos escapar no início destas nossas “notas”, o livro é altamente recomendado para quem gosta de refletir, para quem gosta do novo. Um método para evitar a sedução do conservadorismo é pensar que “o novo é bom até que provem o contrário”, ou, como dizem os juristas, o novo goza de uma “presunção *iuris tantum*” ...

Estamos refletindo sobre as lições da nossa “professora maior”. Entretanto, deixo aqui algumas dúvidas relevantes: a primeira delas é a seguinte: será que, sistematicamente, estaria valendo a pena incluir a chamada “justiça conciliativa” nos conceitos de jurisdição e processo? Será que se justifica esta ampliação, que resulta em alterar grande parte da “teoria geral do processo”? Aqui, no que a autora chamou de “justiça conciliativa”, não há espaço para a relevante categoria processual que é o “direito de ação”. Onde ficaria a impropriamente chamada “jurisdição voluntária”?

Uma segunda questão que suscito se refere ao próprio objeto do que chamamos Teoria GERAL do Processo. Como aplicar estas inovadoras ideias no processo penal? Aliás, o nosso “esquecido” processo penal só é mencionado pouquíssimas vezes ao longo de toda a obra. Menos ainda o processo do trabalho ...

Tenho certa dificuldade em retirar a categoria “pretensão” do centro do nosso sistema processual. A manifestação da pretensão em juízo, através do pedido do autor, caracteriza o direito de ação, provocando a jurisdição e dando ensejo à prática dos atos que compõem o processo. Sem perceber, cá estou eu querendo manter o “meu saber adquirido”...Tenho de voltar a refletir sobre tudo isso...

Ainda sobre as novas propostas da professor Ada Grinover, cabe dizer que ela ressalta a necessidade de o procedimento ser adequado à solução dos diversos tipos de conflitos, motivo pelo que admite expressamente a “flexibilização” dos ritos processuais (procedimentos), inclusive através dos chamados negócios jurídicos processuais ( p.71/72), conforme já prevê o atual Cod. Proc.Civil.

Ademais, a autora chama a atenção para a circunstância de que os conflitos podem ser solucionados pela “justiça estatal”, mas também pela “justiça arbitral” e pela “justiça conciliativa”, salientando que isto não importaria no que chamam de “privatização da justiça”. De qualquer sorte, tal enfoque seria de difícil aplicação no âmbito do processo penal ...

A seguir, com base em lições dos professores Kazuo Watanabe e Cândido Rangel, a doutora Ada Grinover usa a expressão “acesso à ordem jurídica justa” (p.83) e sustenta que o objetivo principal da jurisdição é a “pacificação com justiça” (p.84).

Não resisto a mais alguns questionamentos: a nossa “ordem jurídica” é necessariamente justa? Será justa em outros países? Em que sentido a expressão “justa” está sendo usada? Basta que tenhamos o “devido processo legal” para que logremos a “pacificação com justiça”?

No capítulo seguinte, a nossa autora suscita outra futura e salutar polêmica, pois inclui, no conceito de ordenamento jurídico, a jurisprudência e a própria doutrina, “desde que a autoridade das quais provêm seja reconhecida pela coletividade” (p.91).

Após tratar, com propriedade, da distinção entre princípios e regras jurídicas, a professora Ada faz interessante e procedente diferenciação entre “duplo grau de jurisdição” e o “princípio do controle das decisões judiciais”. O primeiro seria “endoprocessual” e o segundo estaria implícito na Constituição Federal, sendo inerente mesmo ao Estado Democrático do Direito (107/108). Concordo, plenamente.

No que diz respeito à interpretação da norma processual, a professora Ada deu ênfase à chamada “interpretação evolutiva” (p.114).

Sobre o Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, julgo excelente a colocação da nossa mestra, quando assevera: “A legitimação do Poder Judiciário, oriunda diretamente da Constituição, deriva de sua imparcialidade e de sua independência em relação às forças políticas” (p.126). Logo me veio à mente uma provocação, ao pensar na chamada “Operação Lava-Jato” ...

Interessante, ainda, a afirmação da professora Ada no sentido de que o Poder Judiciário deve considerar as consequências de sua atuação e de suas decisões, inclusive sociais e políticas. Sustenta que todas as condutas e decisões dos juízes devem ser “razoáveis” (p.128).

Após louvar a jurisprudência e os precedentes vinculantes, em prol da igualdade jurídica, duração razoável do processo, economia processual, unidade e coerência do ordenamento jurídico, a doutora Ada Pellegrini Grinover cuida da “eficácia preclusiva da coisa julgada”, através de moderno enfoque teórico.

Entretanto, forçoso é reconhecer que, também aqui, a eminente autora esqueceu o nosso processo penal, pois tudo é tratado com base nas regras do Código de Processo Civil ...

Neste passo, ousou discordar do que sustenta a nossa professora. Ainda fico com a “teoria da substanciação” e a boa doutrina dos grandes professores José Carlos Barbosa Moreira e Moniz de Aragão, citada a fls.169. Julgo que a eficácia preclusiva da coisa julgada é restrita aos fatos que compõem a “causa de pedir” (ou imputação, no processo penal). Vale dizer, mantenho a minha opção doutrinária no sentido de restringir a eficácia preclusiva da coisa julgada, mormente levando em conta o que se pode extrair do sistema vigente do nosso processo penal.

Enfim, concluo parabenizando a professora Ada Pellegrini Grinover, sem dúvida alguma uma das maiores processualistas brasileiras, pelo caráter inovador de suas propostas e pela inteligência e brilhantismo que com sustenta as suas ideias.

Cabe a todos nós meditarmos e refletirmos sobre estas excelentes contribuições doutrinárias. É o que estou começando a fazer através destas singelas “Notas”. Evidentemente, somente posso “migrar” do meu “sistema” para um outro, se este estiver logicamente “fechado e acabado”.

Desta forma, por ora, continuo operando com o sistema processual cunhado pelo grande professor italiano Enrico Tullio Liebman, com os reparos e acréscimos do saudoso mestre espanhol Jaime Guasp e, no Brasil, do esquecido mestre Luiz Machado Guimarães, além das valiosas lições de Hélio Bastos Tornaghi e José Carlos Barbosa Moreira, já que tive a honra e o privilégio de ter sido professor assistente destes dois últimos, que muito me influenciaram.

Entretanto, teremos de refletir, por mais algum tempo, sobre as novas lições daquela que sempre foi a nossa grande mestra e uma das autoras que mais nos influenciou na área jurídica.

Julgo que, por ora, prosperando as teses inovadoras da professora Ada Grinover, possamos ter sim uma “Nova Teoria do Processo Civil”, mas não uma “Teoria Geral do Processo”, que sempre me seduziu.

Rio de Janeiro, outono de 2018

# 'TOWARDS EUROPEAN RULES OF CIVIL PROCEDURE: RETHINKING PROCEDURAL OBLIGATIONS'

**Alan Uzelac<sup>1</sup>**

Faculty of Law, Zagreb University

European Law Institute

*(running title: Rethinking Procedural Obligations)*

Trg m. Tita 14, HR-10000 ZAGREB

<http://alanuzelac.from.hr>

[uzelac@post.harvard.edu](mailto:uzelac@post.harvard.edu)

[auzelac@pravno.hr](mailto:auzelac@pravno.hr)

## ABSTRACT

From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure is a joint project of the European Law Institute (ELI) and the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). This paper gives a systematic presentation of the progress by one of the project's working groups tasked with the elaboration of rules on the obligations of parties, lawyers and judges using as a starting point Principle 11 of the Transnational Principles of Civil Procedure produced by the American Law Institute (ALI) and UNIDROIT. Since November 2014, progress by the Working Group has advanced, resulting in a number of draft rules dealing with procedural obligations (and sanctions for their breach) related to case management, pleading of facts, evidence and law and the efforts to achieve autonomous settlement of civil disputes. The paper describes the major achievements of this work, emphasising several important changes in comparison to the conventional approach to procedural obligations.

## KEYWORDS

Obligations of parties / Obligations of lawyers / Obligations of judges / Civil procedure / Transnational rules of civil procedure

## ACKNOWLEDGEMENTS

This paper is inspired by teamwork and the intense exchange of ideas within the ELI-UNIDROIT Working Group on Obligations of Parties, Lawyers and Judges. I am grateful for the constructive input provided by all of the group members. Special thanks go to my co-reporter, Professor C.H. van Rhee, who gave the decisive initial impetus and contributed greatly to the methodology of our work. I am also indebted to Mr. Randolph Davidson who improved the language of this paper and to Ms. Ala Šabanović who kindly assisted me in the transformation and upgrade of my keynote speech delivered at the European Law Institute's Ferrara annual conference in September 2016. The research for this paper was supported by a grant from the scientific project NHPS of the University of Zagreb Faculty of Law.

---

<sup>1</sup> Professor Dr. Alan Uzelac  
Faculty of Law, Zagreb University  
Alan Uzelac is Professor and Head of Department for Civil Procedure at Zagreb University Faculty of Law. He holds degrees in law (LL.B., LL.M., LL.D.) and social sciences (M.A. (phil.), M.A. (literature)) from his home university. He has been a visiting researcher and scholar at a number of universities, including Harvard Law School (Fulbright grant) and universities in Vienna (Austria), Maastricht (the Netherlands), Oslo (Norway), Kazan (Russia), Uppsala (Sweden) and Pavia (Italy). Professor Uzelac serves on the chief advisory bodies of the International Association of Procedural Law and the German Association for International Procedural Law. He has participated in a range of activities of the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) of the Council of Europe, for which he has performed different functions in a variety of roles and presided over its Task Force on Timeframes of Proceedings. In 2011-2015, he was a member of the highest body for judicial appointments and discipline in Croatia, the State Judicial Council. Within the ELI-UNIDROIT project on European Rules of Civil Procedure, he is co-reporter of the Working Group on Obligations of Parties, Lawyers and Judges. Professor Uzelac is the author and editor of a number of books and articles on comparative civil procedure.



## I. INTRODUCTION

European integration processes may not currently be on the rise, but the process of approximation of national judicial procedures in Europe, which has been considered since the 1980s, is still on the agenda.<sup>2</sup> Judicial procedures have long remained a purely national regulatory object but several developments in the past decades have given impetus to a movement towards ‘Europeanisation’ of procedural law on multiple levels.<sup>3</sup> One development arising out of the crisis in many national civil justice systems, is the universal need for well-planned procedural reforms that will address the serious problems of excessive caseloads, costs and delays in civil litigation.<sup>4</sup> There is also pressure from the national economies of the EU countries, which requires that the proclaimed mutual trust in national judiciaries be converted into judicial practices that factually support the free movement of goods and services in the European Area of Justice. Though EU competence in the field of civil procedure is limited, the emerging body of EU legislation, despite its fragmentary nature, has sparked discussions about the development of common minimum standards of a more general nature.<sup>5</sup> Rather than a piecemeal approach, common minimum standards are best achieved if they are rooted in a coherent and comprehensive set of principles and rules that are a product of broad expert study of best practices and common trends in national and international civil procedures.

Against this backdrop, the echo of the Transnational Principles of Civil Procedure<sup>6</sup> around the world have encouraged further projects aimed at the production of more comprehensive and detailed regional rules. In this paper, a part of one of the most ambitious and promising projects, the project of drafting European Rules of Civil Procedure, is presented. Though this project is still a work-in-progress, in some areas significant progress has already been achieved. The focus here is on the topic of procedural obligations, i.e. on the provisional results obtained by the team of experts entrusted to produce a European set of rules on the obligations of parties, lawyers and judges.

## II. GENERAL OVERVIEW AND THE MANDATE OF THE ELI-UNIDROIT WORKING GROUP ON OBLIGATIONS OF PARTIES, LAWYERS AND JUDGES

The Working Group on Obligations of Parties, Lawyers and Judges was established within the joint project From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure undertaken by the European Law Institute (ELI) and the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) beginning in November 2014.<sup>7</sup> The aim of the Working Group is to elaborate European rules of civil procedure following in particular the approach of the American Law Institute (ALI) and UNIDROIT Transnational Principles – Principle 11 (Obligations of Parties and Lawyers).<sup>8</sup> Based on extensive discussions and preparatory materials, the Working Group concluded that a balanced presentation of procedural obligations could not be achieved without equal consideration given to the obligations of judges and consequently, it added this element to its name.

## III. THE APPROACH AND GENERAL STRUCTURE OF THE PROPOSED RULES

As a starting point, the Working Group found that Principle 11<sup>9</sup> of the ALI/UNIDROIT transnational rules could serve as a basis for the elaboration of European rules on obligations. Principle 11 not only contains acceptable provisions, but also corresponds to the modern trends in the reform of civil procedure.

2 For initial attempts at approximation, see Storme (1994).

3 On ‘Europeanisation’ of procedural law, see Ervo et al. (2009), Manko (2015).

4 *cf.* Zuckerman (2000), also for global developments.

5 On the notion of procedural standards and recent study of the situation in Europe, see a very comprehensive recent review produced for the European Parliament by Tulibacka et al. (2016) 5-6.

6 ALI/UNIDROIT Transnational Principles of Civil Procedure (2005).

7 On this project, see more on the web pages of respective organisations: <<http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/current-projects>> and <<http://www.unidroit.org/work-in-progress-studies/current-studies/transnational-civil-procedure>>. The members of the Working Group are E. Jeuland (Paris), B. Karolczyk (Warsaw), W. Rechberger (Vienna), E. Silvestri (Pavia), J. Sorabji (London), M. Strandberg (Bergen). The appointed co-reporters are C.H. van Rhee (Maastricht) and A. Uzelac (Zagreb).

8 ALI/UNIDROIT Transnational Principles (2005) 20-21.

9 *Ibid.*

While maintaining the essence of the ALI/UNIDROIT Principles, which deal with relevant aspects of the obligations of parties, their lawyers and judges, the rules elaborated by the Working Group also consulted various other sources. It is important to note that many other ALI/UNIDROIT Principles were taken into account and not only Principle 11, which focuses on the obligations of parties and lawyers.

Among other sources, the Working Group considered relevant recommendations of the Council of Europe (in particular, the 1984 Recommendation on civil procedure<sup>10</sup>), the case law of the highest European tribunals (the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights), various attempts to harmonise European civil procedure (starting with the ‘Storme Project’<sup>11</sup>), diverse materials on comparative civil procedure (model codes such as *Código modelo Ibero-americano*<sup>12</sup> and national law of various European states) and professional codes of conduct, in particular the Code of Conduct of European Lawyers of the Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE).<sup>13</sup> A stock-taking exercise enabled the Working Group to combine various components into a coherent whole with a significant capacity for harmonisation owing to its content, which is at least partly familiar and common.

The main idea that permeates all of the proposed rules, using the language of Principle 11, is the idea of shared responsibility of both the parties (and lawyers) and the court for a fair, efficient and speedy resolution of the civil proceedings. This idea, in the view of the Working Group, transcends the customary opposition between adversarial proceedings in which parties, as the dominant source of procedural actions, self-manage the proceedings and inquisitorial proceedings, dominated by the main responsibility of the court for the conduct, organisation and outcome of the proceedings, with little or no responsibility on the side of the parties.<sup>14</sup>

When consulting the history of reforms of civil procedure, a similar basic approach may be found in some of the most influential and successful national reform projects, from the prominent reform of the Austrian ZPO (*Zivilprozessordnung*) designed by Franz Klein in 1895<sup>15</sup> to the reform of the English CPR (the Civil Procedure Rules) in 1999, led and coordinated by Lord Woolf.<sup>16</sup> The same leading idea in those projects of the shared obligation of loyal cooperation, which is common to the court, the parties and the other professional actors in the proceedings (lawyers, etc.), underpins practically all of the rules compiled by the Working Group, because it considers overcoming the adversarial-inquisitorial divide and the replacement of the dichotomy by a single, loyal cooperation principle (or, in the words of Franz Klein, ‘loyal collaboration’) as one of its most important tasks and at the same time achievements. The recognition of an overarching principle is also one of the main tools for the establishment of the general goal of civil procedure – fair, efficient, speedy and proportionate resolution of civil disputes.

In particular, it should be emphasised that, in contrast to some historical concepts that have seen ‘collaboration’ as a mutually exclusive division of labour, the proposed rules seek to extend the concept of shared obligations to all aspects of civil actions.

Previously, the customary understanding of the ‘obligations’ (also sometimes presented as cooperation between the parties and the court) presumed that the parties have the exclusive obligation to define some elements of the action, while the court defines the others. This understanding, typically used to explain the procedural dynamics regarding finding of facts and law, was epitomised in the Latin proverb *da mihi factum, dabo tibi jus* (Give me the facts, I will give you the law). Its meaning *inter alia* provided that the court has no obligations regarding facts and evidence and that the parties are free from any duties in the assessment of the legal issues, which are the exclusive domain of the court.

10 Council of Europe Recommendation No. R (84) 5.

11 The Storme Commission was an unofficial body of academic experts from (at the time) every Member State which, with the financial support of the European Commission, investigated the possibilities of drafting a ‘European Judicial Code of Civil Procedure’. See Storme (1994).

12 Código Iberoamericano de Ética Judicial (2006).

13 CCBE Charter of Core Principles (2013).

14 See van Rhee (2014) 689.

15 Dr. Franz Klein (1854-1926) was the ‘father’ of the Austrian *Zivilprozessordnung*. For his main ideas, see Klein (1891).

16 Lord Harry Kenneth Woolf (1933) was the ‘father’ of the English Civil Procedure Rules. See his reports: Access to Justice, Interim Report, (1995); Access to Justice, Final Report, (1996).

Following modern trends in civil procedure and the concept of the ALI/UNIDROIT Principles, the text of the proposed European rules recognises that the court and the parties (and all the other participants in civil proceedings) have certain obligations in respect of all the elements of litigation and thereby genuinely share responsibility for the course and outcome of the civil action in all of its aspects.<sup>17</sup>

These starting premises and the ensuing obligation of loyal cooperation were further elaborated in the rules, which are grouped into four sections, according to the object of the obligation.

The four sections that appear after the general part of the rules deal with:

- Case management and planning of the proceedings
- Determination of facts and evidence
- Determination of issues of law
- Attempts to reach settlement and use of ADR.

All four sections have a similar structure and contain separate rules on the obligations of the court, the parties and their lawyers and the sanctions for the breach of procedural obligations. They are, however, more specific and detailed in comparison to the general overview of obligations and sanctions contained in the general part. They regulate, for example, a number of particular issues, such as case management conferences and the use of alternative dispute resolution (ADR) techniques.

The main procedural obligation of the emerging rules (or, paraphrasing some codifications: an ‘overarching obligation’) is the obligation to act in a way that takes into account both the private interests of the litigants and the interests of the opponents, as well as the social desire to end disputes fairly, swiftly and at an appropriate cost. This obligation may be seen both as a positive and as a negative obligation.<sup>18</sup> While its positive dimensions require the parties to conduct their actions in good faith and undertake steps instrumental to reaching the set goal, in its negative dimension this obligation requires that the parties refrain from all forms of abuse of the process.

In any case, for the obligations to be operative, concrete and effective sanctions are needed. The Working Group considered sanctions both within the general part and within the four individual sections (in the ‘special part’). It was found that, aside from some common matters, no single and uniform rules on sanctions are appropriate, as various actors and elements of the procedural obligations require various types and forms of sanctions. Therefore, each section contains, in addition to the summary rules provided in the general part, elaborate provisions on the consequences that are envisaged for specific violations of procedural obligations.

The actors (or subjects) in respect of the procedural obligations include in the first place the parties to the dispute and a judge or a panel of judges entrusted with their case. For performing certain obligations, especially where case management is concerned, the judges need to be assisted by broader organisational structures within the court, this includes their clerks and reporters and general bodies entrusted with judicial administration (presidents of the court, court managers, IT personnel, etc.). To that extent, the rules mentioning ‘court’ or ‘judges’ include the powers and responsibilities of all existing structures that ensure good administration of justice in the concrete case.

Procedural obligations concern all professionals who are instrumental in performing the functions either of the court or of the parties. On the side of the court, judges (both professional and non-professionals, including jurors and assessors where they exist) may be assisted not only by employees of the court, but also by experts engaged by them, private bailiffs and others. When such persons act in concrete civil litigation performing various activities on behalf of the court, the obligations of the judges accordingly apply to them. On the side of the parties, lawyers are the most important actors in the proceedings and therefore their obligations

17 The questionnaires exchanged between the members of the Working Group revealed that taking of evidence can increasingly be ordered *ex officio*, at least in some cases, and that legal arguments are often required from the parties. As for England, John Sorabji even stated that under present case law ‘judges cannot go beyond the legal issues as disclosed by the pleadings and put into issue by the parties’ (but have a right to suggest to the parties that they amend their legal positions).

18 *cf.* van Rhee (2014) 693-694 (analysing Principle 11).

are specifically targeted. However, if other professionals such as party-appointed experts and advisors appear on behalf of the parties, engaged by them to cover specific issues, procedural obligations of the parties and their lawyers also relate to them. Indeed, all such actors may also be subject to sanctions if they fail to perform their respective obligations.

## IV. PARTICULAR SECTIONS OF THE DRAFT RULES

### A. CASE MANAGEMENT AND PLANNING OF THE PROCEEDINGS

To achieve the common goal of a fair, efficient, speedy and proportionate resolution of civil disputes, adequate planning and organisation of the proceedings are of the utmost importance. Therefore, the first special section of the proposed rules deals with obligations of the court and the parties in regard to case management. Case management has been recognised as essential to securing the right to a trial within a reasonable time in a number of European jurisdictions, as well as in other jurisdictions around the world.<sup>19</sup> In this sense, the proposed rules follow this trend, starting with the obligations related to case management and planning of the proceedings.

In line with modern trends, the rules emphasise the responsibility of the court for active and effective case management. This obligation is discharged by various case management orders and activities and by continual monitoring of whether the obligations of the parties, lawyers and other participants in the proceedings are observed. Moreover, the active management of proceedings under the court's direction also assumes the duty to consult the parties and, wherever possible, secure agreement on the form, content and timing of particular steps in the proceedings.

While managing proceedings, the court should also take account of the nature, value and complexity of the particular proceedings, ensuring that procedures (the number of procedural steps like hearings or submissions; procedural means, in particular the use of expert witnesses, documents and witnesses; duration of the proceedings and their expense) are proportionate to the value and importance of the case.

The parties and all other participants have a duty to cooperate with each other and the court in planning procedural steps and their timetable. This duty is both negative and positive. The parties should refrain from delaying tactics and other forms of procedural abuse. They should also actively contribute to the proper planning and management of the procedure, presenting their positions and arguments regarding proposals by the court and the other party at the earliest opportunity.

An important tool for exercising the parties' right and obligation to contribute to case management was provided in the draft Rules under the 'Case Management Conference' section. The Case Management Conference is a preliminary hearing, which in principle should be held early in the litigation process, also if possible using means of communication such as tele- or video-conferencing. Following the best practices of European national jurisdictions, the Case Management Conference may, if the case is sufficiently clear, also lead to a decision on the merits (e.g. a summary judgment).<sup>20</sup>

In case management decisions, however, the proposed rules give the leading role to the court, which can issue orders on case management matters also on its own initiative and, if necessary, on an *ex parte* basis e.g. in cases of emergency. All the same, also in such cases party cooperation should be secured, allowing the parties to react within the shortest time possible. The powers of the court to issue *ex parte* orders, based on the consideration of fairness and in the form that is proportionate to the protected interests, follow the approach of ALI/UNIDROIT.<sup>21</sup>

The proposed rules also contain an extensive, but non-exhaustive, list of means of planning and case

19 On recent trends in a number of countries, see e.g. van Rhee & Fu (2014). See also Uzelac (2014) 15-20.

20 Case management conferences were an important element of English procedural reforms, see Woolf (1996). They have gradually spread to the European continent. On recent developments regarding preparatory stages of civil proceedings in the European North and East, see Ervo & Nylund (2016).

21 See ALI/UNIDROIT Principles, at 5.8.

management, giving the court various options for an economical and fair organisation of the proceedings, allowing early identification and decision of all relevant issues in a complete and appropriate manner.<sup>22</sup> The court's duty of active case management also authorises judges to encourage the parties to identify the real issues in dispute and to openly discuss with the parties the appropriate steps and methods for dealing with these issues.

Sanctions imposed on parties for the lack of cooperation regarding case management may take the form of procedural preclusions e.g, banning a party from taking particular procedural steps or relying on a particular fact or evidence after a certain period. Eventually, cost orders and fines can also serve for this purpose. Sanctions can also be imposed on lawyers and other party representatives if they fail to discharge their obligations. If judges fail to carry out their case management duties, parties may request the transfer of the case to another judge and complain to bodies competent for judicial conduct and discipline.

## B. DETERMINATION OF FACTS AND EVIDENCE

With respect to the presentation of facts and evidence necessary for deciding on the merits of the case, the proposed draft Rules start with a provision commonly accepted in European jurisdictions to entrust the obligation for the identification of the matter in dispute to the parties and their lawyers.<sup>23</sup> It is, however, also provided that such presentation should be made as early as possible, in a diligent, complete and timely fashion. Following the principle of concentration, which is another feature of modern procedural reforms, the presentation of facts and evidence at a later stage is allowed only for justified reasons. This approach (the 'cards on the table' approach<sup>24</sup>) considers the presentation of facts both as a right and as an obligation, in particular regarding the duty to act in a way that does not obstruct or delay the proceedings by introduction of late or obviously irrelevant factual allegations and evidence. In principle, the facts and evidence submitted after the expiration of relevant time limits or procedural stages should be disregarded by the court, such consequence being both incentive for full and speedy presentation of one's case and 'sanction' for attempts to abuse the proceedings.

Though the parties have the leading role in the introduction of facts and evidence, the proposed rules provide that the court may also consider the facts that appear in the case file or take evidence on its own motion if it is necessary, in the court's opinion, for the proper adjudication of the case. Indeed, the court should inform the parties about such *ex officio* steps and allow them to comment and react. This position taken in the proposed rules follows the tradition, common to many European countries, of allowing the court the discretion to actively intervene in factual and evidential issues in order to eliminate judicial injustice or abuse of judicial proceedings.<sup>25</sup> In a well-organised litigation process, it is to be expected that the court would use this right rarely, only in exceptional circumstances.

Within its general case management duty, the court also has the right and the duty to sanction the inactivity of the parties, i.e. their failure to timely introduce necessary facts and evidence. The first rule provides that, if a party fails to substantiate its claim on time, the court may consider the claim withdrawn. Furthermore, considering that the current European systems have different attitudes towards the means available for the sanctioning of the parties' passive behaviour (which also may depend on the nature and type of case), the proposed draft Rules list a number of possible actions, which, in accordance with the applicable procedural rules, may be at the court's disposal in the event a party fails to respond to the factual allegations or evidence of the opposing party on time. These include issuing a default judgment, considering the facts to have been admitted entirely or partially and continuing the proceedings and deciding on the merits based on the available facts and evidence. If late presentation of evidence caused extra costs, they should be borne by the party

22 Such exemplary listing is contained in several European procedural codes. For example, see Norwegian Dispute Act, section 9-4, second subsection.

23 All members of the Working Group confirmed this submission for their own jurisdictions.

24 This expression is to be found in the Woolf reports. See also van Rhee (2014) 692.

25 See for instance § 183 of the Austrian Code of Civil Procedure (ZPO), allowing judges to order the parties to submit certain evidence if it is considered necessary for the establishment of disputed facts. Some procedural reforms in the transition countries have reduced the ability of judges to take evidence on their own initiative, but such interventions – aimed at reversal of paternalistic trends from the socialist past – generally have not achieved the desired effects. See more in Uzelac (2014a).

that presented the late evidence regardless of the outcome of the case.

Another means for the concentration of proceedings and proper planning of the action provided in the proposed rule is the court's order to close the proceedings once it is satisfied that both parties have had a reasonable opportunity to present their case. The date of closing the proceedings will be fixed as early as possible. The order has to clearly delineate a procedural phase, in which parties through their submissions, factual arguments and presentation of evidence develop their case and defences to their opponent's arguments, from the procedural phase, in which a decision on the merits is prepared through legal arguments and the court's deliberations. After the closure of the proceedings, in principle, no further submissions, arguments or evidence is allowed, though the court can exceptionally request or permit additional facts and evidence necessary to clarify the respective positions of the parties.

### C. DETERMINATION OF ISSUES OF LAW

A balanced relationship between the obligations of the court and the obligations of the parties also exists in the rules regarding the determination of issues of law. Both the court and the parties should contribute to the determination of the correct legal basis for the decision-making. Indeed, the court plays a directive role in this situation. As is the case in most European systems of civil procedure, the parties have a right and obligation to present their legal arguments. The main responsibility for the proper determination of legal issues, however, belongs to the court, which is the ultimate evaluator of all legal contentions in the case.

The specific rules proposed in this section that address some issues on which national jurisdictions have differing views deal with the level and extent of the obligations of particular procedural actors. In the first place (again, differently from the traditional *da mihi factum, dabo tibi jus* approach), the rules provide that the parties have the obligation to present their contentions of law in reasonable detail. In principle, they will present their legal arguments already at the initial stage of the proceedings. This rule is substantially identical to the approach of the ALI/UNIDROIT Principles.<sup>26</sup>

The second point, in which the proposed rules are also consistent with the ALI/UNIDROIT Principles, deals with the right of the court to consider points of law on its own initiative if this is necessary for correct decision-making. The right of the court to rely on a legal theory that has not been advanced by the parties is contained in Principle 22.2.3. It is also the core of the universally accepted *iura novit curia* principle.

The right of the court to consider points of law *ex officio* should not render ineffective the obligation of the parties to present their legal arguments and react to the legal arguments introduced by the other party or the court. The consequences of the breach of this obligation, however, are differentiated. The sanctions are stricter if a party is legally represented, since it is assumed that lawyers are capable of pleading a case professionally. Thus, they are also obliged to present the legal contentions of represented parties at an appropriate procedural stage. To that extent, the Working Group considered it is legitimate that in case of a breach of this obligation, the ultimate sanction could include rejection of a statement of claim or another submission that does not contain sufficiently detailed contentions of law.<sup>27</sup> Indeed, in socially sensitive cases the court will regularly refrain from using such an authority to summarily dismiss the case. This measure should be the ultimate means that depends on the court's discretion and assessment of the concrete circumstances of the case.

### D. ATTEMPTS TO REACH SETTLEMENT AND USE OF ADR

The last section of the proposed rules on obligations of the parties, lawyers and judges addresses an important topic that has been high on the agenda of the procedural reforms of almost all European jurisdictions since the 2000s. This topic consists of an obligation to cooperate in dispute resolution attempts, which could lead to voluntary and out-of-court settlement of the case. The main (but not the only) way

<sup>26</sup> See ALI/UNIDROIT Principles, at 11.3 and 19.1.

<sup>27</sup> See *mutatis mutandis* Principle 17.3 of the ALI/UNIDROIT Principles.

which may lead to the agreed mandatory solutions without the need to issue a judicial judgment is direct or assisted negotiations and mediation.

Faced with scarce resources and the long duration of judicial proceedings, European jurisdictions increasingly embrace the approach according to which the parties should not engage in the machinery of civil justice unless they have a real need for judicial protection because they cannot obtain the same result elsewhere in a simpler and cheaper way. In regular civil cases, resorting to the courts should, in principle, be a measure of last resort – the *ultimum remedium*. In particular, judicial proceedings should not be used as a replacement for the poor communication of the parties in dispute and their inability to present and define their claims and views to the other side. Hence, the main rule should provide that the parties must cooperate actively in seeking to resolve their dispute consensually, both before and after the proceedings are begun.

For this purpose, the proposed draft Rules provide a list of mandatory and optional steps to be undertaken in the pre-action and action phases of the proceedings. Before the initiation of the judicial proceedings, the parties should identify their claims and defence and exchange sufficient details, in particular the evidence, on which such claims and defence are based. They should also clarify and, wherever possible, narrow down the legal and factual issues in dispute. Further recommended steps in the pre-action phase include the exchange of the settlement proposals or proposals for the use of appropriate resolution methods, among others e.g., concluding an agreement on arbitration, or engagement in a mediation of the dispute.

Lawyers have a particular place in the promotion of out-of-court settlements. Their role is not just to formulate the claims of the parties and present them to the court. Before a court action is considered, the lawyers should inform the parties about other available alternatives. They should encourage the parties to negotiate, help them in settlement negotiations and inform them about the availability of alternative dispute resolution methods. A legal and professional duty of lawyers is also to use the proceedings of alternative dispute resolution (ADR) conscientiously and in good faith, avoiding any abuse, delaying tactics and obstruction of the proceedings.

Judicial obligations to facilitate settlement attempts and promote the effective use of ADR are equally important. Judges should encourage consensual dispute resolution at any stage of the proceedings, in particular, at the preparatory stage of the proceedings and at Case Management Conferences. If the court-annexed mediation or appropriate out-of-court ADR schemes are available, the court has a duty to inform the parties about them. In appropriate cases, judges are authorised to assist the parties in reaching a consensual solution of the dispute, while respecting their obligation to be and remain independent and impartial. It is also appropriate for a judge to contribute to the actual drafting and homologation of the settlement agreements reached during or before the court proceedings.

The proposed draft Rules define the compulsory means that the court may use to enforce the parties' obligation to attempt to resolve the dispute autonomously. These means are only indicative and should depend, in the view of the Working Group, on the provisions of special legislation adapted to the peculiarities of particular types of cases. If such a basis exists, the court will, in appropriate cases, issue an order by which the parties are obliged to undertake specific steps e.g. exchange evidence or settlement proposals, attend one or more information sessions on the use of ADR, or participate in one or more ADR schemes alone or assisted by their lawyers. The court may stay the proceedings or reject the parties' submissions until the order to take the necessary steps is complied with.

While respecting the parties' right to access to the court but also the need to secure effective compliance with their obligation to attempt other available means before resorting to the court, the proposed draft Rules provide that if the law lays down a set of mandatory steps aimed at consensual dispute resolution that have to be exhausted prior to the court proceedings, the court will require the parties to undertake such steps and stay or discontinue the proceedings, which can be resumed or reinitiated after the required steps have been taken. This provision is in line with the approach of the EU Mediation Directive,<sup>28</sup>

28 EU Directive 2008/52/EC on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters (2008).

which recognises the right of European Union Member States to make mediation compulsory or subject to incentives or sanctions, provided that the obligations and limitations of such mandatory process do not prevent the parties from exercising their right to access to the judicial system.<sup>29</sup> Indeed, the appropriate balance between the effective enforcement of the right to access to the court and the obligation to exhaust other means before requesting judicial protection should be guaranteed by other special provisions in the national legislation.

The effective enforcement of the obligations of the parties or their lawyers to cooperate in consensual dispute resolution attempts requires an effective sanctions system. In addition to the preceding options (right of the court to stay or discontinue the proceedings or reject parties' submissions), the draft Rules provide that other available means to ensure the effective compliance with procedural obligations should be made available to the court and used at its discretion. Such means and sanctions, to be used in relevant cases (and, for some forms, subject to further regulation and bylaws), include cost sanctions, awarding of damages caused by the delay and procedural abuse, raising court fees, payment of fines and reporting to the respective professional organisation e.g., a bar association, for the imposition of professional sanctions. Although extensive, this catalogue of sanctions is not expected to be applied often – it only reinforces the authority of the court and increases the probability that procedural obligations of other participants in the proceedings will be observed. This includes the obligation to voluntarily enforce a concluded settlement agreement, which also belongs to one of the obligations of the parties.

## IV. MOST IMPORTANT ISSUES TO BE DISCUSSED

### A. CONCEPT OF PROCEDURAL OBLIGATIONS AND SANCTIONS FOR THEIR VIOLATION

The traditional European civil procedure approach emphasises the distinction between 'procedural obligations' (*Pflichten*) and 'procedural burdens' (*Lasten* or 'mere obligations'). The older writings go so far as to argue that procedural obligations (duties that can be sanctioned by the court) do not exist. They argue that the parties in civil procedure (or their lawyers) are *domini litis* and therefore everything they undertake is a display of their will, not of any obligation they have. Consequently, failure to undertake specific steps may only be 'sanctioned' by the indirect sanction (or consequence) of losing their case. In a modern twist, the proposed draft Rules identify a number of strict procedural obligations which, if violated, can (also) lead to proper judicial sanctions. As the effective enforcement of basic procedural obligations was seen as the most important and overarching obligation, the draft Rules have not drawn a sharp distinction between *Pflichten* and *Lasten*. Both are covered by the same expression 'procedural obligations' or by simply pointing out what parties or lawyers should or should not do.<sup>30</sup> Similarly, the draft Rules do not draw a clear line between 'sanctions' in the strict sense and the 'consequences' or 'implications' for the parties' (in)activity. It is debatable as to whether this should be considered a lack of clarity and precision or a pragmatically justified choice aimed at avoiding unnecessary conceptual disputes. It should, however, also be pointed out that the same 'imprecise' approach which treats *Pflichten* and *Lasten* under the same expression is shared by the ALI/UNIDROIT Principles.

### B. LEGAL OBLIGATIONS AND PROFESSIONAL OBLIGATIONS – RULES OF PROFESSIONAL ETHICS IN THE CONTEXT OF RULES OF CIVIL PROCEDURE

A point upon which the proposed draft Rules differ from the approach taken by many contemporary European procedural codes (a strict separation of the rules of civil procedure and the rules of professional ethics) is the introduction of a stronger reference to separate and independent procedural obligations of legal professionals (in particular, lawyers). In the draft Rules, it is also indicated that not only procedural but also professional sanctions may (and should) be available in case of abuse of

29 EU Mediation Directive (2008) 136/4 at (14).

30 *cf.* van Rhee (2014) 693.



procedure. This is different from many procedural codes that generally cover only the obligations of the parties, treating lawyers as their ‘alter egos’ and referring to their obligations, if at all, only within the self-regulation of the legal profession.

The choice to include rules and provisions on lawyers and their professional obligations in the proposed draft Rules substantially follows the guidance of the ALI/UNIDROIT Principles.<sup>31</sup> It was also decided that, while jurisdictions that wish to implement the ELI/UNIDROIT Rules may choose to enact some of them in other acts or leave them to rules of professional ethics, this proposal, for the sake of completeness, should nevertheless give guidance as to the content of particular obligations and the sanctions for their non-observance, no matter whether it would fit better in another act, statute or set of rules. Another reason behind such an approach was that, in practical terms, the role of lawyers is of ultimate importance for the fulfilment of the parties’ obligations and that good administration of justice (or, on the other side, procedural delays and abuse of procedure) largely depends on their actions. To that extent, some rules, which can be found in certain ethical codes e.g., Code of Conduct for European Lawyers issued by CCBE<sup>32</sup>, may and should also be conceived as strict legal obligations.<sup>33</sup> However, this is another point that may be revisited in discussions in more detail and the same is true for the relationship and interplay of the rules of civil procedure and the legal and ethical obligations of legal professionals.

### C. TOO MANY BROAD STATEMENTS OF ‘PRINCIPLES’, NOT ENOUGH ‘RULES’?

The rules contained in the proposal are all drafted in a way that guarantees flexibility and a certain degree of generalisation. They also derive from one main idea or principle of the duty of all the civil procedure participants to cooperate in good faith for the purpose of a fair, economical and reasonably speedy process, thereby sharing responsibility for good administration of justice. The draft Rules do not attempt to define precise time limits for discharging the particular obligations or spell out exact sums in the event of fines or damages. Some civil procedural traditions in Europe may not be familiar with such an approach as they are more technical, which may leave them with the impression that the proposed rules contain more ‘principles’ than ‘rules’.

The position of the experts working on the development of the ELI/UNIDROIT draft Rules was to avoid the formulation of very precise rules, as they would hardly be acceptable to everyone, particularly in light of the considerable differences in the structure and approaches of national jurisdictions in Europe. Moreover and more importantly, it was deemed that clear, general ideas contributed more to the success of most successful reforms of civil procedure in Europe than very detailed and formalised rules, which can distract from the main intentions and aims of the procedural regulation. However, it may be worth discussing whether the proposed draft Rules achieved the right balance between general rules and open standards, on the one hand and formal and precise technical provisions, on the other.

### D. JUDICIAL DISCRETION OR STRICT RULES?

Further to the previous point, another issue dealing with the level of discretion of the court to implement the proposed rules and policies should be raised here. As mentioned before, in many cases, it seemed almost impossible to find universally applicable provisions which would automatically and without exception lead to correct results in all cases. Therefore, particularly where the case management decisions and sanctions for violations of procedural obligations are concerned, the rules leave a certain level of discretion to the court to make a prudent choice and form its decision based on the assessment of all the circumstances of the case. Some European civil jurisdictions, particular in the South and in the East of the continent, might not be very familiar with this approach, as they are hostile towards giving judges much (if any) discretion in their decision-making. A topic for discussion could be whether this

31 The title of Principle 11 is clear: ‘Obligations of the Parties and Lawyers’. Principle 11.5 also clearly refers to the *professional obligation of lawyers*. ALI/UNIDROIT Principles (2005) 20.

32 CCBE Code of Conduct (2013).

33 *Ibid.*, see for instance rule 4.2. (duty of fairness) or rule 4.4. (prohibition of giving false or misleading information to the court).

tradition has been gradually changing in the light of modern reform trends and whether the existent judicial structures in Europe are ready and sufficiently capable of embracing a certain amount of prudent and reasoned discretion.

## E. ABANDONING THE DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS APPROACH

As outlined above, the proposed draft Rules incorporate another fundamental idea concerning the duty of loyal procedural cooperation and the principle of shared responsibility for fair, swift and effective proceedings, which require the active contribution of all the main participants in the process (parties, lawyers and judges), both at the organisation stage of the process and when elements essential to identify the disputed issues are being defined. Although the balance between the activism required from each side to the dispute might shift in such a way that in some aspects the parties have a more and the court a less, important role (and *vice versa*), there are no essential procedural spheres in which one side (parties and their lawyers) or the other (the court) would be exclusively responsible and the other side is discharged of any obligations. To that extent, the somewhat simplified but still largely influential formulas on one-sided responsibility such as *da mihi factum, dabo tibi jus* would not be accurate any longer. This also may be a topic for discussion.

## F. LIMITS AND SCOPE OF OBLIGATION TO ATTEMPT SETTLEMENT AND USE THE AVAILABLE ADR METHODS

Approaches in Europe differ as to the issue of the encouragement of the parties to reach a mutually agreeable solution. While some national jurisdictions still think that any communication aimed at resolving the conflict should be merely voluntary and optional, others advocate for the use of broad mandatory schemes of pre-trial and ADR procedures before continuing to litigation. The proposed draft Rules attempt to strike a balance between these two poles and this may constitute another point for debate as to whether the chosen tactic is the right one.

The scope of ADR techniques and methods that parties would be required to exhaust may also be open to discussion. One point here relates to the scope of pre-action obligations, in particular with regard to the duty of mutual disclosure of claims and the related factual allegations with evidence supporting them.

Another point relates to the obligation to consider arbitration as an alternative to court proceedings. In this respect, although arbitration is certainly desirable in some kinds of cases and, in a broader sense, may be a part of the obligation to exhaust all appropriate means prior to court proceedings, it is not consensual in its outcome and may hardly become mandatory on a broader scale. Therefore, the Working Group decided to avoid specific references to arbitration and maintained the expression that addresses ‘consensual dispute resolution’, which may be another topic for discussion.

## G. CAN LANGUAGE AND TERMINOLOGY OF PROCEDURAL RULES BE HARMONISED ACROSS EUROPE?

The work on the ELI/UNIDROIT Rules of civil procedure revealed a number of linguistic and terminological issues pertaining to the formulation of the provisions aimed to be accepted across Europe. When it comes to the English version of the text, questions were raised as to whether the rules were not ‘too British’ or, on the contrary, incompatible with English legal terminology. Although Latin is considered the *lingua franca* of European private law, the use of customary Latin phrases in the English version of the text was also criticised. It was also a challenge to find the appropriate English expressions for some standard distinctions in other languages e.g., the distinction between *Lasten* and *Pflichten* mentioned above. The Working Group also found that the use of certain phrases such as ‘mediation’ or ‘conciliation’ may need to be reconciled with the use of these terms in some Romance languages, for instance, Italian.<sup>34</sup> Confronted with these challenges, the

<sup>34</sup> As argued by the Italian member of the Working Group (Prof. Silvestri), a number of legal systems derived from Roman law (and certainly Italy and France) distinguish between settlement (the contract by which the parties reach an agreement that ends their dispute thanks to the mutual acknowledgement of a few of the respective claims) and conciliation, which is the typical agreement reached by the parties while the proceeding is already

Working Group chose to avoid them by focusing on the essentials and using only generic inclusive expressions. It is expected, however, that these issues will reoccur when translating the rules into other European languages, which may be still another topic for discussion.

## V. CONCLUSIONS

The work on the European Rules of Civil Procedure continues. In the next phases, the steering bodies of ELI and UNIDROIT will review the proposed rules and adopt their final form and content.<sup>35</sup> The other working groups will finalise their proposals, which may take some time, as several of the groups in the last 'wave' have only recently been constituted. In the end, the proposals of all working groups will be discussed in the 'super-group' composed of reporters of all the groups. All rules will have to be streamlined and consolidated and therefore it is not likely that the final text of the completed rules will become public before the end of 2018.<sup>36</sup>

Nonetheless, even this incomplete work may be considered an important achievement. In the self-understanding of the Working Group, it has not introduced anything particularly new or revolutionary just a detailed, concrete and systematic regulation and presentation of rules that are considered to be best practice in modern systems of civil procedure may highlight the desirable course of action for future procedural reforms. Elaborating the known principles, in the first place the principle of loyal cooperation of the parties and the court for the common goal of just, efficient and inexpensive adjudication, makes the proposed model text useful as a starting point for reformers of national rules. In addition, the systematic and coherent insistence on the shared responsibility of all the actors in the process for fair and effective civil proceedings could contribute to overcoming the doctrinal dichotomy between the adversarial and inquisitorial approaches to litigation, which marked the battlefield of procedural theory in the past. This is particularly valid for approaches to fact-finding and determination of applicable legal rules, where the proposed rules also avoid strict separation of duties and treat the determination of both facts and law as a joint and shared obligation of the court and the parties.

The proposed rules in their current form also clearly underline three of the most important reform trends in civil procedure in the last two decades. One highlights the importance of case management (and time management) in the proceedings. While in the past civil procedure was conceived as a journey into the unknown for many European jurisdictions (and also, seemingly, for some even today), the general trend of contemporary reforms is to put the emphasis on planning and preparation of the proceedings. Consequently, active participation in the early organisation of the proceedings is among the essential obligations of the judges, parties and lawyers in the draft Rules. This duty is also elaborated in further detail while at the same time attempting to find an appropriate balance between strict rules and general declarations of principle.

Another reform trend reflected in the draft Rules is the strengthening of the obligations of all actors – in particular of those who participate in the proceedings professionally, on a daily basis – to refrain from steps and actions that can be qualified as procedural abuse. The professional obligation to refrain from abusive procedural strategies, including vexatious behaviour and procedural steps aimed at delaying the procedure, is in particular highlighted as ethical and a legal duty of lawyers. By separating (procedural) obligations of the parties and (ethical and procedural) obligations of lawyers, the draft Rules establish an (often absent) link between professional codes of conduct and civil procedural codes. The internalising of this link by professional associations such as bar associations (already present in some transnational rules for the European legal profession) should contribute to the formation and embrace of new ethics of the legal profession, an ethics in which both the adversaries and the court will be treated as partners, in spite

---

pending.

35 On internal project workflow rules of ELI, see <<http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/project-workflow/>>.

36 For the time being, the indicative schedule of the project foresees the presentation of five sets of rules (including the rules on obligations of parties, lawyers and judges) for Spring 2018 in Trier, Germany. This will also be the time when the remaining groups should present their first complete draft of rules. No indicative time limit for the adoption of the final set of rules has been set yet.

of the divergence of their interests and procedural roles.

Finally, an important part of the obligations of the parties and their lawyers in the draft Rules transcends the boundaries of litigation and relates to their behaviour before initiating court proceedings. Encouraging parties' attempts to reach autonomous conflict settlement with a view to avoiding unnecessary involvement of public authorities describes an important trend in modern reforms in systems of civil justice in Europe and throughout the world. To that extent, the Working Group on obligations shared the opinion that resorting to litigation should only be the last route taken – *ultimum remedium* – when reasonable efforts by the parties in private disputes to resolve their differences have failed.<sup>37</sup> Reasonable efforts in the draft Rules include all methods, from formal and informal direct communication and negotiations to a whole range of alternative dispute resolution mechanisms. The pre-procedural and procedural obligation of attempting autonomous dispute resolution (which stretches through the entire litigation process and continues in the post-action stages) is another shared obligation of all the actors in private civil disputes. As such, this obligation is another instance of the general obligation of loyal cooperation, this time in the attempt to deal jointly and autonomously with the different views regarding the substance of the dispute.

After their final adoption, it may be expected that the rules on obligations of parties, lawyers and judges, incorporated in the overall text of the European Rules of Civil Procedure, will be used as orientation and point of reference in future national reforms of civil procedural rules. Some inspiration hopefully will be drawn already from the incomplete and provisional results, in particular when they are presented to the public as a normative text with comments and explanations. Past experiences with the Transnational Rules of Civil Procedure show that, with time, their prominence and influence increased. Due to a broader circle of involved experts, many interested observers, stronger institutional support and a higher level of elaboration with a particular regional (European) flavour, the European Rules of Civil Procedure may begin to be adopted even faster. Naturally, due to the structural differences between European civil justice systems<sup>38</sup> it is hard to believe that many countries will adopt the text of the rules word for word.<sup>39</sup> But the adoption of the spirit and philosophy of the ELI/UNIDROIT Rules may play an even greater role than a mechanical copying of 'harmonised' European phrases. This is why one can reasonably hope that even this sketchy presentation of the unfinished work of the ELI Working Group on Obligations of Parties, Lawyers and Judges may be useful in future discussions of procedural reformists.

## LIST OF THE REFERENCED LITERATURE AND SOURCES

Código Iberoamericano De Ética Judicial, (2006) <<http://www.poderjudicial.gob.hn/CUMBREJUDICIALIBEROAMERICANA/Documents/CodigoEtico.pdf>>.

Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (84) 5 of the Committee of Ministers to Member States 'On the Principles of Civil Procedure Designed to Improve the Functioning of Justice', available at:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804e19b1>.

Ervo, L., Gräns M., Jokela, A. (eds.), *Europeanization of Procedural Law and the New Challenges to Fair Trial* (Europa Law Pub. 2009).

Ervo, L. and Nylund, A. (eds.), *Current trends in Preparatory Proceedings. A Comparative Study of Nordic and Former Communist Countries* (Springer 2016).

European Parliament, Council of the European Union, Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters (2008).

Joint American Law Institute / UNIDROIT Working Group on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. Appendix: rules of transnational civil procedure (A Reporter's Study)*, (2005, available at: <<http://www.unidroit.org/english/documents/2005/study76/s-76-13-e.pdf>>).

Klein, F., *Pro Futuro. Betrachtungen über Probleme der Zivilprozessreform in Oesterreich* (Deuticke 1891).

Manko, R., *Europeanization of civil procedure. Towards common minimum standards?* (European Parliament EPRS PE 559.499, 2015).

37 Indeed, the members of the Working Group do not dispute the public purpose of litigation and the need for court involvement in disputes with prevailing public interest. On the various goals of civil litigation, see more in Uzelac (2014).

38 On these structural differences and their impact on the possibility of harmonisation, see Uzelac (2012).

39 For this statement – not only in respect of civil procedure – the best proof may be the experiences with the adoption of model legislation of UN bodies, such as UNCITRAL.

Storme, M. (ed.), *Approximation of Judiciary Law in the European Union* (Kluwer 1994).

The Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE), *The Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of Conduct for European Lawyers* (Brussels 2013), [http://www.ccbe.eu/NTCdocument/EN\\_CCBE\\_CoCpdf1\\_1382973057.pdf](http://www.ccbe.eu/NTCdocument/EN_CCBE_CoCpdf1_1382973057.pdf).

Tulibacka, M., Blomeyer, R., Sanz, M., *Common minimum standards of civil procedure* (European Parliament EPRS PE 581.385, 2016).

Uzelac, A., 'Harmonised Civil Procedure in a World of Structural Divergences? Lessons Learned from the CEPEJ Evaluations' in Kramer, X.E. and van Rhee, C.H. (eds.), *Civil Litigation in a Globalising World* (T.M.C. Asser Press and Springer 2012) 175-205.

Uzelac, A., 'Croatia: Omnipotent judges as the Cause of Procedural Inefficiency and Impotence' in van Rhee & Fu (eds.), *Civil Litigation in China and Europe* (Springer 2014) 197-221 [Uzelac (2014a)].

Uzelac, A. (ed.), *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in Contemporary Judicial Systems* (Springer 2014).

Van Rhee, C.H., 'Obligations of the Parties and their Lawyers in Civil Litigation: The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure' in J Adolphsen et al., *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag* (Beck 2014) 689-699.

Van Rhee, C.H. and Fu, Y. (eds.), *Civil Litigation in China and Europe. Essays on the Role of the Judge and the Parties* (Springer 2014). Woolf, H.K., *Access to Justice, Interim Report* (Lord Chancellor's Department, June 1995).

Woolf, H.K., *Access to Justice, Final Report* (London: HMSO, 1996).

Zuckerman, A.A.S. (ed.), *Zivil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure* (Oxford UP 2000).

# CHIAREZZA E SINTESI TRA MITO E REALTÀ

**Alberto Tedoldi**

*Professore associato nell'Università di Verona*

Sommario: 1. Chiarezza e sintesi, endiadi insolubile nella postmodernità tecnocratica – 2. La *concinnitas* nella retorica classica e il *caveant litigatores verbosis uti adsertionibus* in epoca imperiale – 3. Il procedimento sommario nella *Clementina Saepe* (1306), da svolgersi *simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii* – 4. Le sentenze un tempo erano prive di motivazione: la sintesi nel provvedimento era, in tal modo, pienamente assicurata – 5. L'obbligo di motivazione nell'età dei lumi – 6. La crisi della motivazione nei modelli neoliberalisti globali, imposti dal metodo *Doing Business* – 7. Il *velociraptor* contemporaneo predilige il far presto al far bene – 8. Alcune retrograde proposte per favorire una sintetica *clartè*: torniamo al giudizio

1. – In questa nostra postmodernità liquida e autoreferenziale – nel dissesto linguistico intimamente connesso a una inarrestabile deriva a un tempo entropica e autoritaria, che prende forma di novello dirigismo economico-finanziario e tecnocratico – è in gran voga il tema della semplificazione degli atti processuali e della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, in nome dei principii di chiarezza e di “sinteticità”, che preferiamo declinare con il tradizionale sostantivo “sintesi”, anziché generarne uno nuovo dall'aggettivo, con apparente pleonasma lessicale.

Si tratta, in realtà, di un'endiadi, ché la sintesi presuppone chiarezza di idee e di concetti, l'una non dandosi senza l'altra, come s'insegna *ab antiquo* secondo una massima attribuita a Marco Porcio Catone detto il Censore (“*rem tene, verba sequuntur*”) e come mostra, nel nostro campo, lo stile asciutto, preciso, chiaro e sintetico di un Maestro come Enrico Tullio Liebman<sup>1</sup>.

È così tutto un laborioso e vorticoso proliferare di proposte, disposizioni, regole di *hard and soft law*, circolari, suggerimenti, protocolli, istruzioni per l'uso, moduli predisposti e compilabili *on line*, con limitazioni nel numero delle parole, dei caratteri, delle pagine e delle righe, che si spinge talora sino a raccomandare il colore della carta (bianca, con possibili censure di *political incorrectness*)<sup>2</sup>, non ancora quello dell'inchiostro

---

1 “La chiarezza dello stile è causa ed effetto della chiarezza del pensiero. E il pensiero giuridico, per sua natura, dovrebbe essere un pensiero chiaro. È significativo che già un secolo fa si affermasse che “il diritto è arte di tracciare limiti, e un limite non esiste se non in quanto sia chiaro”, mentre “tutto ciò che è oscuro può appartenere forse ad altre scienze, ma non al diritto” (V. Scialoja, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1911, I, 942). Così, sin nell'incipit, la *Relazione del Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali* del 1° dicembre 2016. Sullo stile di Liebman v. Cavallone, *Lo stile di Enrico Tullio Liebman*, in Aa.Vv., *Enrico Tullio Liebman oggi: riflessioni sul pensiero di un maestro*, Milano, 2004, 119 ss.

2 Giova qui riportare – a mo' di esempio peggiore della smania, ormai psicopatologica, di uniformazione e di “normalizzazione” che attinge anche i processi giurisdizionali nelle società di massa – la *Rule 124 della Appellate Procedure* dinanzi alla *Supreme Court of Pennsylvania*:  
*Rule 124. Form of Papers; Number of Copies.*

(a) *Size and other physical characteristics.*—All papers filed in an appellate court shall be on 8 1/2 inch by 11 inch paper and shall comply with the following requirements:

(1) The papers shall be prepared on white paper (except for covers, dividers and similar sheets) of good quality.

(2) The first sheet (except the cover of a brief or reproduced record) shall contain a 3 inch space from the top of the paper for all court stampings, filing notices, etc.

(3) Text must be double spaced, but quotations more than two lines long may be indented and single spaced. Footnotes may be single spaced. Except as provided in subdivision (2), margins must be at least one inch on all four sides.

(4) Lettering shall be clear and legible and no smaller than 14 point in the text and 12 point in footnotes. Lettering shall be on only one side of a page, except that exhibits and similar supporting documents, briefs and reproduced records may be lettered on both sides of a page.

(5) Any metal fasteners or staples must be covered. Originals must be unbound. Copies must be firmly bound.

(6) No backers shall be necessary.

(b) *Nonconforming papers.*—The prothonotary of an appellate court may accept any nonconforming papers.

(c) *Copies.*—Except as otherwise prescribed by these rules:

(1) An original of an application for continuance or advancement of a matter shall be filed.

(2) An original and three copies of any other application in the appellate courts shall be filed, but the court may require additional copies.

Official Note: The 2013 amendment increased the minimum text font size from 12 point to 14 point and added a minimum footnote font size of 12 point. This rule requires a clear and legible font. The Supreme, Superior, and Commonwealth Courts use Arial, Verdana, and Times New Roman, respectively, for their opinions. A brief using one of these fonts will be satisfactory.

(implicitamente nero), ancorché ora di carta e inchiostro, per le “magnifiche sorti e progressive” del processo civile telematico (PCT: esiste un acronimo per ogni cosa e forse a breve, nella neolingua globale di matrice sempre economico-razionalistica, ci esprimeremo soltanto con acronimi, per restare nei centoquaranta o duecentottanta caratteri di qualche permanente innovazione informatica), non si debba, in verità, propriamente più parlare, bensì di *bit*, cioè di impulsi elettronici che il *computer* traduce e computa (appunto) in lettere, sino a trasformare tutto in entità virtuali, della stessa sostanza di cui son fatti... gli incubi.

È la moderna *techne*, si dirà, a imporre che l'intero globo terracqueo e i suoi abitanti sian riducibili e omologabili secondo metodi quantitativi, *nuda corpora more geometrico et oeconomico (de)monstrata*, secondo dominante *esprit de géométrie* che tutto vuol calcolare e controllare, annichilendo ogni *esprit de finesse* e, con questo, ciò che dovrebbe appartenere all'autentico *esprit des lois*. Salvo poi coricarsi la sera senza accorgersi che tutta quella scienza – che poi è scienza per modo di dire (e tanto meno può diventare tale sol mutandone il nome, come s'è voluto fare, abolendo le storiche e gloriose facoltà ed eliminando da queste la parola Giurisprudenza, onusta di significati storici e filosofici ben più pregnanti dell'anodino sintagma Scienze giuridiche) – ben poco giova a scoprire e conoscere come va il mondo degli uomini o, meglio, come va *hic et nunc*, nel secolo XXI<sup>3</sup>.

2. – Di sobria *concinntas* si parlava già nella retorica classica, quella ciceroniana per intenderci, che rimproverava anzitutto a sé stesso e, *in senectute*, sdegnava ogni *juvenilis redundantia*<sup>4</sup>, siccome inutile orpello sconsigliabile all'oratore, il *vir bonus dicendi peritus* tenuto a formarsi e a costruire il discorso secondo il metodo e le parti fondamentali indicate dalle scuole retoriche.

*Inventio, dispositio, elocutio, memoria, actio* (o *pronuntiatio*) erano le cinque parti della retorica classica, ulteriormente suddivise, all'interno della *dispositio*, tra *exordium, narratio* (distinta in *propositio et partitio*), *argumentatio* (bipartita in *confirmatio et confutatio*) ed *epilogus*<sup>5</sup>.

Con l'*inventio* si raccoglievano i materiali probatorii e le testimonianze (*probationes inartificiales*), gli argomenti (*probationes artificiales*) – a proposito dei quali soleva dirsi che «*apud bonum iudicem plus argumenta valent quam testes*» – gli *exempla* e i precedenti casistici, selezionati con metodo topico.

La *dispositio* concerneva l'ordine e la disposizione delle idee, che poteva essere *naturalis*, cioè seguire lo svolgimento logico del discorso, oppure *artificialis*, ossia elaborata in modo da ottenere sui destinatari un effetto particolare.

Ogni discorso andava poi articolato in quattro parti:

- l'*exordium* o *proemio* o *initium*;
- la *narratio*, cioè l'esposizione dei fatti, allegati (*propositio*) e ordinatamente ripartiti (*partitio*);
- l'*argumentatio*, con l'analisi e la discussione delle *probationes inartificiales et artificiales*, bipartita nella *confirmatio* dei *pro* e nella *confutatio* dei *contra*;

3 “In rerum natura”, diceva egli, “non ci ha che due generi di cose: sostanze e accidenti; e se io provo che il contagio non può esser né l'uno né l'altro, avrò provato che non esiste, che è una chimera. E son qui. Le sostanze sono o spirituali o materiali. Che il contagio sia sostanza spirituale, è sproposito che nessuno vorrebbe sostenere; sicché è inutile parlarne. Le sostanze materiali sono o semplici o composte. Ora, sostanza semplice il contagio non è; e si dimostra in quattro parole. Non è sostanza aerea; perché, se fosse, invece di passar da un corpo all'altro, volerebbe al più presto alla sua sfera. Non è acqua; perché bagnerebbe e verrebbe dissecata dai venti. Non è ignea; perché abbrucerebbe. Non è terrea; perché sarebbe visibile. Sostanza composta, neppure; perché a ogni modo dovrebbe esser sensibile all'occhio o al tatto; e questo contagio, chi l'ha veduto? chi l'ha toccato? Resta da vedere se possa essere accidente. Peggio che peggio. Ci dicono questi signori dotti che si comunica da un corpo all'altro; che questo è il loro Achille, questo il pretesto per fare tanti ordini senza costrutto. Ora, supponendolo accidente, verrebbe ad essere accidente trasportato: due parole che fanno alle pugna, non ci essendo in tutta la filosofia cosa più chiara, più liquida di questa, che un accidente non può passare da un soggetto all'altro. Che se, per evitar questa Scilla, si riducono a dire che sia accidente prodotto, fuggon da Scilla e danno in Cariddi: perché, se è prodotto, dunque non si comunica, non si propaga, come vanno blaterando. Posti questi principi, che venirci tanto a parlare di vibici, d'esantemi, d'antraci ... ?

... “No, no”, riprese don Ferrante, “non dico questo io: la scienza è scienza; solo bisogna saperla adoprare. ...

- La c'è pur troppo la vera cagione, – diceva; – e son costretti a riconoscerla anche quelli che sostengono poi quell'altra così in aria... La neghino un poco, se possono, quella fatale congiunzione di Saturno con Giove. E quando mai s'è sentito dire che l'influenze si propaghino...? E lor signori mi vorranno negar l'influenze? Mi negheranno che ci stian degli astri? O mi vorranno dire che stian lassù a far nulla, come tante capocchie di spilli ficcati in un guancialino?... Ma quel che non mi può entrare, è di questi signori medici; confessare che ci troviamo sotto una congiunzione così maligna, e poi venirci a dire, con faccia tosta: non toccate qui, non toccate là, e sarete sicuri! Come se questo schivare il contatto materiale de' corpi terreni, potesse impedir l'effetto virtuale de' corpi celesti! E tanto affannarsi a bruciar de' cenci! Povera gente! brucerete Giove? brucerete Saturno?

His fretus, vale a dire su questi bei fondamenti, non prese nessuna precauzione contro la peste; gli s'attacò; andò a letto, a morire, come un eroe di Metastasio, prendendosi la sua stella.

E quella sua famosa libreria? E forse ancora dispersa su per i muriccioli (Manzoni, *I promessi sposi*, cap. XXXVII).

4 Cicerone, *Brutus*, 10: «*ipsa enim pro Roscio iuvenilis redundantia multa habet adtenuata*».

5 Cicerone, *De oratore*, *passim*; Quintiliano, *Institutio oratoria*, *passim*; Mortara Garavelli, *Manuale di retorica*, Milano, 1997, 55 ss.

- *l'epilogus* o *conclusio*, con la perorazione finale.

L'*elocutio* era la terza delle cinque parti della retorica e consiste nella scelta (*electio*) e nella combinazione (*compositio*) delle parole, utilizzando figure retoriche per abbellire l'espressione e innalzarla a livello letterario.

Le ultime due parti, *memoria et actio* (vel *pronuntiatio*), attengono alla memorizzazione del discorso oratorio attraverso tecniche mnemoniche e alla sua declamazione, con attenzione alla pronuncia, al tono di voce e alla gestualità, secondo l'apparato tipico della recitazione teatrale.

Le prime tre parti (*inventio, dispositio, elocutio*) offrono ancor oggi i loro servizi per la stesura di testi scritti, mentre *memoria et actio/pronuntiatio* riguardavano le attività *stricto sensu* oratorie. Essendo stata oramai bandita ogni forma di oralità dal nostro processo civile, a dispetto di quel che recita il pur vigente, ma *de facto* abrogato, art. 180 c.p.c. (*«La trattazione della causa è orale»*), *memoria et actio/pronuntiatio* hanno perso ogni rilievo, finanche in sede di legittimità per *ukaze* normativo-giudiziario, a seguito della riforma del procedimento in Cassazione di cui al d.l. 168/2016, conv. con l. 197/2016, che affida interamente alla discrezionalità della Suprema Corte la scelta di fissare o meno, in via di eccezione, l'udienza per la discussione orale in luogo del normale procedimento camerale, a contraddittorio esclusivamente scritto e in camera di consiglio "non partecipata" (alla quale, cioè, i difensori non sono ammessi, neppure su richiesta), come usa dirsi con burocratica espressione linguistica, ai sensi dei novellati artt. 375, u.c., e (*horresco scribens*) 380 bis.1 c.p.c.<sup>6</sup>.

E sì che nella *Rhetorica ad Herennium* – risalente al I secolo a.C. e di incerta attribuzione – la *memoria* è definita come «la tenace presenza, nel pensiero, degli argomenti, delle parole e della loro disposizione», mentre l'*actio/pronuntiatio* è «la capacità di regolare in modo gradito la voce, l'aspetto, il gesto» (*quasi corporis quaedam eloquentia*, diceva Cicerone), cui il grande Demostene accordava assoluta, se non esclusiva, prevalenza<sup>7</sup>.

L'impeccabile metodo logico-dialettico della retorica classica, pur tuttavia, non bastò a raffrenare l'esuberanza del foro, se Giustiniano, nel 530 d.C., sentì il bisogno di imporre che "*in refutatoriis autem libellis, qui solent maxime in sacro auditorio prudentissimorum nostrorum procerum recitari, caveant tam litigatores quam libellorum dictatores verbosis uti adsertionibus et ea quae iam perorata sunt iterum resuscitare, sed haec sola eis inscribere, quae compendiosa narratione causas provocationis possunt explanare vel aliquid novi continent vel addere quod derelictum est*"<sup>8</sup>.

Insomma, il «*caveant verbosis uti adsertionibus*» è invito rivolto *ex auctoritate* ai litiganti *ab immemorabili tempore*, in ogni epoca e sotto ogni sole, tanto più quando il processo sia governato da funzionari dello Stato e la *iurisdictio* sia ritenuta essenziale *pars summi imperii*. Spinte pubblicistiche e centralistiche formano un tutt'uno con l'imposizione della brevità negli scritti e nei discorsi difensivi, e poco importa la matrice di queste spinte, siano esse giustificate da ragioni politiche piuttosto che economiche o *tout court* giudiziarie, tutte appartenendo ad una medesima matrice autoritaria. Un invito che oggi corrisponde alla domanda, in altro senso "retorica", posta nell'*incipit* delle sporadiche e sempre più rade udienze di discussione orale, secondo il seguente *refrain*, salvo variazioni sul tema: «il collegio ha letto e vivamente apprezzato gli scritti dei difensori: hanno lor signori qualcosa da aggiungere a quanto già scritto?».

3. – Che dire poi della scelta di dar vita al procedimento sommario per contrastare dilazioni e "strepiti" degli avvocati e le lungaggini del processo romano-canonico?

Era il 1306, all'abbrivio di un secolo di transizione in cui nuovo e vecchio convivevano e che conobbe uno straordinario moto di ricerca di un rinnovato ordine giuridico<sup>9</sup>. Fu allora che il Pontefice Clemente V, nella cattività avignonese, emise la celeberrima decretale *Clementina Saepe*, ratificando e dando forma compiuta agli sparsi tentativi, imposti dalle esigenze dei commerci ma, nondimeno, scaturenti dall'equità

6 V. Penasa, *Il nuovo procedimento camerale in Cassazione e il principio di pubblicità delle udienze: possibili profili di incostituzionalità* (nota a Cass., 10 gennaio 2017 n. 395), in *Corr. giur.*, 2017, 1579 ss., dove ulteriori richiami.

7 Cicerone, *De oratore*, III, 56, 213; Quintiliano, *Institutio oratoria*, XI, 3, 6.

8 L. 39 § 1 *Codex* 7, 62, *De appellationibus*.

9 Grossi, *L'Europa del diritto*, Bari, 2007, 67 ss.; cfr. anche Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, 115 ss.; e Calasso, *Medio Evo del diritto*, I, Milano, 1954, 345 ss.



canonica, volti a semplificare le forme dell'*ordo iudiciarius*, ereditate dal processo romano non senza significativi e penetranti innesti di alcune tradizioni e, con queste, di taluni formalismi barbarici (quale, ad es., la necessità di pronunciare la sentenza stando seduto, a pena di irrimediabile nullità)<sup>10</sup>. Si voleva in tal modo rendere il processo elastico e adattabile alle esigenze dei singoli casi, dispensando i litiganti e il giudice dalle formalità del *sollemnis* (o, come pure si diceva, *subtilis*) *ordo iudiciarius*, mercé un procedimento da svolgersi *simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii*, secondo formula già a quell'epoca ormai tralatizia, ma del cui significato «*a multis contenditur, et qualiter procedi debeat, dubitatur*», com'è naturale accada allorché le forme siano ridotte all'essenziale e il processo resti un semplice canovaccio, posto nelle mani e affidato alla discrezione del singolo giudice.

Nel procedimento disegnato dalla *Clementina Saepe* veniva eliminata la necessità del libello e della *litis-contestatio*, che causavano con la loro solennità molteplici questioni e imponevano la necessaria partecipazione del *reus* al processo; si conferivano al giudice poteri di direzione del procedimento, imponendogli di tenere udienze anche nel periodo feriale, di impedire ogni dilazione e di abbreviare il più possibile la lite, «*exceptiones, appellationes dilatorias seu frustatorias repellendo, partium, advocatorum et procuratorum contentiones et iurgia, testiumque superflua multitudinem refrenando*», ma non al punto da escludere le «*probationes necessariae et defensiones legitimae*» delle parti, né la solenne prestazione da parte loro del *iuramentum* «*de calumnia vel malitia sive de veritate dicenda, ne veritas occultetur*» né, ancora, l'assegnazione discrezionale di termini alle parti per rivolgersi reciproche *petitiones*, mediante la tecnica delle *positiones* e degli *articuli*, «*ad faciliorem expeditionem litium propter partium confessiones et (...) ad clariorem probationem*», deducendo anche prove e producendo documenti; con facoltà, altresì, di interrogare le parti, «*sive ad earum instantiam, sive ex officio, ubicunque hoc aequitas suadebit*» e, infine, di pronunciare sentenza definitiva indifferentemente «*stans vel sedens, etiam (si ei videbitur) conclusione non facta, prout ex petitione et probatione et aliis actitatis in causa fuerit faciendum*», con una clausola finale di salvezza (la famosa *clausola salutaris*, or ritualmente e vischiosamente conservatasi con la formula tralatizia del *salvis iuribus*) che intendeva evitare nullità inemendabili e conseguenze esiziali sui diritti dei litiganti, allorché fossero invece osservate «*in toto vel in parte*», «*non contradicentibus partibus*», le forme del *sollemnis ordo iudiciarius*, onde «*non erit processus propter hoc irritus, nec etiam irritandus*».

4. – Brevità e sintesi, declinate *sub specie* di semplificazione delle forme e degli atti più che di sommarietà del giudizio, non toccava, pur tuttavia, il contenuto dei provvedimenti giurisdizionali, occupandosi soltanto della ritualità estrinseca (la *sententia* era pronunciata «*stans vel sedens, etiam (si ei videbitur) conclusione non facta*», come dianzi veduto).

La ragione era semplice: la sentenza, in allora, si presentava sprovvista di motivazione, enucleata nel solo dispositivo, preceduto appena da mere clausole di stile espresse mediante ablativi assoluti («*... visis et auditis rationibus utriusque partis et testibus inspectis, habito sapientium consilio...*»), dacché «*iudex non tenetur exprimere causam et propter auctoritatem iudicariam praesumi debet omnia legitime processisse*»<sup>11</sup>.

D'altronde, quando di motivare v'è poco o punto bisogno e la corte *iudicat tamquam Deus*, come scriveva Pietro Verri a proposito del *Senatus mediolanensis*, ogni problema di sintetica *clartè* della motivazione è scansato e risolto *in apicibus*, mercé imperscrutabile e insindacabile giudizio di chi, profeta in terra, altro non

10 V. classicamente Briegleb, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig, 1859, 15 ss., seguito da tutta la posteriore dottrina, tra cui Bethmann-Hollweg, *Der Civilprocess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, Bonn, 1863-1874, III, VI, 18 e 111 nonché, in Italia, da Lattes, *Il procedimento sommario o planario degli statuti*, Milano, 1886, 222 ss.; Pertile, *Storia del diritto italiano*, 2<sup>a</sup> ed. curata da Del Giudice, Torino, 1896-1902, VI, II, 114 ss.; Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, in Del Giudice (diretto da), *Storia del diritto italiano*, III, Francoforte-Firenze, 1969, III, II, 327 ss.; Chiovenda, *Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva* (1915), in *Saggi di diritto processuale civile*, I, rist., Milano, 1993, 133 ss.; Id., *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* (1901), *ivi*, 353 ss.; v. anche Id., *Romanesimo e germanesimo nel processo civile* (1901), *ivi*, 181 ss. e Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, 1935, rist. Napoli, 1960, 202 ss. e, per una rapida descrizione della farraginosità del processo comune ordinario, 121 s.; nonché Scarselli, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, 59 ss., ove ampii richiami bibliografici. La *Clementina Saepe* si trova integralmente riportata e commentata in Johannes de Lignano, *Super Clementina «Saepe»*, in Wahrmond (a cura di), *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Prozesses im Mittelalter*, Aalen, 1962, IV, VI, 7 ss. V. anche Ioannis Andreae, *Iuris canonici fontis Uberrimi, in secundum Decretalium librum Commentaria*, Venetiis, 1581, 2 ss. (*De iudiciis*).

11 V. Ficker, *Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens*, Aalen, rist. 1961, IV, 144 ss.; Taruffò, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 279 ss.; Id., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 319 ss.; Evangelista, voce *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 154 ss.; Mancuso, *Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII (note in margine a studi recenti con il testo di una sentenza del 1299)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1995, 285 ss.; Asprella, *L'opinione dissidente del giudice*, Roma, 2012, 43 ss.

fa che manifestare ed esprimere con umane parole l'ineffabilità della divina giustizia<sup>12</sup>.

Di *rationes dubitandi* si sarebbe cominciato a far uso, con metodo rigorosamente retorico-dialettico e in ossequio ai canoni dell'*aequitas* e della *benignitas* canonica, nella *decisio* dovuta alla prassi della Sacra Rota, cioè nell'opinamento o progetto di decisione, contenente le conclusioni provvisorie dei giudici comunicate alle parti, affinché queste potessero conciliare la controversia ovvero interloquire e controdedurre prima della decisione definitiva, che non veniva poi motivata, salvo il caso di scomunica<sup>13</sup>. Opinamento che si trovava ancor riprodotto nel Regolamento gregoriano per gli affari civili negli Stati Pontifici del 1834<sup>14</sup> e che è stato inconsapevolmente, eppure un poco utilmente ripreso – per finalità certo ben diverse da quelle canonistico-conciliative – dal nostro *conditor legum*, per un decennio tra il 2006 e il 2016, nel procedimento camerale in Cassazione (art. 380 *bis* c.p.c.), prima della novella attuata *manu militari* con la l. 197/2016 di conversione al d.l. 168/2016 che – in un accesso di burocratizzazione del procedimento dinanzi alla Corte di legittimità, affatto inconciliabile con i parametri costituzionali ed europei del *due process of law* – ha ritenuto di abolirlo *d'emblée*, per lasciar posto a moduli e schemi procedurali tripartiti, discrezionalmente e insindacabilmente adottati caso per caso *ex artt.* 375, 377, 380 *bis*, 380 *bis.1* (*sic*) e 380 *ter* c.p.c.<sup>15</sup>. Sul che non vale neppure la pena di soffermarsi, tanto autarchica è stata l'imposizione compiuta mediante maxiemendamento governativo, congegnato e scritto da magistrati della Cassazione medesima e presentato per la conversione in legge del d.l. cit., contenente la proroga dell'età pensionabile per alcuni soltanto di loro, in grave spregio all'autonomia e indipendenza della magistratura ed anche, diremmo, alla precostituzione per legge del giudice naturale, ponendo alle Camere la questione di fiducia, onde evitare ogni censura ed ogni discussione al riguardo<sup>16</sup>.

5. – Come noto, si dovrà attendere, per veder finalmente affermato l'obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali, l'età dei lumi, partenopei ben prima che francesi, ché un tale obbligo fu dovuto alla mente e alla penna di Bernardo Tanucci, che condivise in proposito le idee di un liberale autentico, quel Gaetano Filangieri che, da par suo, ricordava come nei governi dispotici comandino gli uomini, in quelli moderati le leggi<sup>17</sup>: il quale ministro Tanucci scrisse e fece vergare da Ferdinando di Borbone – nonostante le rimostranze dei magistrati del Sacro Regio Consiglio di Napoli che la ritenevano irrispettosa nei loro confronti e lesiva del prestigio dell'ordine giudiziario – quella Prammatica del 1774 che piace qui di seguito riprodurre per intero, tanto attuale essa suon ancor oggi, a quasi duecentocinquanta anni dalla sua emanazione e a petto della deriva di autoritarismo finanziario e tecnocratico nel quale ci dibattiamo, *nouveau régime* in farisaici paludamenti legalistici e pseudodemocratici, qual si presenta e autoafferma sul globo terracqueo.

Onde “...assicurare nell'opinione del pubblico l'esattezza e la religiosità dei magistrati...”, occorre esprimere “la ragion di decidere, o sieno i motivi su' quali la decisione è appoggiata... per rimuovere quanto più si possa da' giudizi l'arbitrio, ed allontanare dai giudici ogni sospetto di parzialità, che le decisioni si fondino non già sulle nude autorità dei dottori, che hanno purtroppo con le loro opinioni o alterato, o reso incerto ed arbitrario il diritto, ma sulle leggi espresse del regno, o comuni: e quando non vi sia legge espressa pel caso di cui si tratta, e si abbia di

12 P. Verri, *Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese*, 1763, pubblicata in *Giornale Storico della Letteratura Italiana*, vol. CXII (fasc. 1), anno LVI, fasc. 334 (settembre), Torino, 1938. Gorla, I “Grandi Tribunali” italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto nella storia politico-giuridica d'Italia, in *Quaderni del Foro it.*, 1969, 629 ss. ricorda, tuttavia, l'uso di motivazioni colte e oltremodo erudite, essenzialmente sulla *quaestio iuris*.

13 V. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, Trento, MDCCXLIII, ed. a cura di A. Solmi, Roma, 1933, 169 ss.; De Luca, *Theatrum veritatis et iustitiae*, Venetiis, MDCCXXXIV, vol. XV, 121 ss.

14 V. il Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio Papa XVI, 1834, in Picardi e Giuliani (a cura di), *Testi e documenti per la storia del processo*, Milano, 2004 e il saggio ivi riprodotto di Menestrina, *Il processo civile nello Stato pontificio*, 56 ss.

15 V. AA.VV., *Il procedimento in Cassazione «ipercameralizzato»*, in *Foro it.*, 2017, V, 2 ss.; Punzi, *La nuova stagione della Corte di cassazione e il tramonto della pubblica udienza*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1 ss.; Sassani, *Giudizio sommario di cassazione e illusione nomofilattica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 35 ss.; Consolo, *La Cassazione e il suo nuovo volto «gianuario» (doppio ma, infine, disambiguato)*, in *Corr. giur.*, 2017, 589 ss.; Biavati, *Brevi note sul nuovo procedimento in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 1209 ss.; Scarselli, *Ius constitutionis e ius litigatoris alla luce della nuova riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 355 ss.; Panzarola, *La Cassazione civile dopo la l. 25 ottobre 2016 n. 197 e i c.d. protocolli*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, 269 ss.; Di Marzio, Didone, *La riforma del giudizio di cassazione, aggiornato al d.l. 31 agosto 2016 n. 168, conv. con modif. dalla l. 25 ottobre 2016 n. 197*, Milano, 2017; Penasa, op. loc. cit., dove ulteriori ed esaurienti riferimenti bibliografici.

16 V. il documento di viva protesta dell'Associazione nazionale dei processualisti italiani, inviato il 3 ottobre 2016 al Ministro della giustizia e intitolato *Ampliamento del procedimento camerale in Cassazione*, in *Foro it.*, 2017, V, 354 ss.

17 Filangieri, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del Sovrano che riguarda la riforma nell'amministrazione della giustizia*, in *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti del Cavalier Gaetano Filangieri*, II, Milano, 1856, 53 ss., su cui v. Gorla, *Introduzione allo studio dei Tribunali italiani nel quadro europeo fra i secoli XVI e XIX*, in Picardi, Giuliani (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, I, Documentazione storica, Rimini, 1985, 329 ss.; Monteleone, *Gaetano Filangieri e la motivazione delle sentenze*, in *Il giusto proc. civ.*, 2007, 663 ss.

*ricorrere all'interpretazione o estensione della legge... si faccia dal giudice, in maniera che le due premesse dell'argomento sieno sempre fondate nelle leggi espresse e letterali. ... i giudici sono esecutori delle leggi e non legislatori;... il diritto ha da esser certo e definito, non arbitrario;... la verità e la giustizia che i popoli conoscono e vedono nelle decisioni dei giudici, è il decoro dei magistrati, non quello stile di oracolo che non dubita... essendo il genere umano pur troppo portato a sospettare e maledire quello che non intende facilmente...*<sup>18</sup>.

Dalla quale Prammatica Filangieri trasse spunto per scrivere che «l'arbitrio giudiziario è incompatibile colla libertà civile; l'arbitraria interpretazione delle leggi debb'essere proibita ai magistrati nei governi moderati», mentre l'obbligo di motivare le sentenze, di pubblicarle mediante la stampa e di bandire l'autorità dei dottori, che pretendono di incarnare il diritto, serve a garantire il primato della legge e, con questo, la libertà dei cittadini.

I francesi, a cominciare da Condorcet, altro non fecero che appropriarsi e imporre con la forza tellurica della *Révolution* un tal obbligo, prevedendo la necessità della motivazione delle sentenze, in quanto il giudice, secondo il diritto naturale, ha la responsabilità morale del giudizio e deve rendere conto del modo in cui esercita il potere che la società gli ha affidato<sup>19</sup>. Fu così che, con l. 16 agosto 1790 (Art. 15, tit. V) sull'organizzazione giudiziaria e con le successive Costituzioni dell'epoca rivoluzionaria, vennero sancite la motivazione obbligatoria e la pubblicità del procedimento, anche al fine di consentire il controllo di legalità del giudizio mediante il *Tribunal de cassation*<sup>20</sup>.

Sebbene all'epoca del Terrore risalga, sinistramente, l'origine del principio del libero convincimento del giudice, l'*intime conviction* posta in correlazione, viepiù inquietante, con la durata ragionevole del giudizio (*trois jours*) – e, segnatamente, al *Projet de décret de la main de Robespierre*, approvato dalla Convenzione nazionale il 29 ottobre 1793 per porre fine al processo contro i girondini, che ritenne «*absurde et contraire à l'institution du tribunal révolutionnaire de soumettre à des procédures éternelles...*», disponendo che, «*s'il arrive que le jugement d'une affaire portée au tribunal révolutionnaire ait été prolongé trois jours, le président ouvrira la séance suivante en demandant aux jurés si leur conscience est suffisamment éclairée. Si les jurés répondent oui, il sera procédé sur le champ au jugement. Le président ne souffrira aucune espèce d'interpellation ni d'incident contraire aux dispositions de la présente*»<sup>21</sup> – quelle disposizioni su motivazione e pubblicità dei giudizi, i due principii andando a braccetto tra loro, sopravvissero nel *code de procédure civile* napoleonico del 1806, il cui art. 141 prescrisse di indicare nelle sentenze «*i punti di fatto e di diritto e i motivi della decisione*», dettando norma che migrò nei codici preunitari e nei codici piemontesi e, per li rami di questi, nei codici del Regno d'Italia nel 1865 e nel 1940, che son poi gli artt. 132, n. 4, c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., funestati da continue novelle o da inutili e dannosi conati di riforma, talora affetti da incostituzionalità manifesta<sup>22</sup>.

18 Prammatica del Regno delle Due Sicilie (1774), riportata in Filangieri, loc. cit.

19 Condorcet, *Réflexions d'un citoyen non gradué sur un procès bien connu*, Francfort, 1786.

20 V. Calamandrei, *La Cassazione civile*, I, Torino, 1920, 432 ss.; Taruffo, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, 27 ss.; Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, 287 ss.; Lombardo, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Torino, 2015, 4 ss.

21 *Projet de décret de la main de Robespierre*, in *Histoire parlementaire de la Révolution française ou Journal des Assemblées nationales depuis 1789 jusqu'en 1815*, par P.J.B. Buchez et P.C. Roux, XXXV, Parigi, 1837, 403. Il Decreto – scritto di pugno da Robespierre su sollecitazione del pubblico accusatore del Tribunale rivoluzionario Fouquier Tinville, perché il processo ai deputati girondini durava da ben quattro giorni a causa di difese considerate dilatorie – fu approvato *tel quel* dalla Convenzione nazionale il 29 ottobre 1793: il 30 ottobre 1793 i ventinove deputati girondini furono condannati a morte dal Tribunale rivoluzionario e la sentenza venne immediatamente eseguita. Sul tema v. Monteleone, *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 123 ss. il quale conclude il suo scritto con le seguenti considerazioni: «i caratteri o principii che rendono il processo giusto, vale a dire conforme a se stesso, sono molto semplici e chiari, riducendosi essenzialmente a tre: contraddittorio ed annesso diritto di difesa; assolute imparzialità e terzietà del giudice; un perfetto equilibrio tra i poteri del giudice e quelli delle parti, che permetta a queste di impugnare qualunque provvedimento ingiusto lesivo dei propri interessi. Quando la legge processuale si ispira a detti criteri e cerca di attuarli in concreto, allora il libero convincimento funziona a meraviglia, perché esso si forma gradualmente all'interno del processo e non serve da veicolo per introdurre un pregiudizio dall'esterno. Quando, invece, sulla base di un malinteso concetto di autorità si considerano giurisdizione e processo soltanto come esercizio di un potere monopolistico dello Stato, ponendo il giudice in posizione di supremazia incontrollabile, o difficilmente controllabile, e rompendo il delicato equilibrio con i poteri delle parti, allora si creano le premesse per trasformare il libero convincimento da corretto criterio di valutazione delle prove formatesi in giudizio nel contraddittorio tra le parti (non tra queste ed il giudice!) a strumento per eluderle in funzione di una decisione già presa, che si tratta solo di legittimare formalmente. In quest'ultimo caso è francamente preferibile il sistema della prova legale, perché costituisce un argine molto più sicuro contro il possibile arbitrio del giudice e l'ingiustizia della sentenza».

22 Sui quali v., criticamente, Taruffo, *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 375 ss. Cfr. altresì Tota, *Motivazione «a richiesta» nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 613 ss.; Frassinetti, *Il contenuto «minimo» per una motivazione adeguata della sentenza civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 668 ss.; G. Grasso (a cura di), *Per l'accelerazione del processo di cassazione*, in *Foro it.*, 2016, V, 344 ss.; nonché, con ampia ricostruzione storica, Rasia, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016; v., inoltre, Roselli, *La motivazione della sentenza civile*, in *Il giusto proc. civ.*, 2007, 389 ss. A favore della motivazione a richiesta si esprime, invece, Porreca, *La c.d. motivazione a richiesta nei giudizi civili*, in *Corr. giur.*, 2011, 705 ss.

6. – Ancor prima che l'art. 111, comma 1, della nostra Costituzione, or scivolato al comma 6 dopo la riforma del cosiddetto “giusto processo”, a far tempo dal 1° gennaio 1948 sancisse l'obbligo di motivazione con norma costituzionale, le Sezioni Unite della Cassazione non ebbero esitazioni a riconoscere in tale obbligo la quintessenza della *potestas iudicandi*, della giurisdizione nel più alto e nobile significato di *iudicium*, cioè dello stesso *ius dicere*, non mera espressione di un oracolo imperscrutabile (per riprendere le parole della Prammatica napoletana di Bernardo Tanucci), ma severo obbligo per il giudice di specificare le ragioni del suo convincimento ed elemento essenziale di ogni decisione di carattere giurisdizionale: “L'omissione di qualsiasi motivazione in fatto e in diritto costituisce una violazione di legge di particolare gravità. Le decisioni di carattere giurisdizionale senza motivazione alcuna sono da considerarsi come non esistenti. Negli stessi Stati governati non su basi democratiche, ma con i poteri assoluti di un sovrano o di una oligarchia, l'inizio dell'era moderna dell'amministrazione della giustizia è stato segnato proprio dall'obbligo imposto ai giudici di motivare le loro decisioni”<sup>23</sup>.

*Quantum mutatus ab illo* l'odierno contesto socio-ideologico-culturale, in cui – per malintesa efficienza aziendalistica, propalata da imperanti modelli neoliberalisti di *governance* globale, predisposti dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), dal Fondo Monetario Internazionale (FMI) e dalla Banca Mondiale degli Investimenti, mercé artificiose classifiche *Doing Business*<sup>24</sup>, e imposti con inesauste e infinite richieste di riforma sotto il ricatto dell'esposizione finanziaria e del *rating* sul debito sovrano – si tenta continuamente, finanche con sotterfugi<sup>25</sup>, di demolire e di radere al suolo ogni forma processuale, perché il processo giurisdizionale e le sue regole sono solo una gran perdita di tempo e il tempo, come noto, è danaro. Se il giudice erra, pazienza, *res iudicata facit de albo nigrum*, ecc.: contano rapidità, efficienza, efficacia dei provvedimenti e statistiche econometriche e (la brutta espressione va diffondendosi, a conferma del *mos geometricus* di cui dicevamo all'inizio) “giurimetriche”. Il modello di giudizio ideale, per il verbo neoliberalista, consiste nella decisione eteronoma di un terzo, “in base a considerazioni di *fairness*, con poca conoscenza o uso di diritto, niente avvocati, niente atti scritti, niente vincoli procedurali su trattazione e deduzioni probatorie, niente impugnazioni”<sup>26</sup>.

Ora, nessuno nega che *justice delayed is justice denied*, ma tanto varrebbe, a questa stregua, adottare le “sentenze de' Turchi” di cui parlava agli inizi del Cinquecento Francesco Guicciardini, affidando alla pura sorte l'accoglimento o il rigetto della postulazione di giudizio<sup>27</sup>.

23 Così Cass., sez. un., 9 luglio 1947, n. 1093, in *Foro it.*, 1947, I, 554 ss., che annullò senza rinvio, dichiarandole viziate da eccesso di potere giurisdizionale, le sentenze di un giudice speciale (Alta Corte di giustizia) il quale, proclamandosi organo di eccezionale natura politico-giurisdizionale, non vincolato all'obbligo della motivazione, aveva applicato sanzioni in casi non previsti dalla legge, sottraendosi deliberatamente all'obbligo di motivazione. La vicenda riguardava la decadenza dei senatori di nomina regia che, con i loro voti e la loro azione politica, avessero favorito o sostenuto l'avvento e il consolidarsi della dittatura durante il ventennio e l'entrata in guerra dell'Italia. Sulla vicenda v. F. Vassalli, *La decadenza dei senatori dalla carica. Una pagina di diritto costituzionale e di diritto giudiziario*, Bologna, 1949 e Capograssi, *Su una «questio disputata» e sulla letteratura forense*, in *Opere*, V, Milano, 1959, 137 ss.

24 Caponi, *Doing Business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, 2015, 10 ss. esamina criticamente i metodi di illustrazione, comparazione e valutazione della prestazione di sistemi giudiziari attraverso la raccolta, selezione ed elaborazione di dati prevalentemente numerici o quantitativi, che hanno preso piede in questi anni attraverso il rapporto annuale *Doing Business* dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), mediante indagini sui fattori determinanti della *performance* dei sistemi giudiziari nei vari Paesi dell'area di riferimento, sotto l'etichetta «produttività e crescita di lungo termine», i rapporti biennali della Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia (CEPEJ), istituita in seno al consiglio d'Europa, e l'*European Justice Scoreboard* pubblicato annualmente dalla Commissione europea. E pone in luce come il sistema sia stato creato a uso e consumo del sistema finanziario statunitense, mediante “glorificazione” dei sistemi di *common law* a scapito dei Paesi di *civil law*, accusati di essere in balia di un formalismo sistematicamente maggiore, “accompagnato da una maggiore durata dei processi, minore coerenza, minore onestà, minore lealtà nelle decisioni giudiziali e maggiore corruzione», ivi incluso il modello francese. La giustizia civile perde autonomia ed è vincolata alla massima strumentalità rispetto ad un diritto sostanziale, che pone al centro la libertà contrattuale e la sua idoneità ad essere cardine e motore propulsore anche nel settore della risoluzione delle controversie.

25 A dir poco incredibile è stato, tra la fine di novembre e l'inizio di dicembre 2017, il tentativo di inserire *clam* nel c.p.c., con i commi 554 *bis* ss. aggiunti all'articolo unico della Legge finanziaria (o di bilancio o di stabilità, che dir si voglia) per il 2018, la previsione di un capo III-*bis* *Del procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, contenente i nuovi artt. da 281-*bis* a 281-*sexies*, che altro non sono che la generalizzazione del rito sommario di cognizione, trasformato in rito ordinario dinanzi al giudice unico di tribunale, contestualmente abolendo gli artt. 702-*bis* ss. (e gli artt. 183-*bis* e 348-*bis*, lett. b) c.p.c., onde eliminare la conversione nel rito ordinario e ogni possibile apertura a nuove prove in appello (v. i verbali della seduta 6 dicembre 2017 della Commissione Giustizia della Camera dei deputati, pagg. 38 ss.): si tratta dell'emendamento viceconte, dal nome del senatore originario proponente, evocativo dell'immortale personaggio fantozziano Duca Conte Maria Rita Vittorio Balabam, megadirettore galattico della megaditta.

26 Djankov, La Porta, Lopez-de-Silanes, Schleifer, *Courts*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2003, 455. Penetranti critiche a questa impostazione, oltre che nello scritto di Caponi, loc. ult. cit., in KERN, *Justice between Simplification and Formalism. A Discussion and Critique of the World Bank Sponsored Lex Mundi Project on Efficiency of Civil Procedure*, Tübingen, 2007, *passim*.

27 Guicciardini, *CCIX* in *Ricordi*, ed. BUR, Milano, 1951: “Io credo siano manco male le sentenze de' Turchi, le quali si espediscono presto e quasi a caso, che el modo de' giudici che si usano comunemente tra' Cristiani: perché la lunghezza di questi importa tanto, e per le spese e per e' disturbi che si danno a' litiganti, che non nuoce forse tanto che facessi la sentenza che s'avessi contro el primo di; senza che, se noi presupponiamo le sentenze de' Turchi darsi al buio, ne séguita che, ragguagliato, la metà ne sia giusta; senza che, non forse minore parte ne sono ingiuste di quelle date tra noi, o per la ignoranza o per la malizia de' giudici”.

Va detto a chiare lettere: trascorso l'ottavo centenario dall'emanazione della *Magna Charta Libertatum* e dell'*Habeas Corpus*, che hanno segnato storicamente, e forse un po' enfaticamente nella lettura datane dai posteri, l'inizio di un lunghissimo percorso evolutivo, lo Stato di diritto versa in profondissima crisi, sotto il flagello e il ricatto di mercati finanziari globali e sovranazionali, il cui dirigismo neoliberista e mercatistico cancella la tradizionale separazione dei poteri e annichila i raffinati sistemi di *checks and balances* che le democrazie occidentali hanno saputo faticosamente e dolorosamente costruire nell'arco di tanti secoli.

In Italia, magistrati distaccati presso i vari Ministeri divengono rigidi burocrati e legiferano per conto di Governi non eletti da chicchessia, i quali emanano decreti legge a ogni piè sospinto sotto la pressione degli organismi internazionali e degli enti multinazionali detentori e gestori del sistema finanziario globale, mescolando continue, moleste e prolisse modifiche procedurali, scritte in puro "burocratese", quasi fossero circolari ministeriali, a disposizioni di valenza schiettamente economica e fiscale, senza che sussistano i "casi straordinari di necessità e urgenza" previsti dall'art. 77 Cost., presentando poi alle Camere un maxiemendamento, dai medesimi uffici ministeriali partorito, e ponendo la questione di fiducia, onde troncata *in apicibus* ogni discussione parlamentare. Norme piovono da ogni dove, dall'alto di un'Europa priva d'ogni spessore e d'unità politica, come dal basso di enti regionali e locali, favorendo un'ormai conclamata "entropia giuridica", nella quale la proliferazione delle regole, spesso scritte *ad hoc* o *ad personas* sotto la spinta di *lobbies* che controllano i *mass-media*, altro non fa che aumentare le incertezze e generare, al postutto, il vuoto normativo, giusta l'inveterato principio per cui troppe regole equivalgono a nessuna regola.

La giurisdizione, in un contesto tanto confuso, contraddittorio e non privo di lacune nonostante la quantità esorbitante di norme emanate da perpetuo riformismo fine a sé stesso e spesso inattuato, non può che farsi nomopoietica anziché nomofilattica, *sub specie* di "giurisprudenza normativa", che non si limita a evincere la regola dal testo di legge adattandola al singolo caso, ma la crea *ex abrupto*, fissando precedenti che, anche nei sistemi continentali di *civil law*, cominciano ad acquistare effetti pressoché vincolanti<sup>28</sup>. Il diffondersi della contemporanea consuetudine, nella giurisprudenza della nostra Cassazione e delle Sezioni Unite, delle sentenze-trattato, che di chiaro e sintetico hanno ben poco, gettando i pratici nell'incertezza e nello sconforto, non è che lo specchio rovesciato, in certo (non) senso carrolliano<sup>29</sup>, della confusione che regna e della supplenza svolta dalla magistratura, a tutti i livelli, in consimile sovrapposizione di ruoli istituzionali, dimentica della necessaria separazione dei poteri risalente a Montesquieu, dove il Governo legifera attraverso burocrati, stabilmente collocati nei gabinetti e negli uffici legislativi dei Ministeri, che dai ranghi della magistratura medesima (ordinaria e amministrativa) provengono, il Parlamento si limita a ratificare gli atti del Governo sotto la costante minaccia dello scioglimento delle Camere e di un'asserita ingovernabilità del Paese nel contesto di endemica crisi economica internazionale, mentre la giurisdizione interviene e si esercita in funzione creativa, anziché propriamente ermeneutica, *soluta* da ogni forma di controllo che non risieda in sé stessa e nella propria struttura "correntizia" di autogoverno.

Di qui, dunque, la necessità tipicamente postmoderna e ipertecnologica di far presto, più che di far bene, in un consumismo esasperato che tutto utilizza, corrode e rapidamente elimina.

Oggi, con un diritto e un processo che vengono posti al servizio dell'economia finanziaria, lo spazio e il tempo, la quarta dimensione dell'essere, si modificano non solo nella fisica, con la scoperta teorica e la conferma empirica delle teorie di Einstein sulla relatività, ma nelle dinamiche sociali e, inevitabilmente, in quelle giuridiche. Fine della storia, fine del tempo, non luoghi e spazi anonimi, una perenne, immanente e

28 V. Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Foro it.*, 2010, I, 141, con nota di Di Ciommo, «Giurisprudenza-normativa» e ruolo del giudice nell'ordinamento italiano. Ridimensiona il ruolo della "giurisprudenza normativa" Cass., Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, 2254 e in *Corr. giur.*, 2011, 1392, con nota di Cavalla, Consolo e De Cristofaro. Su nomofilachia e nomopoiesi nel diritto giurisprudenziale v., da ultimo, lo scritto del Primo Presidente Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contratto e impr.*, 2017, 364 ss. e in *Dir. pubbl.*, 2017, 21 ss., nonché Id., *Nomofilachia, dialogo tra le corti e diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2017, V, 69 ss. Sulla crisi e sul tramonto del metodo giuridico v., per tutti, Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, *passim*. Sull'insostenibilità del diritto processuale civile nell'epoca contemporanea, funestato da continue, moleste novelle, v. Capponi, *Il diritto processuale civile «non sostenibile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 855 ss.

29 Il riferimento è a Carroll, *Through the Looking-Glass, and What Alice Found There*, 1871, che costituisce, come noto, il *sequel* di Id., *Alice's Adventures in Wonderland*, 1865. Sulle sentenze-trattato e sull'ossimoro «dottrina delle corti» v. la silloge di scritti pubblicati in *Foro it.*, 2013, V, 181 ss., sotto il titolo *La giurisprudenza fra autorità e autorevolezza: la dottrina delle corti*, di: A) Berruti, *La dottrina delle corti*, V, 181; B) Barone, «Dottrina» delle corti e funzione nomofilattica; C) Pardolesi, Granieri, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*; D) Scoditti, *Il diritto fra fonte e interpretazione*; nonché R. Pardolesi, Sassani, *Motivazione, autorevolezza interpretativa e «trattato giudiziario»*, in *Foro it.*, 2016, V, 299 ss.

fulminea istantaneità, che la tecnologia digitale invero, meglio “virtualizza” nella nostra “modernità liquida”, esaltando la inarrestabile velocità di circolazione, di obsolescenza, di smaltimento e sostituzione del prodotto, in luogo di durata, affidabilità, consistenza, stabilità nel tempo<sup>30</sup>. Di qui anche la crisi delle istituzioni, dello Stato e, nel campo processuale, del giudicato e del suo tratto di irrevocabilità e irreversibilità, arma vecchia e spuntata: interessa il “prodotto giudiziario” esecutivo, che possa *illico et immediate* realizzare il risultato del “fare” e dell’“agire”, in un enorme sentenzificio, qual è oggi il palazzo di giustizia, che tende a somigliare a uno stabilimento improntato a metodologie fordiste, se non stakanoviste, che elimina ogni distinzione tra tempo lavorativo e tempo libero, tanto più per attività intellettuali che producono servizi così alti, delicati e, a lor modo, creativi (di una creatività ermeneutica) quali sono i servizi giudiziari: servizi e *munera* tanto più difficili nel contemporaneo contesto di entropia giuridica, cioè di *caos* e disordine delle fonti normative, giurisprudenziali, di quantità di documenti telematici che i litiganti si sono scambiati nel corso della vicenda e che riversano nel fascicolo processuale, cartaceo o, a propria volta, telematico che sia.

Così il processo, luogo di ponderata e necessaria lentezza, luogo e tempo di cognizione del dolore (vien da dire con Gadda), per accertare come stiano realmente i fatti, come siano andate le cose, in un contesto dialettico che esige, per sua natura, adeguati spazii fisici e temporali, non riesce né può star dietro all’imperversante e inarrestabile velocità della rivoluzione digitale. Non riesce a farlo, almeno, l’*homo sapiens sapiens*, che cerebralmente e neurologicamente ha raggiunto da milioni di anni la sua evoluzione e il punto di arrivo, dovendosi ancor verificare se il nuovo *homo sapiens digitalis* costituisca un’ulteriore evoluzione, o involuzione, della specie e sappia superare gli approdi sinora raggiunti<sup>31</sup>.

7. – Nel corso dei secoli le forme semplificate e sommarie via via divengono *naturaliter* forme ordinarie e così fatalmente avverrà anche per il procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* ss. c.p.c., nonostante le resistenze della dottrina e del foro: il d.d.l. delega approvato dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati nel marzo del 2016 contemplava tale trasformazione del rito sommario in rito ordinario innanzi al tribunale in composizione monocratica, da collocare non più nel libro IV sui procedimenti speciali, bensì nel libro II del c.p.c., agli artt. 281 *bis* ss. c.p.c.; con un autentico colpo di mano, nel tardo autunno del 2017, sul finire della Legislatura, il Governo ha tentato di estrapolare codesta modifica dal disegno di legge delega per inserirla in uno degli alluvionali commi della legge finanziaria (o di stabilità o di bilancio che dir si voglia) per il 2018<sup>32</sup>. Iniziativa per ben due volte riproposta attraverso emendamenti e, almeno per ora, arrestata sol perché fortemente osteggiata, all’unisono e con insolita compattezza, dalla dottrina, dalla magistratura e dall’avvocatura e, forse più ancora, per la necessità di approvare rapidamente la legge di bilancio.

«La confusione delle idee sulla natura delle forme giudiziali è giunta al segno un giorno, che si pensò che la più gran parte di esse, così come l’istituto stesso dei difensori giudiziali, potesse (...) lasciar il capo sotto la ghigliottina della rivoluzione: gli effetti di quello sperimento, e il precipitoso ritorno all’antico che tenne lor dietro, possono considerarsi come uno di quei fatti eloquenti che la storia sapientemente dissemina nella sua via, quasi per imporre al volgo la fede nella necessità di determinati fenomeni sociali», poiché «se il rigore delle forme conduce spesso al sacrificio della sostanza, la rilassatezza dei principii formali genera la confusione e l’incertezza». Lo stesso Montesquieu, che un giorno attaccò le formalità giudiziali, più tardi «s’inclinò a riconoscere in esse il prezzo che ogni cittadino paga per la sua libertà», giacché «i popoli che professano il vero culto della libertà, sentono istintivamente il valore delle forme come palladio di questa»<sup>33</sup>.

Eppure, come ricordava umoristicamente Rabelais nella prima metà del XVI secolo<sup>34</sup>, *gaudent brevitare moderni*, senza apparente timore della voragine che si spalanca in tal modo al soggettivo *arbitrium iudicis*, non più raffrenato dai vincoli delle forme che, senza tradursi in vacuo formalismo fine a sé stesso, l’astringano

30 Bauman, *Liquid Modernity*, Oxford, 2000, trad. it. Roma-Bari, 2011, *passim*; Augé *Non-lieux: Introduction à l’anthropologie de la sur-modernité*, Paris, 1992, trad. It., Milano, 1996, *passim*.

31 Sul rapporto tra attività neuro-cerebrali e decisione giudiziaria v. Taruffo, *La decisione giudiziaria e la sua giustificazione: un problema per le neuroscienze?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1239 ss.

32 V. *supra* nella nota 25.

33 Così, mirabilmente e icasticamente, Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* (1901), in *Saggi di diritto processuale civile*, I, rist., Milano, 1993, pag. 354 e segg., richiamandosi all’insegnamento di Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1888.

34 Rabelais, *Le tiers livre des faits et dicts héroïques du bon Pantagruel*, capp. XXXIX-XLIII, trad. it., II, Milano, 1995, 839 ss.

beneficamente entro schemi logico-procedurali, secondo un appropriato *ordo quaestionum et probationum*, in mancanza del quale tutto resta magma confuso ed informe, che fatica a esser dipanato e raffreddato nell'isonomia dialettica del processo, per giungere infine al giudizio *frigidum pacatoque animo*, dopo che ogni aspetto e ogni passaggio risulti compiutamente rischiarato dal *veritatis lumen*, una lucerna di verità processuale, s'intende, non astrattamente e platonicamente concepita, ma concretamente e umanamente relazionale, perché frutto di paziente, attento e non frettoloso *iter* dialogico sulla *quaestio facti* ben più e ben prima che sulla *quaestio iuris*. *Forma mutata mutatur substantia*, ricorda sempre Bridoye ai suoi giudici nell'*opus magnum* di Rabelais<sup>35</sup>.

Eterno e mai appagato è il desiderio di semplificare le forme e accelerare i processi, sin dalla decretale pontificia del 1306, la già ricordata *Clementina Saepe*, dalla quale abbiamo preso le mosse<sup>36</sup>. Ogni legislatore, specialmente dopo l'avvento dell'Assolutismo politico e giuridico, ha sentito le forme processuali come una intollerabile zavorra, che impediva il compiuto dispiegarsi della *voluntas legis* (che era *verbum regis*) e il suo tradursi in volontà concreta di legge grazie a pubblici funzionari, preparati, selezionati e preposti a *ius dicere*, onde imporre tale volontà alle parti siccome individuale *dictum* imperativo. L'evoluzione, come ben noto, ha condotto per li rami dei secoli a un affrancamento dello *ius dicere* da codesta volontà sovrana, oggi manifestata in leggi sempre più confuse e imperfette, contraddittorie e poliformi, vaghe, ambigue e suscettibili, come tali, di tradursi in norme solo attraverso l'interpretazione e il coordinamento giurisprudenziali, che le inveri e le applichi al singolo caso, secondo metri di ragionevolezza e, al postutto, di equità, più che di stretto diritto, per trarne principii generali validi per i casi a venire.

Parafrasando l'aureo *pamphlet* di Savigny, la vocazione del nostro tempo per la giurisdizione, anziché per la legislazione<sup>37</sup>, infrante le sacre tavole della legge e perduto ogni preciso *ubi consistam* istituzionale, discende dall'incapacità di dettare dall'alto direttive generalmente valide e dal ridursi della legislazione a interventi estemporanei e improvvisati, individuali e concreti, anziché generali e astratti, come si converrebbe al *modus legiferandi* e al principio di separazione dei poteri. Le leggi, finanche costituzionali, son divenuti atti di governo, che rispondono a esigenze nate e, spesso, artificiosamente create nell'opinione pubblica da strumenti di comunicazione, che lo sviluppo tecnologico potenzia e, ad un tempo, traduce in apparente ossimoro: l'individualismo di una massa, il cui peso è ancor più facilmente condizionabile e manipolabile attraverso il conformismo indotto dalla capillarità di messaggi abilmente propalati con *slogan* in luogo di discorsi razionali e sensati, all'unico fine di suscitare consenso o disapprovazione e, così, giudizi *a priori*, che marchiano con il fuoco della pubblica infamia questa o quella vicenda e, ciò che è ancora più grave, questa o quella persona.

Non deve dunque stupire che al nuovo *Leviathan* del nostro tempo – il *business* finanziario globale, secondo logiche di imperitura crescita *more oeconomico mensurata*, in funzione del paradigma dell'*homo consumans* cui anche le leggi non hanno esitato a ridurre la persona umana – lacci e laccioli e, con questi, le garanzie del processo riescano assai poco “simpatetiche”, nel significato etimologico del termine, e si voglia un giudice libero di organizzare e dettare forme e termini procedurali secondo la propria discrezione, per adattarle al caso concreto e concentrarsi, così, sugli *essentialia iudicii* (i *wesentliche Punkte*), rimosso ogni orpello e ogni inutile ridondanza, secondo la formula iterativa, ormai un “mantra” *in subiecta materia*, che si declina dal primigenio paradigma del procedimento cautelare uniforme (“il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione...”: v., *exempli gratia*, gli artt. 669 *sexies*, comma 1, e 702 *ter*, comma 5, c.p.c.). Anche le impugnazioni, in quest'ottica, sono un lusso che non ci possiamo permettere: l'errore giudiziario, statisticamente misurato ed economicamente valutato, deve essere accettato con matura rassegnazione dalle parti, sacrificate sull'altare del pensiero unico neoliberista<sup>38</sup>.

La c.d. legge di stabilità per il 2016 (l. 28 dicembre 2015, n. 208), in uno degli innumerevoli commi

35 V. Cavallone, «Comme vous autres messieurs». François Rabelais teorico del processo e del giudizio, in Id., *La borsa di Miss Flite*, Milano, 2016, 170 ss., nonché (nelle note) 270 ss.

36 Sia consentito rinviare a Tedoldi, *Procedimento sommario di cognizione*, in Chiarloni (a cura di), *Commentario al c.p.c.*, Bologna, 2016, 1 ss.

37 Picardi, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 41 ss., in parafrasi al titolo del celeberrimo saggio di Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814.

38 Sia consentito rinviare a Tedoldi, *L'appello civile*, Torino, 2016, pag. 1 e segg.

dell'unico articolo (precisamente il comma 777, numero in certo senso apocalittico, giusta i simboli del sacro e allegorico testo vergato da San Giovanni sull'isola di Patmos), ha imposto alle parti di adottare o di sollecitare l'adozione del rito sommario di cognizione innanzi a tribunale monocratico, onde veder soddisfatto il principio di ragionevole durata, astrette anzi ad adottarlo quale "rimedio preventivo", da coltivare a pena di inammissibilità dei successivi rimedii risarcitorii (v. gli artt. 1 *bis*, 1 *ter* e 2, comma 1, della c.d. l. Pinto, n. 89 del 2001). Come se i giudizi celebrati innanzi a giudice monocratico secondo il rito ordinario possano durare un'eternità, senza pagar pegno né risarcire chicchessia per violazione dell'art. 6 CEDU e dell'art. 111 Cost., perché la parte interessata ha ommesso di proporre la causa *ab origine* con le forme accelerate o di sollecitare il giudice ad adottarle cammin facendo (precisamente in prima udienza, come consente l'art. 183 *bis* c.p.c. mercé ordinanza di mutamento del rito). Quanto ciò violi le suddette, sovraordinate norme ognuno scorge da sé<sup>39</sup>.

Ben altro apparecchia, però, il nostro ineffabile *conditor* nel cantiere sempre aperto delle riforme, che sostituisce l'azione al pensiero o, meglio, legifera senza ponderare né confrontarsi con il sistema e con il complesso e intessuto ordito di regole e principii sedimentatisi nei secoli, i quali non paiono interessare all'ipercinetico agitarsi del nostro tempo, che si esprime con pochi *tweet* in non più di centoquaranta o duecentottanta caratteri e con *slide* sempre istantanee, superficiali e incoerenti: non così, come ognuno sa, era avvenuto per il codice di procedura civile del 1940, frutto di numerosi progetti cui diedero variegato e polifonico apporto i più insigni giuristi dell'epoca (dei cui nomi ancor oggi universalmente si fregia lo studio del diritto), le università, le magistrature superiori, quelle territoriali e gli ordini forensi<sup>40</sup>.

Virgilio Andrioli diceva, da par suo, che non esistono riti tanto pessimi da impedire le buone prassi, come non esistono riti così perfetti da scongiurare le applicazioni deteriori: non è nel diuturnamente novelato *stylus curiae*, per sua natura incline a un minimo comune denominatore di razionalità e di analisi logica (almeno finché anch'esse non scompaiano, assieme a ogni norma processuale), che s'asside la soluzione delle inefficienze dell'apparato giudiziario, bensì nel favorire gli ADR (mediazione e arbitrato sopra ogni altro) per incidere sulla domanda di giustizia secondo metodi di *multi-door courthouse*<sup>41</sup>, nell'immettere risorse materiali e nell'assicurare organici adeguati a rispondere alla domanda che, nonostante gli ADR, giunga dinanzi alla magistratura, nel distribuire il lavoro secondo carichi esigibili, nell'organizzare gli uffici anche attraverso *manager* e ausiliari all'altezza dei compiti assegnati, nel curare l'accertamento dei fatti non meno (ed anzi ancor più) delle questioni giuridiche, nel controllare qualità e quantità dell'attività giudiziaria, nel sanzionare severamente le condotte illecite o abusive, negligenti o imperite, dilatorie o lassiste di tutti i soggetti che operano nel processo, nessuno escluso, così da creare quell'autentica *Arbeitsgemeinschaft* vagheggiata da Franz Klein e, sulla sua scia, da Giuseppe Chiovenda, improntata a leale e proba collaborazione, pur nel contesto dialettico del processo, e proiettata alla composizione del conflitto, in via autonoma o eteronoma.

È esperienza quotidiana che un buon provvedimento giudiziale sortisce dall'occhio esperto e sapiente di un giudice che sappia cogliere, discutere con le parti e ordinatamente risolvere le questioni davvero rilevanti per il giudizio, ben più che da protratti scambi di scritti difensivi dilazionati nel tempo, ridondanti, ripetitivi e per lo più improntati a una metodologia degna di Bouvard e Pécuchet, i celeberrimi e acritici copisti flaubertiani, oggi agevolata viepiù dalle moderne tecnologie informatiche, da banche dati elettroniche e dall'ineffabile e virtuale rete globalizzata, accessibile con rapidi impulsi digitali<sup>42</sup>.

39 Cfr. Scarselli, *Le modifiche alla c.d. legge Pinto poste in essere dalla legge di stabilità 2016*, in *Foro it.*, 2016, V, 1 e segg.

40 Basti qui ricordare i tre corposi volumi di *Osservazioni e Proposte sul Progetto di Codice di Procedura Civile*, Roma, 1938, sul Progetto preliminare Solmi del 1937.

41 Secondo la celebre definizione di Sander, *Address Before the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice: Varieties of Dispute Processing*, in *70 Federal Rules Decisions* 1976, pp. 111 ss.

42 Su "sinteticità" e chiarezza degli atti processuali la bibliografia è amplissima: v., senza pretesa di completezza, Taruffo, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 453 ss.; Biavati, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, ivi, 467 ss.; Guernelli, *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurisprudenza e protocolli*, ivi, 485 ss.; Scarselli, *Sulla sinteticità degli atti nel processo civile*, in *Foro it.*, 2017, V, 323 ss.; De Stefano, *La sinteticità degli atti processuali civili di parte nel giudizio di legittimità*, in *Questione giustizia*, 2017; Consolo (a cura di), *Il ricorso per cassazione tra sinteticità e completezza: Frasca, Intorno al protocollo fra Corte di cassazione e Cnf sui ricorsi civili*; Consolo, *Il protocollo redazionale Cnf-Cassazione: glosse a un caso di scuola di soft law (... a rischio di essere riponderato quale hard black letter rule)*; Pagni, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo d'intesa tra Cassazione e Cnf*, in *Giur. it.*, 2016, 2768 ss.; Aa. Vv., *Il linguaggio della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2016, V, 357 ss.; M. Lipari, *La sinteticità degli atti difensivi*, in *Libro dell'anno del diritto-Encicl. giur. Treccani*, Roma, 2016, 751 ss.; Storto, *Il principio di sinteticità degli atti processuali*, in *Il giusto proc. civ.*, 2015, 1191 ss.; Capponi, *Sulla «ragionevole brevità» degli atti processuali civili*,



Solo a queste condizioni la semplificazione e, finanche, la liofilizzazione delle forme processuali cui si assiste potrà dirsi accettabile e praticabile, perché inserita in un sistema di forte responsabilizzazione e di controllo reciproco tra operatori del processo, per garantirne il corretto, puntuale e regolare funzionamento in ossequio a un dovere di diligente condotta processuale (il c.d. *Prozessförderungspflicht*), nel precipuo interesse delle parti coinvolte, a servizio di queste e per la miglior soluzione possibile della lite: una soluzione non necessariamente aggiudicativa ed eteronoma, mediante provvedimento giudiciale, ma comunque frutto di un percorso logico-procedurale condiviso e ritagliato sulla singola controversia, senza alcun predeterminato approccio burocratico-cartaceo, bensì con adattamento ai caratteri propri della lite, onde incidere sulla “carne viva” del conflitto da comporre con metodologia paziente e in modo appropriato.

La generalizzazione del rito sommario alle cause monocratiche, con divieto di conversione nel rito ordinario, implica evidentemente la sostituzione definitiva del primo al secondo e, storicamente, l’ennesima metamorfosi del rito sommario in rito ordinario semplificato o accelerato (*unbestimmte summarische Process* od anche *schleunige Verfahren* lo denominava Briegleb<sup>43</sup>), secondo quel che sempre è avvenuto, dalla *Clementina Saepe* del 1306 al rito sommario di Lodovico Mortara del 1901, dal cod. proc. civ. del 1940, che quel rito rese ordinario, alle contemporanee proposte di introduzione del rito di cognizione dinanzi al tribunale in composizione monocratica, che del procedimento sommario assume le vesti).

«*Iudicio summario capto, ferum victorem cepit*», ben si può dire. La ricerca del temperamento e dell’equilibrio tra i due poli e tra le contrapposte esigenze del far bene e del far presto costituisce la costante finalità dei legislatori processuali di ogni tempo e di ogni luogo. Una finalità storicamente perseguita, dalla *Clementina Saepe* in avanti, attraverso un aumento dei poteri del giudice nella conduzione materiale del procedimento (la *materielle Prozessleitung*), come risulta con estrema chiarezza dall’intero testo della celeberrima decretale pontificia del 1306, in cui si invitava il giudice a escludere ogni eccezione e ogni tattica dilatoria, ogni vaniloquente espressione o enfasi difensiva, per concentrarsi sulla situazione sostanziale controversa, abbandonando formalità e solennità non necessarie, senza peraltro escludere le difese e le prove che fossero parse legittime e non puramente defatigatorie e facendo sempre e comunque uso dell’*aequitas* per una rapida soluzione della controversia nel merito.

Lì fu il germe dell’asimmetria, da lì prese abbrivio il *perpetuum mobile* verso la semplificazione delle forme e l’accelerazione dei processi, dipanatosi attraverso un tendenziale aumento dei poteri di conduzione giudiciale della lite, che giunge ora, per li rami dei secoli, al processo civile telematico, aggiornato e adeguato alle moderne e invadenti tecnologie digitali, nella ventura formula del “rito semplificato di cognizione di primo grado” o del “procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica”, qual che ne sia la denominazione.

Processo sommario “indeterminato”, “accelerato”, “semplificato” ha sempre significato questo: progressiva liberazione dai vincoli delle forme, via via sentite come inutile orpello, e correlativo aumento dei poteri discrezionali del giudice per finalità di economia del processo, in un’equivalenza che sarebbe anacronistico negare, ma che va pure assoggettata a forme di controllo per doverosa guarentigia delle parti, come avviene per qualunque sorta di potere, in ogni Stato di diritto che ambisca a definirsi tale, quanto meno a far tempo dalla *Magna Charta Libertatum* del 1215.

In questo incessante lavoro, in questa interminabile ricerca di equilibri relativi e variabili sotto molteplici punti di vista (ideologici, politici, storici, geografici e, anzitutto, antropologici), nella postmoderna e “liquida” epoca nostra, occorrono operatori pronti e giudici inclini a coniugare la scarnificata deformalizzazione del procedimento con le garanzie difensive e la maggiore accuratezza nell’esame e nella soluzione

in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1075 ss.; Finocchiaro, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 853 ss. V., in particolare, De Santis, *La redazione degli atti difensivi ai tempi del processo civile telematico: sinteticità e chiarezza*, in *Il giusto proc. civ.*, 2017, 749 ss., dove si trova la più completa e aggiornata disamina critica in materia di sinteticità e chiarezza degli atti difensivi e dei provvedimenti giurisdizionali nelle disposizioni dinanzi alle Corti europee (art. 47 Regolamento Corte EDU; art. 25 Regolamento di procedura della Corte di giustizia UE e relative “Istruzioni pratiche”), nelle novelle introdotte *in iure condito* anche a seguito del PCT (v. l’art. 16 bis, comma 9 *octies*, d.l. 179/2012, aggiunto dal d.l. 83/2015), nei decreti del Primo Presidente della Corte di cassazione e del Presidente del Consiglio di Stato (ai sensi degli artt. 3 cod. proc. amm. e 13 *ter* disp. att. cod. proc. amm.), nel Protocollo 17 dicembre 2015 sulle regole redazionali del ricorso per cassazione, nella giurisprudenza formatasi negli ultimi anni e *de iure condendo* (*Proposte e Relazione del Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali* presentate al Ministro della Giustizia il 1° dicembre 2016).

43 Briegleb, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig, 1859, 11 ss.

della *quaestio facti* e della *quaestio iuris*. L'impronta è, infatti, di forte e autoritaria accentuazione della discrezionalità giudiziale nei meccanismi stessi di funzionamento del processo, ridotti ai minimi termini e ai requisiti essenziali per la tutela del contraddittorio e del diritto d'azione, secondo la formula ormai stereotipa per la quale "il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione...", tratta dal procedimento cautelare uniforme (v. l'art. 669 *sexies*, comma 1, cod. proc. civ.) ed estesa a procedimenti destinati a concludersi con la formazione del giudicato (v. l'art. 702 *ter*, comma 5, cod. proc. civ. nonché, nel rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti, l'art. 1, commi 49, 57 e 60, della legge n. 92 del 2012, il cosiddetto rito Fornero, che si dovrebbe meritoriamente abolire).

È chiaro come strutture processuali appena abbozzate – *ad instar* dei procedimenti cautelari, nei quali però il *periculum in mora* giustifica la necessità di far presto e l'intrinseca provvisorietà del risultato ne fornisce una piana e coerente giustificazione *a posteriori* – esigano giudici dotati di grande equilibrio, rigorosi custodi delle fondamentali garanzie del processo, oltre a richiedere efficaci strumenti di controllo in sede di impugnazione, in mancanza dei quali l'arbitrio e un'inaccettabile compressione delle garanzie difensive difficilmente potrebbero essere scongiurati, ponendo a dura prova la tenuta costituzionale del sistema e, diremmo, l'esistenza stessa di un processo degno di chiamarsi tale.

8. – Nelle "Istruzioni pratiche alle parti, relative alle cause proposte" (in G.U.U.E./L 31 gennaio 2014), ai punti 34 ss. si impongono requisiti estrinseci degli atti, destinati ad agevolarne la lettura e il trattamento da parte degli uffici e degli organi della Corte di giustizia UE e del Tribunale di primo grado, siti in Lussemburgo:

- la fruibilità elettronica del testo;
- l'uso di carta bianca, senza righe, di formato A4, con testo che deve figurare solo su una faccia (*recto*) della pagina;
- caratteri di tipo corrente come Times New Roman, Courier o Arial, di dimensioni di almeno 12 punti nel testo e 10 per le note a piè di pagina, con un'interlinea di 1,5 e margini, orizzontali e verticali, di almeno cm 2,5;
- la suddivisione in parti distinte con titoli e numeri dei singoli paragrafi, una breve premessa illustrativa od un sommario;
- la lunghezza consigliata (ma non imposta) non dovrebbe essere superiore a 30 pagine per ricorsi e controricorsi;
- i paragrafi della memoria o delle osservazioni devono essere numerati, in maniera ininterrotta e in ordine crescente;
- la stessa regola vale per le pagine della memoria o delle osservazioni, ivi compresi gli eventuali allegati alle stesse e il loro elenco, che devono essere numerati in maniera ininterrotta e in ordine crescente, in alto a destra della pagina;
- quando non sono trasmesse alla Corte in via elettronica, le pagine della memoria o delle osservazioni devono essere tenute insieme mediante fermagli che possano essere facilmente rimossi, e non mediante dispositivi fissi, come colla o punti metallici.

*"In aggiunta a questi requisiti formali, gli atti processuali depositati dinanzi alla Corte devono essere redatti in modo tale che sia possibile comprenderne la struttura e la portata sin dalle prime pagine... devono iniziare con una breve illustrazione dello schema seguito dal loro autore o da un sommario... terminano obbligatoriamente con le conclusioni del loro autore o, in materia pregiudiziale, con le risposte che egli suggerisce alle questioni proposte dal giudice del rinvio... Le memorie e le osservazioni depositate devono essere pertanto redatte in un linguaggio semplice e preciso, senza fare ricorso a termini tecnici propri di uno specifico ordinamento giuridico nazionale. Le ripetizioni vanno evitate e le frasi brevi devono essere preferite, il più possibile, a quelle lunghe e complesse, contenenti incisi e frasi subordinate".*

Dinanzi alla Corte EDU di Strasburgo, come noto, è adottato un formulario da compilare su "modulo dinamico" in formato pdf (*Application Form*), ai sensi dell'art. 47 del Regolamento della Corte, osservando scrupolosamente caselle e limiti di spazio assegnati, a pena di irricevibilità del ricorso.

È parimenti noto che “moduli dinamici”, da compilare entro caselle preassegnate, sono in uso anche per gli atti previsti nei Regolamenti europei in materia processuale, agevolmente reperibili sul Portale europeo della giustizia elettronica (*e-justice.europa.eu*).

Si tratta di *formatting rules* che, senza difficoltà eccessive, potrebbero essere adottate anche per il PCT italiano. D'altronde, il Protocollo 17 dicembre 2015 sul ricorso per cassazione contiene anzitutto regole redazionali di “formattazione” estrinseca del testo, evidentemente ispirate alle norme europee dianzi brevemente ricordate.

Sul contenuto degli atti e dei provvedimenti, oltremodo variabile e stilisticamente soggettivo, è ben difficile tuttavia suggerire o, tanto meno, imporre indicazioni precostituite. Lo stile chiaro, sintetico e asciutto nella scrittura e nell'eloquio, come il coraggio per Don Abbondio, uno non se lo può dare; è frutto di doti individuali e di indefessi e sorvegliati esercizi formativi: «...la capacità di una scrittura sintetica e precisa deriva soltanto da eventuali doti individuali e non è assicurata da una formazione didattica e professionale che si occupi anche dei problemi di lingua. Ciò determina una contraddizione fra abilità linguistiche richieste e assenza di formazione specifica. Ne consegue una notevole disomogeneità nei risultati, peraltro congiunta ad un frequente appiattimento acritico su prassi e moduli linguistici tralatizi. Si individua, pertanto, una grave lacuna di fondo, il cui superamento appare indispensabile affinché l'impegno (anche del legislatore) per promuovere atti processuali di adeguata qualità possa radicarsi in un terreno propizio, costituito da una base culturale che includa appropriate capacità tecniche di argomentazione e di esposizione del pensiero»<sup>44</sup>.

La violazione dei requisiti di chiarezza e sintesi, salvi i casi in cui risulti assolutamente incerto il contenuto dell'atto in termini di *editio actionis* o di motivi di impugnazione, dovrà consistere in sanzioni processuali non di nullità o di inammissibilità – non potendosi di per sé ravvisare un vizio di forma dell'atto nell'inservanza del canone di sintetica *clarté* – bensì in sanzioni pecuniarie, da irrogare mediante congrui contributi integrativi per le pagine eccedenti il limite della ragionevolezza e la riduzione delle spese eccessive o superflue od anche la rifusione all'altra parte delle spese processuali indipendentemente dalla soccombenza, *ex artt.* 88 e 92 c.p.c. (cfr. l'art. 26 cod. proc. amm.), applicando nei casi più gravi di abuso del processo i danni punitivi di cui all'art. 96, comma 3, c.p.c.<sup>45</sup>.

Appare inoltre utile chiarire e potenziare l'onere di specifica contestazione, con riferimento ai fatti puntualmente e ordinatamente allegati dalla controparte nella prima difesa successiva all'allegazione e applicando tale onere anche al contumace, secondo il modello tedesco del procedimento contumaciale (*Versäumnisverfahren*), come era stato proposto nel progetto di riforma organica presentato dalla Commissione Vaccarella nel dicembre 2013, intervenendo sugli artt. 115 e 163, n. 7, c.p.c.<sup>46</sup>.

Costituirebbe una sorta di “rivoluzione copernicana”, rispetto a un meccanicistico culto delle preclusioni che alligna nel processo civile del nostro tempo, stabilire accordi procedurali in prima udienza, nella quale valutare la complessità della causa e dell'istruttoria e scegliere il modello procedurale appropriato (cfr. gli artt. 702 *ter*, comma 5, e 183 *bis* c.p.c.), limitando la scrittura allo stretto indispensabile e rendendo più elastiche le preclusioni, in analogia con il *Prozessförderungspflicht* di cui al § 282 ZPO tedesca<sup>47</sup>.

Il giudice dovrebbe farsi parte attiva nell'indicare alle parti le questioni, di fatto o di diritto, da

<sup>44</sup> Così, puntualmente, la *Relazione del Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali* 1° dicembre 2016, § 3.

<sup>45</sup> In equal senso De Santis, *op.cit.*, 766 ss., dove ulteriori richiami.

<sup>46</sup> Queste le proposte ivi avanzate:

art. 115 c.p.c.: “Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati [dalla parte costituitg, abrogato]. La parte costituita deve, a pena di decadenza, contestare le allegazioni avversarie nella prima difesa successiva all'allegazione stessa”.

Art. 163, c. 3, n. 7, c.p.c.: “... con l'avvertimento che, non costituendosi, potranno essere ritenuti veri i fatti affermati dall'attore e che in tale udienza su tale base la causa potrebbe essere decisa, e con l'ulteriore avvertimento che, costituendosi dopo che sono decorsi i suddetti termini, non potrà proporre né le eccezioni, né le domande, né le istanze di cui agli articoli 38 e 167...”.

<sup>47</sup> Cfr., *si vis*, Tedoldi, *Cultura delle preclusioni, «giusto processo» e accordi procedurali (forme processuali collaborative per un rinnovato «umanesimo forense»)*, in *Il giusto proc. civ.*, 2015, 375 ss., dove ulteriori richiami; nonché *Id.*, *La conversione del rito ordinario nel rito sommario ad nutum iudicis (art. 183 bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 490 ss.

trattare per iscritto od oralmente secondo l'ordine logico o in base al criterio della "ragione più liquida"<sup>48</sup>, nell'esercizio della "direzione materiale del processo", formulando un'eventuale proposta conciliativa con equilibrio ed eventualmente in forma di opinamento, senza che ciò costituisca anticipazione del giudizio, ovvero (meglio ancora) disponendo la mediazione delegata ex art. 5, comma 2, d.lgs. 28/2010, con un'ordinanza motivata che sintetizzi e disponga ordinatamente le questioni da affrontare e risolvere per conciliare la controversia<sup>49</sup>. Pur senza spingersi a utilizzare i penetranti poteri di *materielle Prozessleitung* riconosciuti al giudice tedesco dal § 139 ZPO mediante il c.d. *Hinweis- und Aufklärungspflicht*<sup>50</sup>, appare doveroso che il giudice discuta apertamente con i difensori non soltanto sull'adozione del modulo procedurale più adatto alla minore o maggiore complessità della causa, ma anche delle rilevanti attività di istruzione probatoria da svolgere, indicando i profili sui quali le difese dovranno soffermarsi e "calendarizzando" i passaggi e gli adempimenti successivi. Un dovere questo esplicitato nell'art. 81 *bis* disp. att. c.p.c., in ossequio alla fondamentale regola del contraddittorio, che impone in ogni momento del processo la partecipazione attiva e *lato sensu* gestoria del giudice alla dialettica processuale, quale elemento costitutivo e irrinunciabile del rapporto giuridico processuale siccome *actus trium personarum*, di cui il giudice è parte integrante, non mero arbitro o spettatore, come testimoniano norme quali l'art. 183, 4° co., e l'art. 101, 2° co., c.p.c.<sup>51</sup>. In tal modo, si otterrà il benefico effetto di concentrare la trattazione e la discussione sugli *essentialia iudicii* (i ridetti *wesentliche Punkte*), senza lungaggini, dispersioni, prolissità e inutili ridondanze.

Appare altresì desiderabile, nel profluvio di inutili atti scritti, un recupero dei valori chiovendiani di oralità, concentrazione e immediatezza, riducendo all'indispensabile le difese scritte, calibrate e strettamente proporzionate alla complessità della lite<sup>52</sup>, con una gestione concentrata della causa e, soprattutto, dell'eventuale istruttoria orale (senza deleghe improprie a giudici onorari *intra moenia*, in contrasto con il principio cardine dell'immediatezza del contatto tra il giudice e la prova costituenda nel suo formarsi) e, subito dopo, con il passaggio della causa in decisione, nonché garantendo il più possibile l'immutabilità del giudice nell'intero corso del processo concentrato nel tempo.

La discussione orale prima delle sentenze, sempre che adeguatamente diretta e coordinata perché si concentri sui punti fondamentali in forma dialogica aperta, in un canone polifonico a tre (o più) voci, che veda sempre il ruolo proattivo del giudice, consentirebbe di ridurre a una soltanto le eventuali difese scritte conclusive e di chiarire al meglio i profili dubbi.

Desiderabile è una tecnica di redazione della motivazione secondo le tradizionali forme sillogistiche, tolto "il troppo e l'vano" (soprattutto dalle sentenze-trattato della Suprema Corte, lontane dalla funzione giurisdicente e di risoluzione della lite, che pur pertiene anche alla nomofilachia), che recuperino il classico metodo giuridico della sussunzione della fattispecie concreta, attentamente ricostruita, nella fattispecie astratta delineata dalla norma, per trarne gli effetti giuridici, in quella circolarità logica che corre fra de-cidere (*trancher le litige*), giudicare e applicare la legge, nella sintesi fra un soggetto e un predicato, in cui soggetto è il fatto

48 Su cui v. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, 2015, I, 862, con note di R. Pardolesi, Palmieri, Proto Pisani, Adorno, Di Ciommo, Pagliantini, Menchini, in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, 299, con nota di Rizzo, in *Corr. giur.*, 2015, 88 (m), con nota di V. Carbone, in *Giur. it.*, 2015, 70 (m), con nota di Pagni, in *Il giusto proc. civ.*, 2015, 137 (m), con nota di Pagliantini, in *Giur. it.*, 2015, 1386 (m), con nota di Bove, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1560, con nota di Giussani.

49 Cfr., *scilicet*, Tedoldi, *Iudex statutor et iudex mediator: proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c., precognizione e ricusazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 983 ss.

50 La ZPO si è da tempo preoccupata di conferire al giudice penetranti poteri di *materielle Prozessleitung*, cioè di direzione «sostanziale» del procedimento. Se già la CPO del 1877-1898 consacrava l'*Hinweis- und Aufklärungspflicht* del giudice, il testo del § 139 ZPO oggi vigente gli fa obbligo di discutere la controversia con le parti, in fatto e in diritto (analogamente al nostro novellato art. 101, 2° co., c.p.c., onde scongiurare sentenze della «terza via»), ma soprattutto esige che egli ponga alle parti i quesiti necessari a chiarire con completezza e tempestività tutte le circostanze rilevanti, integrando le informazioni mancanti, indicando i mezzi di prova e formulando le pertinenti istanze. Va da sé che una norma di tal fatta pone a dura prova la terzietà e l'imparzialità del giudice, che potrebbe essere indotto a varcare i limiti intrinseci alla propria funzione (usualmente circoscritta, in altri ordinamenti, alla *formelle Prozessleitung* e a un'efficiente *case management* che, pur prevedendo ampi poteri *ex officio*, non contempli né permetta ingerenze sulle impostazioni difensive delle parti), per surrogarsi ai difensori, facendone le veci perché reputati inetti o in mala fede. V., *amplius*, Prütting, *Die materielle Prozessleitung*, in *Aa.Vv., Festschrift Musielak*, München 2004, pp. 401 ss.; cfr. anche Grunsky, voce «Processo civile (Germania)», in *Digesto civ.*, XV, Torino 1997, pp. 142 ss., par. 5, lett. c); R. Caponi, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.* 2006, I, pp. 523 ss. e, spec., p. 534; M. De Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.* 2010, pp. 283 s.; Murray, *Stürmer, German Civil Justice*, Durham 2004, p. 166 e p. 173.

51 Sia consentito rinviare a Tedoldi, *La conversione del rito ordinario nel rito sommario ad nutum iudicis (art. 183 bis c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.* 2015, pp. 489 ss.

52 Cfr. Caponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 389 ss.

concreto e particolare (la *Tatsache*) e predicato è la qualifica proveniente dalla norma. «La legge, fornendo i predicati delle azioni possibili, *si applica* nel giudizio»<sup>53</sup>.

Lo stile della motivazione, nei due fondamentali momenti del ragionamento decisorio e del discorso giustificativo (*context of discovery/context of decision*), potrà anche variare in base alla complessità della materia del contendere, seguendo ora il metodo esplicativo e apodittico (secondo il *mos gallicus* della *frase unique*, tradizionalmente adottato in Francia), quello propriamente sillogistico (premessa maggiore/norma, premessa minore/fatti, conclusione/effetti) o quello della spirale ermeneutica (dal fatto al diritto, in base all'ordine logico delle questioni), intessuti e contaminati con il metodo topico, che da sempre fonda il ragionamento giuridico su massime e casi ricorrenti, e con quello retorico-dialettico (*dicebatur quod lex adverso dicebatur quod; Pro-contra-solutio; moti fuimus ad ita iudicandum quia*) o, infine, con quello euristico (basato su una rigorosa falsificazione epistemologica), in forma schematica, unitaria e, così alfine, sintetica e chiara<sup>54</sup>.

Nei giudizi di impugnazione la motivazione potrà concentrarsi sui motivi addotti dall'impugnante e sulle questioni riproposte, tenendo fermo, con la tecnica della *relatio*, quel che nella sentenza impugnata non meriti censura, come avviene ai sensi del § 540 della ZPO tedesca<sup>55</sup>.

In altre parole, l'utilizzo della razionalità sussuntiva, secondo quel circolo virtuoso che intimamente appartiene allo Stato di diritto e alla divisione dei poteri in cui esso si radica (fattispecie legale – fatto concreto – sussunzione del fatto concreto nella fattispecie legale – applicazione della legge – determinazione degli effetti giuridici), facilita l'identità dei canoni logici e del linguaggio e, in tal modo, favorisce la piena ed esauriente comprensione e la migliore decisione del caso nella dialettica processuale.

Giudicare, come detto, significa associare un predicato a un soggetto: sussumere il fatto nella fattispecie per trarne la regola del caso concreto, in una impersonale e sobria oggettività, seguendo l'*ordo quaestionum et probationum* in un contesto dialettico e isonomico: *dire le droit*, non già seccamente *trancher le litige*. Decidere e motivare secondo l'intuizionismo e il soggettivismo dei valori rischia di spezzare il circolo logico che costituisce il *proprium* dello Stato di diritto, generando incomprensione, incertezza e incalcolabilità delle conseguenze pratiche e, soprattutto, sociali<sup>56</sup>.

Dunque, «torniamo al giudizio»<sup>57</sup>, cioè al *iudicium actus trium personarum* che, con approccio rigorosamente isonomico, seguano le medesime categorie logiche e parlino lo stesso linguaggio. Sempre, s'intende, conformandoci al metodo tramandato da Guglielmo da Occam e dal suo celeberrimo “rasoio”: *frustra fit per plura quod potest fieri per pauciora* od anche *entia non sunt multiplicanda sine necessitate*; ma, ad un tempo, con *esprit de finesse*, ricordando che «conosciamo la verità non solo con la ragione, ma anche col cuore; è in questo secondo modo che conosciamo i principi primi, e invano il ragionamento, che non vi ha parte, s'industria di combatterli»<sup>58</sup>.

53 Così Irti, *Un diritto incalcolabile* cit., 6 (corsivo dell'A.).

54 Sui vari stili della motivazione nella storia e nel diritto comparato v. Rasia, op. cit., *passim*.

55 § 540 – *Contenuto della sentenza di appello*

In luogo del fatto e dei motivi della decisione, la sentenza contiene:

il riferimento agli accertamenti di fatto contenuti nella sentenza impugnata con indicazione delle eventuali modifiche o integrazioni;

Una succinta motivazione della modifica, dell'annullamento o della conferma della decisione impugnata.

Se la sentenza è pronunciata nella stessa udienza in cui è stata dichiarata chiusa la trattazione orale, le indicazioni necessarie secondo il periodo 1 possono essere inserite anche nel verbale di udienza”.

Sulla motivazione *per relationem* v. Cass., sez. un., 16 gennaio 2015, n. 642, in *Il giusto proc. civ.*, 2015, 121 ss., con nota di Capponi, *La motivazione «laica, funzionalista, “disincantata”»*.

56 Irti, op. cit., 19 ss.

57 Carnelutti, *Torniamo al giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, 165 ss.; Picardi, *Torniamo al giudizio?*, in Id., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 233 ss.

58 Pascal, *Pensées*, 479: «*Nous connaissons la vérité, non seulement par la raison, mais encore par le cœur; c'est de cette dernière sorte que nous connaissons les premiers principes, et c'est en vain que le raisonnement qui n'y a point de part essaye de les combattre*».

# LA ÉTICA DE LOS ABOGADOS Y LOS BESTIARIOS MEDIEVALES

**Alejandro Romero Seguel**

Profesor de Derecho Procesal. Universidad de los Andes (Chile). Doctor en derecho Universidad de Navarra. Abogado

## 1. EXPLICACIÓN PRELIMINAR

La actividad de los abogados es analizada frecuentemente desde el punto de vista ético o deontológico<sup>1</sup>. Este examen permite valorar la bondad o malicia de las acciones u omisiones allí realizadas, en cuanto inciden en la resolución de un conflicto jurídico, especialmente, la de tipo procesal adversarial.

Las noticias vinculadas a la ética profesional muchas veces pueden dejar atónito o dan cuenta de situaciones límites. A modo de ejemplo, la prensa reciente ha informado de tramas corruptas que determinó la detención de cuatro abogados que “contrataron” los servicios de un policía cuando aún estaba en activo. El atípico encargo profesional consistía en espiar a unos antiguos socios abogados, para lograr información constitutiva de un verdadero espionaje industrial.

También ponen a prueba el poder de asombro las acusaciones de prevaricación y malversación investigadas por distintas Fiscalías Anticorrupción, en la que se indagan transacciones sospechosas que involucran complejos entramados societarios, que han sido diseñadas por abogados para favorecer enriquecimientos ilegales, causando daño al erario nacional en diversos países.

La jurisprudencia sobre revelación ilícita y directa del secreto profesional da cuenta de una sanción impuesta al letrado que ha acompañado junto a su escrito de demanda una comunicación mantenida con carácter previo con otro abogado; también de la sanción al letrado que convocó una rueda de prensa y concedió una entrevista a un medio impreso, en las que realizó unas manifestaciones que vulneraron su deber de secreto profesional.

Otro tema recurrente es el de la resolución de los conflictos de intereses. En términos generales, esta es una situación anómala que surge cuando el abogado no respeta el límite que supone la prohibición de asesorar o representar los intereses del cliente debido a que con anterioridad o en la actualidad ha asumido o está asesorando o representando a otro cliente con intereses contrapuestos. En tal sentido, un Colegio de Abogados hace poco ha dictaminado aplicar una sanción por la infracción grave al Código deontológico, por el hecho que en un mismo estudio o despacho dos abogados revelaron información confidencial, que habían obtenido en la tramitación del procedimiento concursal.

Como se puede advertir, la preocupación por la ética es un tema permanente en el campo de la abogacía, que se justifica, además, por la existencia del principio de la buena fe procesal, cuyo contenido busca asegurar que la utilización del instrumento que denominamos proceso no ocasione daño a una de las partes o terceros<sup>2</sup>.

Ahora, para que lo anterior pueda cumplirse, se requiere que las personas que participan en el proceso judicial hayan formado rectamente su conciencia moral, con el objeto de resolver los problemas éticos o deontológicos que se presentan en la actividad profesional<sup>3</sup>. Como lo describe Guardini, la conciencia moral en sentido propio es la sensibilidad, el órgano capaz de captar la exigencia del bien tal como aparece en una

1 Sobre el tema, APARISI MIRALLES, Ángela, *Ética y deontología para juristas*, Pamplona: EUNSA, 2ª ed. 2008, pp.11-476, y en *Deontología profesional del abogado*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 15-389 GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Deontología Jurídica*, Pamplona: EUNSA, 4ª ed. c. y. a, 1999. Ética profesional del abogado, Cuaderno de Extensión Jurídica N° 24, VV.AA, U. de los Andes, Santiago, Chile, 2013, pp. 13-312.

2 Sobre el tema, Picó Junoy, Joan, J. M. Bosch, 2ª ed. 2013 pp. 41-211, y “El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional”, “El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII, 2005, p. 15-39; TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, “Abusos en el proceso”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, B. Aires, 2002, pp. 89-114; TAVOLARI GOYCOOLEA, Pia, *El abuso del proceso*, Santiago: La ley, 2004. Una visión de conjunto muy interesante en FABREGA PONDE, Jorge, *Abogados y jueces en la literatura universal*, Valencia: Tirant lo Blanch, ed. A cargo de J. Montero Aroca, 2012, pp. 14-241.

3 La ética corresponde a la parte de la filosofía que examina la conducta moral del hombre, y, en específico, el uso correcto de la libertad orientado a la consecución de virtudes. En cambio, la deontología se avoca al estudio de los deberes. La voz deontología es una expresión acuñada por Jeremías Bentham y dice relación con la “ciencia de los deberes” (Cfr. FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, Barcelona: Ariel, t. II, 2ª ed. 2009, p. 816). Sobre este tema, PÉREZ RAGONE, Álvaro, “Contornos de la justicia procesal (*procedural fairness*): la justificación ética del proceso civil”, en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 2005, pp. 673-701.

situación determinada, en una tarea que se plantea aquí y ahora. De ahí el carácter absoluto de esta exigencia. Lo que alcanza a lo más íntimo del hombre y lo obliga de modo tan insoslayable que da pie a un conflicto<sup>4</sup>.

En el caso de los abogados, su actividad les impone la obligación de ponderar adecuadamente los intereses del cliente y los medios que utilizan para su defensa, debiendo abstenerse de conductas contrarias a la ética. Esto impone deberes positivos y negativos, tales como el deber de decir la verdad, la proscripción de producir pruebas ilícitas o ilegales, iniciar procesos simulados o fraudulentos, abstenerse de participar en actuaciones deshonestas o fraudulentas, aceptar el encargo por tener la preparación adecuada en el tema; abstenerse de revelar las comunicaciones del cliente, sin perjuicio del derecho del cliente a renunciar a ese privilegio; así como el deber de ponderar y declarar la existencia de posibles conflictos de interés, entre otras tantas situaciones.

Aunque se puede estimar que trata de una metodología arcaica, que no se aviene con la estructura científica que se proclama debetener todo método, no se puede negar que en el estudio del comportamiento ético de los abogados subsiste una metodología similar a la que se aprecia en los denominados *bestiarios*.

Como se sabe, dichas obras ocuparon un lugar importante en la Edad Media, las que se ajustaban a la visión científica propia de esa época, en la que utilizando la descripción del comportamiento o los rasgos de los animales, se buscaban fines esencialmente moralizantes. Lo anterior se comprueba al examinar uno de los libros más famosos de ese periodo, el denominado *El Fisiólogo*, texto manuscrito de autor anónimo, que fue uno de los más populares del Medievo. En él se contiene un conjunto de descripciones de animales, seres fantásticos y rocas. La tradición de los bestiarios, como lo apunta Guglielme, está ligada a una forma de expresar en esa época la ciencia a través de un contenido alegórico, donde el animal representa, en general, algunas manifestaciones del mal o del pecado<sup>5</sup>.

Con la aparición de nuevas formas de conocimiento humano, que se ajustan al método científico, ha sido una constante que cada corriente de pensamiento ofrezca su forma de concebir al hombre y explicar sus conductas, a través de diversos aportes provenientes de distintas disciplinas. Sin embargo, en esta ocasión queremos llamar la atención sobre el fenómeno lingüístico y su nexos con la ética de los abogados, al subsistir en el imaginario colectivo la utilización de un lenguaje propio de esos textos medievales, conforme se pasa a explicar.

## 2. LENGUAJE FIGURATIVO Y LA REPRESENTACIÓN DE LOS ABOGADOS

Dentro de las distintas posibilidades que tenemos para el examen de los problemas que presenta la ética profesional del abogado, una que me parece especialmente interesante es aquella que consiste en descifrar la representación que se hace de los abogados en el lenguaje figurativo y su comparación con ciertos animales<sup>6</sup>.

A mi entender, en estos usos culturales podría proyectarse la forma como algunos usuarios conciben la prestación de los servicios profesionales que encargan, en cuanto determinan una transgresión directa a la ética profesional. Como se sabe, los seres humanos utilizamos el lenguaje poniendo énfasis para dar fuerza a una verdad, pero también para crear mitos, ficciones, fábulas o fantasías. En el uso de los enunciados verbales siempre debemos discriminar si estamos frente a un uso serio o no serio.

Esta forma de exaltar virtudes o defectos acudiendo al comportamiento de animales reales o mitológicos es muy antigua. En uno de los estudios de la moral más relevantes de Occidente, Gregorio Magno (540-604) advertía que “el hombre termina por comportarse como una bestia cuando la culpa, empezando con apariencia racional, arrastra a un resultado irracional”<sup>7</sup>.

No son pocas las personas que se jactan de tener para su defensa en un tema judicial o corporativo a un

4 Cfr. GUARDINI, Romano, *Ética*, Madrid: BAC, 3ª ed., tr. D. Romero y C. Díaz, reimp. 2010, p. 90.

5 Sobre el tema, GUGLIELMI, Nilda, *El Fisiólogo. Bestiario medieval*, Madrid: Eneida, 2002, pp. 9-61.

6 Dejaremos de lado el análisis de otras expresiones arquitectónicas, como la alusión a la construcción de un “Muro Chino”, a la que se alude para justificar el intento que implementación de diversas medidas tendientes a aislar completamente a los abogados que defienden a los clientes con intereses contrapuestos, con el propósito de evitar traspaso de información de un cliente pueda beneficiar al otro. De esta forma, se intenta que una misma oficina de abogados se encargare de asuntos en que existen conflicto de intereses con objetividad y transparencia.

7 En lo concreto, expone, por ejemplo, que “el avestruz aparenta ser un animal volador, pero no vuela; así también los hipócritas: dan toda una imagen de santidad pero ignoran qué es vivir en santidad. En el alma malvada se refugia el dragón y se alimenta el avestruz porque la malicia latente astutamente se oculta y simula ser bondad a los ojos que le ven. ¿De qué figura es el onocentauro sino de los lascivos y orgullosos? En griego, en efecto, *onos* significa asno, y el asno es símbolo de lujuria (...). El toro simboliza la cerviz de la soberbia (...) [el onocentauro es un animal mitológico mitad asno, mitad toro]”. *Libros Morales 2*, Madrid: Ciudad Nueva, tr. J. Rico Pavés, 2004, pp. 108-109.

abogado que consideran como un auténtico “perro de caza”, “un sabueso”, “un perro de pelea”, por invocar las fórmulas más comunes que se emplean. Incluso esta manera de concebir la profesión es utilizada para enjuiciar comportamientos de los diversos entes encargados de la defensa de los intereses fiscales o estatales, especialmente, cuando despliegan actitudes de extremado vigor o fiereza en el resguardo del interés estatal.

Esta descripción debe preocuparnos en el momento en que la comparación del ejercicio profesional de un abogado con las actitudes caninas traspasa la simple metáfora, para convertirse en una adhesión al contenido ético que subyace en ese símil. Una forma de ver el contenido de la comparación puede provenir de los aportes de la psicología. En esta disciplina se han podido distinguir varios tipos de fantasías, como formas o maneras de asignar un contenido a la conciencia humana, para saber qué es lo que realmente siente una persona cuando emite un determinado juicio acerca de algo o de alguien. Para lo que aquí importa, si la comparación del abogado no pasa de ser una fantasía lúdica, el tema, en el fondo, no tiene ninguna importancia<sup>8</sup>.

En cambio, si en esta visión hay una representación de auténticos deseos por obtener una seguridad en la protección de los derechos, la opción es riesgosa, en cuanto lleva a consentir que en el ejercicio de la abogacía el profesional puede desplegar las habilidades de un “perro de caza”, que está condicionado para asegurar un resultado irracionalmente. Sería una gran contribución en el estudio de los seres humanos lograr escrutar qué es lo que realmente cree la persona que se jacta de contar con un profesional al que le asignan las dotes de “perro de caza”.

No pretendo resolver el enigma, pero veamos algunas posibilidades. Según una conocida clasificación, existirían diez grupos de perros de caza, con distintas modalidades. Los expertos señalan que los de esta clase comparten tener instinto, fuerza, olfato y ladrido. No olvidemos que estos animales han colaborado desde antiguo con los humanos para obtener presas, que luego sirven de alimento o para satisfacer ese goce sangriento presente en aquella actividad recreativa. Ahora, como esa destreza se alcanzó una vez que el referido animal fue domesticado, surge la pregunta de si el que contrata a un abogado con ese rótulo lo hace porque siente la seguridad de que ese profesional “ejecuta sus instrucciones hasta volver con la pieza buscada”.

Desde otro ángulo, sería encomiable que alguna ciencia, de las varias que estudian el comportamiento humano, diera pistas sobre la visión que tiene en el subconsciente un abogado que siente satisfacción con la imagen de fiereza que se atribuye en el mercado por ejercer la profesión en esta modalidad canina “de caza”.

No menos penoso para el decoro y prestigio de nuestra actividad es si la calificación asignada es la fruición por haber contratado a un abogado tildado de “auténtico perro de pelea”. En esta hipótesis el panorama es francamente aterrador, puesto que se trata de especímenes agresivos, dotados de destrezas que, en algunos casos, han sido modificadas genéticamente para asegurar que no cesen en su actuación mientras no acaben con su presa. Es un hecho verificado por la ciencia que algunos especímenes han sido artificialmente potenciados para acentuar su ferocidad en el ataque al objetivo asignado, dentro del que puede estar naturalmente una persona.

Más desconsoladora todavía es la comparación de los abogados con un lobo, si con ello se ve a un profesional que encarna al personaje de ficción, conocido también con el nombre de *licántropo*, y que ha estado presente como leyenda en diversas culturas. Aunque existen distintas formulaciones para este mito, en el examen que estamos haciendo utilicemos la referida al hombre que se transforma en un lobo, deliberada o involuntariamente. En la difundida leyenda medieval esa mutación se originaba con la aparición de la luna llena. En su versión contemporánea, tanto en el cine como en la literatura, se han propuesto otras causas. El “abogado lobo” se trataría de un perro salvaje, que actúa con la mayor fiereza conocida en los animales de su especie. El lobo es agresivo, gruñe y eriza el pelaje. Siempre está preparado para atacar.

Una variante distinta pero no menos frecuente es la que proviene de la figura del abogado lobo disfrazado con piel de oveja. En este caso, el símil podría aludir a la omisión voluntaria de conflictos de interés en el ejercicio de la profesión, que en algún minuto pueden permitir que se abandone la piel de oveja, permitiendo al abogado-lobo que ataque a su cliente.

Afortunadamente, esta comparación en el lenguaje figurativo no es de uso frecuente. Con seguridad, la falta de domesticación del lobo y, por ende, el nulo control que de esta bestia se puede tener, no la ha popularizado como una fantasía de deseo que algunos tienen en mente cuando quieren asegurarse de contratar

8 Sobre el tema, LERSCH, Philipp, *La estructura de la personalidad*, Barcelona: Scientia, 1963, 3ª ed. pp. 375-407.



abogados con destrezas que superan las habilidades de los seres humanos comunes y corrientes.

### 3. EXPLICACIONES DEL FENÓMENO

Como se viene anticipando, toda esta descripción figurativa de la actividad profesional de los abogados puede admitir varias lecturas.

Partiendo de la base de que en ella se contiene una fantasía de deseo, en la que media a lo menos una aceptación tácita de cierta forma de ejercicio profesional agresivo, el examen de su relación con la ética profesional obliga a buscar la causa remota de esta opción.

En mi opinión, la respuesta anterior se encuentra en un defecto que, desde antiguo, se conoce con el nombre de soberbia. En su sentido negativo, la expresión soberbia denota una actitud arrogante, presuntuosa, un exceso de la propia estima o del amor propio. Para el ejercicio profesional, el desorden estaría en apetecer, irrazonablemente, el éxito en la prestación para la cual se es contratado *como perro de caza*. El que busca un defensor por la seguridad que le asigna a las habilidades perrunas ya referidas, o el abogado que, libremente, decide ejercer de esa manera la defensa de los derechos de sus clientes, sin duda ha elegido el vicio de la soberbia como una forma de vida para asegurar resultados.

Huelga decirlo, pero es una constante en los distintos códigos de ética que en la aceptación o rechazo de asuntos el abogado tiene total libertad, y sin que ello lo obligue a revelar los motivos de su decisión, salvo que se trate de un funcionario público, el que en todo caso podrá acudir a la objeción de conciencia en los casos que quiera salvar una situación particular.

No es malo que un abogado quiera obtener éxito profesional, pero si ello se hace fuera de la recta razón – como un perro tras su presa – la búsqueda de ese éxito se convierte en un acto vicioso. Es una obviación, pero todo abogado debe actuar conforme a un uso recto de la razón y no por un estímulo externo que genere conductas irracionales.

### 4. LA INDUSTRIA DE LA IMAGEN

Uno de los cambios más evidentes en el ejercicio de la abogacía ha sido la incorporación de conductas propias del mundo empresarial. Esto se aprecia en formas de comunicación de las actividades que, de manera periódica, se envían a los clientes sobre sus servicios profesionales, tanto para publicitarlos como para tratar de marcar la diferencia con competidores. Este cambio explica que los estudios o despachos de abogados editen boletines dirigidos a clientes y potenciales clientes, utilizando soportes electrónicos o mediante publicidad impresa. Menos frecuente, por su alto costo, también son la organización de eventos con fines de marketing, dándole un enfoque técnico-jurídico (como una conferencia) o directamente también en actividades de ocio y diversión, etc.

Esta forma de promover los servicios jurídicos ha llevado a que surja una industria de la imagen para la abogacía, cuyo objetivo es generar estereotipos muy marcados. Las películas y series televisivas que mezclan juicios y abogados siempre cautivan a la gran audiencia. Buena parte de las noticias transmiten lo que sucedió en los juzgados o lo que allí se va a decidir. Hay portadas de revistas que premian al abogado del año. Existen rankings que los clasifican utilizando criterios diversos. Es curioso, pero esta medición – hasta donde tengo conocimiento – no se da en oncólogos o cirujanos, no obstante que nadie puede cuestionar que contribuyen, en muchos casos, a salvar vidas.

Dentro de esta tendencia es posible contratar servicios de empresas para publicitar atributos, sin reparar que, en ocasiones, se puede estar alentando un comportamiento poco ético, especialmente, cuando se atribuyen cualidades y capacidades que francamente el profesional no tiene.

Las propuestas de los ideólogos que alientan esta tendencia utilizan un lenguaje muy singular, donde se invita, por ejemplo, a crear rainmakers (“hacedores de lluvia”) con el objeto de generar clientes para los despachos u oficinas. Este objetivo se lograría, se señala por sus promotores, a través del desarrollo de un “dominio en un nicho de mercado” o “del apalancamiento adecuado”.

Naturalmente que todo lo anterior se presenta interesadamente, para generar la necesidad de enfrentar lo que se describe como “una deficiencia de gestión que afecta a muchísimas, a casi todas, las firmas de abogados: el déficit de capacidad de generar buenos profesionales que, además, sean buenos seguidores de clientes”.

Ahorra mayores comentarios de este fenómeno lo que describe la página web de una empresa del rubro, donde se leen las siguientes recomendaciones: “un despacho de abogados no es una empresa a la que le convenga el marketing de masas, para hacer branding o reconocimiento de marca a medio o largo plazo. Como las grandes empresas de consumo: Cola Cola, Lays, McDonalds... Para un bufete de abogados, lo que más le conviene es que su gasto en marketing o publicidad revierta cuanto antes posible en, por ejemplo, llamadas de teléfono de clientes interesados. Por tanto, teniendo claro que lo que más le conviene es el marketing directo, de respuesta directa, habría que ver que opción hoy día podemos acometer. Sin duda, Internet es el camino a seguir. Las alternativas “fuera de Internet” ya no son recomendables: páginas amarillas, anuncios en prensa local, patrocinios de jornadas sobre nuevas leyes que salgan ... todo esto es demasiado “indirecto”. Disponiendo hoy día de Internet, el camino a seguir es la red, donde se puede ajustar el marketing online al detalle, al milímetro...”

En otra página dedicada al mismo rubro se invita a utilizar estas prácticas de publicidad invitando a los abogados a superar los obstáculos que se advierte existirían en esta materia: el miedo y la falta de tiempo. De un modo directo, se exhorta a superar estos obstáculos a través de “un plan de marketing personalizado que incluya tácticas que se adapten a la personalidad única de cada abogado (superando así el miedo y la incomodidad) para desarrollar buenos hábitos que mantengan estas actividades de manera constante y utilizando el tiempo eficientemente. Pero ojo, no se trata de contratar a un consultor de marketing para que se ocupe. Contratar a un consultor de marketing es como pagar la cuota del gimnasio”.

El panorama anterior en muchos casos no es más que una reacción a la existencia de una actividad profesional masiva, en la que concurren cada vez más un elevado número de competidores, que podría llegar a algunos abogados a asumir comportamientos de competidores mediante acciones agresivas, dentro de un contexto de estrategias de enfrentamiento frecuente, todo ello en desmedro de la ética. El resultado de esta forma de competencia profesional lleva a excesos tales como dejarse seducir por una oferta de un servicio profesional como “dejé de pagar un crédito”.

## 5. LAS JUSTIFICANTES Y ATENUANTES

Es justo puntualizar que no peca de soberbia ni de orgullo el abogado que ocupa un lugar destacado en la sociedad o aquel que se ha ganado legítimamente un prestigio profesional o un cierto reconocimiento. Tampoco la forma de relacionarse con los clientes puede quedarse en un campo puramente pasivo. El problema ético surge cuando, para conseguir una posición, éste profesional debe pagar asesores de imagen o practicar un clientelismo con los medios o el poder político que ayudan a construir una visión falsa de lo que ese estudio o abogado, en rigor, no es.

La posibilidad que tenemos de actuar – en sentido figurado – como “perro de caza”, nos puede llevar a un ejercicio profesional inhumano. El ingreso en este campo terminará por llevar a utilizar medios indebidos, donde no se trepidará en corromper a funcionarios o jueces que, por debilidad humana, lo permitan, si de ello depende asegurar el resultado profesional.

En el campo de la política, esta modalidad de ejercicio de la abogacía podría llevar a que se use el cargo como un instrumento para lograr, por ejemplo, nominaciones de funcionarios o jueces que sigan alimentando la imagen de “perro de caza”, que tanto cautiva a un segmento de la población (y cuya adhesión a la ética utilitarista o de resultados es el único rasero para medir el éxito profesional en sociedades cada vez más deshumanizadas).

En un plano psicológico, este perfil se podría ubicar dentro del tipo denominado egocéntrico o narcisista, que se caracteriza por convertir – equivocadamente – la propia persona en el centro de atención. Como lo puntualiza Vial, “las personas que sufren este trastorno tienen una idea irreal y grandiosa de sí mismas. Necesitan admiración y les falta empatía, es decir, son incapaces de ponerse en lugar de los demás, de comprenderlos o intentar atender a razones que no sean las suyas. Son megalómanas o con un exagerado sentido de superioridad. Se creen especiales o únicas, y sienten desprecio hacia los demás. En las relaciones buscan ser admiradas. Son extremadamente sensibles a las críticas, a los fracasos o derrotas, que les provocan depresión o cólera, y pueden caer en adicción. A menudo piensan que la gente las envidia, y se sienten con derecho a exigir e incluso abusar de los demás (siempre considerados menos importantes que ellas)”<sup>9</sup>.

9 VIAL, Wenceslao, *Madurez psicológica y espiritual*, Madrid: 2ª ed., 2016, pp. 153-154. Sobre el tema, otros alcances, TORELLÓ Joan Baptista, *Psicología y vida espiritual*, Madrid: Rialp, 2ª ed. 2010, pp. 110-127.

Como el profesional egocéntrico carece de toda elasticidad y de libertad interior, opta por convertirse en un “perro de caza”, dando lugar a una actividad profesional que estará forzosamente marcada por un impulso enfermizo y tiránico, tendiente a la mera satisfacción del fin para el cual fue contratado por su amo, que en relaciones humanas normales se ha denominado tradicionalmente como cliente.

Es obvio señalarlo, pero el egocéntrico – que sufre una patología muy severa – no está para someterse a las reglas de la ética profesional. Su forma de ser no le permite dar valor a lo que sus pares han definido como el *ethos* profesional correcto. Como su única medida es conseguir el objetivo para el cual fue contratado, solo entenderá que lo alcanza cuando traiga a los pies de su amo *la presa encargada*. De ese modo, el ejercicio de la profesión será un instrumento para dominar y ser admirado por un segmento de clientes (amos) que estarán prestos a fichar al “perro de caza” (mientras el lobo no sea domesticado).

La descripción anterior, que es un mero inventario de algunas manifestaciones de soberbia en que podemos incurrir los abogados, también puede estar acompañada de otro vicio que puede surgir en nuestra profesión, a saber, la ira. La ira se da en abogados que piensan que la mejor defensa está en infundir el máximo temor a su contraparte. La táctica a emplear en este caso es mostrar en la primera escaramuza manifestaciones que tengan el efecto de provocar la devastación y el aniquilamiento psicológico de la otra parte.

Ahora, si ambas partes tienen una visión del ejercicio profesional de los abogados mediante fantasías de deseo animalescas o mediante manifestaciones de la ira, el panorama puede ser dantesco, pudiendo originar, entre otras posibilidades, un auténtico “Bull-baiting”, que consiste en hacer pelear a uno o dos perros contra un toro.

En explicación de Tomás de Aquino, la ira es “el apetito de la venganza”<sup>10</sup>. En la abogacía, esto se traduce en un vicio cuando el abogado pone todos los medios para tratar de castigar a quien no lo merece, o cuando se obstina para lograr una sanción mayor a la que merece su contrario, entre otras conductas obcecadas de similar entidad. La irracionalidad de la ira nos puede llevar a un ejercicio profesional de menosprecio por la contraparte, que se manifiesta por medio de la palabra o a través de actitudes o gestos.

Esa pasión, cuando es desordenada, hace que el abogado pierda la prudencia o ponderación en el análisis. En el trato profesional, este defecto muchas veces es la causa del olvido de la amabilidad y respeto que debemos tener con nuestros colegas, incluso cuando estamos debatiendo asuntos donde la tensión se palpa en el ambiente.

## 6. POSIBLES SOLUCIONES

El estereotipo del abogado que subyace en las diferentes formas en que hemos aludido a nuestra profesión, es algo que claramente debemos corregir. Para atacar esta visión hay que reconocer que son varios los frentes que se deben abordar.

La solución pasa, creo, por, primero, la necesidad que tenemos de recibir una formación permanente, que supere las deficiencias de nuestra formación moral, alentada por la hostilidad al estudio de la moral clásica y que pretende ser sustituidas por éticas minimalistas o del pragmatismo<sup>11</sup>.

También, en segundo lugar, pasa por tomar conciencia que esta forma de actuación profesional viene alentada, en muchas ocasiones, por la adscripción a corrientes filosóficas en las que subyace el nihilismo, donde la mala praxis no es otra cosa que un modo más de negar todo lo existente, en especial la moral (también por ciertas posturas que proclaman la libertad como la única medida de todo).

Naturalmente que el hecho que se den casos de ejercicio profesional abusivo no puede llevar a que triunfe el desaliento, que es el decaimiento del ánimo. No se puede permitir que las manifestaciones de una enfermedad moral den lugar a una pandemia. La dignidad de la persona humana nos debería volcar a un estudio profundo de las virtudes y de los riesgos a que estamos expuestos en nuestra vida personal y profesional. No puede ayudar en esto la sabia advertencia de Gregorio Magno, según la cual “la vista de las virtudes de los antiguos reanima nuestra esperanza, la de sus caídas nos arma con una prudente humildad”.

10 S. Th. II-II, 158, 1 c).

11 Entre tantos, un intento en este sentido, GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, *El anillo de Giges. Una introducción a la tradición central de la ética*, Santiago: IES, 2014, pp.11-263.

# JURISPRUDÊNCIA E PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: ESTUDOS EM HOMENAGEM A JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA E ADA PELLEGRINI GRINOVER

**Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**

Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Estácio de Sá (Unesa). Professor Convidado no Instituto Max Planck de Luxemburgo (2016) e no Programa de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Desembargador Federal. Pós-Doutor pela Universidade de Regensburg, Alemanha. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt am Main, Alemanha). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Diretor do Instituto Ibero-americano de Direito Processual (IIDP) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ), da Associação Brasil-Alemanha de Juristas (Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung – DBJV) e da *International Association of Procedural Law* (IAPL). Membro honorário do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB). Presidente da Comissão Permanente de Processo Civil da Associação de Juízes Federais do Brasil (AJUFE). Editor Internacional da Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP). Membro do Conselho de Relações Internacionais da Revista de Processo (RePro), do Conselho de Redação da Revista de Processo Comparado (RPC), do Conselho Editorial do Centro de Estudos da Justiça Federal (CEJ) e do *Editorial Board* da *Civil Procedure Review*. Consultor *ad hoc* da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes), do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (*Deutscher Akademischer Austauschdienst* – DAAD), do Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq) e da Fundação *Alexander von Humboldt* (AvH).

**Resumo:** Considerando a enorme contribuição dada pelos Juristas, Acadêmicos e Professores ADA PELLEGRINI GRINOVER e JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA para o Direito Processual Comparado, o texto desenvolve a análise dos institutos da Jurisprudência e dos Precedentes no âmbito do Direito Processual Brasileiro, considerando o sistema vinculativo estabelecido pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, bem como aspectos conceituais e comparativos, em termos históricos e com ordenamentos estrangeiros.

**Sumário:** (I) Breves palavras sobre os homenageados: o papel dos Professores, Juristas e Acadêmicos JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA e ADA PELLEGRINI GRINOVER no cenário jurídico contemporâneo. – (II) Introdução (ou breve retrospecto sobre o tema nos últimos 25 anos) a partir da vivência e do olhar do autor. – (III) *Common law* e *civil law*. – (IV) A importância dos precedentes e da jurisprudência. – (V) O *stare decisis* e as qualidades dos precedentes e da jurisprudência. – (VI) Principais fatores que influenciam em termos de precedentes no contexto brasileiro. – (VII) As fontes formais do direito no Brasil. – (VIII) A ideia de independência funcional dos magistrados. – (IX) Os precedentes e o contexto atual do Poder Judiciário brasileiro. – (X) A jurisprudência e os precedentes em países de *common* e *civil law*. – (XI) O sistema de pronunciamentos vinculativos no contexto do novo Código de Processo Civil brasileiro. – (XII) A ruptura necessária de paradigmas e os seus desdobramentos.

## (I) BREVES PALAVRAS SOBRE OS HOMENAGEADOS: OS PROFESSORES, JURISTAS, E ACADÊMICOS JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA E ADA PELLEGRINI GRINOVER

Conhecer, conviver e passar a ser amigo dos Professores JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA e ADA PELLEGRINI GRINOVER foi uma grande satisfação, honra e privilégio.

Pela ordem cronológica dos fatos, começo a falar primeiro do Professor JOSÉ CARLOS, que foi o meu professor na graduação, por três anos, nas disciplinas Teoria Geral do Processo I e II e Direito Processual Civil I, II, III e IV, na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Em seguida, ele foi o

meu orientador e/ou coorientador<sup>1</sup> na Especialização em Processo Civil da Universidade de Brasília (UnB), no Mestrado e no Doutorado da Universidade Federal do Paraná (UFPR). A dissertação de mestrado foi publicada sob o título “Competência Cível da Justiça Federal”<sup>2</sup> e a tese de doutorado como “Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional”<sup>3</sup>, ambas prefaciadas por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. O saudoso mestre apresentou-me, também, os institutos de Direito Processual, tendo subscrito a indicação para o IBDP<sup>4</sup>, para o IIDP<sup>5</sup> (esta em conjunto com a querida ADA PELLEGRINI GRINOVER) e para a IAPL<sup>6</sup>, bem como eminentes processualistas brasileiros e estrangeiros. Dentre estes, deve ser consignado que ele foi o responsável pelo contato e recomendação junto aos Professores PETER GILLES, da Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt am Main, na Alemanha) e PETER GOTTWALD, da Universidade de Regensburg (também na Alemanha), que foram os meus orientadores no doutorado cooperativo e no pós-doutorado, respectivamente.

O respeito e a admiração foram sempre crescentes e vieram acompanhados de uma relação de amizade. O Professor JOSÉ CARLOS passou a me indicar para palestras. E nos momentos mais importantes da minha vida sempre me dirigi ao porto seguro da sua residência, na Rua Anita Garibaldi, em Copacabana. Passamos a compartilhar congressos, jornadas e passeios, muitas vezes acompanhados das nossas respectivas esposas, D. Gilka e Marjorie. Conversávamos sobre muitos assuntos, dentre os quais os filhos. D. Gilka sempre mencionava as novidades em relação ao Luís Eduardo, ao Carlos Roberto, ao José Henrique e ao Mário Celso. Com os dois primeiros, passamos a ter mais contato e tornaram-se diletos amigos. O Professor JOSÉ CARLOS e D. Gilka nos visitaram algumas vezes, uma delas logo após o nascimento da nossa filha Carolina. Com o Christian, não foi possível, porque nasceu na Alemanha, mas, de certo modo, por influência do grande Mestre, porque foi o grande responsável pela orientação do estudo da língua alemã e, também, pelos intercâmbios naquele país.

O contato com a Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER também se deve ao Professor JOSÉ CARLOS. Em primeiro lugar, porque foi dele a recomendação do livro *Teoria Geral do Processo*, de autoria conjunta dela com CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e ARAÚJO CINTRA. Em segundo, porque fui não apenas apresentado, mas depois também indicado por ele para participar em comissões e eventos, nos quais contaram com a participação dela.

Foi, de certo modo, uma grande amizade à primeira vista. Começamos a nos reunir em torno de mesas de café da manhã, de almoços ou jantares nos eventos. Em 1998, por exemplo, tivemos um agradabilíssimo convívio por ocasião do Congresso Internacional de Direito Processual realizado em Viena. Lembro-me do encantamento dela pela minha filha Carolina, então com 1 ano e meio de idade, dos passeios de charrete e de barco. Dois anos depois, estávamos em um seminário sobre *class actions*, promovido em Genebra, pela Duke University, dos Estados Unidos. Depois do evento, acabamos passando um maravilhoso final de semana nos alpes suíços. Nesta época, as minhas atenções estavam voltadas para o tema da tese de doutorado: as Ações Coletivas, que, naturalmente, se abeberava dos célebres textos dos dois homenageados nesta obra.

O contato com a querida mestre paulista foi se aproximando ainda mais, valendo consignar, pela ordem, a participação em jornada do Instituto Ibero-americano de Direito Processual realizada no Uruguai, na qual passei a integrar a comissão que passaria a redigir o projeto final de Código Modelo de Processos Coletivos (CMPC), na companhia dos brasileiros ADA, KAZUO WATANABE e ANTONIO GIDI e de queridos juristas estrangeiros, como ANGEL LANGONI e RAMIRO BEJARANO, sob a presidência de ROBERTO BERIZONCE, no IIDP. Com a aprovação do CMPC para a Ibero-américa, surgiram dois grupos que passaram a trabalhar na construção de um Código Brasileiro de Processos Coletivos: um na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, coordenado pela ADA e o outro por mim, em Grupo de Pesquisa que reunia mestrandos e doutorandos dos

1 Na UnB, foi formalmente o orientador, pois foi um curso especialmente desenvolvido, em conjunto com o Conselho da Justiça Federal. Na UFPR, coorientador. Contudo, o seu papel na orientação foi compartilhado, de modo efetivo, com o orientador formal, o também estimado amigo Luiz Guilherme Marinoni.

2 Encontra-se na quarta edição, pela Revista dos Tribunais.

3 As terceiras e quarta edições receberam a denominação de *Ações Coletivas e outros meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, ambas editadas pela Revista dos Tribunais.

4 Instituto Brasileiro de Direito Processual.

5 Instituto Ibero-americano de Direito Processual.

6 International Association of Procedural Law.

Programas de Pós-Graduação de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA). ADA e eu passamos a trocar ideias sobre os respectivos projetos e, alguns anos depois, fomos nomeados para compor uma Comissão de Juristas, no Ministério da Justiça, que seria responsável pela elaboração de um projeto de nova Lei da Ação Civil Pública, que representaria os desdobramentos do Código Modelo do IIDP e dos estudos desenvolvidos na USP e na UERJ- UNESA.

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA e ADA PELLEGRINI GRINOVER foram exemplares como professores e juristas. O compromisso com a pesquisa e com os estudos. A seriedade no trato de todos os temas, a preocupação com o aprendizado efetivo, a vocação e o dom do ensino, do estímulo que propiciavam aos seus alunos e discípulos, a relação fraterna e crítica sempre mantida, a cordialidade, o rigor e o humor, finos e em proporções equilibradas. Tudo isso e muito mais, pois seria impossível transpor as qualidades destes gigantes do Direito Processual brasileiro e mundial para apenas algumas linhas, fizeram de cada um deles, a seu modo, uma referência mundial para gerações de estudantes, de profissionais do Direito, de docentes e de amigos que puderam ler os seus escritos, assistir as suas aulas, manusear os respectivos pareceres ou acórdãos, saborear os ensinamentos jurídicos, de vida e de éticas destes inesquecíveis e exemplares seres humanos.

Por fim, peço vênha para colacionar abaixo uma mensagem subscrita por LUIZ FUX, PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO e por mim sobre o Professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, por ocasião do seu falecimento:

“O Professor, Desembargador e Jurista José Carlos Barbosa Moreira faleceu no dia 26 de agosto de 2017, no Rio de Janeiro.

Considerado o maior expoente do Direito Processual brasileiro de todos os tempos, um dos maiores juristas brasileiros da história e referência internacional no âmbito processual, José Carlos Barbosa Moreira nasceu na cidade do Rio de Janeiro, no dia 17 de setembro de 1931. Filho dos professores Antonio de Sousa Moreira e Zenaide Barbosa Moreira, foi aluno da Escola Francisco Cabrita e do Colégio Militar.

Realizou, nos anos de 1950 a 1954, o curso de direito na Faculdade Nacional de Direito, da antiga Universidade do Brasil, atual Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Na mesma instituição, no período entre 1959 e 1961, cursou o doutorado, em Direito Penal, e obteve a sua primeira livre-docência, defendida em 1967. Na então Universidade do Estado da Guanabara (hoje Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ), no ano de 1968, conquistou o seu segundo título de livre-docente, defendendo a tese intitulada “O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis”.

Casou-se em 1959 com Gilka, com quem teve quatro filhos: Luís Eduardo, Carlos Roberto, José Henrique e Mário Celso.

Foi aprovado e classificado, em primeiro lugar, no concurso público para o cargo de Procurador do Estado do Rio de Janeiro, que exerceu no período entre 1963 e 1978. Em seguida, foi nomeado, pelo quinto constitucional, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde permaneceu em atividade até o ano de 1992. Os seus pareceres e votos destacam-se pela escrita elegante, clara e objetiva, bem como pelo raciocínio lógico e profundo.

Foi um exímio professor em todos os níveis, tendo ministrado aulas nos cursos primário, secundário, superior e de pós-graduação. Lecionou, dentre outras, no ensino primário e secundário, as disciplinas de português e matemática. No magistério superior, ministrou, inicialmente, a disciplina Direito Judiciário Penal, na Faculdade Nacional de Direito. Em 1976, desenvolveu estudos com o Professor Mauro Cappelletti, na Universidade de Florença. No ano de 1979, tornou-se Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), exercendo a Cátedra das disciplinas Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil até o ano de 1996, quando se aposentou.

Foi também professor visitante nas Universidades de Bolonha (em 1993) e Lisboa (em 1996).

Autor de inúmeras obras jurídicas, dentre livros e artigos publicados em periódicos. Dentre os seus trabalhos publicados, destacam-se verdadeiros clássicos da literatura processual brasileira: “O Novo Processo Civil Brasileiro”, “Comentários ao Código de Processo Civil” e “Temas de Direito Processual Civil” (em nove

volumes). Além de suas obras, o autor é frequentemente citado pela doutrina e por inúmeras decisões.

Foi Secretário, Tesoureiro e Presidente do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, recebeu o título de Vice-Presidente Honorário da International Association of Procedural Law, em 1995, e tornou-se membro honorário da Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, em 1993.

Barbosa Moreira foi, ainda, membro de diversas entidades jurídicas internacionais, tais como: Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht (Associação Científica de Direito Processual Internacional), desde 1980; o Instituto Comparado Luso-Brasileiro, desde 1982; a International Association of Procedural Law, desde 1984; Association Internationale de Méthodologie Juridique, desde 1986. E, em 1992, tornou-se membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

Além disso, participou ativamente na elaboração de leis processuais, em congressos no Brasil e no exterior, bem como nas Jornadas de Direito Processual promovidas de dois em dois anos pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, do qual o grande mestre foi diretor, membro do Conselho Consultivo e, por fim, membro honorário.

Não só pelo notório saber jurídico, Barbosa Moreira é lembrado por sua dedicação em toda a sua carreira profissional. É tido como um dos melhores (senão o melhor) dentre os procuradores, magistrados e professores de Direito Processual que o Estado do Rio de Janeiro teve e lembrado com carinho e afeto por suas gerações de alunos, a quem ele tanto se devotou. Prova disso é que ainda figura na sala dos professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro placa que lhe foi concedida quando de sua aposentadoria pelos alunos e alunas das turmas de 1972/1974/1976/1978/1980/1983/1986/1989/1992 e 1996. Suas palavras ainda hoje ressoam, no momento de sua eterna aposentadoria: “*Nossa gratidão ao Professor José Carlos, na ocasião de sua aposentadoria, pela sua devoção ao magistério, pelos ensinamentos que ministrou, pelo carinho e o respeito sempre demonstrados, pelos caminhos que apontou, pela simplicidade e pela grandeza, exemplo para as novas gerações*”.

Foi uma enorme perda para toda a comunidade jurídica brasileira, especialmente para nós, seus eternos alunos e discípulos.

Manifestamos a nossa solidariedade aos seus familiares, alunos e amigos, espalhados pelo mundo. Descanse em paz Professor José Carlos Barbosa Moreira e muitíssimo obrigado por seus preciosos ensinamentos jurídicos, de ética e de vida.

## **(II) INTRODUÇÃO (OU BREVE RETROSPECTO SOBRE O TEMA NOS ÚLTIMOS 25 ANOS) A PARTIR DA VIVÊNCIA E DO OLHAR DO AUTOR**

Em primeiro lugar, é importante consignar que, sob o prisma acadêmico, o tema começou a fazer parte das inquietações do autor destas linhas já nos idos de 1990-1992, por ocasião das lições recebidas de José Carlos Barbosa Moreira, que já assinalava o pensamento advindo de Rubens Limongi França, como representante de corrente, então minoritária, que defendia a inclusão da jurisprudência como uma das fontes formais do Direito, com reflexos no Direito Processual.

Em seguida, no ano de 1993, na qualidade de mestrando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o contato com esta linha de pensamento foi intensa por ocasião da audiência nas aulas de Carlos Alberto Bittar, que, na condição de discípulo de Rubens Limongi França, recomendava vivamente a leitura das obras do mestre, dentre as quais *O direito, a lei e a jurisprudência*, editada em 1974.

É de se registrar que, no ano de 1993, foi introduzida a previsão de ação direta de constitucionalidade, no art. 102, inciso I, alínea *a*, da Constituição da República, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade. E, como parágrafo 1º, no art. 102, foi inserida norma estabelecendo expressamente a eficácia contra todos e o efeito vinculante para as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade. Pode-se dizer que o efeito, por sinal, já deveria ser concebido naturalmente com caráter vinculante e *erga omnes*, diante do caráter concentrado e difuso do respectivo controle nas ações diretas de constitucionalidade. Do contrário, não faria qualquer sentido prático ou jurídico.

O tema do caráter vinculativo, propriamente dito, dos precedentes judiciais talvez tenha ficado, de certo modo, adormecido nos anos seguintes. Sem dúvida, eram tempos de redemocratização do país, de redescoberta do Poder Judiciário e de afirmação da independência deste e dos seus magistrados, que passariam a exercer um controle mais efetivo sobre a constitucionalidade das leis e dos atos estatais.

Entretanto, a importância da jurisprudência, especialmente dos Tribunais Superiores, começava a se impor, ainda que de modo relativamente singelo, ao se conferir poderes para o Relator decidir monocraticamente.

E as modificações legislativas foram sendo paulatinamente introduzidas e ampliadas. Em 1995, a Lei nº 9.139 modifica a redação do art. 557 do Código de Processo Civil de 1973, que, na sua redação original previa, apenas para o agravo, em caso de manifesta improcedência, a possibilidade de decisão monocrática indeferitória, para permitir que o Relator pudesse, nos recursos em geral, negar seguimento (leia-se provimento), se a pretensão fosse contrária à súmula do tribunal ou de tribunal superior.

Logo depois, em 1998, a Lei nº 9.756 efetua nova modificação no respectivo art. 557, estabelecendo-se que o recurso deveria ser improvido monocraticamente pelo Relator se estivesse em confronto (sentido contrário) não apenas com a súmula, mas com a jurisprudência dominante (a qualificação talvez fosse despicienda) do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. E, no parágrafo único do mencionado dispositivo, amplia-se também a possibilidade de julgamento monocrático, para o provimento do recurso, diante de decisão que estivesse em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Mas, não se permitia o mesmo se a súmula ou a jurisprudência fosse do respectivo tribunal.

Em 2004, o tema volta à baila com a Emenda Constitucional nº 45, diante da nova redação do § 2º do art. 102 da Constituição da República, prevendo expressamente que, tanto nas ações diretas de constitucionalidade quanto de inconstitucionalidade, as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal produziram eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A EC nº 45 inseriu ainda o art. 103-A na Constituição Federal, instituindo a denominada Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, cujos enunciados possuem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A doutrina, por sua vez, já apontava para o fortalecimento desta aproximação do direito processual brasileiro com institutos do *common law*, indicando o efeito vinculante de decisões judiciais como sinal de uma aproximação com o sistema de precedentes, ou *stare decisis*. Nesse sentido, Barbosa Moreira enunciava o exemplo da súmula vinculante, quando criada no ano de 2004, no texto *O processo civil entre dois mundos*.

Na experiência prática, na qualidade de magistrado, é de se assinalar que o autor destas linhas sempre foi um adepto da vinculação, por entender que não haveria sentido em se insurgir contra entendimentos já firmados pelos tribunais superiores e aos quais se encontrava vinculado. Do mesmo modo, quando, em 2005, foi convocado para o Tribunal Regional Federal, procurou, de maneira geral, alinhar os seus votos com o pensamento consolidado nos órgãos judiciais colegiados em que participou e isso não se modificou quando foi promovido ao cargo de desembargador. Pelo contrário, sob vários aspectos, que serão em seguida abordados, consolidou-se o entendimento a favor dos julgamentos em conformidade com a jurisprudência e com os precedentes, mesmo quando possuísse posicionamento pessoal em outra direção.

O tema dos precedentes, na vida docente deste autor, é introduzido nas aulas ministradas nos Programas de Pós-Graduação em Direito, na UERJ e na Unesa, e acaba se materializando, em um primeiro momento, na orientação de mestrandos e doutorandos. Nesse sentido, iniciam-se as primeiras orientações sobre o tema, dos mestrandos Luiz Norton Baptista de Mattos, em 2006, Gustavo Santana Nogueira, em 2008, e Daniela Pereira Madeira, em 2010, que resultaram em excelentes trabalhos, dois deles publicados (*Súmula” vinculante: análise das principais questões jurídicas no contexto da reforma do Poder Judiciário e do Processo Civil brasileiro*. Coord. Alexandre Freitas Câmara e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (Coleção Direito Processual Civil Moderno) e *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes*



no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011), dos dois primeiros mencionados. No âmbito do doutorado, pode-se mencionar também a ótima tese “Modificações na Jurisprudência e Proteção da Confiança”, apresentada por Odilon Romano Neto, no ano de 2016.

Nesta caminhada, chega-se ao Código de Processo Civil de 2015, que contém, no rol das suas grandes inovações, o fortalecimento da jurisprudência e dos precedentes, especialmente manifestado nos artigos 926 e 927, que será objeto de maior análise nos itens seguintes.

Mas não menos importante, foi a oportunidade de organizar, ao lado de Teresa Arruda Alvim Wambier (que inaugurou o projeto, com o primeiro volume, e seguiu firme na coordenação do segundo volume) e de Luiz Guilherme Marinoni, a obra Direito Jurisprudencial, volume II. Depois, foi publicado o livro *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*, coordenado em conjunto com Dierle Nunes e Fernando Gonzaga Jayme. Por fim, o livro *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*, que alinhou o tema da nova jurisprudência e dos precedentes no sistema do Código de Processo Civil brasileiro de 2015 em torno da principal inovação contida que foi o IRDR.

### (III) COMMON LAW E CIVIL LAW

O estudo do “direito jurisprudencial” encontra, de certo modo, como pano de fundo, as características das duas famílias jurídicas ocidentais, ou seja, do *civil law* e do *common law*. Isso porque a posição do precedente, sob variados aspectos, assume, tradicionalmente, um papel diferenciado nos dois sistemas.

A doutrina contemporânea vem apontando, contudo, certa aproximação entre estas duas realidades. José Carlos Barbosa Moreira, em artigo publicado sob o sugestivo título “O processo civil brasileiro entre dois mundos”<sup>7</sup>, afirma ser “indubitável que o peso do universo anglo-saxônico tem aumentado no direito brasileiro, talvez mais noutros campos, agora diretamente alcançados pelas vagas da globalização econômica, mas também no terreno do processo civil”, citando, como sinais desta mudança, a presença da fórmula “devido processo legal”, as técnicas de proteção coletiva dos direitos e interesses supraindividuais, as experiências de *small claim courts* para a criação e fortalecimento dos Juizados Especiais, a inspiração no mecanismo norte-americano da *certiorari* para o instituto da repercussão geral e, por fim, a eficácia vinculativa para os enunciados da súmula do STF, como “versão bastante mitigada do mecanismo dos *binding precedents* norte-americanos, em todo caso fonte indiscutível de inspiração”<sup>8</sup>.

De fato, a realidade contemporânea, a partir da dinamização dos meios de comunicação e de locomoção, vem assinalando para a interlocução e aproximação entre as culturas, especialmente em países em que há uma maior liberdade e poder aquisitivo. Neste contexto, a ciência, inclusive jurídica e processual, acaba iniciando ou aprimorando conhecimentos além das respectivas fronteiras. Por conseguinte, há incremento no intercâmbio acadêmico e profissional, sendo crescente o interesse no estudo das soluções engendradas por outros países e culturas jurídicas, fortalecendo-se a curiosidade sobre o funcionamento de outros sistemas e o incremento do direito processual comparado<sup>9</sup>.

É interessante notar, contudo, que a aproximação supramencionada é, por vezes, relativa, pois, embora se procure estudar e conhecer melhor a realidade alheia, inclusive com a eventual introdução de mecanismos inspirados no direito estrangeiro, as diferenças estruturais, culturais e sistêmicas podem continuar sendo gritantes, ou, talvez, possam ficar ainda mais perceptíveis, o que não deixa de ser, ou poder ser, um segundo passo para uma reanálise dos institutos e, por conseguinte, modificações mais profundas.

O estudo dos precedentes representa, naturalmente, ponto central nesta comparação entre as famílias jurídicas do *common law* e do *civil law*, tendo em vista o papel central que o instituto representa no primeiro

7 In: *Temas de direito processual: oitava série*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 41-52.

8 Idem, p. 47.

9 Vide, especialmente, *Comparative civil procedure*, de Peter Gottwald, in: *Ritsumeikan Law Review: International Edition*, 2005; *Prozessrechtsvergleichung*, de Peter Gilles, Köln: Carl Heymanns, 1996; e *Einführung in die Rechtsvergleichung*, de Konrad Zweigert e Hein Kötz, 3. Auf., Tübingen: J. C. B. Mohr, 1996.

sistema, considerando-se que o direito costumeiro é declarado, reconhecido ou criado<sup>10</sup> a partir da *ratio decidendi* dos casos julgados. Representa, assim, parâmetro para a sociedade, base para o ensino, para a prática profissional do direito e para os próprios julgadores. O método indutivo do *common law* contrapõe-se, assim, ao dedutivo do nosso sistema, que sempre procurou priorizar a interpretação a partir do arcabouço constitucional e legal<sup>11</sup>. A própria caracterização da jurisprudência como forma ou fonte de expressão do direito sempre foi vista como posição minoritária, embora defendida por juristas como Limongi França<sup>12</sup>. Este, por sua vez, afirmava que<sup>13</sup> “os juristas estão marcadamente divididos, com referência à posição da jurisprudência como forma geral de expressão do direito, a ponto de podermos dividi-los, em três grupos bem distintos. O primeiro, seria o dos *negativistas*, que atribuem pouco ou nenhum valor à jurisprudência como tal. O segundo, dos que exacerbam o valor da mesma, e que chamaríamos de *jurisprudencialistas*. O terceiro, o dos que se poderiam denominar *realistas*, pois, segundo nos parece, colocam a questão nos seus devidos termos”. Concluía que<sup>14</sup> “a jurisprudência (não os julgados, mas a repetição constante, racional e pacífica destes) pode adquirir verdadeiro caráter de preceito geral. É, a nosso ver, quando, pela força da reiteração e, sobretudo, da necessidade de bem regular, de modo estável, uma situação não prevista, ou não resolvida expressamente pela lei, ela assume os caracteres de verdadeiro *costume judiciário*”.

Por outro lado, registre-se que a preocupação da doutrina, em relação ao tema da jurisprudência, não se limita mais apenas à discussão de outrora, ou seja, sobre a sua inclusão ou não no rol das fontes do direito, assim caracterizada pela sua eficácia vinculativa (*binding precedent*) e não apenas persuasiva. Embora este aspecto continue sendo nuclear, as inquietações passaram a abarcar a necessidade de uma ampliação e aprofundamento do objeto do estudo do precedente. Por conseguinte, os olhares passaram a se voltar para a prestação jurisdicional como um todo, envolvendo uma análise do papel, das estruturas e do modo como vem sendo exercida a atividade judicante no Brasil.

O estudo do precedente, no âmbito do *common law*, vem propiciando profundas reflexões na teoria da decisão judicial, vista tradicionalmente, na nossa realidade do *civil law*, como pronunciamento capaz de encerrar um conflito, caracterizado pela pretensão resistida, mas não como formuladora de um ponto de referência normativo para o sistema, com capacidade de vinculação vertical e horizontal, a partir de uma tese jurídica (*ratio decidendi* ou *holding*), que precisa ser abstraída do julgado.

O sistema do *stare decisis et non quita movere*<sup>15</sup> (mantenha-se o decidido e não mova o que se encontra assentado), no *common law*, trabalha com uma lógica de segurança jurídica, de racionalidade, de isonomia e de previsibilidade, a partir de uma tese jurídica acolhida por uma corte judicial e que, em princípio não deve ser modificada pelo próprio órgão prolator ou cortes inferiores (eficácia horizontal e vertical), salvo se houver uma forte razão para a alteração da norma estabelecida (*overruling*). Não havendo motivos para a superação do precedente, os demais casos deverão seguir o entendimento já firmado, estabelecido. O direito costumeiro trabalha, assim, com uma metodologia de estudo dos precedentes, a partir dos quais se extrai a razão de decidir que estará norteando os casos futuros a partir de elementos que foram considerados essenciais para a tomada de decisão condutora. Por sua vez, se o futuro caso envolver outros elementos essenciais peculiares, a corte

10 Sobre o caráter declaratório ou constitutivo dos pronunciamentos judiciais, Teresa Arruda Alvim Wambier, em *Precedentes e evolução do direito*, leciona que: “No fundo, não são muito diferentes as polêmicas que giram em torno da tal já referida *declaratory theory* do *common law* (uma teoria segundo a qual o juiz não cria direito, mas “declara” o direito preexistente) e do “positivismo” jurídico no *civil law* (o juiz decide conforme a lei)”. Para concluir que: “Todos sabem que o juiz cria direito. É mais honesto intelectualmente reconhecê-lo de uma vez por todas e tentar estabelecer limites para esta ‘criatividade’ ou, em outras palavras, para o tal ‘ativismo’ judicial – que são conceitos muito próximos, cuja essência, no meu entender, como observei antes, é idêntica”.

11 Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci, *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*: “A peculiaridade da incidência do precedente em cotejo com a aplicação da lei consiste sobretudo na amplitude da área de discricionariedade que os juízes possuem. A individuação da *ratio decidendi* é uma operação heurística de natureza casuístico-indutiva, pela qual a regra jurídica é extraída do confronto entre a anterior decisão e o caso concreto submetido à apreciação judicial. A sentença do juiz do *civil law*, a seu turno, também pressupõe um labor intelectual, porém, de cunho normativo-dedutivo, no qual deve ser apresentada uma justificação das circunstâncias fáticas e jurídicas que determinaram a subsunção destes a determinado texto de lei”.

12 Vide os livros *Manual de direito civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, e especialmente *O direito, a lei e a jurisprudência*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

13 Em *O direito, a lei e a jurisprudência*, p. 169-170.

14 Idem, p. 178-179.

15 Vide, sobre o tema, o livro *Stare decisis et non quita movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*, de Gustavo Santana Nogueira, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, fruto da sua dissertação de mestrado.

deverá efetuar todo um trabalho de argumentação, no sentido de demonstrar que o novo caso não se enquadra dentro das características do precedente “a” ou “b” e que, portanto, merecerá a construção de raciocínio diverso (“c”), distinto do aplicado anteriormente, técnica esta denominada de *distinguishing*.

As duas famílias jurídicas reservam, assim, nítida diferença para o papel do precedente judicial, sob o ponto de vista teórico e prático. Registre-se que, no que concerne aos precedentes, a ampliação e o aprofundamento do estudo do tratamento dado pelos países de *common law* poderão propiciar uma mudança de paradigma nos países de *civil law*, mas isto ainda se encontra relativamente distante da nossa realidade prática, não obstante modificações que se revelam na direção do fortalecimento dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.

#### (IV) A IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES E DA JURISPRUDÊNCIA

Dentro da visão clássica da separação de poderes, caberia ao Poder Judiciário tão somente a interpretação das normas editadas pelo Poder Legislativo. Não se pretende, naturalmente, neste momento, se revolver um quadro mais complexo em torno da questão. Mas, de antemão, pelo menos duas hipóteses podem ensejar uma atividade inovadora por parte do Poder Judiciário: (a) quando os preceitos estabelecidos pelo Legislador ensejarem diversidade de interpretação, de modo que haja a necessidade de se fixar o devido balizamento e padrão normativo de conduta e seja o Poder Judiciário provocado a fazê-lo; (b) quando o caso concreto não se enquadrar em preceito legislativo anterior e houver demanda sobre a questão, levando o Poder Judiciário, diante da proibição do *non liquet*, a enfrentar pioneiramente o assunto.

Em sentido lato, parece que ambas as hipóteses supramencionadas possam ser tratadas como *hard cases*, pois, nas duas, o órgão judicial é instado a se antecipar, de maneira inovadora e procurando estabelecer um liame argumentativo com os princípios, regras e precedentes existentes no ordenamento, de modo a se constituir em sintonia com o sistema jurídico. Embora, na prática, as decisões judiciais nem sempre desenvolvam, com profundidade, esta linha de fundamentação, não sendo rara a prática evasiva de se reportar tão somente ao sentir, ao parecer ou entendimento pessoal do julgador ou a normas ou precedentes genéricos, sem que sejam enfrentadas, respectivamente, os raciocínios divergentes ou a falta de preceito específico sobre a questão posta em juízo.

O caráter inovador ou criativo das decisões judiciais não decorre, portanto, principalmente da vontade do próprio julgador, mas das circunstâncias sociais, razão pela qual se toma a liberdade de criticar a expressão, pejorativa por sinal, “ativismo judicial”. Esta denominação poderia ser empregada, com razão, diante de uma manifestação do órgão judicial desprovida de provocação pelas partes, como, por exemplo, a de julgamento *extra petita* ou fora dos contornos de equilíbrio na condução do processo.

No mundo contemporâneo, é fato notório e incontroverso que se vive em uma sociedade a cada dia mais dinâmica, na qual as inovações tecnológicas e comportamentais são a tônica. A edição de normas escritas, pelo Poder Legislativo, pressupõe a existência ou previsibilidade de um fato a ser regulado. Por sua vez, o processo legislativo, em sentido amplo, nas sociedades democráticas, é marcado por ritos procedimentais, que buscam assegurar o pleno debate e participação dos representantes do povo, demandando tempo. Entretanto, a vida não para. Os debates e conflitos acabam sendo levados ao Poder Judiciário. É interessante notar que, embora o processo judicial possa ter uma duração até mesmo prolongada até o seu término, o encaminhamento do conflito ao Poder Judiciário e a possibilidade de uma decisão judicial, ainda que em caráter apenas antecipatório, não demandam maior demora ou mesmo eventualmente custos elevados, o que o torna suscetível de rápida ou imediata provocação.

A dificuldade de previsibilidade, por parte do legislador, faz com que se tente contornar o problema mediante a edição de preceitos mais gerais, com cláusulas mais abertas, consideradas mandamentos de otimização, os denominados princípios, que compõem as normas, ao lado das regras. Nesse sentido, afirma Robert Alexy<sup>16</sup> que o “ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas

16 *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 90 e 91, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. Dentro desta concepção mais estrita, as duas possibilidades supramencionadas de *hard cases* poderiam ser esquematizadas do seguinte modo: (a) a colidência de regras, com o pronunciamento judicial a partir de princípios; (b) ausência de regras, com decisão judicial também calcada em princípios. Em ambas, a atividade concretizadora, em termos de regras, adviria do Poder Judiciário.

Portanto, pode-se afirmar que os precedentes passam a ter mais significado para a definição das normas de conduta, no cenário atual, não apenas nos países de *common law*, mas também para os ordenamentos considerados de *civil law*.

Em termos formais, o ordenamento processual brasileiro se referia especialmente à jurisprudência ou apenas a um dos seus instrumentos de exteriorização: a súmula. Entretanto, a evolução do sistema pressupõe o amadurecimento do tratamento conferido tanto à jurisprudência quanto aos precedentes.

Isso porque ambos representam estágios correlacionados do fortalecimento do pronunciamento judicial, envolvendo as suas diversas qualidades.

Dentro deste cenário, as decisões judiciais passam a ter uma importância não apenas sob o prisma da resolução do caso concreto, mas como fixadoras de padrões de conduta. Muitos exemplos poderiam demonstrar esta afirmação. Em seguida, serão apontados dois.

O primeiro diz respeito à proibição do fumo nas aeronaves, estabelecida inicialmente a partir de uma decisão judicial proferida em ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal, no ano de 1998, quando ainda não havia lei que expressamente proibisse esta prática em voos de longa duração. Levando-se em consideração princípios como o da segurança e da saúde, bem como a analogia com outras regras, a Justiça Federal do Rio Grande do Sul determinou a proibição do fumo em todas as aeronaves, em voos nacionais, durante todo o percurso<sup>17</sup>

O segundo exemplo pode ser apontado nos julgamentos proferidos pelo STF na ADPF 132/RJ e na ADIn 4.277/DF, declarando a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo, o que acabou por ensejar a edição da Res. 175/2013, do CNJ, ampliando a incidência do posicionamento firmado para aplicá-lo aos casos de habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo.

Em ambos os casos, as decisões judiciais proferidas representaram importantes inovações, que se anteciparam em relação a eventuais mudanças legais, ensejando provimento de caráter criador e pacificador para as relações sociais.

## **(V) O STARE DECISIS E AS QUALIDADES DOS PRECEDENTES E DA JURISPRUDÊNCIA**

O funcionamento do *stare decisis* se baseia na ideia de segurança jurídica, previsibilidade e de isonomia, com a sociedade podendo se orientar a partir dos valores e das normas estabelecidas com base nos costumes reconhecidos ou estabelecidos nos precedentes judiciais. Portanto, a delimitação das razões de decidir e das circunstâncias essenciais do caso julgado é fundamental para a caracterização do que está abarcado ou não

17 A notícia sobre o fato pode ser lida no seguinte site: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff23109823.htm>>.

nos limites do entendimento firmado pela corte. Esta operação costuma distinguir, portanto, a essência da tese jurídica assumida (*ratio decidendi*) de elementos acidentais ou pronunciados *a latere* (*obiter dicta*) no julgamento.

Por sua vez, o precedente possui uma eficácia horizontal e vertical, ou seja, vinculando o próprio órgão judicial prolator e os que estão em posição inferior, ou melhor, submetidos em termos de meios de impugnação ao seu julgamento. Naturalmente, o seu ponto de vista poderá influenciar e ser considerado por instâncias superiores, mas sem qualquer efeito vinculativo. Entretanto, se reformada a decisão, o pronunciamento proferido pela instância superior passará a ser vinculante.

O sistema trabalha, assim, com uma ideia de manutenção de entendimento se não houver nenhum fator relevante a determinar uma mudança de entendimento, o que, naturalmente, é possível, mas não frequente. E, de qualquer modo, quando *overruled*, ou seja, superada a tese anterior, há que se realizar toda uma construção argumentativa a justificar a alteração de entendimento. As cortes são, portanto, muito ciosas no sentido da preservação dos seus precedentes. Por outro lado, parece haver um respeito em relação a este posicionamento por parte das instituições jurídicas. Naturalmente, esta respeitabilidade, ou melhor, solidez decorre e é proporcional, em boa medida, à capacidade de fundamentação contida nas razões da decisão (*ratio decidendi*).

Gustavo Santana Nogueira<sup>18</sup>, entretanto, discorre que, entre os fatores que costumam influenciar a força do precedente, nos Estados Unidos da América, estão se o mesmo versa sobre matéria constitucional<sup>19</sup> os juízes que participaram da votação, o placar da votação, a idade do precedente e a repercussão em casos futuros.

No direito britânico, a força vinculante do precedente ficou assentada especialmente em 1898, a partir do caso *London Tramways v. London City Council*, julgado pela *House of Lords*<sup>20</sup> tendo-se, na ocasião, ressaltado que ela própria estaria unida pelas suas decisões e não poderia se afastar delas nos casos similares futuros<sup>21</sup>. A rigidez desta vinculação gerou críticas, no sentido de que restringiria o natural desenvolvimento do direito e a sua conformidade com as mudanças operadas nos padrões e na cultura da sociedade. Desperta para o problema, a própria *House of Lords* retratou-se oficialmente, em 1966, mediante uma declaração sobre “precedente judicial”, publicada em todos os repositórios jurídicos da Inglaterra. No documento, ressaltou-se que o uso do precedente é uma base indispensável sobre a qual se decide qual é o direito e a sua aplicação para os casos individuais. Entretanto, os membros da Corte reconheceram que uma aderência extremamente rígida ao precedente poderia conduzir à injustiça em um caso específico e também indevidamente restringir o normal desenvolvimento do direito. Propuseram, assim, a modificação da respectiva prática, em relação às decisões anteriores da *House of Lords* que seriam normalmente vinculantes, afastando-se de uma decisão anterior quando se mostrar correto que assim seja feito. Por conseguinte, ressaltaram que, na aplicação deste novo entendimento, os julgadores daquela corte levariam em consideração o perigo de se causar distúrbio retrospectivamente em relação aos negócios contratuais, direitos de propriedade e disposições fiscais já em vigor, bem quanto ao direito penal.<sup>22</sup>

Não obstante a ressalva final, a possibilidade de superação do precedente (*overruling*) poderia ocorrer mesmo nas áreas mais sensíveis mencionadas. Isso ficou claro no caso *Regina v. Shivpuri*, envolvendo matéria

18 *Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro*, p. 174 a 178.

19 Segundo o autor, na obra supramencionada e com lastro em Lee Strang e Polly Price, “os precedentes sobre matéria constitucional têm uma força menor em comparação com precedentes que interpretam leis escritas ou a *common law*, por causa da grande dificuldade de se eliminar um precedente constitucional incorreto por meios extrajudiciais” (idem, p. 175).

20 Sucédida pela Supreme Court for the United Kingdom, em 2005.

21 BYRD, B. Sharon. *Einführung in die anglo-amerikanische Rechtssprache: Introduction to anglo-american law and language*. München: Beck, 1997.

22 “Practice Statement (Judicial Precedent) [1966] 3 All E. R. 77 – Before judgments were given in the House of Lords on July 26, 1966, Lord Gardiner, L. C., made the following statement on behalf of himself and the Lords of Appeal in Ordinary: Their lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.”

criminal, conforme desdobramento que se verá em seguida.

No ano de 1975, a *House of Lords* julgou o caso *Regina v. Smith*, no qual o réu foi acusado de tentar manusear ou negociar produtos roubados. Demonstrou-se que, embora o réu acreditasse que os bens haviam sido subtraídos, na verdade não tinham sido roubados, o que normalmente pode ser classificado como crime impossível. A tese foi acolhida pela *House of Lords*, que absolveu o acusado.

Posteriormente, no ano de 1981, o legislador britânico editou o *Criminal Attempts Act*, no qual previa, na Seção 1, item 2, que “uma pessoa pode ser condenada por tentativa de cometimento de um crime, previsto nesta seção, mesmo quando os fatos sejam de tal modo que a consumação do crime seja impossível...”. De se notar ainda que a Comissão Legislativa havia publicado uma exposição de motivos, na qual mencionava exatamente o exemplo do acusado que estaria com objetos que supunha roubados, mas que, na verdade, não haviam sido subtraídos.

Em seguida, a *House of Lords* é chamada a julgar, no ano de 1985, o caso *Anderton v. Ryan*, no qual a ré havia adquirido um equipamento de vídeo, pensando que o mesmo fosse roubado, embora, de fato, não o fosse. A ré foi acusada de ter praticado a conduta, mencionando-se expressamente o novo *Criminal Attempts Act*, de 1981. A ré foi absolvida em primeira instância, pela *Trial Court*, mas condenada em segundo grau, pela *Divisional Court of the Queen’s Bench Division*. Por último, a Casa dos Lordes restabeleceu o teor da decisão de primeiro grau, julgando a ré, senhora Anderton, não culpada, com base no precedente *Regina v. Smith* e desconsiderando o *Criminal Attempts Act* de 1981. O caso foi extremamente debatido na literatura jurídica, que majoritariamente criticou de modo severo a falta de aplicação do ato legislativo recentemente editado.

Por fim, ocorre o julgamento do caso *Regina v. Shivpuri*, no ano de 1987, no qual o réu é acusado do crime de tentativa de tráfico de droga, que pensava ser heroína, violando o *Criminal Attempts Act 1981*. Na verdade, a substância não era heroína, mas, sim, uma substância vegetal inofensiva. O réu foi condenado, em primeiro grau, pela *Trial Court*, sendo mantida a condenação pela divisão criminal da *Court of Appeal* e pela *House of Lords*. O réu alegou o precedente *Anderton*, pois, do mesmo modo que a ré, equivocadamente, havia pensado que o material era roubado, ocorrera com Shivpuri em relação à droga, o que tornaria ambos os crimes impossíveis.

Expressando a maioria da então Suprema Corte britânica, o voto de Lord Bridge of Harwich assume que não seria o caso de se efetuar a distinção em relação ao julgamento proferido em *Anderton v. Ryan*. Mas, sim e ainda que tivesse participado da decisão anterior, que aquele pronunciamento anterior estava errado. Indagou, então, o que deveria ser feito. E que, não sendo a hipótese distinta, pela aplicação estrita da doutrina do precedente, o apelo deveria ser provido. Pergunta ainda se seria permitida a superação do precedente com base no *Practice Statement (Judicial Precedent) [1966]* não obstante a especial necessidade de segurança no direito penal, para responder afirmativamente pela possibilidade de afastamento do precedente. Para tanto, fundamenta, em síntese: (1) que a decisão proferida no caso *Anderton v. Ryan* era bem recente, que a *Practice Statement*, sobre precedente judicial representava um efetivo abandono da pretensão de infalibilidade da corte e que, se um sério erro contido em uma decisão do tribunal estivesse distorcendo o direito, quanto mais rápido se pudesse corrigir o equívoco melhor; (2) que ele não entendia factível que alguém pudesse ter acreditado que se tratava de afirmar que a conduta anterior havia sido feita, inocentemente, de acordo com a lei e que agora não; (3) não se poderia desconsiderar a mudança realizada pela Lei de 1981<sup>23</sup>.

23 “(...) The following excerpt is from Lord Bridge of Harwich’s speech representing the opinion of the majority of the House of Lords in *Regina v. Shivpuri*: ‘I am thus led to the conclusion that there is no valid ground on which *Anderton v. Ryan* can be distinguished. I have made clear my own conviction, which as a party to the decision (and craving the indulgence of my noble and learned friends who agreed in it) I am the readier to express, that the decision was wrong. What then is to be done? If the case is indistinguishable, the application of the strict doctrine of precedent would require that the present appeal be allowed. Is it permissible to depart from precedent under the *Practice Statement (Judicial Precedent) [1966]* 1 W.L.R. 1234 notwithstanding the especial need for certainty in the criminal law? The following considerations lead me to answer that question affirmatively. First, I am undeterred by the consideration that the decision in *Anderton v. Ryan* was so recent. The *Practice Statement* is an effective abandonment of our pretention to infallibility. If a serious error embodied in a decision of this House has distorted the law, the sooner it is corrected the better. Secondly, I cannot see how, in the very nature of the case, anyone could have acted in reliance on the law as propounded in *Anderton v. Ryan* in the belief that he was acting innocently and now find that, after all, he is to be held to have committed a criminal offence. Thirdly, to hold the House bound to follow *Anderton v. Ryan* because it cannot be distinguished and to allow the appeal in this case would, it seems to me, be tantamount to

Como se pode ver e retomando a indicação das qualidades desejáveis em relação aos precedentes e à jurisprudência, pode-se apontar que, em termos de mutabilidade, o compromisso deve ser, em primeiro lugar, no sentido da segurança jurídica, ou seja, os precedentes devem vincular os próprios órgãos prolatadores e os submetidos à sua jurisdição. No entanto, isso não significa imutabilidade absoluta.

Por conseguinte, os precedentes podem ser superados pela alteração das condições em que foram proferidos, como, por exemplo, pela mutação constitucional ou legal superveniente, tal como supramencionado no caso *Regina v. Shivpuri*; bem como pelo reconhecimento de erro anteriormente cometido, para que serve também o exemplo anterior britânico; ou ainda por não se enquadrar mais dentro dos valores supervenientemente assumidos pela sociedade. Neste último contexto, a história aponta inúmeros exemplos, como as alterações de paradigmas em relação à escravidão, no Poder Judiciário norte-americano, ou mesmo dos casos de segregação, como *Brown v. Board of Education*, ou, ainda, na própria experiência brasileira, diante da aceitação da relação de casamento e união estável, entre pessoas do mesmo sexo, nas mais variadas esferas.

O ponto de equilíbrio, em relação ao respeito aos precedentes, parece estar distante na realidade brasileira, que precisa, sem dúvida, amadurecer neste aspecto, diante da profusão de decisões divergentes proferidas e do caráter meramente persuasivo considerado no que toca não apenas aos precedentes, mas até mesmo a jurisprudência e os enunciados contidos nas súmulas. Por exceção, o *binding effect* é reconhecido apenas na súmula vinculante do STF e nos julgamentos em sede de controle abstrato de constitucionalidade e inconstitucionalidade no âmbito do STF.

Por certo, para que o precedente seja respeitado, impõe-se uma mudança cultural e, eventualmente, legislativa, no sentido de que os órgãos judiciais tenham que observar os precedentes e, somente com a devida fundamentação, a partir dos métodos de distinção ou de superação, ousar não aplicar o precedente.

Os precedentes precisam dispor de clareza, solidez e profundidade nos seus fundamentos, pois, do contrário, dificilmente serão respeitados e seguidos. Isso não significa que este cuidado tenha que estar presente em todas as decisões judiciais. Esclarecendo, as decisões judiciais, em geral, precisam estar fundamentadas. Mas, se não representam inovação, mas simples aplicação de precedentes, poderão, naturalmente, se valer dos fundamentos, e conseqüentemente da clareza, solidez e profundidade contidos no *leading case* seguido. Portanto, a preocupação reforçada com a fundamentação seria inerente aos precedentes e também às decisões que venham se distanciar do precedente, seja a partir do *distinguishing* ou do *overruling*.

Os precedentes devem ser firmados dentro de um tempo razoável. Isso significa que os tribunais, especialmente em casos repetitivos, devem julgar com o devido amadurecimento as causas, procurando ter o domínio das teses e argumentações formuladas em um conjunto de processos, para que possa melhor decidir o precedente. O julgamento tardio, assim como precoce, pode ser deletério para o sistema jurídico. A demora no julgamento produz, naturalmente, incerteza e acúmulo de demandas, diante da falta de definição sobre a questão em aberto. O pronunciamento precoce, assim entendido como o proferido em momento em que o órgão julgador ainda não equacionou devida, ampla e profundamente todas as teses e argumentos pertinentes, pode tornar a fundamentação menos sólida e qualificada, motivo de enfraquecimento para o precedente, causando maior probabilidade de modificação.

As qualidades supramencionadas estão imbricadas com alguns fatores que serão analisados nos próximos itens.

## (VI) PRINCIPAIS FATORES QUE INFLUENCIAM EM TERMOS DE PRECEDENTES NO CONTEXTO BRASILEIRO

### a) Fatores culturais

*a declaration that the Act of 1981 left the law of criminal attempts unchanged following the decision in Reg. v. Smith [1975] A.C. 476. Finally, if, contrary to my present view, there is a valid ground on which it would be proper to distinguish cases similar to that considered in Anderton v. Ryan, my present opinion on that point would not foreclose the option of making such a distinction in some future case.* BYRD, B. Sharon. *Einführung in die anglo-amerikanische Rechtssprache: introduction to anglo-american law and language*, p. 10 e 11.

O aspecto cultural é primordial, sob o ponto de vista do papel e funcionamento dos precedentes. Nesta seara, a cultura brasileira é marcada pelo paradoxo. Se, por um lado, almeja a segurança jurídica, a igualdade e a previsibilidade, por outro, é fortemente marcada pelo desejo de mudança, decorrente de um sentimento de insatisfação com o *status quo*.

A visão institucional é suplantada, rotineiramente, pelo personalismo; os direitos e deveres são, com frequência, sufocados pelo poder ou pela falta de informação e educação. A luta contra o passado autoritário confunde-se, por vezes, com a liberdade sem limites.

No cenário jurídico, isso se reflete na personificação de julgados, no inconformismo renitente diante de posicionamentos assentados pelos tribunais, na visão belicista dos conflitos, no número diminuto de processos resolvidos pela conciliação ou por meios consensuais, na elevada resistência diante do cumprimento de deveres e decisões judiciais, até mesmo por órgãos integrantes da administração pública.

Por certo, a configuração multicultural do país, ao mesmo tempo em que propicia uma realidade dinâmica e plural na sua essência, acentua a heterogeneidade. Há, portanto, uma profusão de valores, credos, expectativas e objetivos, que contribuem para um contexto em ebulição, em que a homogeneidade da jurisprudência ou a previsibilidade dos precedentes nem sempre encontram um porto seguro.

### **b) Educação jurídica**

A educação jurídica brasileira é calcada, em termos gerais, na dogmática e no positivismo. Há também, infelizmente, um desnível considerado entre as instituições universitárias. De certo modo, uma elite composta das universidades públicas e algumas instituições privadas, nas quais o corpo docente possui uma formação e titulação mais qualificada, bem como um corpo discente em quantitativo mais reduzido. Por outro lado, houve, nas últimas décadas, um crescimento enorme do número de cursos privados de direito, bem como do respectivo número de estudantes de direito, que acabam esbarrando nas dificuldades de aprendizado e qualificação. Por fim, o próprio mercado acaba não absorvendo ou propiciando boas condições para um número tão elevado de bacharéis que se formam constantemente no país. O número elevado de candidatos e o montante de não aprovados em concursos públicos e nos exames da Ordem dos Advogados do Brasil indicam a massificação e perda de qualidade.

A formação jurídica é calcada principalmente no estudo do ordenamento jurídico a partir da constituição e das leis, sendo manifestamente secundário o estudo de casos e principalmente das razões das decisões proferidas pelos tribunais. Por vezes, os julgados são analisados tão somente com base no resultado do julgamento, sem a análise e comparação das razões de decidir dos pronunciamentos judiciais.

A diversidade do ensino oferecido e também na aferição do conhecimento adquirido pelos estudantes de direito proporciona grandes diferenças nas carreiras jurídicas e no nível dos profissionais. Na Alemanha<sup>24</sup> por exemplo, os estudantes de direito submetem-se a dois exames estatais (*Staatsexamen*), cuja aprovação é exigida para todas as carreiras jurídicas, o que acaba estabelecendo um padrão mínimo de conhecimento e qualificação para todos os profissionais da área jurídica.

Por outro lado, no Brasil, a metodologia é fundada no estudo de manuais e textos legais, bem como a demonstração do conhecimento através de provas discursivas. A resolução de casos, quando existente, é formulada, na maioria das vezes, a partir da subsunção dos fatos aos dispositivos constitucionais e legais. A metodologia de estudos de casos, centrada nas razões de decidir e no comparativo e sistematização de julgados é desenvolvida em quantidade ínfima de instituições.

Por conseguinte, os estudantes de direito sequer desenvolvem, a contento, habilidades calcadas na análise de casos concretos, razão pela qual, por vezes, apresentam dificuldades para a elaboração de pareceres ou sentenças.

### **c) Estrutura e organização do Poder Judiciário**

24 Vide Christoph A. Kern, The respect for court decisions in German Law. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual – Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*, p. 147-150.



A influência da estrutura e da organização do Poder Judiciário para o sistema de precedentes tem recebido, de certo modo, por parte da academia, pouca atenção<sup>25</sup>. Entretanto, me parece que é um fator de grande importância para o aprimoramento da prestação jurisdicional e de fundamental relevância para o fortalecimento dos precedentes judiciais, especialmente nos países de *civil law*.

O primeiro aspecto a ser observado é que, ao longo dos tempos, o Poder Judiciário foi, gradativamente, ampliando o seu universo de alcance. Há, portanto, uma enorme gama de matérias que são apreciadas pelos juízes: conflitos envolvendo famílias, funcionários públicos, contribuintes, questões ambientais, aposentadorias, pensões, crimes das mais diversas naturezas, execuções fiscais, licitações, contratos, relações trabalhistas, militares, financeiras, administrativas, de marcas, patentes, consumeristas, eleitorais, responsabilidade civil, desastres aéreos, terrestres, marítimos e fluviais etc.

Em segundo lugar, o número de processos também aumentou vertiginosamente<sup>26</sup>. O resultado deste crescimento avassalador e combinado com o fenômeno da ampliação e diversificação de assuntos e matérias tratados nos processos é a maior dificuldade para que os magistrados, como um todo, possam desenvolver, em tempo razoável, com qualidade e segurança, a prestação jurisdicional.

Os dois aspectos supramencionados (diversidade de matérias e quantidade de processos) acabam esbarrando em um terceiro elemento de dificuldade: a relativa falta ou reduzida especialização dos órgãos julgadores. O fenômeno, de certo modo, pode ser indicado como estando na contramão da história moderna e contemporânea, na qual a sociedade, a indústria, os serviços, as empresas, o ensino e os profissionais caminharam no sentido da especificação e repartição das áreas de estudo e de trabalho. No próprio ensino jurídico e na advocacia, constata-se o crescente incremento desta ramificação.

No entanto, pode-se apontar, ainda, no Brasil, como deveras limitada a especialização dos órgãos judiciais. Façamos uma comparação, por exemplo, com a Alemanha<sup>27</sup> país que possui menos da metade da nossa população e um território bem menor. O que temos sob a jurisdição dita comum encontra-se dividido na Alemanha nos ramos das Justiças Administrativa, Financeira, Social e Comum. O *Bundesgerichtshof*, equivalente ao nosso STJ, mas que não julga as matérias administrativas, financeiras e previdenciárias, é composto por 128 ministros, subdivididos em 24 órgãos especializados (*Senate*), com competência exclusiva para cada matéria<sup>28</sup>. Não há, por conseguinte, competência concorrente entre as turmas (*Senate*). Portanto, cada órgão fracionário possui competência exclusiva para determinadas matérias. Por exemplo, direitos autorais ou de propriedade intelectual são julgados apenas pelo Primeiro Senado Cível; já as causas de direito societário no Segundo Senado Cível; as causas sucessórias pelo Quarto Senado Cível; os conflitos envolvendo locações residenciais e comerciais pelo Quarto Senado; os crimes envolvendo meios de transporte pelo Quarto Senado Criminal; para as causas agrícolas há um Senado Especial e por aí em diante.

É de se constatar, naturalmente, que a realidade brasileira destoa bastante da estrutura alemã. No nosso país, até pouco tempo atrás, a divisão estava limitada às matérias criminais e cíveis. Nos últimos vinte anos, houve um avanço na especialização. Entretanto, em geral, nos tribunais e na primeira instância, tanto na Justiça Comum, como nos ramos especializados (Trabalho, Eleitoral e Militar), ainda há uma concentração grande de matérias nos mesmos órgãos judiciais. Com isso, a estrutura judiciária brasileira ainda é marcada pela generalidade, ou clínica geral, o que, na opinião do autor deste texto, acaba não contribuindo para a melhoria da prestação jurisdicional, em termos de duração, qualidade e segurança na prestação

25 Christoph Kern, no estudo supramencionado, abordou o tema basicamente sob o prisma do recrutamento e carreira dos magistrados, enaltecendo que a seleção a partir de resultados obtidos em exames, na Alemanha, assim como no Brasil, de certo modo, contribui para a independência dos juízes. E, no país germânico, para o fortalecimento dos precedentes. Vide p. 151 e 152.

26 Conforme dados indicados no primeiro capítulo. Vide, também, nesse sentido: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*, 4. ed., especialmente p. 31, e *Poder Judiciário: problemas, propostas e controle externo*.

27 Os números são impressionantes especialmente na Corte Constitucional alemã: entre 1951 e 1997, houve apenas nove mudanças de entendimento, dentro de um total de 3.500 decisões. Ou seja, uma média de praticamente uma alteração a cada cinco anos. Nesse sentido, Christoph Kern, *The respect for court decisions in German Law*.

28 São 12 Turmas, denominadas *Senate* em alemão, Cíveis, 4 Turmas Criminais e 8 Turmas Específicas. Todas elas especializadas para em determinadas matérias, sem que haja competência concorrente. Há, ainda, uma quinta turma criminal, com competência definida pelo território específico de alguns estados.

jurisdicional. Representa, assim, um grande problema para o fortalecimento do sistema de precedentes. Por certo, a estabilidade e previsibilidade dependem do conhecimento aprofundado das matérias, o que se torna humanamente impossível diante do amplo rol de assuntos que são encaminhados, hodiernamente, ao Poder Judiciário.

#### **d) O papel dos profissionais do direito**

Nos países em que há um maior respeito e consideração em relação aos precedentes judiciais, os profissionais da área jurídica possuem o dever de conhecer e de agir de acordo com os precedentes. Representa, assim, um dever funcional para os juízes e advogados.

Para os magistrados, significa o efeito vinculante horizontal e vertical, no sentido de seguirem as teses consagradas nos próprios tribunais e nos tribunais superiores.

A advocacia passa a ter o dever de colaborar com o sistema, orientando os seus clientes sobre as posições consolidadas nos tribunais e exercendo o patrocínio de acordo com esta orientação. Isso não pode, naturalmente, constranger o advogado ou as partes a defender teses jurídicas que se oponham ao *status quo*. Entretanto, para que não fique caracterizada uma espécie de “litigância de má fé”, deve haver fundadas razões para se alimentar a expectativa de mudança, que deve estar devidamente fundamentada.

Isso pode ocorrer mesmo em países de *civil law*. Christoph Kern<sup>29</sup> ao discorrer sobre os padrões profissionais na Alemanha, aponta que deve ser notado que os tribunais consideram, de longa data, que os advogados devem, em princípio, conhecer o direito e a sua interpretação pelas cortes. Em particular, os advogados possuem o dever, em relação aos seus clientes, de esclarecê-los sobre todos os precedentes relevantes, com os quais devem estar alinhados os seus aconselhamentos jurídicos e as estratégias processuais. Se o cliente sofrer danos em consequência da violação deste dever jurídico, o patrocinado poderá demandar o respectivo advogado, bem como a sua companhia de seguro, para a respectiva compensação. Entretanto, pondera o autor alemão, que por mais estrita que seja a responsabilidade, o dever de conhecer e respeitar os precedentes somente fará sentido se o advogado supõe que os tribunais normalmente seguirão os precedentes. Por fim, conclui que a existência de tal dever, portanto, é um sinal do alto respeito que, normalmente, as cortes alemãs demonstram pelos precedentes e isso, ao mesmo tempo, reforça o respeito.

### **(VII) AS FONTES FORMAIS DO DIREITO NO BRASIL**

A discussão em torno do caráter vinculativo ou não dos precedentes remete, como supramencionado, a uma polêmica antiga, que poderia ser estruturada em três correntes: a) negativista, que não considera a jurisprudência ou os precedentes como fonte formal do direito; b) afirmativa, no sentido de que se poderia aplicar no Brasil o sistema de *stare decisis*, a partir dos precedentes em geral; c) realistas, que considerariam como fonte formal apenas os precedentes identificados como vinculativos na legislação ou que tivessem a característica de reiteração nas cortes, caracterizando um verdadeiro costume judiciário.

O tema, por si só, merece o devido aprofundamento. Mas, a leitura do texto constitucional parece indicar que, em geral, adota-se, no Brasil, em conformidade com a família de *civil law*, o sistema da legalidade. Portanto, para o cidadão isso representa a liberdade de fazer ou não fazer, que somente poderá ser privada em virtude de lei, nos termos do inciso II, do art. 5º da Constituição. Por outro lado, para os órgãos estatais, como se sabe, representa a possibilidade de realização de atos em conformidade com a previsão legal, observando-se, assim, o princípio da legalidade, nos termos, dentre outros, do art. 37 da Constituição.

Por sua vez, em relação à magistratura, é de se notar que a Constituição estabeleceu principalmente

29 *The respect for court decisions in German Law*, p. 154: “It should also be noted that courts have since long held that lawyers must, in principle, know the law and its interpretation by the courts. In particular, lawyers owe their clients a professional duty to know all relevant precedents and to align their legal counseling and procedural strategy with them. If the client suffers damages as a consequence of a lawyer’s violation of this duty, the client can sue the lawyer and his or her professional indemnity insurance company for compensation. (...) However strict the liability is, a duty to know and respect precedents makes only sense if the lawyer or civil servant must expect that courts normally follow precedents. The existence of such duty is, therefore, a sign of the high respect German courts normally show for precedents; at the same time, it reinforces this respect.”

normas organizacionais e os principais princípios que regem a atividade jurisdicional, remetendo à lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, o denominado Estatuto da Magistratura. Houve, contudo, como mencionado na introdução, a inclusão, no capítulo do Supremo Tribunal Federal, de duas normas (artigos 102, §2º, e 103-A), que estabeleceram, respectivamente, o efeito vinculante, em relação às decisões definitivas de mérito em controle concentrado de constitucionalidade e aos enunciados da “súmula vinculante”. É de se registrar que, no caso, o efeito vinculante não se encontra restrito aos demais órgãos do Poder Judiciário somente, mas abrange também, expressamente, os órgãos da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

No atual estatuto da magistratura, a Lei Complementar nº 35/79 prevê, no art. 35, inciso I, como dever do juiz, cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício.

Em síntese, em termos de disposições normativas sobre as fontes formais do direito brasileiro, o tratamento geral não foi feito no âmbito constitucional. A matéria, como fonte formal em termos gerais, não foi reservada também ao nível de lei complementar, salvo no aspecto relacionado ao estatuto da magistratura. Registre-se que a Lei Complementar nº 95/98 tratou apenas de outros aspectos pertinentes à elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Portanto, a previsão pertinente às fontes formais pode ser extraída do art. 4º do DL nº 4.657/1942, que estabelece que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Sendo assim, o que se pretende demarcar, como primeira premissa, é que a Constituição fixa tão somente o primado da lei como fonte formal do direito brasileiro. Mas, ao fazê-lo, o realiza com limitações que não se aplicam ao tema das fontes formais para a decisão do juiz em geral. Por isso, a complementação realizada na denominada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, conforme redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010, não padece de qualquer vício de constitucionalidade, ao prever que os juízes deverão decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. E, como decorrência, não se torna aceitável a alegação de que apenas a Constituição poderia fixar normas de caráter vinculativo para os órgãos judiciais.

Como consequência lógica do raciocínio acima exposto, pode-se afirmar que o novo Código de Processo Civil, sendo uma lei ordinária, é, assim, também fonte primária e básica no direito brasileiro. Por conseguinte, os juízes devem, nos termos do art. 35, inciso I, da Lei Complementar nº 35, cumprir e fazer cumprir as normas legalmente estabelecidas, dentre as quais a do art. 927 do novo CPC.

## **(VIII) A IDEIA DE INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS MAGISTRADOS**

Poder-se-ia, contudo, objetar ainda com base no próprio Estatuto da Magistratura, que o efeito vinculativo seria passível de afastamento em razão da expressão “com independência, serenidade e exatidão”, do contrário a primeira qualidade ficaria tolhida. Mas esta objeção, com a máxima vênia, não parece se coadunar com a norma estabelecida. Pois, naturalmente, não se pretendeu mencionar a independência diante da norma. Mas, sim, que a sua aplicação deveria ser feita com independência, ou seja, não se curvando aos demais poderes, sujeitos, fatores e interesses políticos, econômicos, religiosos e de outra natureza envolvidos.

É claro que se pode extrair esta independência até mesmo em relação a outros membros do Poder Judiciário, na eventualidade de se tentar influenciar, de modo indevido, sub-reptício, a decisão do juiz. Isso não possui qualquer relação com o cumprimento da lei e do caráter vinculativo estabelecido nas hipóteses previstas nos incisos do art. 927 do Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil não afastou a independência dos magistrados e, mesmo no que diz respeito à interpretação das normas não efetuou vinculação absoluta. Isso porque não há um sistema absoluto de precedentes, ou seja, apenas nas situações indicadas no art. 927 haverá efeito vinculativo, embora se possa e se deva também, na totalidade ou maioria dos casos, se estimular a observância do entendimento firmado pelos

tribunais superiores ou pelo tribunal ao qual o órgão judicial está vinculado, ainda que em razão do caráter persuasivo dos precedentes.

Por outro lado, o caráter vinculativo não dispensa a análise do caso concreto e dos argumentos apresentados. Não se trata de trabalho mecânico. Há que se verificar a identidade ou não das circunstâncias determinantes, com a devida fundamentação, para que se possa analisar a subsunção ou a distinção do caso concreto com os precedentes. Mas, naturalmente, esta operação não deve servir de instrumento para se escamotear a necessidade de observância. Marinoni<sup>30</sup> discorreu muito bem sobre os aspectos culturais que tanto influenciam na tendência à observância ou não dos precedentes. Poder-se-ia acrescentar que há uma forte cultura de descumprimento de normas e de padrões no comportamento existente na sociedade brasileira. E os juízes precisam perceber que, ao se desconsiderar os precedentes, se está enfraquecendo as decisões judiciais e, conseqüentemente, as normas legais.

A legitimidade do Poder Judiciário, e também as suas condições de trabalho acabam sendo influenciadas pelo seu próprio comportamento. Afinal, se o juiz não segue o que é fixado pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores, porque os comerciantes ou cidadãos em geral se sentirão estimulados a cumprir as decisões judiciais?

## **(IX) OS PRECEDENTES E O CONTEXTO ATUAL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

O contexto atual da prestação jurisdicional apresenta, por certo, uma realidade difícil e complexa. Embora existam aspectos extremamente positivos, como a estruturação do Poder Judiciário a partir do ingresso na carreira mediante concursos públicos, fortalecendo a sua independência; a ampliação do acesso à Justiça; a alta produtividade; a publicidade dos atos processuais e o bom funcionamento de tutelas de urgência e de evidência, há notórios problemas, dentre os quais o número elevadíssimo de processos (cem milhões, para uma população de duzentos milhões), a conseqüente demora no julgamento dos processos e eventual perda de qualidade na prestação jurisdicional em razão desta desproporção entre o número de julgadores e de processos, bem como a falta de uniformidade das decisões, levando à quebra da isonomia e da segurança jurídica.

Não se precisa ser um estudioso do processo, para se perceber que a falta de unidade na interpretação das normas pelos órgãos judiciais faz crescer não apenas o número de recursos, mas também o número de demandas ajuizadas. É claro, se há sempre uma possibilidade de se obter uma solução favorável no Judiciário, porque as pessoas, naturais ou jurídicas, iriam ajustar o seu comportamento ao da jurisprudência? Por que não demandar ou resistir à pretensão, ainda quando os tribunais superiores ou a jurisprudência do tribunal local esteja em sentido oposto, se há também juízes e tribunais desafiando o entendimento majoritário. Não por outra razão, já se falou de “loteria judiciária”, o que expressa, naturalmente, sentido altamente depreciativo.

A ideia de independência dos magistrados suscita a falsa ideia e afirmação de que os juízes podem julgar, sempre, a partir das suas convicções pessoais. Na verdade, isso nunca foi possível. O juiz está adstrito às fontes normativas do direito. E, naturalmente, os tribunais superiores têm uma finalidade expressamente prevista na constituição, começando pelo Supremo Tribunal Federal, na guarda da Carta Magna.

Não se pode conceber um sistema judicial que não guarde e tenha coerência, a partir de funções constitucionalmente delimitadas. E os próprios tribunais, de certo modo, foram e continuam sendo ainda benevolentes com a indefinição. Conformam-se, por exemplo, com decisões descontraídas entre órgãos fracionários ou dentro do próprio órgão, sem buscar uma definição.

Mas, a simples definição de questões jurídicas não é suficiente para conter o problema, se não for suficientemente debatida e embasada em sólidos fundamentos jurídicos, pois a fragilidade nos argumentos do pronunciamento judicial enfraqueceria sobremaneira a jurisprudência, a ponto de comprometer a sua estabilidade.

30 *A ética dos precedentes*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

## (X) A JURISPRUDÊNCIA E OS PRECEDENTES EM PAÍSES DE COMMON E CIVIL LAW

Retornando um pouco à discussão sobre as fontes formais do direito, é importante notar que, tanto nos países de *common law*, como nos de *civil law*, não há, necessariamente, normas expressas a determinar o caráter vinculativo dos precedentes. Pelo contrário, não há, em regra, na constituição ou em lei ordinária, a norma, que é abstraída principalmente dos costumes jurídicos e como decorrência lógica do sistema judicial estabelecido.

Mesmo quando existente uma norma expressa neste sentido, como ocorre na Alemanha, em relação às decisões da Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), isso ocorre mediante a previsão apenas em norma ordinária. Vide, neste sentido, a disposição contida no § 31 (1) da Lei sobre a Corte Federal Constitucional da Alemanha, que estabelece que as decisões do Tribunal Federal Constitucional vinculam os órgãos constitucionais da União e dos Estados, bem como todos os órgãos judiciais e repartições públicas<sup>31</sup>. Não há, portanto, qualquer norma constitucional que preveja esta vinculação, mas apenas, como dito, a norma infraconstitucional apontada. E não há nenhuma objeção à constitucionalidade desta norma. Pelo contrário, vem-se interpretando de modo ampliativo a disposição, para abranger não apenas a decisão propriamente dita, ou seja, na parte dispositiva, mas os próprios fundamentos utilizados pela Corte<sup>32</sup>.

Em relação aos demais tribunais, embora não haja norma expressa de caráter vinculativo, a persuasão é praticamente total, sendo o próprio ensino extremamente calcado nas decisões proferidas<sup>33</sup>.

## (XI) O SISTEMA DE PRONUNCIAMENTOS VINCULATIVOS NO CONTEXTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Com a edição do novo Código de Processo Civil, pode-se dizer que há um sistema de pronunciamentos qualificados, ou de jurisprudência e de precedentes definido legalmente e que, nestes termos, não pode ser considerado como um regime típico de *stare decisis*, ou seja, que os precedentes em geral passam a ter um caráter vinculativo no sentido vertical e horizontal. Mas, por outro lado, não existe apenas um mero efeito persuasivo nas hipóteses indicadas nos cinco incisos do art. 927. Embora, como já mencionado, as duas primeiras situações não constituam inovação, porque já se encontravam anteriormente previstas na própria Constituição da República.

As hipóteses elencadas no art. 927 se justificam plenamente. Em primeiro lugar, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, como já abordado, possuem efeito *erga omnes* e caráter vinculativo para os órgãos judiciais e da Administração Pública, no âmbito federal, estadual e municipal, por determinação da própria Constituição da República, nos termos dos artigos 102, § 1º, e 103-A. Não poderia ser de outra maneira, ainda que não houvesse previsão expressa, porque o controle concentrado serve exatamente para isso, ou seja, se estabelecer uma decisão e segurança jurídica geral, e não apenas em relação às partes, quanto à constitucionalidade ou não da norma questionada. Do contrário, não haveria controle concentrado e abstrato nas ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade.

Do mesmo modo, os enunciados da súmula vinculante do STF prescindiriam da previsão contida no art. 927. A sua inserção, portanto, procurou apenas consolidar o sistema, permitindo-se, assim, uma imediata visualização das hipóteses vinculativas.

Mas, o Código pretendeu ir além. Em primeiro lugar, ainda que constando do inciso IV, e não chegando a estabelecer uma vinculação em relação a todas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, como fixado pelo legislador alemão, e pelos Tribunais Superiores, ampliou a abrangência para os enunciados das respectivas súmulas, desde que versando sobre matéria constitucional, as do Supremo Tribunal Federal, e de

31 *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG)*, § 31 (1) *Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.*

32 Vide, neste sentido, ROSENBERG, Leo; SCHWAB, Karl Heinz; GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 17. Auflage, München, 2010, § 17, Rn. 4.

33 Como referido em trabalho anterior: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial – II*, São Paulo: RT, 2014.

matéria infraconstitucional, para as do Superior Tribunal de Justiça. Preservaram-se, assim, as respectivas funções jurisdicionais, procurando-se evitar a possibilidade de dupla vinculação ou de sobreposição de comandos, ainda que, na prática, possa existir certa controvérsia sobre a natureza da matéria sumulada.

O inciso III trata, basicamente, de três sistemáticas: a) recursos repetitivos; b) incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) (*rectius* de questões comuns); e incidente de assunção de competência (IAC). Nas duas primeiras, adotou-se uma técnica de concentração, a partir de casos ou questões comuns, respectivamente, com a suspensão dos demais. Naturalmente, somente farão sentido os dois instrumentos (recursos repetitivos e IRDR), se a decisão proferida de modo concentrado for aplicada aos processos dependentes do pronunciamento concentrado. Representa técnica, como já mencionado, inspirada no *Musterverfahren* alemão, ainda que com algumas peculiaridades. O Poder Judiciário precisa adotar medidas de economia processual, principalmente diante do elevado número de processos existentes no Brasil, sem, contudo, descuidar da preservação do devido processo legal e dos direitos das partes e interessados, o que parece ter sido protegido nas respectivas regulamentações.

Do mesmo modo, o incidente de assunção de competência, nos termos do art. 947 do CPC, prevê o deslocamento para órgãos mais amplos, que devem ter a competência para a uniformização da jurisprudência, para decidir questão de direito com grande repercussão social. As normas processuais devem propiciar a devida segurança jurídica. E, naturalmente, as funções contemporâneas do Poder Judiciário são fundamentais no sentido de orientar a sociedade diante de novos fatos, da ausência de regras específicas ou da controvérsia estabelecida em relação à interpretação das normas. Os órgãos judiciários servem para propiciar a solução dos conflitos e não para fomentá-los. Por isso, a preocupação com a isonomia e com a segurança jurídica. Dessa forma, os órgãos vinculados ao respectivo tribunal devem seguir o entendimento fixado.

Na mesma direção do que se disse no parágrafo anterior encontra-se o inciso V, pois deve haver uma uniformidade no posicionamento do tribunal. Em vários países, esta preocupação chega a se materializar, nos julgamentos colegiados, mediante a divulgação apenas do pronunciamento da corte, não se disponibilizando sequer os votos vencidos. Além da coesão do tribunal, busca-se a adesão dos órgãos vinculados, pois a manutenção de entendimento divergente somente iria protraír a duração dos processos, com a necessidade da interposição de recursos, para que se possa efetivar no caso concreto o pensamento já dominante em instância superior.

## **(XII) A RUPTURA NECESSÁRIA DE PARADIGMAS E OS SEUS DESDOBRAMENTOS**

Por fim, ou resumindo o que se disse acima, o caráter vinculativo para determinados pronunciamentos judiciais, disposto no art. 927 do novo CPC, se afigura em conformidade com a ordem constitucional. Mas, não deixa de representar uma ruptura com a cultura e os paradigmas estabelecidos na comunidade jurídica, de que se pode e se deve sempre ajuizar uma demanda, resistir a uma pretensão ou interpor um recurso, ainda que contra o entendimento dos tribunais, não se impondo limites à inconformidade.

Este pensamento encontra-se incrustado nos diversos profissionais do direito. No advogado, que não orienta o seu cliente quanto à posição dos tribunais. No juiz, que não segue a jurisprudência. Nos integrantes dos tribunais, que preferem divergir, ao invés de convergir, diante do entendimento firmado.

Por sua vez, os tribunais passam a ter uma responsabilidade maior, no sentido de observar as normas processuais, especialmente a de buscar a uniformização da sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, nos termos do art. 926. Mas também quanto ao contraditório e fundamentação, para que as suas decisões possam se impor mais pelo conteúdo dos seus argumentos, do que pela autoridade do comando legal.

E, por consequência, isso faz com que a sociedade, em geral, e os profissionais do direito, em particular, passem a exercer um controle ainda maior quanto à estruturação, funcionamento e composição dos tribunais, para que a sua organização e os seus quadros estejam sempre à altura dos novos tempos e das novas exigências.

# LA REVALORIZACIÓN DE LA EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA JUSTICIA CIVIL A LA LUZ DEL GERENCIAMIENTO DEL PROCESO

Álvaro Pérez Ragone<sup>1</sup>

**Sumario:** I. Introducción y observaciones generales. II. Eficiencia, Regulación de la efectividad e independencia judicial. III. Gerenciamiento y administración de los tribunales y de procesos: una visión general. IV. Políticas pública procesales en torno a la efectividad, eficiencia y eficacia. V. Conclusiones y reflexiones.

## I. INTRODUCCIÓN Y OBSERVACIONES GENERALES<sup>2</sup>

Con un entusiasmo sin precedente, el sistema de justicia está actualmente abrazando el “gerenciamiento” -o en la tradición Continental- la dirección, conducción formal-material del proceso, pero este noviazgo tiene una larga historia. Reducir el retardo y los costos depende del desarrollo de las habilidades de administración de casos por parte de la judicatura y los magistrados, y tiene directo impacto sobre las iniciativas de justicia. Un componente importante es la capacitación judicial que, al implementar reformas, tradicionalmente ha sido específicamente jurisdiccional y basado en conocimiento, en vez de estar basado en habilidades<sup>3</sup>. Así en realidad esta visión en su formulación e implementación exitosa se funda en habilidades basadas en conocimientos. También hay que resaltar la amplia variación en la práctica judicial, emergiendo de encuadres jurídico-culturales.

1. La referencia a la eficiencia en los sistemas judiciales es realmente necesaria, porque ella puede ser vista como una faceta de una demanda más amplia hacia la protección judicial efectiva de derechos<sup>4</sup>. No es reducirse a la discusión ideológica del mercado, donde la protección judicial de derechos depende solamente del enfoque sobre la maximización de las ganancias y la minimización de costos. Como comenta el profesor Caponi, si alguien sustentara que la protección judicial de derechos, y la eficiencia, son incompatibles, aquel estaría atado a creer que los individuos no les importa la protección judicial de derechos (excepto cuando son partes de un proceso civil)<sup>5</sup>.

La eficiencia está conectada con los propósitos y la estructura de todo el sistema de justicia civil, y como parte de ella a la economía procesal ligada al/a los propósito(s) de un proceso en concreto medido en relación costo-eficiencia<sup>6</sup>. La eficiencia del proceso civil debe estar vinculada a la correcta regulación y administración de un proceso civil en concreto, pero sin desatender una proyección en la administración sistémica de la masa eventual y carga de procesos civiles. Una mirada conectada, micro y macro, del gerenciamiento y gestión, para

1 Universidad Católica del Norte (Chile) /Universidad San Pablo-Tucumán (Argentina). Mail to: [alvaro.perez01@ucn.cl](mailto:alvaro.perez01@ucn.cl)

2 Parte de este aporte fue extraído del General Report presentando en Tianjin (Reunión de la Asociación Internacional de Derecho Procesal), noviembre del 2017. Al preparar este informe, he sido asistido por un equipo de colegas muy distinguidos. Es un trabajo colectivo. Primero están aquellos que entregaron transcripciones directamente como contribuciones al informe general (texto principal y pies de página), sin cuya asistencia este informe no habría sido posible. He optado, (al referirme a los informes nacionales como un “copiar pegar” directamente) por resumir el contenido principal de cada contribución. Quisiera agradecer a los colaboradores nacionales, y en verdad co-autores, de este informe general: Profesor Ramón García (U. Santísima Concepción)- y Profesor Claudio Fuentes (U. Diego Portales) (Chile); Profesor Giovanni Priori (Pontificia Universidad Católica del Perú) (Perú); Prof Jairo Parra Quijano (U. Del Externado) (Colombia); Prof Fernando DA Fonseca Gajardo (Universidad de Sao Paulo) (Brasil); Prof. Guillermo Ormazábal (Universidad de Girona) (España); Prof. Soraya Anrani-Mekki (Université de Paris) (Francia); Prof. Kinga Flaga-Gieruszkyńska y Aleksandra Klich (Universidad de Szczecin) (Polonia); Prof. Richard Marcus (UC Hastings) (EEUU); Prof. Michael Stürner (Universität Konstanz) (Alemania); Prof. Neil Andrews (U de Cambridge) (Inglaterra).

3 Ver Benvenuti, S., *The European Judicial Training Network and its Role in the Strategy for the Europeanization of National Judges*. International Journal for Court Administration. (2015) 7(1), pp.59 – 67.

4 Tronson, B., Towards Proportionality- The “Quick, Cheap and Just” Balance in Civil Litigation, in Picker, C., Seidman, G., *The Dynamism of Civil Procedure-Global Trends and Developments*, Springer 2016, pp. 183-202; Comp. Uzelac, A., Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World, in Uzelac, A. (Ed.) *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary Judicial Systems*, Cham, 2014, Springer, pp. 21-23.

5 Ver Uzelac, A.-van Rhee, C.H., Revisiting Procedural Human Rights. Fundamentals of Civil Procedure and the Changeing Face of Civil Justice, in Uzelac-Van Rhee (Edit.) *Revisiting Procedural Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 3-13.

6 Ver respecto de la diferencia entre eficiencia y “economía procesal” Brändli, B., *Prozessökonomie im schweizerischen Recht*, Bern, 2013, Stämpfli, pp. 46-62.

una mejor administración de justicia<sup>7</sup>. La literatura sobre el Estado de Derecho y el desarrollo económico han sido una de las áreas más dinámicas del trabajo, teórico y empírico, en ciencia política, economía y derecho, convergiendo en el interés sobre las instituciones, y procesos económicos fundamentales<sup>8</sup>. El acceso a las cortes y la efectiva protección de derechos debiese ser proveída en un proceso justo de derecho, de un modo eficiente. ¿Cómo? Tomando en cuenta la asignación, para cada caso, de una apropiada parte de los recursos de una corte, con respecto a atribuir los recursos que correspondan a otros casos<sup>9</sup>.

El verdadero problema, y el desafío, como comenta el profesor Caponi, es el de encontrar una manera para determinar cuánto los individuos valoran la protección judicial de derechos, en comparación con otros bienes y servicios que ellos quieren obtener. De acuerdo a eso, cuántos recursos quieren dedicarle al sistema de judicial en comparación con otros sectores de la administración pública<sup>10</sup>. Aquí es el proceso político, y su escenario, el componente que debe decidir<sup>11</sup>. Así, la gestión de justicia lleva a una tensión entre la lógica de mercado y la lógica de los derechos humanos. En otras palabras, es necesario gestionar el flujo sin lesionar las garantías y derechos fundamentales de un juicio justo<sup>12</sup>. Es un enfoque moderno de la resolución de controversias que busca alejarse de los amargos choques de adversarial-inquisitivo del pasado, y alentar un comienzo más grande, con un grado de colaboración entre todos los involucrados en un proceso judicial<sup>13</sup>.

2. La atención que debe prestar un juez para conocer y decidir adecuadamente un caso se ha convertido en un recurso escaso: (i) la tasa de casos ha crecido precipitadamente en cortes inferiores, de apelación, y suprema; (ii) hay razones para discutir varias propuestas que los académicos y jueces han ofrecido como respuesta a la creciente sobrecarga, incluyendo maneras para recudir el número de demandas, incrementar el número de jueces, y mejorar la eficiencia en las cortes con apropiados principios de administración, conducción y dirección de casos y además administrativa en la gestión y trabajo de los tribunales de justicia (dos ámbitos diferentes, pero interrelacionados entre sí); (iii) hay marcos de trabajo que han de ser tomados en consideración para garantizar acceso al servicio de justicia –que no es solo acceso a tribunales, sino también a mecanismos complementarios de solución de controversias- y efectiva protección de derechos; (iv) la demanda por atención judicial va a continuar excediendo el suministro de tiempo y otros recursos judiciales disponibles o que pueden ofrecerse<sup>14</sup>. La adaptación de los procedimientos y de una estructural de los tribunales es prioritaria para las políticas públicas encaminadas a necesidades temporales de futuro como verdaderas políticas de Estado<sup>15</sup>.

El gerenciamiento de los procesos impone asegurarse que la proporcionalidad será considerada sobre una base de caso a caso, de acuerdo a estándares constitucionales, en el sentido del menor perjuicio a los derechos de las partes, con el mayor beneficio para la administración de justicia. El tema es parte de la conexión entre el Derecho Constitucional y el Procesal<sup>16</sup>. La teoría constitucional reconoce derechos constitucionales nega-

7 Comp. Alt E.- Le Theule, M.A., *La justice aux prises avec l'éthique et la performance*, Pyramide 2011, 22, p. 137-159; La Porta, R.- Lopez-de-Silanes, F.- Pop-Eleches, C.- Shleifer, A., *Judicial checks and balances*, J. Polit. Econ. (2004) 112, pp. 445 – 70.

8 Comp. Brändli, B., *Prozessökonomie im schweizerischen Recht*, Bern, 2013, Stämpfli, pp. 62-70; Calabresi, G., *The future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, (Yale: University Press, 2016); Stürmer, R., *Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zmlprozessrecht*, in Zeitschrift für Zivilprozess, 127 (2014), p. 271 ff.

9 Caponi, R., *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. 2010, p. 389. Como propone el Prof. Caponi, sería una buena opción decir que “La búsqueda de la eficiencia no debe ser en detrimento del derecho al acceso a las cortes y la efectiva protección de los derechos” (en Caponi, R., *European Minimum Standards for Courts. Independence, Specialization, Efficiency. A Glance from Italy*, Festschrift Professor Nikolaos K. Klamaris (2016), p. 151)

10 in Caponi, R., *European Minimum Standards for Courts. Independence, Specialization, Efficiency. A Glance from Italy*, Festschrift Professor Nikolaos K. Klamaris (2016), p. 141.

11 Alt E.- Le Theule, M.A., *La justice aux prises avec l'éthique et la performance*, Pyramide 2011, 22, p. 137-159; Carrington, Paul D., *Politics and Civil Procedure Rulemaking: Reflections on Experience*, 60 DUKE L.J. (2010)597, 617 – 18; Klöpfer, Matthias, *Missbrauch im Europäischen Zivilverfahrensrecht*, Tübingen, Mohr, 2016, pp. 13-20; Comp. Dondi, A.-Ansanelli, V.-Comoglio, P., *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospettiva Comparata*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 27-38.

12 Comp. Amrani Mekki, Soraya, *La conduite active des proces civils*, National Report France; Comp. Stürmer, R., *Markt und Wettbewerb über alles?*, München, 2007, pp. 128, 140.

13 Master Turner, *Some thoughts on the multi-track Inside Track*, Law Society Civil Litigation Newsletter Issue 2 (Diciembre 1997).

14 El profesor Andrews comenta como problemas de la Justicia Civil Inglesa: falta de acceso económico a las cortes; demoras en la apelación; ineficiencia dentro de sistema de juicios ejecutivos; lento movimiento hacia formas superiores de Tecnología de Información dentro del sistema de cortes; disparidad de provisiones judiciales entre Londres y las regiones, siendo la capital mejor provista (Andrews, N., *English Case Management Report*). Comp. Lord Justice Briggs, *Civil Courts Structure Review: Final Report* (2016) <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/07/civil-courts-structure-review-final-report-jul-16-final-1.pdf>>

15 da Fonseca Gajardoni, Fernando, *Procedimentos, déficit procedimental e condução ativa dos procedimentos civis pelo juiz no brasil*, National Report Brazil.

16 Ver Petersen, N., *Proportionality and Judicial Activism*, Cambridge, 2017, pp. 38-63; See Schwab, K-H/Gottwald, P., *Verfassung und Zivilprozess*, in Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung Habscheid (Ed.), (Bielefeld: Giesecking, 1983), p. 1 e seq.



tivos y positivos, y estipula una revisión judicial verdaderamente más amplia sobre la constitucionalidad de la ley como su principal problema: describir el alcance y limitaciones de los derechos constitucionales<sup>17</sup>. Las limitaciones constitucionales ciertamente se aplican en la esfera legislativa sub-constitucional y plantean la derrotabilidad o no de aquellas<sup>18</sup>. Los mecanismos de gerenciamiento de casos, procesal, conducción o dirección formal-material del proceso impone limitaciones a derechos fundamentales y podría ser desafiado si las limitaciones están centradas en la proporcionalidad<sup>19</sup>. Podríamos examinar la constitucionalidad de la teoría gerencial de administración de casos y cortes entera, en el marco del estado de derecho desde la perspectiva de la limitación de derechos fundamentales. Conectado con comentarios constitucionales, la introducción de un adecuado gerenciamiento de casos ha causado resistencia, particularmente sobre los académicos estadounidenses. El profesor Resnik cuestionó su efectividad y sustentabilidad ya hace 35 años atrás<sup>20</sup>. A otros les preocupa que la amplitud gerencial de los jueces les da poderes sin restricciones<sup>21</sup>. Como el profesor Wolff comenta, la explosión de interés sobre el rol de los jueces, en los últimos treinta años, ha producido valiosas ideas respecto a las responsabilidades institucionales, y las limitaciones de la judicatura<sup>22</sup>.

Según el profesor Marcus, una significativa parte del cambio cultural en EEUU se relaciona con la mejorada gestión judicial. Quizás más importante es la modificación legal que enfatiza la proporcionalidad en el procedimiento del *discovery*. “de hecho, este concepto ha estado vigente desde 1983, pero en las reformas del 2015 se hizo más prominente y atrajo mucha atención. La idea es que las partes debiesen aumentar sus esfuerzos de litigación, y costos, respecto de lo que está en juego. Una esperanza fue que los mismos abogados implementarían la proporcionalidad. Pero el realismo nos exige reconocer que los jueces tendrán que jugar el verdadero papel de lograr la proporcionalidad”<sup>23</sup>. Más recientemente, la reforma de 2015 a la Rule 26 (b) (1) de los Federal Rules of Civil Procedure (USA) urgió la necesidad de limitar el procedimiento probatorio previo del *discovery* de acuerdo con el principio de proporcionalidad, destacando así la responsabilidad de los tribunales de asegurar que el costo de la litigación sea razonable<sup>24</sup>.

La administración y gerenciamiento de procesos y casos como el de los tribunales son dos micro-mundos que constituyen un componente crítico de un sistema judicial eficiente. Estos lidian con la estructura de tribunales de justicia, y las adecuaciones como mejoras imperativas, en y entre los tribunales, desde una perspectiva vertical como horizontal. El diseño de un sistema judicial depende de muchos factores, y el aspecto cultural puede ser el más importante<sup>25</sup>. Como explicaron los profesores Cappelletti y Garth hace 30 años atrás, la imagen de los tribunales y del sistema de justicia civil derivan mayormente de las características de la litigación de primera instancia<sup>26</sup>. Estas características incluyen adecuaciones y reformas horizontales entre los tribunales de un mismo grado, pero también con una interrelación vertical entre las cortes superiores e

17 Ferreres Comella, V., *Constitutional Courts and Democratic Values: a European Perspective*, New Haven: Yale U. Press, 2009, pp. 10-25; Cf. Zucca, L., Conflictos de Derechos Fundamentales como dilemmas constitucionales, en *Conflicts Between Fundamental Rights*, Brems, Eva (Ed.), Antwerp, Intersentia, 2008, pp. 19-37; Cf. Baer, S., *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, The University of Toronto Law Journal, Vol. 59, No. 4 (Fall, 2009), pp. 417-468.

18 Ver Petersen, N., *Proportionality and Judicial Activism*, Cambridge, 2017, pp. 38-63.; Sobre la relación de la proporcionalidad y los derechos constitucionales como una necesidad o conexión contingente, ver Alexy, R., *Constitutional Rights and Proportionality*, *Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2014, 2, pp. 51-65; Cf. Terhechte, Jörg Philipp, *Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2011), pp 54-59 (limitación y proporcionalidad), pp. 1-9.

19 Ver en general Caponi, R., *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, Riv. Trim. Dir. e Proc. Civile 2011, pp. 389-403; Conf. Emiliou, N., *The Principle of Proportionality in European Law: A comparative Study* (London: Kluwer, 1998), pp. 25-50; Webber, G., *The Negotiable Constitution: on the Limitations of Rights* (Cambridge: Cambridge U. Press, 2009), pp. 15-35; Barak, A., *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge U. Press, 2012), pp. 1-12; Klatt, Matthias/Meiste, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, (Oxford: Oxford U. Press, 2012), pp. 45-68; Tronson, B., *Towards Proportionality- The “Quick, Cheap and Just” Balance in Civil Litigation*, in Picker, C., Seidman, G., *The Dynamism of Civil Procedure-Global Trends and Developments*, Springer 2016, pp. 183-202.

20 Resnik, Judith, *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. (1982) 374; Comp. Flanders, S., *Blind Umpires—A Response to Professor Resnik*, 35 *HASTINGS L.J.* (1984) 505, 519 – 20.

21 Marcus, Richard, *Controlling the cowboy lawyers: how american judges are managing american cases (National Report USA)*

22 Wolff, Tobias Barrington, *Managerial Judging and Substantive Law*, 90 Wash. U. L. Rev. (2013) 1027 (1069); Comp. Turner, R., *The Proactive Judge and the Provision of a Single Transnational Case Management System and its Associated Procedures*, in Andenas, M.-Andrews, N., Nazzini, R. (Eds.), *The future of Transnational Civil Litigation*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, pp. 73-88.

23 Marcus, Richard, *Controlling the cowboy lawyers: how American judges are managing American cases (National Report USA)*

24 Cappelletti, M.- Garth, B., *A Comparative Conclusion*, in Cappelletti (Ed.) *Ordinary Proceedings in First Instance-International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, Mohr, 1984, p. 250.

25 Comp. Dondi, A.-Ansanelli, V.-Comoglio, P., *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospettiva Comparata*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 1-23.

26 Cappelletti, M.- Garth, B., *A Comparative Conclusion*, in Cappelletti (Ed.) *Ordinary Proceedings in First Instance-International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, Mohr, 1984, p. 250.

inferiores. Estos temas, son los tratados en detalle en el presente artículo<sup>27</sup>.

Este aporte se compone de tres secciones: después de una introducciones y comentarios generales, en una primera sección (II) discuto la compleja conexión entre la eficiencia y la regulación de la efectividad y la independencia judicial del impacto de la administración de casos y los requerimientos de actuación judicial; en la segunda sección (III) considero los puntos en las relaciones entre los arreglos procesales, culturales, y estructurales de la administración de casos, y se introduce la mirada horizontal y vertical a esos temas; (IV) Finalmente se hacen referencia a puntos concretos para mejora de eficiencia, eficacia y efectividad del sistema de justicia civil para cerrar con unas conclusiones y reflexiones (V).

## II. EFICIENCIA, REGULACIÓN DE LA EFECTIVIDAD E INDEPENDENCIA JUDICIAL

1. La eficiencia se interrelaciona con la independencia judicial. Debe así hacerse referencia a los (i) dispositivos institucionales y procesales diseñados para asegurar la independencia judicial, como (ii) sobre la relación y tensión entre la independencia judicial y el uso de herramientas para mejorar la actuación del sistema judicial<sup>28</sup>. El profesor Bovend comenta sobre la construcción de una organización destinada a la administración judicial en la judicatura, y el posible contacto entre el corazón de la independencia judicial, y la separación de poderes “*es vitalmente importante tener suficientes salvaguardas contra presiones exteriores, de autoridades del poder ejecutivo, para mantener la independencia de la judicatura y respetar la separación de los poderes*”<sup>29</sup>.

Proveer protección efectiva de derechos incluye protegerse contra el riesgo de una desigual negociación entre los poderes, dándole a las partes soluciones injustas, debido a la falta de alternativas judiciales viables. También, en el dialogo entre tribunales inferiores y de apelación, es importante tener en mente la tensión entre la eficiencia-eficacia, y si tener más o menos apelación. Tomando en cuenta las características clave de un sistema judicial, como la independencia (y especialización) judicial, así como indicadores generales de actuación, podrían ayudar a entender el verdadero y efectivo rol de los distintos indicadores de calidad del sistema<sup>30</sup>. Por ejemplo, en Polonia, los indicadores sobre la actividad de las cortes comunes y militares, agrupadas de acuerdo al área del derecho, instancia jurisdiccional, estructura departamental, y división administrativa del país, son recolectados por el Ministerio de Justicia, llamado el Departamento de Administración de Información Estadística, y el Departamento de Estrategia y Fondos Europeos<sup>31</sup>. En Chile, las estadísticas judiciales oficiales son producidas por el propio Poder Judicial<sup>32</sup>. Es importante tener en cuenta ciertas observaciones desde Perú: “*En 2022 fue creado el Consejo Nacional de Competitividad y Formalización, un órgano asignado al Ministerio de Economía y Finanzas, con miras a crear proyectos que mejoren el clima de los negocios competitivos en el mercado global. Sin embargo, esta visión del sistema de justicia ha determinado que el sistema de justicia solo recibe atención en esas áreas que reflejan resultados estadísticos vinculados al mercado global. Es el que informa al ranking Doing Business, es una razón por la cual la Justicia Comercial ha sido objeto de la mayoría de las reformas de modernización del sistema de justicia. Debido a esto, la posición de Perú en el ranking no es mala. Afuera de esos rankings, los otros indicadores del Poder Judicial o no existen, o no son públicos*”<sup>33</sup>.

El profesor Caponi comenta que una de las tareas de los académicos es la de reconocer que el estudio del derecho procesal solo puede hacer sentido si está consciente de que cada decisión técnica, casi siempre, encaja en un contexto más amplio. Esto ligado con un punto adicional no implica necesariamente abrazar la ideología

27 Comp. Damaška, M., *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, 1986 y luego Damaška, M., *The Common Law/Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction*, in *Common law Civil Law and the Future of Categories*, Lexis Nexis, 2010, p. 3.

28 Ver Caponi, R., “*Just Settlement*” or “*Just About Settlement*”? *Mediated Agreements: a Comparative Overview of the Basics*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2015, p. 117 ss.; Comp. Shany, Y., *Judicial Independence As An Indicator of International Court Effectiveness: A Goal-Based approach*, in Shetreet S.-Forsyth, Ch. (Ed.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden-Boston, 2012, Nijhoff, pp. 251-267.

29 Bovend'Eert, P., *Judicial Independence and Separation of Powers: A Case Study in Modern Court Management* (2016) 22 *European Public Law*, Issue 2, pp. 333 – 353.

30 Guinchard, S., *Les garanties institutionnelles du droit à un bon juge*, in *Droit Processuel-Droit fondamentaux du procès*, 8 th. Ed., Paris, 2015, pp. 843-852.

31 Flaga-Gieruszynska, K.- Klich, A., *National Report Poland* “La base de datos estadística del Libro de Datos del Sistema Judicial (LDPJ) incluye estadísticas seleccionadas sobre las actividades de cortes comunes y militares – sobre registro de casos y jurisprudencia, – obtenida a través de informes estadísticos, tarjetas estadísticas y cuestionarios. Ver en la página web (<https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/>)”

32 García Odgers, R.-Fuentes Maureira, C., *National Report Chile*.

33 Priori, G., *National Report Peru*.

de los indicadores<sup>34</sup>. Es una tarea compleja la de encontrar una ruta correcta, teniendo información precisa que contribuir, y no impedir la independencia judicial. Se ha vuelto común que algunos sistemas judiciales de justicia civil sean ineficientes, porque hay una sobrecarga de casos, y por el gran retardo de los procesos civiles ordinarios<sup>35</sup>. Para evaluar el estado actual de las cosas, uno tiene que usar los indicadores sobre el flujo de procedimientos, tasas varias, disposición de tiempo, cantidad de jueces, cantidad de abogados, tasa de litigación, etc<sup>36</sup>. El uso de indicadores estadísticos es importante, pero en una perspectiva comparada es riesgoso, al menos que el usuario de esas estadísticas tome en cuenta las premisas metodológicas para compilar los indicadores<sup>37</sup>.

2. A nivel mundial, la independencia judicial es un principio mayor y pivote del derecho procesal<sup>38</sup>. Los Principios de Proceso Civil Transnacional, adoptados por el American Law Institute, y Unidroit en 2014, enuncian: *“Las cortes y los jueces deben tener independencia judicial para decidir la disputa de acuerdo a los hechos y el derecho, incluyendo libertad de influencias internas y externas inapropiadas”*. Como un principio, la independencia judicial tiene requisitos tanto institucionales como procedimentales: cuerpos y procedimientos a cargo de asegurar su inicio y prosecución realización, y capaces de reaccionar contra las violaciones y interferencias por otras entidades (públicas o privadas). Esta independencia requiere un difícil juego entre distintos elementos sustantivos<sup>39</sup>: reclutamientos, cargos, salarios, disciplina, inmunidad, seguridad física, autonomía administrativa, y entrenamiento entre otros<sup>40</sup>.

Se evidencia una paradoja importante: los tribunales deben manejar los procesos para evitar abusos; pero esto demanda una inmensa carga adicional de trabajo que, dada la actual demanda por justicia, paraliza o al menos ralentiza el sistema judicial<sup>41</sup>. Busca, por ende, una manera para dirigir judicialmente los procesos donde su objetivo de intervencionismo social es alcanzado, y, al mismo tiempo, el costo y el tiempo del proceso es reducido. ¿Es acaso eso posible? Parece requerir la articulación y coordinación de los componentes, verticales y horizontales, de las cortes, para lograr los objetivos de una justicia procesal y sustantiva en un tiempo razonable, con bajos costos<sup>42</sup>. Todas las sociedades desarrolladas deben respetar el Estado de Derecho a través del aseguramiento de la independencia judicial, un sistema imparcial de la justicia, y un grado de separación de poderes consistente, con una eficiente administración judicial<sup>43</sup>.

3. En 2011, el ENCJ adoptó la Declaración de Vilnius con recomendaciones de las judicaturas europeas. Las recomendaciones llaman al *“desarrollo de políticas a largo plazo que incluyen reformas necesarias a la judicatura. Las cortes deben mejorar su eficiencia, solución alternativa de disputas deben ser promovidas, y la judicatura debe desarrollar fuertes relaciones con la sociedad civil para fortalecer la confianza pública y ganar apoyo para las reformas necesarias”*. La reforma judicial debe tener como objetivo el mejoramiento de la calidad de la justicia, eficiencia y eficacia del poder judicial, fortaleciendo y protegiendo, a su vez, la independencia de

34 Caponi, Remo, *‘Doing Business’ come scopo della giustizia civile?*, II Foro Italiano, 2015, V, 3,

35 Comp. Shany, Y., *Judicial Independence As An Indicator of International Court Effectiveness: A Goal-Based approach*, in Shetreet S.-Forsyth, Ch. (Ed.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden-Boston, 2012, Nijhoff, pp. 251-267.

36 Idem.

37 Comp. Kern, C., *Justice Between Simplification and Formalism*, Tübingen, Siebeck, 2007, *passim*; Davis, K. -Fisher A. -Kingsbury B., *Governance by Indicators. Global Power through Classification and Rankings*, Oxford, 2012, *passim*; Lindquist, S.-Cross, F., *Measuring Judicial Activism*, Oxford, 2009, p. 9 (On results-oriented judging); Rottenburg R., *The World of Indicators. The Making of Governmental Knowledge through Quantification*, Cambridge Univ. Press, 2015, *passim*. También se debe mencionar lo enunciado por el EU Justice Scoreboard, European Commission: *“The EU Justice Scoreboard is an Information tool aiming to assist the EU and Member States to achieve more effective justice by providing objective, reliable and comparable data on the quality, independence and efficiency of justice Systems in all Member States”*.

38 Seibert-Fohr, A.-Müller L. F. (eds.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, 2012, pp. 5-20; Burbank, S. B.- Friedman B. (eds.), *Judicial Independence at the Crossroads, An Interdisciplinary Approach*, Sage Publications, 2002, *passim*.

39 Comp. Shetreet, S.-Turenne, S., *Judges On Trial. The Independence and Accountability of the English Judiciary*, Cambridge, 2nd. Ed., 2013, pp. 4-20.

40 Guinchard, S., *Les garanties institutionnelles du droit à un bon juge, in Droit Processuel-Droit fondamentaux du procès*, 8 th. Ed. , Paris, 2015, pp. 843-852; Jackson V. C., *Judicial Independence: Structure, Context, Attitude*, in Seibert-Fohr-Müller, 2012, p. 19-25.

41 Lienhard, A.-Kettiger, D., *Between Management and the Rule of Law: on the move towards a management model for the judiciary – Results from the project “Basic research into Court Management in Switzerland”*. International Journal for Court Administration. (2017)8(2), pp.7 – 19: *“The courts are the jewel of any state governed by the rule of law. Yet even the judicial system must modernise its methods of organisation and management if it is to guarantee sustainable jurisdiction. But how much management is itself sustainable within the judicial system?”*.

42 Comp. Resnik, J., *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. (1982) 374, 380; Conf. Zuckerman, A., *Compliance with Process Obligations and Fair Trial*, in Andenas, M.-Andrews, N., Nazzini, R. (Eds.), *The future of Transnational Civil Litigation*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, pp. 127-149.

43 Albers, P., *Improvements of Judicial Systems: European Experiences*. International Journal for Court Administration. (2008)1(1), pp.45 – 57; Comp. van Rhee, C. H., *Civil Justice in Pursuit of Efficiency*, in Uzelac, A. (Ed.) *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary Judicial Systems*, Cham, 2014, Springer, pp. 61-77.

la judicatura, acompañada de medidas para hacer más efectiva su responsabilidad<sup>44</sup>. Otra mirada debe ser la acercar la justicia al ciudadano. Para ello debe priorizarse y facilitarse el acceso a la justicia<sup>45</sup>.

4. La justicia es la piedra angular del Estado de Derecho y, consecuentemente, la independencia interna y externa del poder judicial es vital en cualquier sociedad democrática. Muchas de las reformas judiciales en curso son esfuerzos para mejorar el funcionamiento de las judicaturas. Otras reformas han surgido por la crisis económica que afectó a la mayoría de los países en Europa<sup>46</sup>. El impacto de la crisis económica ha sido y es significativa en las judicaturas de muchos países europeos: el número de casos aumenta y los presupuestos decaen. Al mismo tiempo en los países con menos calidad de funcionamiento de la justicia, ello a su vez constituye un factor importante que obstaculiza el desarrollo económico. Por eso, la consciencia sobre la importancia del funcionamiento de la judicatura, ofrece oportunidades no solo para reformas, sino también para planificar políticas públicas frente a crisis económicas<sup>47</sup>. La organización de la judicatura debe equilibrar intereses que juegan simultáneamente entre sí: el poder de los tribunales inferiores y los superiores, la confianza en la primera instancia y los tribunales superiores de acuerdo a los fines preponderantes de cada uno, el respeto por la independencia interna de los jueces en sus actividades de adjudicación o jurisdiccional, un límite claro en las medidas de superintendencia de los tribunales superiores sobre los inferiores para evitar la afectación a la independencia interna judicial, y así en adelante. Como comentan los profesores García y Fuentes en Chile, la independencia judicial interna tiene problemas importantes en ese país: “La Constitución chilena solo regula la independencia judicial externa y no dice nada sobre la independencia interna. Por el contrario, la Constitución chilena le dio ciertos poderes a la Corte Suprema que amenazan seriamente la independencia de los jueces”<sup>48</sup>. Otro ejemplo a mencionar es Polonia, que basándose en el artículo 178 de la Constitución de la República de Polonia, se señala que los jueces son independientes en el ejercicio de sus cargos, y están sujetos solo a la Constitución y sus preceptos. Los jueces deberán ser proveídos de las condiciones de trabajo, y remuneración, de acuerdo a la dignidad de su cargo, y el ámbito de sus deberes. Hoy en día, se están haciendo cambios al sistema de cortes común, y al estatus de los jueces, cuestión que está generando dudas respecto de su conformidad con la Constitución de la República de Polonia, y sus efectos podrán limitar la independencia en asuntos políticos<sup>49</sup>.

### III. GERENCIAMIENTO Y ADMINISTRACIÓN DE LOS TRIBUNALES Y DE PROCESOS: UNA VISIÓN GENERAL

El “gerenciamiento” y la conducción abarca dos grandes aspectos: La gestión de la administración judicial y la de procesos o casos. Ambas están conectadas e interrelacionadas. Ellas están, dentro de todos los temas del derecho procesal y la práctica judicial, entre los temas más relacionados a la “cultura legal”<sup>50</sup>. Esto significa que las reglas pueden tener un “diseño primario” del rol judicial. Sin embargo, es perfectamente posible que, la consagración legal del “diseño primario”, no se traduzca en una implementación efectiva por parte de los tribunales. Esto ocurre, entre otras razones, porque el rol tradicional del Juez puede ser revisado en base a nuevos paradigmas, todo en definitiva relacionado con el peso de las distintas tradiciones judiciales

44 Comp. Fleck, Z., *A Comparative Analysis of Judicial Power: Organisational Issues in Judicial in Judicature and the Administration of Courts*, in Badó (Ed.) *Fair Trial and Judicial Independence*, Dordrecht, Springer, 2014, pp. 3-25.

45 ENCJ 2012, Vilnius Recommendation <https://www.encj.eu/imag> “El nuevo paisaje necesita tomar oportunidades para tomar medidas que apunten a mejorar la eficiencia de las Cortes, una situación no necesariamente percibida y tratada en tiempos mejores para repensar el mapa judicial, para introducir y reformar los procesos y la organización interna de las cortes y la integración de las innovadoras tecnologías de la información y la comunicación, las que son características esenciales para incrementar la eficiencia del sistema de cortes.” [es/stories/pdf/GA/Dublin/encj\\_report\\_judicial\\_reform\\_def.pdf](https://www.encj.eu/stories/pdf/GA/Dublin/encj_report_judicial_reform_def.pdf)

46 Comp. Dondi, A.-Ansanelli, V.-Comoglio, P., *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospettiva Comparata*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 23-26.

47 Guinchard, S., Les garanties institutionnelles du droit à un bon juge, in *Droit Processuel-Droit fondamentaux du procès*, 8 th. Ed., Paris, 2015, pp. 843-852.

48 García Odgers, R.-Fuentes Maureira, C. *National Report Chile*. “En primer lugar, y como una consecuencia de la estructura piramidal previamente mencionada, la Corte Suprema es la más alta jerarquía de todas las cortes. De hecho, el artículo 82 de la Constitución le asigna a la Corte Suprema la independencia correccional sobre todos los tribunales dentro del Poder Judicial, el cual es el poder para supervisar y sancionar a todos los demás tribunales. Este poder es ejercitado más fuertemente sobre las cortes de apelaciones y luego esas cortes ejercitan ese poder sobre los jueces de primera instancia. Pero el punto es que el rol de la Corte Suprema es el de tener la última palabra respecto del derecho, siendo al mismo tiempo el “jefe” de los demás miembros de la judicatura, cuestión que algunas veces entra en conflicto, generando el riesgo de que algunos jueces puedan no estén dispuestos a resolver temas de una manera u otra, porque la Corte Suprema es su superior y eventualmente se evaluará su decisión.”

49 Flaga-Gieruszynska, K.- Klich, A., *National Report Poland*

50 Lopez Medina, D., *Nuevas Tendencias en la dirección judicial del proceso*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2004.

y culturales. Esto es porque la legislación sola no puede forzar cambios en los patrones culturales de los jueces y, porque las reglas son, en cualquier caso, siempre interpretables en un contexto cultural<sup>51</sup>.

La conducción y el gerenciamiento de un proceso judicial impone un trato efectivo, eficiente, y útil a un caso en concreto, para así lograr su resolución, oportuna y justa, sin dejar de considerar el peso de otros posibles casos o procesos por ingresar o pendientes de ser resueltos en un sistema de justicia<sup>52</sup>. La identificación temprana de cuestiones disputadas sobre hechos y derechos, el establecimiento de un calendario procesal para el caso, y la exploración de la posibilidad de resolución de una disputa a través de métodos distintos al adjudicativo, son entre otros puntos a tener en cuenta<sup>53</sup>. Esto requiere la asignación temprana del caso a un juez, quien luego ejercita control inmediato decidiendo el curso adecuado de cada etapa según el tipo de controversia. El juez aplica este proceso judicial para asegurar la activa participación, y la comunicación conjunta, de todas las partes y los abogados<sup>54</sup>. El juez asiste a las partes y los abogados, para identificar las controversias reales, buscando responder tempranamente a las cuestiones sobre hechos y derechos traídas por la parte contraria, minimizando y estrechando la controversia. También puede delegar el caso a uno de los Métodos Alternativos de Resolución de Controversias<sup>55</sup>.

Sin embargo, es necesario ofrecer buenos argumentos para justificar un cambio en el rol judicial, y en los arreglos horizontales y verticales de la judicatura. Estas razones de política pública no son solo interés del legislador y jueces, sino que también a toda la sociedad dentro del contexto de la cultura legal. El legislador adopta una norma para lograr un objetivo social deseable: se comporta, en ese sentido, como un generador macro de políticas públicas. El gerenciamiento y la conducción de los procesos responden a una idea básica: la justicia tiene tal demanda que los tribunales no pueden ser pasivos frente al fenómeno, sin poner en riesgo, a lo largo del tiempo, el colapso del sistema. Para tal fin, por ende, debe llevar a cabo actividades de "dirección", "gestión", y "control" que racionalicen y optimicen el uso de los recursos judiciales, siempre escasos. Esta función suena muy "administradora" y, por ende, incompatible con el rol tradicional del Juez en la tradición liberal. Sin embargo, corrientes modernas han buscado darle herramientas de conducción efectiva a los tribunales<sup>56</sup>.

Desde fines del siglo diecinueve estaba abierta una fuerte discusión sobre el rol del juez en el proceso civil en Europa y en los países que iban adquiriendo su independencia en Latinoamérica. En términos generales, podría decirse que el sistema judicial establecido en códigos, luego de la revolución Francesa, y hasta parte del S. XX se caracterizó por un entendimiento privatista e individualista de los fines del proceso. Para este entendimiento del proceso, los autores comenzaron a llamar como "principio dispositivo" el rol primordial reservado a las partes como. Aquí la palabra "dispositivo" acentuaba la capacidad primaria de los litigantes para asumir la iniciación, prosecución (cuando no también dilación y obstrucción), y finalmente la terminación de los procedimientos civiles. La tradición del derecho civil priorizaba una visión sobre los fines y función del proceso civil centrada en la protección de los derechos privados e individuales emergentes en una controversia en base a intereses particulares<sup>57</sup>.

Las partes, y en especial el actor, podía "disponer" de sus derechos sustantivos y lógico reflejo era que ello debía reflejarse sin cercenamiento procesalmente. De ese modo, controlaba el propósito, la naturaleza, y la

51 Ervo, L., *Should Fair Trial Rights be Redefined?*, in Uzelac-Van Rhee (Edit.) *Revisiting Procedural Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 77-89; Comp. Para una contribución comparada sobre la intercepción entre las tradiciones del derecho civil y el common law, ver Marcus, R., *Misgivings about American Exceptionalism*, in Uzelac-Van Rhee (Edit.) *Revisiting Procedural Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 55 et seq.

52 Comp. Barbosa Moreira, J. C., *A motivação das decisões como garantia inerente ao estado de direito. Temas de direito processual – novena série*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 167-170 (como ejemplo la utilidad e inutilidad de una audiencia de saneamiento en la estructura macro del proceso y la necesidad de una decisión de mérito).

53 Comp. Zuckerman, A., *Litigation Management Under the CPR: A Poorly-Used Management Infrastructure*, in *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, London, Deirdre Dwyer ed., 2009, p. 105.

54 Comp. Salas, D., *Le tiers pouvoir*, Hachette, Paris, 1998, p. 119.

55 Comp. Dondi, A.-Ansanelli, V.-Comoglio, P., *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospettiva Comparata*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 77-82.

56 Posner, Richard A. *The Role of the Judge in the Twenty-First Century*, 86 B.U. L. REV. (2006) 1049, 1050.

57 Comp. Langbroek, P. M., *From the Managing Editor: Court Administration in Europe – Management in a Different Context*, *International Journal For Court Administration* (July 2017), 8(3), pp. 1 – 2. "El legado de Napoleón todavía mantiene a la administración de cortes europeas y a las judicaturas europeas en una posición de servicio civil, incluyendo supervisión disciplinaria jerárquica de los jueces a escala nacional. Las organizaciones de cortes locales, por ende, no son muy autónomas. Podrán tener su propio presupuesto, y su propia administración, pero para la mayor parte de la administración, están atados a reglas nacionales bien detalladas, especialmente para temas de presupuesto y responsabilidad, seguridad, políticas de personal, etc. En este respecto, no hace mucha diferencia si la administración de cortes nacionales está encabezada por un ministerio de justicia o por un consejo administrativo para la judicatura".

duración de los procesos civiles. Consecuencialmente, dentro del principio dispositivo, la dirección y conducción del proceso (su principal liderazgo, si se quiere) era sin duda de las partes y prioritariamente del actor. Por estas razones, la tradición civil ha dicho que el demandante es el *dominus litis* (dueño y amo del proceso). El demandado por su parte respondía (algunas veces con gran resistencia y cuando no con abierta obstrucción) a la dirección entronizada en su adversario. Esta característica del principio dispositivo será criticada en la práctica y con plausibles fundamentos empíricos como ajena y perjudicial en lo social, político, y económicamente aceptable<sup>58</sup>. La principal contribución en esta revolución crítica a aquella visión consistió en poner la atención en el rol público de una controversia civil. Es decir, aunque era verdad que era una controversia sobre y en torno a derechos individuales y privados, también era cierto que la sociedad tenía un interés general de lograr soluciones rápidas, resultados civiles igualitarios, sentados en verdad y no solo en caprichos de alguno de los litigantes, y fundamentalmente justos<sup>59</sup>. Una de las estrategias centrales de este proceso era prevenir que las partes controlaran y condujeran en abuso el proceso civil; en cambio, el nuevo enfoque pone énfasis en la necesidad de establecer la conducción del proceso en las manos de los jueces<sup>60</sup>. Así, las normas de procedimiento civil (tanto sus principios como el detalle de sus reglas) fueron reconcebidas (aunque no sin vacilación y contratiempos a lo largo del siglo veinte) como normativa del derecho público. De un modo similar, el rol del juez fue gradualmente repensado, no como un espectador pasivo de la actividad de las partes, sino como un actor proactivo que busca la realización directa de los propósitos público del proceso sin olvidar que abarca una controversia privada<sup>61</sup>.

La proactividad se manifestaba en dos aspectos: (i) el objetivo social era el de equiparar materialmente a las partes, controlando la superioridad social o económica de una de ellas que podría, sin control, traducirse en superioridad procesal; (ii) Al mismo tiempo, se buscó a través de la administración del proceso, evitar retardos, o comportamientos obstructivos de las partes<sup>62</sup>. Como el profesor Andrews comenta “*case management tiene tres principales funciones: alentar a las partes a buscar una solución mediante la mediación, siempre y donde sea practicable; segundo, prevenir que el proceso progrese demasiado lento e ineficientemente; finalmente, asegurar que recursos judiciales sean asignados proporcionalmente, como lo requiere ‘el Objetivo Primordial’ de CPR parte 1 (reformulado en 2013 para destacar la necesidad de que los casos sean tratados con costos justos y proporcionales)*”<sup>63</sup>.

La doctrina y visión detallada de la necesidad de “conducción, dirección y gerenciamiento de los procesos”, luego de 1939, se desarrolló en el mundo Anglo-Americano con los términos muchos más amplios de ‘*case management*’<sup>64</sup>. Entre, las tradiciones del Civil Law y Common Law, hay no obstante sorprendentes similitudes y claro, también diferencias que necesitan ser enfatizadas. Hay una primera característica común que puede generar malos entendidos por parte del lector: las técnicas de racionalización que constituyen el proceso contemporáneo fueron originalmente desarrolladas, tanto en Europa como en Estados Unidos, dentro de procedimientos civiles. Así, por ejemplo, la noción europea de “dirección procesal” se desarrolló fundamentalmente dentro del proceso civil continental; del mismo modo, el juzgamiento gerencial de los Estados Unidos nació en el proceso civil. Este asunto no puede ser tratado aislado de las técnicas de racionalización

58 Andrews, N., A Fresh Start: The Four Pillars of Civil Justice: Judicial Independence, in Shetreet S.-Forsyth, Ch. (Ed.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden-Boston, 2012, Nijhoff, pp. 97-109; Comp. Dondi, A.-Ansanelli, V.-Comoglio, P., *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospettiva Comparata*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 97-102.

59 Comp. Bettinger, N., *Prozessmodelle im Zivilverfahrensrecht: Erfolg des Hauptverhandlungsmodells*, Tübingen, Siebeck, 2016, pp. 3-8.

60 Tronson, B., Towards Proportionality- The “Quick, Cheap and Just” Balance in Civil Litigation, in Picker, C., Seidman, G., *The Dynamism of Civil Procedure-Global Trends and Developments*, Springer 2016, pp. 183-202.

61 Turner, R., The Proactive Judge and the Provision of a Single Transnational Case Management System and its Associated Procedures, in Andenas, M.-Andrews, N., Nazzini, R. (Eds.), *The future of Transnational Civil Litigation*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, pp. 73-88.

62 Langbroek, P. M., *From the Managing Editor: Court Administration in Europe – Management in a Different Context*, International Journal For Court Administration (July 2017), 8(3), pp. 1 – 2.

63 Andrews, N., *English Case management System (Report England)*, quoting the CPR 1.1(1): “These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.”

64 Comp. Chayes, A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L. Rev. (1976) 1281. Adicionalmente el Prof. Baldwin describe el nacimiento temprano del juez activo en Estados Unidos: “La Regla 16 oficialmente bendijo el uso de audiencias prejudiciales, y fueron ampliamente usadas en varias jurisdicciones. Estas audiencias estaban originalmente restringidas a disputas civiles pero se expandieron en algunos Estados, aunque con cautela, a cubrir disputas criminales.” (Baldwin, John, *Pre-Trial Justice*, Blackwell, London, 1985, p. 6). En el mismo sentido, se expresa Máximo Langer cuando se pregunta qué podrían tener en común el proceso civil de los Estados Unidos y las reformas del estatus procesal de la Corte Penal Internacional para la antigua Yugoslavia. El escenario en común, como se verá, es la existencia de técnicas de “administración de casos”. Ver, Langer, Maximo, *The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law*. Research Paper 05-16, University of California, Los Angeles, 2005. Checkable at <http://ssrn.com/abstract=765744>.

y optimización de los procesos civiles, laborales, o contencioso-administrativos. Así, la expresión alemana “*Prozessleitung des Richters*”, y sus análogas en las lenguas romances “*dirección judicial del proceso*” en español, “*direzione del processo*” en italiano, y finalmente “*direction (or maîtrise) du procès*” en francés, y “*Gerenciamiento, condução, direção*” en portugués refieren también a mecanismos que persiguen la misma finalidad quizás menos orgánicas y sistematizadas que en la tradición anglosajona. La nueva generación de administración judicial del proceso civil, prefiere la metáfora principal de ‘gerenciamiento de casos’ o ‘conducción gerencial del proceso’ mucho más amplias en sus implicaciones que la mera “Dirección del proceso”, incluyen detalles de gestión y administración judicial, una visión no solo reducida a un proceso en concreto como deberes-facultades del juez, sino una más funcional y con visión del conjunto del sistema de administración de justicia, la organización del tribunal, interrelación con los colaboradores éste, otros tribunales en el mismo grado o nivel y la vinculación con los tribunales superiores y otros órganos de participación en la justicia (centros de mediación, conciliación, información, planificación, estadística judicial) etc. Como el profesor Marcus comenta, otro punto es que, algunas concepciones del sistema continental, curiosamente pueden exagerar la extensión del involucramiento del control judicial rutinario en la dirección e impulso de los procesos<sup>65</sup>. El profesor van Rhee<sup>66</sup> pone énfasis en que la influencia del código francés de 1806 fue, mayormente, apoyar un enfoque de *laissez faire* de la litigación, bajo la cual, los litigante y los abogados (no los jueces) controlan el contenido y el progreso de los casos. El código austríaco de Franz Klein, introducido a finales del siglo 19, estaba más orientado hacia el tipo de activismo procesal y judicial que caracterizan el gerenciamiento y la conducción de procesos americanos de finales del siglo 20<sup>67</sup>.

El aumento, fortalecimiento e intensificación del gerenciamiento judicial de casos se constata en las reformas de los últimos años al sistema federal y también estadual en EEUU. Para ilustrar, en enero de 2017, la corte federal de San Francisco emitió una acordada que ordenaba la necesidad de acudir a ello y que los tribunales lo apliquen<sup>68</sup>. En Alemania, como Stürner y Wendelstein comentan *case management* no es un término técnico utilizado en el derecho procesal alemán, ni hay una traducción alemana directa. Lo más cercano al concepto sería un juez activo para dirigir el curso de los procesos dependiendo de las partes dar inicio, fijar el objeto y los hechos de un proceso, es responsabilidad fundamental del tribunal el progreso la prosecución y conducción<sup>69</sup>. Esta afirmación podría aplicarse a la mayoría de los sistemas procesales continentales. El tribunal es responsable de la dirección del proceso. La extensión de los aspectos formales del procedimiento, como el poder de abrir la audiencia y dirigir su curso ( §136 (1) ZPO), y de cerrar la audiencia y proveer la decisión de la corte (§136 (4) ZPO)<sup>70</sup>. La corte debe discutir, con las partes, las circunstancias y los hechos, como también las cuestiones sustanciales como procedimentales<sup>71</sup>. De la experiencia chilena, se podría comentar que “*nuestra administración de casos a sido un fenómeno un tanto espontáneo, como explicamos en la siguiente pregunta. De hecho, la gestión de casos en nuestra experiencia es reciente, a tal punto que no hay literatura sobre el tema, ni técnicas horizontales ni verticales de administración de casos*”<sup>72</sup>.

Los tribunales de familia y laboral constituyen un hito del desarrollo incipiente en el gerenciamiento de los procesos. Ambas reformas recientes reemplazaron los procedimientos escritos por audiencias es incorporan la oralidad como complemento. Una excesiva sobrecarga de ingreso de casos justificó las disposiciones y órdenes administrativas por la “Corte Suprema con el fin de que cada tribunal establezca su propio criterio con respecto a la programación y gestión, centrando su responsabilidad en tres figuras: el comité de jueces, el juez presidente, y el administrador del tribunal (designadas como ‘entidades de control y administración’)”<sup>73</sup>.

65 Marcus, Richard, *Controlling the cowboy lawyers: how American judges are managing American cases.*

66 See van Rhee, C.H. Introduction, *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia, 2005, pp. 3-13.

67 Cappelletti, M.- Garth, B., A Comparative Conclusion, in Cappelletti (Ed.) *Ordinary Proceedings in First Instance-International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, Mohr, 1984, p. 252; Comp. Ormazabal Sánchez, G., *Las facultades judiciales de dirección material de los procesos civiles en la legislación y experiencia españolas* (2017).

68 Marcus, Richard, *Controlling the cowboy lawyers: how american judges are managing american cases.*

69 Stürner, M.- Wendelstein, Ch., *Case Management in Civil Proceedings in Germany.*

70 Idem.

71 Idem.

72 García Odgers, R. -Fuentes Maureira, C. *National Report Chile.*

73 García Odgers, R. -Fuentes Maureira, C. *National Report Chile. “Bajo esta ley de administración judicial, es posible identificar algunos ‘caminos de*

Ello permitió satisfacer de mejor forma estándares de adecuados de gestión administrativa de la justicia<sup>74</sup>.

5. Mientras que los europeos hablaban de “dirección judicial del proceso”, los americanos acuñaron el término ‘*case management*’. De acuerdo a este principio de moderación del sistema puramente adversarial, la administración o gerenciamiento de casos (en asuntos criminales o civiles) es un proceso orientado hacia fines donde las jueces (no las partes) controlan el impulso y progreso<sup>75</sup>. Justo cuando los europeos habían construido una crítica a los excesos del principio dispositivo (sin volver el proceso civil en uno inquisitivo), los americanos estaban descubriendo los límites del principio adversarial<sup>76</sup>. La bibliografía muestra que, de hecho, estos podrían ser excesos de la “adversarialidad”. El proceso se mantiene siendo una “cuestión de las partes” en su contenido. Sin embargo, como los americanos han visto por sí mismos, el modelo puro adversarial no permite a los jueces evadir los excesos del abuso y desconocimiento de la función y fin esencialmente públicos del proceso judicial<sup>77</sup>. Como describe el profesor Marcus: “*la manera en que el “case management” puede operar, depende significativamente de la estructura y orientación del sistema judicial en el que opera. El sistema americano es, por supuesto, un sistema de common law. Iberoamérica, por su lado, está principal, o enteramente, dominado por sistemas de derecho civil modelados en Europa continental. De un modo, eso significa que los jueces pueden regularmente ser llamados a tomar un rol más activo en controlar los casos y los abogados*”<sup>78</sup>.

6. Estas técnicas de administración también incluyen mecanismos para coordinar, y permitir, la colaboración entre los tribunales, y estándares mínimos de organización dentro de las cortes. Esta dirección del proceso, sin embargo, requiere un cuidadoso control del caso, la audiencia y el registro, como también un poco de valentía política, por parte de los jueces, para “dirigir” y “controlar” la actividad de las partes<sup>79</sup>. Esta dirección es ejercida, primero, a través de métodos y técnicas de persuasión, y a través de consensos y acuerdos entre las partes como una visión complementaria y contemporánea<sup>80</sup>. Tal dirección es diversamente llamada “administración de proceso”, “administración de la litigación”, o simplemente “control procesal”, “gerenciamiento de casos”, todas que podrían ser acepciones descriptivas del sentido de “Case management”. Ello ha sido acompañado de técnicas paralelas de “court mangement” y “officers court mangement”, adecuada gestión administrativa de los tribunales y de sus recursos humanos para mejora la asistencia técnica y acompañamiento a las actividades de adjudicación del juez. Es crucial. “*aunque mayormente invisible para el público, detrás de escena, la asistencia judicial/ayudantes judiciales, frecuentemente juegan un rol vital en el proceso de adjudicación. Aunque, especialmente fuera de EEUU, poco se sabe sobre su rol y sus deberes en el proceso de formulación de las decisiones judiciales*”<sup>81</sup>.

El Informe Nacional de Polonia describe una combinación entre el trabajo de la corte y requisitos administrativos, directamente vinculados con una óptima administración de casos. Hay tres principales áreas de actividad indicadas, al respecto, que debiesen contribuir al mejoramiento del trabajo de los jueces, que globalmente tendrán un efecto positivo sobre la administración de cortes y de casos. Un primer punto debiese ser el

*casos’ y cierto espacio para la intervención judicial en casos individuales (administración del juzgamiento), ambos apuntan a simplificar el proceso y facilitar la terminación de los casos*

74 Pontificia Universidad Católica de Chile, *Estudio de Modelo Orgánico para la nueva Justicia*, Informe para la Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile, Santiago, agosto 2017.

75 Comp. Ormazabal Sánchez, G., *Las facultades judiciales de dirección material de los procesos civiles en la legislación y experiencia españolas* (2017).

76 Marcus, R., *Controlling the cowboy lawyers: how american judges are managing american cases*.

77 Comp. Jolowicz, JA, *The Woolf Report and the Adversary System*, (1996) 15 CJQ, 198; Comp. Comp. Dondi, A.-Ansanelli, V.-Comoglio, P., *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospettiva Comparata*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 157-177.

78 Marcus, R., *Controlling the cowboy lawyers: how american judges are managing american cases*.

79 Comp. Turner, R., *The Proactive Judge and the Provision of a Single Transnational Case Management System and its Associated Procedures*, in Andenas, M.-Andrews, N., Nazzini, R. (Eds.), *The future of Transnational Civil Litigation*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, pp. 73-88

80 En este sentido ver Cappelletti, Mauro, Libertad individual y justicia social en el proceso civil italiano, en *Proceso, Ideología, sociedad*, Ediciones Legales Europa-América, Buenos Aires, 1974, p. 104 “*pero lo que importa más acá es enfatizar que las contradicciones que por momentos parecen ser verdadera hipocresía, de un código que proclama principios abstractos que no tuvo mayores intenciones de lograr, tal contradicción ha sido acentuada aún más por la práctica forense, aún más que las ‘escrituras privadas de las partes’, el proceso italiano se ha vuelto, o mejor dicho se ha mantenido, privado para los abogados de las partes, quienes demasiado a menudo regulan el curso del proceso de acuerdo a su propio interés y compromiso (¡no siempre coincidente con los de su cliente!) su actividad consiste casi exclusivamente en un innumerable intercambio de escritos de defensa con una amplia parte de las audiencias ante el juez transformadas a audiencias inútiles de mero trámite. Encarado con la degeneración de los procedimientos civiles italianos, el juez tiene que mirar pasiva y resignadamente. Naturalmente, los resultados son desastrosos [...]*”

81 Holvast, N., *The Power Of The Judicial Assistant/Law Clerk: Looking Behind The Scenes At Courts In The United States, England And Wales, And The Netherlands*. International Journal for Court Administration. (2016)7(2), pp.10 – 28.



de aumentar el número de asistentes de los jueces, y fortalecimiento organizacional de las cortes. Segundo, es necesario introducir cambios para reducir el el ingreso de casos de bagatela para asignarles otro tratamiento e igualmente impedir el abuso en el uso de la maquinaria judicial con casos sin posibilidad jurídica. Finalmente, es importante mejorar el acceso al sistema judicial, especialmente para grupos vulnerables (por ejemplo, víctimas de un crimen, menores, minorías, personas con riesgo de exclusión legal o social) vinculado con el fortalecimiento de la participación de los factores sociales en la administración de justicia, y un soportado uso de métodos alternativos de solución de controversias<sup>82</sup>.

Desde la perspectiva estadounidense, los jueces se están volviendo más y más activos en controlar a los abogados de los casos que les son asignados. El profesor Marcus comenta: ‘*el abogado estadounidense ha sido visto desde hace mucho tiempo como único en el mundo – casi como la figura de un vaquero haciendo justicia contra los malos*’<sup>83</sup>. Así que lo que se deja a los jueces de EEUU para controlar no es resultado, sino la forma en que el caso es preparado por los abogados para el juicio, principalmente a través de único proceso de recolección y exhibición preparatoria de prueba, hoy por hoy esencialmente la digital o electrónica<sup>84</sup>. Finalmente el juez tuvo que tomar control de ese tipo de litigación, sino simplemente no funcionaría<sup>85</sup>. Esto fue el comienzo del case management estadounidense<sup>86</sup>. Era una manera de suplantar el *laissez faire* y el costoso manejo de la litigación, bajo las relativamente ilimitadas reglas de demanda y del discovery que se aplicaban en las cortes federales<sup>87</sup>. La más dramática innovación procesal a fines del siglo XX tendió a intensificar el rol activo del juez<sup>88</sup>. Esta tendencia<sup>89</sup> fue criticada y provocó oposición que la consideraba peligroso “activismo judicial”<sup>90</sup>. Algunos interpretaron este comportamiento en términos políticos, viéndolo como ‘virando a la derecha’<sup>91</sup>. Los jueces respondieron que esta oposición reflejaba un anhelo “para preservar el absurdo carácter *laissez faire* del sistema adversarial”, que, desde la actitud de los jueces, “se ha vuelto loco”<sup>92</sup>. El debate se mantiene abierto hasta hoy.

7. Dentro del desarrollo del gerenciamiento de procesos y de gestión administrativa del tribunal, es importante mencionar las Métodos Alternativos de Conflictos. Estas pueden servir como indicadores importantes para evaluar la calidad de la actuación del sistema jurídico, tomado como un todo. Pero estos indicadores necesitan ser cuidadosamente examinados. Debiese esperarse y asegurarse de que, los metodos de resolución de disputas, sean elegidos por las partes de una forma verdaderamente libre e informada (culturalmente)<sup>93</sup>. Solo como mención el caso *Livio Menini v. Banco Popolare Società Cooperativa*, decidido por la Corte de Justicia de la Unión Europea en 2017, sobre el acceso a la justicia y mediación obligatoria en Italia, explica que el proceso de mediación obligatoria, requerido como una condición de admisibilidad en los procedimientos ante las cortes, puede probar ser compatible con el principio de efectiva protección judicial (también en disputas de consumidores) pero: no debe causar retraso significativo en la tutela de los derechos, no debe ser requerido para justificar la retirada del consumidor del proceso judicial y además se puede notar que generalmente, la participación en esos procedimientos obligatorios debiese estar disponible gratuitamente, o a un muy bajo

82 Flaga-Gieruszynska, K.- Klich, A., *National Report Poland*

83 Marcus, R., *Reining in the American Lawyer: The New Role of American Judges*, 27 *Hast. Int'l & Compar. L. Rev.* 3, 3 (2003).

84 Marcus, R., *Controlling the cowboy lawyers: how american judges are managing american cases*.

85 Chayes, A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 *Harv. L. Rev.* (1976) 1281 y p. 13 especialmente.

86 Marcus, R., *Controlling the cowboy lawyers: how american judges are managing american cases*.

87 See Elliott, E., *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, 53 *U. CHI. L. REV.* (1986) 306, 308 – 09 (For historical backgrounds in American litigation)

88 Marcus, R., *Controlling the cowboy lawyers: how American judges are managing American cases*.

89 Idem.

90 Resnik, J. *Managerial Judges*, op.cit. (comenta que “porque el juez administrador es menos visible y usualmente irrevisible, le da la corte de juicio más autoridad y al mismo tiempo le entrega tiempo a los litigantes con menos resguardos procesales para protegerlos del abuso de autoridad”; Resnik, J., *Trial as Error, Jurisdiction as Injury: Transforming the Meaning of Article III*, 113 *HARV. L. REV.* (2000) 924, 938 – 40 (discutiendo la administración de casos); una opinión contraria en Zuckerman, A., *Compliance with Process Obligations and Fair Trial*, in Andenas, M.-Andrews, N., Nazzini, R. (Eds.), *The future of Transnational Civil Litigation*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, pp. 127-149; Comp. Andrews, N., *A Fresh Start: The Four Pillars of Civil Justice*. Judicial Independence, in Shetreet S.-Forsyth, Ch. (Ed.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden-Boston, 2012, Nijhoff, pp. 97-

91 See Gavin, *Managerial Justice in a PostDaubert World*, 234 *F.R.D.* (2006) 196; Comp. Gensler, S. S., *Judicial Case Management: Caught in the Crossfire*, *DUKE LAW JOURNAL* 60 (2010), 669-744 (Concluye que la elección que eventualmente realizamos respecto de cómo utilizar mejor el gerenciamiento de casos, debe en último término depender del beneficio al sistema)

92 Peckham, *A Judicial Response to the Cost of Litigation: TwoStage Discovery and Alternative Dispute Resolution*, 37 *Rutgers L. Rev.* (1985) 253, 265.

93 Fiss, O., *Against Settlement*, 93 *YALE L.J.* 1073 (1984); Resnik, J., *Many Doors? Closing Doors? Alternative Resolution and Adjudication*, 10 *O. S. J. Dispute Res.* (1995) 211; Comp. Symposium, *Against Settlement: Twenty-Five Years Later*, 78 *FORDHAM L. REV.* (2009) 1117.

costo para el consumidor. La reducción de la carga de casos ahorra costos y/o, dependiendo del sistema presupuestario, puede ayudar a reducir el retraso de los tribunales si se aplica sin arbitrariedades<sup>94</sup>.

La principal desventaja es que tales medidas podrían disminuir el acceso a la justicia: un aumento de los costos infringe el derecho fundamental al acceso a un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley (art. 6 ECHR). El uso aumentado de ADR puede contribuir a la reducción de la carga de casos, pero no garantiza que los litigantes estén mejor. El estudio de la conducción activa del proceso civil, por el juez, es un prisma interesante para leer la evolución del lugar del juez en la sociedad civil, y al hacerlo, para evaluar las elecciones hechas en política procesal. Las reglas del proceso civil y, más fundamentalmente, las reglas menos visibles que gobiernan la administración de justicia, reflejan importantes decisiones políticas. Ellas definen el puesto de la justicia civil en la sociedad y, más fundamentalmente, la relación entre el derecho y la justicia, y el desarrollo de las ADR<sup>95</sup>.

“En Alemania, como regla general, una audiencia de conciliación precede cualquier audiencia oral al menos que ya se hayan hecho esfuerzos de llegar a un acuerdo a través de un mecanismo de ADR, o la audiencia de conciliación obviamente no tiene ninguna posibilidad de éxito. En la audiencia de conciliación, la corte discutirá con las partes las circunstancias y los hechos de una manera comprensible, así como el estado de la disputa hasta el momento, (sec. 278 (2) ZPO)”. Si una parte no comparece a la audiencia de conciliación, o si la audiencia de conciliación no logra ser exitosa, la audiencia procesal formal siguiente en la corte debiese celebrarse inmediatamente después<sup>96</sup>. En Alemania la reforma del 2012 crea una posibilidad de “Mediación interna de la corte” (§ 278 a ZPO). La mediación dentro de la corte es una forma especial de participación por el tribunal. El juez insta a las partes a comparecer ante un juez mediador. Si este es el caso, el clásico procedimiento de litigación concluye, de otra manera sería continuado luego del fracaso de la mediación dentro de la tribunal que ordenó o derivó a ese trámite<sup>97</sup>. Usualmente la sesión de mediación con el juez mediador toma medio día o máximo un día. Sin embargo, hay algunas cortes regionales en Alemania donde los abogados no son invitados a la mediación. En la doctrina, también, hay voces aisladas apoyando lo innecesario de la presencia de abogados. Sin embargo, debe comentarse que el involucramiento del abogado en el proceso y en la etapa de medicación judicial derivada, es útil en la mayoría de los casos<sup>98</sup>. En Francia también las últimas reformas apoyan e incentivan el uso de ADR. Es una cuestión de alentar la amistosa resolución de disputas, moviéndonos hacia una justicia autocompositiva, el juez convirtiéndose en motor de “los modos alternativos de resolución de disputas”. Los métodos de ADR son impulsados, por el juez como por las partes, al crear muchas herramientas. Los procesos ahora deben contener una cara amistosa<sup>99</sup>.

En el Reino Unido la mediación es voluntaria, pero la corte anima a las parte a considerarla, que es extrajudicial. La mediación en el Reino Unido podría ser ponderada como popular<sup>100</sup>. En Polonia, de acuerdo al artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, en casos donde un acuerdo es admisible, la corte debe instar a un acuerdo en cada etapa del caso, en particular al inducir a las partes que medien<sup>101</sup>. El sistema legal chileno dirige una etapa de conciliación judicial, en su proceso civil, como una etapa esencial del procedimiento<sup>102</sup>. ‘Más

94 Comp. Cadiet, L., *La reforma de la justicia y el proceso civil en Francia: la cuestión del acceso a la justicia*, in Priori, G. (Ed.) *Derecho material y proceso*, Lima, Palestra, 2017, pp. 83-95.

95 Amrani Mekki, Soraya, *La conduite active des proces civils, Report France*

96 Stürner, M.- Wendelstein, Ch., *Case Management in Civil Proceedings in Germany*.

97 Apoyando la reforma, ver Von Malte, J., *Gerichtsinterne Mediation*, Tübingen, Mohr, 2008, *passim*.

98 Comp. Thole, Ch., *Das neue Mediationsgesetz – Mediation im und an der Schnittstelle zum Zivilprozessrecht* -, ZJP 127(2014), 339-370; Comp. Roth, H., *Die Zukunft der Ziviljustiz*, ZJP 129 (2016), pp. 3-21.

99 Amrani Mekki, S., *La conduite active des proces civils, Report France*

100 Andrews, N., *England National Report*

101 Flaga-Gieruszynska, K.- Klich, A., *National Report Poland: “Mediación voluntaria. Es conducida sobre la base de un acuerdo de mediación o una orden judicial que lleva a las partes a mediación. El acuerdo puede también puede ser concluido por la parte que da su consentimiento para la mediación cuando la otra parte ha interpuesto un requerimiento en este caso. La mediación se realiza antes del inicio de los procedimientos, y con el consentimiento de las partes también, en el curso del caso. La corte puede instar a las partes a mediación en cualquier etapa del procedimiento. La mediación no se aplica a casos identificados en los procedimientos de pago, o procedimientos de no pago, a menos que una efectiva interposición de cargos haya tomado lugar (en esta etapa los procedimientos sumaros, sin las características adversariales, se transforman en procedimientos ordinarios). El presidente puede invitar a las partes a asistir a una reunión de información sobre una amigable solución de la controversia, en particular, sobre mediación. Una audiencia informativa puede ser conducida por un juez, una corte arbitral, un oficial de la corte, el asistente del juez o un mediador permanente.”*

102 García Odgers, R.- Fuentes Maureira, C. *National Report Chile: “En efecto, es por la reforma procesal que Chile está llevando desde 2000, que el*

*allá de la etapa de conciliación en el código de procedimiento civil, la atención del legislador sobre los mecanismos amistosos son bastante recientes*<sup>103</sup>. No hay indicadores cualitativos sobre la popularidad entre los abogados, y los usuarios de la justicia civil, sobre los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos<sup>104</sup>. El derecho en Europa, desde 2011, los incentiva y favorece en asuntos de consumidores para proporcionar acceso a métodos alternativos para resolver disputas en esa área<sup>105</sup>.

8. El cierre de esta sección puede ser resumido en esta conclusión: el “juez inquisidor” no termina siendo, a pesar de todos sus poderes, un eficiente administrador de los procedimientos. Es importante notar, al mismo tiempo, que el “juez pasivo árbitro” del principio adversarial puro, no es un buen director del proceso tampoco. La experiencia de muchos años en Inglaterra y en los Estados Unidos lo ha demostrado, y por esta razón, oportunidades y mecanismo procesal han sido lentamente acomodados lo que permite al juez, aún siendo el juicio una “cuestión de las partes” pensarlo como una función y con finalidad pública. Hay una visión emergente del rol del tribunal como una combinación y complementación de visiones de dirección/árbitro/inquisidor<sup>106</sup>. Cada alternativa requiere estructura judicial particular, incluyendo arreglos desde miradas tanto horizontales como verticales. Como comenta la profesora Amrani<sup>107</sup> la justicia está hoy bajo presión presupuestaria, pero no puede rendirse ciegamente. En vez de construir el modelo de juicio civil bajo coacción, es necesario reflexionar sobre la independencia presupuestaria de la autoridad judicial y sobre la capacidad de la judicatura de coadyuvar al desarrollo en lugar de simplemente someterse a ello.<sup>108</sup>

#### IV. POLÍTICAS PÚBLICA PROCESALES EN TORNO A LA EFECTIVIDAD, EFICIENCIA Y EFICACIA

El proceso civil en países que pertenecen a la familia legal romana (como Francia, y los países Iberoamericanos y, hasta el nuevo código del 2000, España) está estructurado del modo procesal italiano-canónico en tres distintas etapas; la fase introductoria escrita (compuesta de la demanda, la respuesta del demandando, y el intercambio de escritos entre las partes); la etapa de la investigación de los hechos (compuesta de la toma de prueba del juez); y la etapa de la decisión final, donde la decisión sobre la disputa ha de ser emitida por el juez (o por un panel de jueces en ciertos casos), luego de que se le ha dado la oportunidad a las partes de que intercambien sus escritos finales. La etapa de la investigación de los hechos normalmente requiere varias audiencias, o acople de varios escritos para que la prueba esté compilada. El modelo es desconcentrado. Otros métodos alternativos incluyen una audiencia concentrada principal inmediatez judicial y rol central de audiencias lo más provechosas posibles, como en Alemania e Inglaterra<sup>109</sup>.

1. Las diferentes estructuras procesales internas son importantes para las reformas internas de los procedimientos y los tribunales de justicia en sus relaciones horizontales como verticales. Esas reformas deben ir acompañadas de buenas prácticas. Los cambios y reformas deben ser debidamente preparados, proyectados, socializados, discutidos, adecuados, implementados, monitoreados y mejorados constantemente. Implican una correcta planificación de políticas públicas de estado que garanticen legitimidad y buenos resultados. De allí que contar permanentemente con la mejor información posible para diagnosticar, decidir y actuar sea

*mundo legislativo ha contemplado las ADR como un mecanismo serio y útil para resolver controversias. Hoy las ADR son bastante relevantes en la litigación familia, laboral, y de asuntos médicos. Respecto del Derecho de Familia, hoy la etapa de mediación es obligatoria y es parte del proceso legal, en el sentido de que, para que una demanda avance, el demandante debe primero proceder a la etapa de mediación a cargo de un mediador profesional, y en la que el juez no juega ningún rol, y solo cuando esta mediación ha fallado, la demanda es autorizada para avanzar”.*

103 Idem.

104 Ibidem.

105 See Stürner, M.-Gascón Inchausti, F. -Caponi, R., *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice*, Sellier European Law Publishers, 2014, *passim*; Stürner, M., *Wahrung oder Durchsetzung von Verbraucherrechten? Zur Rolle der Verbraucherstreitbeilegung im europäischen Justizraum*, in Hörnle/Möllers/Wagner (Hrsg.), *Courts and Their Equivalents*, Nomos-Verlag, Baden-Baden 2017. También cabe mencionar el proyecto de ADR en línea para consumidores 11. 29.2011 COM(2011) 794; Comp. Cortés, P (Ed.), *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, Oxford, Oxford U. Press, 2017, *passim*

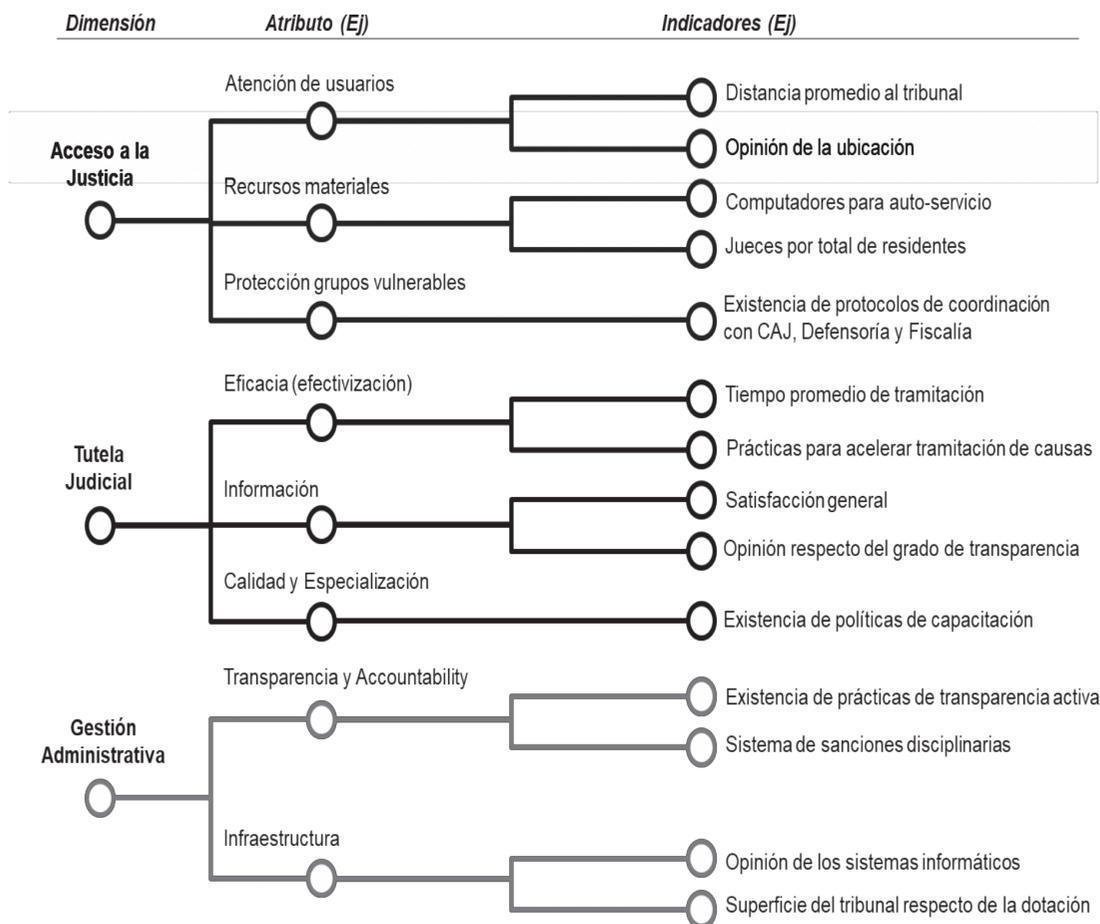
106 Comp. Salas, D., *Le tiers pouvoir*, Hachette, Paris, 1998, p. 287-296.

107 Amrani Mekki, Soraya, *La conduite active des proces civils, Report France*.

108 Comp. with the approach of Roth, H., *Die Zukunft der Ziviljustiz*, ZJP 129 (2016), pp. 3-21.

109 Para un enfoque comparado, ver Bettinger, N., *Prozessmodelle im Zivilverfahrensrecht: Erfolg des Hauptverhandlungsmodells*, Tübingen, Siebeck, 2016, pp. 41-49, 69-7.

siempre recomendable. Los imperativos de tratados internacionales como de *soft law* en materia de acceso a la justicia, tutela judicial efectiva y adecuada gestión administrativa de la justicia como tres items mayores que podrían traducir los requerimientos horizontales como verticales de una buena justicia pueden ser traducidos en indicadores que permitan ciertamente medir y contar con adecuada información. En otras palabras es posible describir con información -levantada con diversas metodologías- la eficacia, eficiencia y efectividad de un sistema de justicia que combina una adecuado manejo-gerenciamiento de casos o procesos con una buena gestión administrativa de los tribunales<sup>110</sup>. Pueden verse reflejadas las dimensiones, atributos e indicadores en especial del acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva en este Gráfico extraído del Estudio de Modelo Orgánico para una nueva Justicia en Chile<sup>111</sup>. Es posible concluir que en cada dimensión con sustento en distintas fuentes nacionales e internacionales es posible y deben medirse para una constante retroalimentación y mejora del sistema. Puede también verse en el gráfico el factor de los recursos humanos e infraestructurales como se encuentra transversal en los distintos indicadores y especialmente en la tercera dimensión de gestión y administración del tribunal.



2. Así es posible proponer una serie de regulaciones saludables para un sistema de justicia eficaz, eficiente y efectivo<sup>112</sup> que como se verá tienen efectos en las primera y segunda dimensión. Pero que difícilmente puedan llevarse a cabo sin considerar la tercera dimensión. Así es que pueden proponerse y en el caso del Código General del Proceso de Colombia, ratificarse algunas medidas:

110 Comp. Andrews, N., A Fresh Start: The Four Pillars of Civil Justice Judicial Independence, in Shetreet S.-Forsyth, Ch. (Ed.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden-Boston, 2012, Nijhoff, pp. 97-109.

111 Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile y Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017, <http://decs.pjud.cl/blog/estudio-modelo-orgánico-para-la-nueva-justicia-hallazgos-principales-y-recomendaciones/>

112 Uzelac, A. *Reformando o mediterrâneo: existe necessidade de terapia de choque?* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017.

(i) Control de la proponibilidad de las acciones y recursos (acceso) con la posibilidad de rechazo inmediato de acciones y recursos manifiestamente infundados y debida organización del tiempo. El proceso civil es en efecto una continuación de la relación sustantiva, y por ello si hay actuación de mala fe en ésta difícilmente pueda esperarse acceder en otros términos a la primera. Son necesarios mecanismo de filtración que separe los casos que merecen inversión de tiempo y recursos judiciales de casos que son desde el principio manifiestamente infundados<sup>113</sup>. Las prácticas de filtrado gradualmente se vuelven cada vez más importantes para la economía procesal, pero también para el estilo procesal y las rutinas. En la fase inicial del procedimiento, el criterio de “manifiestamente infundado”, puede vincularse a la obligación del solicitante de motivar su solicitud. Ahora bien una vez que se admite un caso que pasa ese filtro debe haber una temprana y adecuada organización del tiempo que ese proceso llevará. Ello genera previsibilidad y certeza a las partes en el tiempo y permite una adecuada concentración de recursos y energías tanto del tribunal como de los intervinientes.

(ii) Uso de las nueva tecnologías (TIC) para ampliar las vías de contacto y comunicación entre las partes, el juez y el tribunal. Usar también esos mecanismos y vías para mejora de la tramitación, registro de actuaciones y publicidad.

(iii) Tolerancia mínima para el comportamiento de mala fe y tácticas dilatorias. Observar la disciplina procesal es muy importante para el curso eficiente y oportuno del proceso<sup>114</sup>.

(iv) La actividad probatoria inicial y en el trayecto del proceso principalmente en cabeza de las partes. Es importante que el proceso prepare la prueba y logre su producción para una decisión en por audiencias en lo posible no más de dos. Es importante en el empleo del proceso por audiencias un efectivo reforzamiento de la oralidad en los procesos. El ideal del juicio concentrado con inmediación y publicidad evitando suspensiones o prórrogas como regla primaria.

(v) Es importante reconocer y revestir de fuerza a la primera instancia. La viabilidad inmediata de las decisiones de primera instancia sin que los recursos puedan suspender sus efectos es importante. Incorporar la ejecución provisoria de las sentencias es una necesidad o bien combinarla con que los recursos por regla carezcan de efectos suspensivos. Ello se suma a otra consideración que debe tenerse en cuenta y es que hay casos que merecen y en los que es suficiente una única instancia (sin apelación). También es importante considerar la limitación del derecho a apelar únicamente a los casos que merecen apelación. La interposición de una apelación se considera un derecho de la parte y los requisitos formales para estos generalmente muy permisivos<sup>115</sup>. Finalmente el recurso de apelación concedido debe también propender a ser con rostro humano, ello es audiencias de vista de causas posible también en segunda instancia donde en determinados casos se puede rediscutir prueba, cuando no producirla y permitir alegados de las partes en relación al recurso. Sí es importante resaltar que las técnicas de gerenciamiento de segunda instancia o en apelación son especiales y diversas de las de primera o única instancia, normalmente complejizado por el hecho de tener una decisión colegiada que requiere otros componentes adicionales o diferentes que la individual.

3. Solo como ejemplo de la combinación de estos elementos y las variaciones en aspectos culturales procesales que pueden incidir en ello: La calidad del desempeño de un juez de primera instancia es fruto del entrenamiento y la experiencia, que puede ser adquirida tanto a través de la especialización, como del desempeño extendido en la práctica jurídica. En el sistema continental, los *“jueces de primera instancia son normalmente nuevos en el trabajo, y la revisión de los casos mediante la apelación permite a los jueces de alzada -más experimentados- corregir los errores de aquellos y guiarlos en la profesión de juzgar”*<sup>116</sup>. En la tradición estadounidense *“la institución del jurado, y los preceptos constitucionales y legales, creados para preservar su continua vitalidad, solidifica la autoridad judicial ya en primera instancia al permitir participación pública en el proceso de investigación de los hecho de las cortes federales”*<sup>117</sup>; *“los jueces de primera instancia no son jóvenes ‘aprendices’. Son normalmente abogados litigantes muy experimentados, usualmente con mayor experiencia legal que algunos nóveles jueces de apelación”*<sup>118</sup>. Los jueces, no

113 Ver el detalle de la línea de acción número 8. CEPEJ. Checklist of Indicators for the Analysis of Lengths of Proceedings in the Justice System (Time Management Checklist), CEPEJ (2005) 12 Rev. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2005.

114 [http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/textes/ListeRecRes\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/textes/ListeRecRes_en.asp).

115 CEPEJ. Framework Programme: A New Objective for Judicial Systems: the Processing of Each Case within an Optimum and Foreseeable Timeframe, CEPEJ (2004) 19 Rev 2, Strasbourg, 15 September 2004.

116 Marcus, R., *Controlling the cowboy lawyers: how American judges are managing American cases*.

117 Peterson, *Restoring Structural Checks on Judicial Power in the Era of Managerial Judging*, 29 U.C. Davis L. Rev. (1995)41, 59

118 Marcus, R., *Controlling the cowboy lawyers: how American judges are managing American cases*.

los abogados o los litigantes, debiesen controlar el curso del proceso para permitir soluciones justas y eficientes de los casos. Además de reducir el retardo, mantener una agenda es esencial para incrementar la confianza, y el respeto, por el sistema judicial. En los últimos 30 años, los tribunales han cambiado y asumido nuevos roles. No solo existen alternativas de resolución de disputas, sino además adecuación de procesos a condiciones tales como menor cuantía con la posibilidad de un incremento drástico de litigantes auto-representados, sin necesidad de abogados. Es ampliamente aceptado en la comunidad judicial, que la administración del flujo de casos denota supervisión o manejo del tiempo y los eventos involucrados en el movimiento de un caso a través del sistema judicial, desde el momento de iniciación hasta el momento de disposición, independientemente del tipo de disposición<sup>119</sup>. Hacer la secuencia y el tiempo de estos eventos más predecibles y puntuales es un objetivo del gerenciamiento y administración de los procesos como de los tribunales de justicia. Mientras los programas de gestión de flujo de casos están contruidos entorno a los eventos en sí mismos – como son las audiencias, presentación de pruebas, etc.- el foco importante está en el manejo de los tiempos. En el mismo nivel de importancia debe considerarse que buenos resultados son obtenidos cuando existen abogados bien preparados. Entonces, una efectiva administración del flujo de casos debe incentivar y facilitar la preparación del abogado<sup>120</sup>. La administración y el gerenciamiento del flujo de casos es el corazón de cortes de alto desempeño tanto desde el acceso a la justicia, de la tutela judicial efectiva como así también desde la gestión administrativa. La atención individual, y un trato proporcional de casos, engloba el principio, de la administración del flujo de casos, de una diferenciada administración del flujo de casos. El debido proceso y la igual protección de los derechos están dentro de los elementos de una corte de alto desempeño. A lo largo del proceso, los jueces deben asegurar firmes las fechas de audiencia y el calendario de los procesos. Para hacerlo, necesitan asegurar que las fechas planeadas sean realistas y que las partes acuerden regirse por ellas<sup>121</sup>.

4. Como ha sido comentado por el profesor Fleck, la transparencia en la división de funciones además de la independencia del poder judicial, es un factor decisivo sobre la operación de la administración judicial como un todo<sup>122</sup>. Son relevantes desde una mirada horizontal al menos cuatro componentes importantes: (i) por un lado, la especialización de los tribunales<sup>123</sup>; (ii) por otro lado, la flexibilidad para adaptar la composición del tribunal y el procedimiento a la importancia y/o la complejidad del caso (único juez, tribunal colegiado, simplicidad del procedimiento)<sup>124</sup>; (iii) luego la incorporación de nuevas tecnologías y aplicación de inteligencia artificial para mejora de la gestión administrativa como para la conducción de los procesos; (iv) finalmente un adecuado sistema multipuertas que coordine los métodos alternativos de solución de controversias con las vías adjudicativas<sup>125</sup>.

5. Adicionalmente a las adecuaciones horizontales, es importante tener en cuenta las verticales, la interacción entre las cortes superiores e inferiores. El rol y los fines de la apelación en las cortes supremas, el filtro al acceso, la carga de casos y el alcance de la revisión en la alzada, y el procedimiento, tomando en cuenta que el número de jueces en los tribunales superiores no es el mismo que en las inferiores. La administración, dirección y gerenciamiento de procesos debe ser diferente. Por ejemplo, respecto de la reforma alemana, el profesor Stürner explica que *“la reforma del 2001 es talvez no el resultado de un gran trabajo comparativo. Sin embargo, el memorandum explicativo del proyecto de ley de reforma se refiere a ejemplos de ‘buena práctica’ de Inglaterra, Austria, Suiza (Zürich), Francia, e Italia para demostrar que los cambios previstos ya habían sido implementados en otras jurisdicciones. El mayor desarrollo de la reforma de 2001 fue la abolición de una apelación amplia. Se hicieron referencias al derecho austríaco y al inglés para demostrar que el foco debiese estar más bien en*

119 Guinchard, S., Les garanties institutionnelles du droit à un bon judge, in Droit Processuel-Droit fondamentaux du procès, 8 th. Ed. , Paris, 2015, pp. 789-800, 843-848.

120 Para una descripción y explicación comparada de la profesión legal. Uzelac, A.-Van Rhee, C.H. (Ed.), *The Landscape of the Legal Professions in Europe and the USA: Continuity and Change*, Antwerp, Intersentia, 2011, *passim*.

121 Steelman, David C., *Caseflow Management: The Heart of Court Management in the New Millennium*, National Center for State Courts, 2004.

122 Comp. Fleck, Z., *A Comparative Analysis of Judicial Power, Organisational Issues in Judicial in Judicature and the Administration of Courts*, in Badó (Ed.) *Fair Trial and Judicial Independence*, Dordrecht, Springer, 2014, p. 11.

123 Comoglio, P., *Il giudice specializzato in materia di impresa*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 16.

124 Comp. Pellegrini Grinover, A., *Ensaio sobre a Processualidade. Fundamentos para uma Nova Teoria Geral do Processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 5-7.

125 Badó, A., “Fair” Selection of Judges in a Modern Democracy, in Badó (Ed.) *Fair Trial and Judicial Independence*, Dordrecht, Springer, 2014, pp. 27-58.

*los procedimientos de primera instancia*"<sup>126</sup>.

6. La crisis de la administración de justicia debe ser atacada y tratada de muchas maneras, porque el problema tiene muchas causas que se remontan atrás en el tiempo. Es importante dar cabida en forma adecuada a las vías de solución amistosas tanto dentro como fuera del proceso o desjudicializadas. Se debe respetar la opción libre y consciente de las partes, educadas e informadas como parte de políticas públicas. Es improbable que los tribunales asuman un liderazgo exorbitante cuando la carga de trabajo es excesiva y creciente con causas que necesitan y que no de un proceso judicial. Es por eso que la administración judicial del proceso tiene también un contexto de desjudicialización<sup>127</sup>. Cinco puntos clave deben ser mencionado acá: (i) racionalización y (re)organización de los tribunales; (ii) reducción en el volumen de los casos judiciales; (iii) simplificación de los procedimientos judiciales, mejoramiento de la administración de casos, e introducción de nuevas tecnologías; (iv) financiamiento del sistema judicial (cortes y órganos públicos asociados); (v) buena administración y gestión de los procesos (en primera instancia y superiores) y asignación de casos dentro y entre las cortes, y dentro y entre los órgano asociados como una justicia multi-puerta<sup>128</sup>.

## V. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES

1. La referencia a la eficiencia en un sistema judicial es realmente necesaria, porque la eficiencia podría ser vista como una faceta de una reclamación más amplia hacia la efectividad de la protección judicial de los derechos. No reduce la discusión de a conformarse con la ideología de mercado donde la protección judicial de los derechos depende solo del enfoque maximización de beneficio y minimización de costos. Eficiencia, eficacia y efectividad en el acceso y la tutela judicial son dimensiones importantes a ser examinadas cualitativa y cuantitativamente.

2. El principio de administración de casos es el de que la corte, en vez de los litigantes, controla el paso de la litigación. Es un enfoque moderno de la resolución de controversias que busca alejarse de los amargos choques adversariales del pasado, y promover un mayor grado de cooperación y compañerismo entre todos los involucrados.

3. La atención judicial se ha vuelto un recurso escaso: (i) la tasa de casos por judicatura ha crecido precipitadamente en las cortes inferiores, de apelación, y suprema; (ii) hay razones para discutir varias proposiciones que los académicos y los jueces han ofrecido en respuesta al incremento de la carga de casos, incluyendo una manera de reducir los ingresos de demandas, el incremento del número de jueces, y mejorar la eficiencia en las cortes con apropiados principios de administración de casos y de cortes; (iii) hay marcos de trabajo ha ser tomados en cuenta respecto del acceso a las cortes y la efectiva protección de los derechos; (iv) la demanda por atención judicial continuará excediendo suministro de tiempo judicial, haciendo, por ende, de la atención judicial un recurso escaso.

4. Componentes críticos dentro de un sistema judicial eficiente son la administración de casos y de cortes. Estos dependen de la estructura de la corte y los arreglos dentro y entre las cortes, ambos desde un punto de vista horizontal como verticales. El diseño estructural de un sistema judicial depende de muchos factores, uno importante es el contexto legal cultural. las reformas judiciales debiesen tener como objetivo el mejoramiento de la calidad de la justicia y la eficiencia y efectividad de la judicatura, fortaleciendo y protegiendo, a la vez, la independencia de la judicatura. La administración de casos es u progreso judicial que brinda efectividad, eficiencia, y un tratamiento útil a un caso respecto de lograr resoluciones rápidas y cualitativas a las disputas.

5. Sin embargo, es necesario ofrece buenos argumentos para justificar un cambio en el rol judicial, y arreglos horizontales y verticales para una efectiva administración de casos y de cortes. Estas razones de política pública no son solo del interés del legislador, sino que también son esenciales para la fase judicial dentro de

126 Stürmer, M., *Sharing Responsibility: The German Federal Court of Justice and the Civil Appellate System* (to be published in: Bravo Hurtado (ed.), *Overburdened Supreme Courts: Transplanting Solutions?*, Springer 2017)

127 Comp. Amrani Mekki, Soraya, *La conduite active des proces civils, Report France*.

128 See Stürmer, M., *Sharing Responsibility: The German Federal Court of Justice and the Civil Appellate System* (to be published in: Bravo Hurtado (ed.), *Overburdened Supreme Courts: Transplanting Solutions?*, Springer 2017)

un contexto legal cultural. El legislador diseña normas para lograr un fin social deseable: se comporta en ese sentido como un macro-generador de políticas públicas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Albers, P., *Improvements of Judicial Systems: European Experiences*. International Journal for Court Administration. (2008)1(1), pp.45 – 57
- Alexy, R., *Constitutional Rights and Proportionality*, Revus – Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, 2014, 2, pp. 51-65.
- Alt E.- Le Theule, M.A., *La justice aux prises avec l'éthique et la performance*, Pyramide 2011, 22, p. 137-159
- Amrani Mekki, Soraya, *La conduite active des proces civils*, National Report France
- Andrews, N., A Fresh Start: The Four Pillars of Civil Justice/Judicial Independence, in Shetreet S.-Forsyth, Ch. (Ed.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden-Boston, 2012, Nijhoff.
- Andrews, N., *English Case Management Report*.
- Badó, A., “Fair” Selection of Judges in a Modern Democracy, in Badó (Ed.) *Fair Trial and Judicial Independence*, Dordrecht, Springer, 2014, pp. 27-58.
- Baer, S., *Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism*, The University of Toronto Law Journal, Vol. 59, No. 4 (Fall, 2009), pp. 417-468.
- Baldwin, John, *Pre-Trial Justice*, Blackwell, London, 1985, p. 6.
- Barak, A., *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge: Cambridge U. Press, 2012.
- Comp. Barbosa Moreira, J. C., *A motivação das decisões como garantia inerente ao estado de direito. Temas de direito processual – novena série*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 167-170 (como ejemplo la utilidad e inutilidad de una audiencia de saneamiento en la estructura macro del proceso y la necesidad de una decisión de mérito.
- Benvenuti, S., *The European Judicial Training Network and its Role in the Strategy for the Europeanization of National Judges*. International Journal for Court Administration. (2015) 7(1), pp.59 – 67.
- Bettinger, N., *Prozessmodelle im Zivilverfahrensrecht: Erfolg des Hauptverhandlungsmodells*, Tübingen, Siebeck, 2016.
- Bovend'Eert, P., *Judicial Independence and Separation of Powers: A Case Study in Modern Court Management* (2016) 22 European Public Law, Issue 2, pp. 333 – 353.
- Brändli, B., *Prozessökonomie im schweizerischen Recht*, Bern, 2013, Stämpfli.
- Burbank, S. B.- Friedman B. (eds.), *Judicial Independence at the Crossroads, An Interdisciplinary Approach*, Sage Publications, 2002.
- Cadiet, L., *La reforma de la justicia y el proceso civil en Francia: la cuestión del acceso a la justicia*, in Priori, G. (Ed.) *Derecho material y proceso*, Lima, Palestra, 2017, pp. 83-95.
- Calabresi, G., *The future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*, (Yale: University Press, 2016)
- Caponi, R., *European Minimum Standards for Courts. Independence, Specialization, Efficiency. A Glance from Italy*, Festschrift Professor Nikolaos K. Klamaris (2016), p. 151.
- Caponi, R., *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. 2010, p. 389.
- Caponi, R., “Just Settlement” or “Just About Settlement”? *Mediated Agreements: a Comparative Overview of the Basics*, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 2015, p. 117.
- Caponi, Remo, ‘Doing Business’ come scopo della giustizia civile?, Il Foro Italiano, 2015, V, 3,
- Cappelletti, M.- Garth, B., A Comparative Conclusion, in Cappelletti (Ed.) *Ordinary Proceedings in First Instance-International Encyclopedia of Comparative Law*, Tübingen, Mohr, 1984.
- Cappelletti, Mauro, Libertad individual y justicia social en el proceso civil italiano, en *Proceso, Ideología, sociedad*, Ediciones Legales Europa-America, Buenos Aires, 1974.
- Carrington, Paul D., *Politics and Civil Procedure Rulemaking: Reflections on Experience*, 60 DUKE L.J. (2010)597, 617 – 18
- CEPEJ. Checklist of Indicators for the Analysis of Lengths of Proceedings in the Justice System (Time Management Checklist), CEPEJ (2005) 12 Rev. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2005.
- CEPEJ. Framework Programme: A New Objective for Judicial Systems: the Processing of Each Case within an Optimum and Foreseeable Timeframe, CEPEJ (2004) 19 Rev 2, Strasbourg, 15 September 2004.
- Chayes, A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L. Rev. (1976) 1281.
- Comoglio, P., *Il giudice specializzato in materia di impresa*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 16.
- Cortés, P (Ed.), *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution*, Oxford, Oxford U. Press, 2017, *passim*
- da Fonseca Gajardoni, Fernando, *Procedimentos, déficit procedimental e condução ativa dos procedimentos civis pelo juiz no brasil*, National Report Brazil.
- Damaška, M., *The Common Law/Civil Law Divide: Residual Truth of a Misleading Distinction*, in *Common law Civil Law and the Future of Categories*, Lexis Nexis, 2010, p. 3.



- Damaška, M., *The Faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, 1986
- Davis, K. -Fisher A. -Kingsbury B., *Governance by Indicators. Global Power through Classification and Rankings*, Oxford, 2012.
- Dirección de Estudios de la Corte Suprema de Chile y Pontificia Universidad Católica de Chile, 2017, <http://decs.pjud.cl/blog/estudio-modelo-organico-para-la-nueva-justicia-hallazgos-principales-y-recomendaciones/>
- Dondi, A.-Ansanelli, V.-Comoglio, P., *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospettiva Comparata*, Giuffrè, Milano, 2015.
- Dondi, A.-Ansanelli, V.-Comoglio, P., *Processi Civili in Evoluzione. Una Prospettiva Comparata*, Giuffrè, Milano, 2015.
- Elliott, E., *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, 53 U. CHI. L. REV. (1986) 306, 308 – 09 (For historical backgrounds in American litigation)
- Emiliou, N., *The Principle of Proportionality in European Law: A comparative Study* (London: Kluwer, 1998), pp. 25-50
- ENCJ 2012, Vilnius Recommendation <https://www.enj.eu/imag>
- Ervo, L. , *Should Fair Trial Rights be Redefined?*, in Uzelac-Van Rhee (Edit.) *Revisiting Procedural Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 77-89
- Ferreres Comella, V., *Constitutional Courts and Democratic Values: a European Perspective*, New Haven: Yale U. Press, 2009
- Fiss, O., *Against Settlement*, 93 YALE L.J.1073 (1984)
- Flaga-Gieruszynska, K.- Klich, A., *National Report Poland*
- Fleck, Z., *A Comparative Analysis of Judicial Power, Organisational Issues in Judicial in Judicature and the Administration of Courts*, in Badó (Ed.) *Fair Trial and Judicial Independence*, Dordrecht, Springer, 2014.
- Flanders, S., *Blind Umpires—A Response to Professor Resnik*, 35 HASTINGS L.J. (1984) 505, 519 – 20.
- García Odgers, R.-Fuentes Maureira, C., *National Report Chile*.
- Gavin, *Managerial Justice in a PostDaubert World*, 234 F.R.D. (2006) 196
- Gensler, S. S., *Judicial Case Management: Caught in the Crossfire*, DUKE LAW JOURNAL 60 (2010), 669-744
- Guinchard, S., Les garanties institutionnelles du droit à un bon juge, in *Droit Processuel-Droit fondamentaux du procès*, 8 th. Ed. , Paris, 2015, pp. 843-852.
- Holvast, N., *The Power Of The Judicial Assistant/Law Clerk: Looking Behind The Scenes At Courts In The United States, England And Wales, And The Netherlands*. International Journal for Court Administration. (2016)7(2), pp.10 – 28.
- Jackson V. C., *Judicial Independence: Structure, Context, Attitude*, in Seibert-Fohr-Müller, 2012, p. 19-25.
- Jolowicz, JA, *The Woolf Report and the Adversary System*, (1996) 15 CJQ, 198
- Kern, C., *Justice Between Simplification and Formalism*, Tübingen, Siebeck, 2007.
- Klatt, Matthias /Meiste, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, (Oxford: Oxford U. Press, 2012)
- Klöpper, Matthias, *Missbrauch im Europäischen Zivilverfahrensrecht*, Tübingen, Mohr, 2016.
- La Porta, R.- Lopez-de-Silanes, F.- Pop-Eleches, C.- Shleifer, A., *Judicial checks and balances*, J. Polit. Econ. (2004) 112, pp. 445 – 70.
- Langbroek, P. M., *From the Managing Editor: Court Administration in Europe – Management in a Different Context*, International Journal For Court Administration (July 2017), 8(3), pp. 1 – 2.
- Langer, Maximo, *The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law*. Research Paper 05-16, University of California, Los Angeles, 2005. Checkable at <http://ssrn.com/abstract=765744>.
- Lienhard, A.-Kettiger, D., *Between Management and the Rule of Law: on the move towards a management model for the judiciary – Results from the project “Basic research into Court Management in Switzerland”*. International Journal for Court Administration. (2017)8(2), pp.7 – 19.
- Lindquist, S.-Cross, F., *Measuring Judicial Activism*, Oxford, 2009
- Lopez Medina, D., *Nuevas Tendencias en la dirección judicial del proceso*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2004
- Lord Justice Briggs, *Civil Courts Structure Review: Final Report* (2016) <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/07/civil-courts-structure-review-final-report-jul-16-final-1.pdf>>
- Marcus, R., Misgivings about American Exceptionalism, in Uzelac-Van Rhee (Edit.) *Revisiting Procedural Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 55.
- Marcus, Richard, *Controlling the cowboy lawyers: how American judges are managing American cases (National Report USA)*
- Ormazabal Sánchez, G., *Las facultades judiciales de dirección material de los procesos civiles en la legislación y experiencia españolas* (2017).
- Peckham, *A Judicial Response to the Cost of Litigation: TwoStage Discovery and Alternative Dispute Resolution*, 37 Rutgers L. Rev. (1985) 253, 265.
- Pellegrini Grinover, A., *Ensaio sobre a Processualidade. Fundamentos para uma Nova Teoria Geral do Processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 5
- Petersen, N., *Proportionality and Judicial Activism*, Cambridge, 2017.
- Peterson, *Restoring Structural Checks on Judicial Power in the Era of Managerial Judging*, 29 U.C. Davis L. Rev. (1995)41, 59

- Posner, Richard A. *The Role of the Judge in the Twenty-First Century*, 86 B.U. L. REV. (2006) 1049, 1050.
- Priori, G., *National Report Peru*.
- Resnik, J., *Many Doors? Closing Doors? Alternative Resolution and Adjudication*, 10 O. S. J. Dispute Res. (1995) 211; Comp. Symposium, Against Settlement: *Twenty-Five Years Later*, 78 FORDHAM L. REV. (2009) 1117.
- Resnik, J., *Managerial Judges*, 96 HARV. L. REV. (1982) 374, 380
- Resnik, J., *Trial as Error, Jurisdiction as Injury: Transforming the Meaning of Article III*, 113 HARV. L. REV. (2000) 924, 938 – 40
- Roth, H., *Die Zukunft der Ziviljustiz*, ZZZ 129 (2016), pp. 3-21.
- Rottenburg R., *The World of Indicators. The Making of Governmental Knowledge through Quantification*, Cambridge Univ. Press, 2015, *passim*.
- Salas, D., *Le tiers pouvoir*, Hachette, Paris, 1998.
- Schwab, K-H/Gottwald, P., *Verfassung und Zivilprozess*, in *Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung* Habscheid (Ed.), (Bielefeld: Gieseking, 1983)
- Seibert-Fohr, A.-Müller L. F. (eds.), *Judicial Independence in Transition*, Springer, 2012.
- Shany, Y., *Judicial Independence As An Indicator of International Court Effectiveness: A Goal-Based approach*, in Shetreet S.-Forsyth, Ch. (Ed.), *The Culture of Judicial Independence*, Leiden-Boston, 2012, Nijhoff, pp. 251-267.
- Shetreet, S.-Turenne, S., *Judges On Trial. The Independence and Accountability of the English Judiciary*, Cambridge, 2nd. Ed., 2013.
- Stelman, David C., *Caseflow Management: The Heart of Court Management in the New Millennium*, National Center for State Courts, 2004.
- Stürner, M.-Wendelstein, Ch., *Case Management in Civil Proceedings in Germany*.
- Stürner, M.-Gascón Inchausti, F.-Caponi, R., *The Role of Consumer ADR in the Administration of Justice*, Sellier. European Law Publishers, 2014.
- Stürner, M., *Sharing Responsibility: The German Federal Court of Justice and the Civil Appellate System* (to be published in: Bravo Hurtado (ed.), *Overburdened Supreme Courts: Transplanting Solutions?*, Springer 2017)
- Stürner, M., *Wahrung oder Durchsetzung von Verbraucherrechten? Zur Rolle der Verbraucherstreitbeilegung im europäischen Justizraum*, in Hörnle/Möllers/Wagner (Hrsg.), *Courts and Their Equivalents*, Nomos-Verlag, Baden-Baden 2017.
- Stürner, R., *Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zmlprozessrecht*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 127 (2014). p. 271 ff.
- Stürner, R., *Markt und Wettbewerb über alles?*, München, 2007.
- Terhechte, Jörg Philipp, *Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte*, (Tübingen: Mohr Siebeck, 2011).
- Thole, Ch., *Das neue Mediationsgesetz – Mediation im und an der Schnittstelle zum Zivilprozessrecht -*, ZZZ 127(2014), 339-370
- Tronson, B., *Towards Proportionality- The “Quick, Cheap and Just” Balance in Civil Litigation-*, in Picker, C., Seidman, G., *The Dynamism of Civil Procedure-Global Trends and Developments*, Springer 2016, pp. 183-202
- Turner, R., *The Proactive Judge and the Provision of a Single Transnational Case Management System and its Associated Procedures*, in Andenas, M.-Andrews, N., Nazzini, R. (Eds.), *The future of Transnational Civil Litigation*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, pp. 73-88
- Turner, *Some thoughts on the multi-track Inside Track*, Law Society Civil Litigation Newsletter Issue 2 (Diciembre 1997)
- Uzelac, A. *Reformando o mediterrâneo: existe necessidade de terapia de choque?* Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017
- Uzelac, A.-Van Rhee, C.H. (Ed.), *The Landscape of the Legal Professions in Europe and the USA: Continuity and Change*, Antwerp, Intersentia, 2011, *passim*.
- Uzelac, A.-van Rhee, C.H., *Revisiting Procedural Human Rights. Fundamentals of Civil Procedure and the Changing Face of Civil Justice*, in Uzelac-Van Rhee (Edit.) *Revisiting Procedural Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 3-13.
- Uzelac, A., *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary World*, in Uzelac, A. (Ed.) *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary Judicial Systems*, Cham, 2014, Springer, pp. 21-23.
- van Rhee, C. H., *Civil Justice in Pursuit of Efficiency*, in Uzelac, A. (Ed.) *Goals of Civil Justice and Civil Procedure in the Contemporary Judicial Systems*, Cham, 2014, Springer, pp. 61-77.
- van Rhee, C.H. *Introduction*, *European Traditions in Civil Procedure*, Intersentia, 2005, pp. 3-13.
- Von Malte, J., *Gerichtsinterne Mediation*, Tübingen, Mohr, 2008.
- Webber, G., *The Negotiable Constitution: on the Limitations of Rights* (Cambridge: Cambridge U. Press, 2009)
- Wolff, Tobias Barrington, *Managerial Judging and Substantive Law*, 90 Wash. U. L. Rev. (2013) 1027 (1069)
- Zucca, L., *Conflicts Between Fundamental Rights*, Brems, Eva (Ed.), Antwerp, Intersentia, 2008.
- Zuckerman, A., *Litigation Management Under the CPR: A Poorly-Used Management Infrastructure*, in *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, London, Deirdre Dwyer ed., 2009, p. 105.
- Zuckerman, A., *Compliance with Process Obligations and Fair Trial*, in Andenas, M.-Andrews, N., Nazzini, R. (Eds.), *The future of Transnational Civil Litigation*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 2004, pp. 127-149.

# DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: OS DESAFIOS DA COLABORAÇÃO E DA INFORMAÇÃO

**Ana Paula de Barcellos**

Professora Titular de Direito Constitucional  
da Faculdade de Direito da UERJ  
Pós-Doutora – Harvard  
Doutora e Mestre – UERJ

Sumário: I. Introdução: Políticas públicas e judicialização. II. Processo coletivo para o controle das políticas públicas: promessas e frustrações. III. O processo coletivo e o desafio da necessidade de colaboração com as instâncias majoritárias. IV. O processo coletivo e o desafio da informação/comunicação com a sociedade no que diz respeito a sua execução. V. Conclusões.

## I. INTRODUÇÃO: POLÍTICAS PÚBLICAS E JUDICIALIZAÇÃO

O tema das políticas públicas e sua complexidade tem se tornado cada vez mais central para o Direito na medida em que restou claro que a simples existência de normas jurídicas, por si só, pouco ou nenhum impacto produz na realidade. Essa assertiva é particularmente verdadeira quando as normas em questão pretendam promover, proteger ou respeitar direitos fundamentais. No mesmo passo, o controle jurisdicional das políticas públicas tornou-se igualmente uma realidade – não apenas no Brasil como também em muitas partes do mundo –, controle esse que frequentemente se desenvolve no âmbito de ações coletivas ajuizadas em face sobretudo do Poder Público, suscitando novos desafios para o direito, tanto sob a perspectiva material quanto processual.

O que se pretende neste pequeno estudo é apresentar dois desafios (dentre muitos outros) que o direito processual coletivo em algum momento precisará enfrentar: (i) o desafio da colaboração com as instâncias majoritárias, diante da limitada capacidade da atividade sancionadora no âmbito do processo para produzir o resultado determinado pela decisão judicial; e (ii) o desafio da informação processual acerca do que efetivamente acontece na realidade após as decisões judiciais serem proferidas na fase de conhecimento.

Imagine-se uma norma, constitucional ou legal, que trate de um direito fundamental: as disposições que cuidam do direito à educação, por exemplo. As normas constitucionais e legais que tratam do direito à educação não produzem, na vida real dos indivíduos, aprendizado e “desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, como pretende o art. 208 da Constituição de 1988. Será indispensável que uma série de outras providências sejam levadas a cabo para que a pretensão normativa se transforme em realidade: essas providências podem ser identificadas como “políticas públicas”.

A expressão *políticas públicas* pode designar, de forma geral, a *coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*<sup>1</sup>. Nesse sentido, trata-se de conceito bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas. A combinação de um conjunto normativo adequado, uma regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas do Poder Público poderá conduzir os esforços públicos e as iniciativas privadas para o atingimento dos fins considerados valiosos pela Constituição e pela sociedade.

A mera existência de normas, porém, não tem o condão de efetivamente promover o seu conteúdo,

1 BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito. São Paulo: Saraiva, 2006.

e particularmente de realizar o direito fundamental na vida das pessoas. A edição de uma lei criando uma política pública de promoção de determinado direito será um ponto de partida: indispensável, sem dúvida, mas apenas um ponto de partida. A transformação da realidade não se seguirá magicamente à expedição da norma e sequer a execução da própria lei e da política por ela delineada são automáticas.

Haverá, no mínimo, dois grandes processos no percurso que pode levar uma norma a produzir efetivamente a proteção, a promoção ou o respeito de direitos fundamentais no mundo real. Em primeiro lugar, a política pública prevista na norma – isto é: seu conteúdo, as medidas por ela delineadas – precisará de fato ser implementada. Esse primeiro momento dependerá de uma série de providências como, *e.g.*, a criação de estruturas administrativas, a contínua alocação orçamentária, a contratação de pessoal e infraestrutura suficientes para atender a todos os públicos alvo da política, a compra de produtos e a contratação de serviços, a produção de relatórios, pesquisas, o monitoramento, etc..

Não é incomum, porém, que uma lei seja aprovada prevendo determinada política e não seja regulamentada. Ou que anos se passem sem que haja previsão orçamentária para a execução da lei, ou que haja previsão orçamentária, mas ela não seja realmente executada. É possível ainda que a política seja implementada apenas em determinadas regiões (do país, do Estado, da cidade) ou apenas em benefício de determinados públicos, ou que os recursos (financeiros, humanos, técnicos) não sejam suficientes para sua execução, dentre outras possibilidades. Enfim, um sem número de questões podem surgir, e efetivamente surgem, entre a norma e sua execução.

Dois exemplos ilustram o ponto. A lei que prevê a obrigatoriedade de que vias e espaços públicos sejam adaptados para garantir a acessibilidade de pessoas com mobilidade reduzida é de 2000 (Lei nº 10.098), mas até hoje não foi integralmente executada. Além disso, é muito provável que na maior parte das cidades os percentuais de sua execução não sejam os mesmos em todos os bairros. Em geral, os bairros considerados mais nobres, onde mora a população de maior renda, terão de forma consistente melhores percentuais de execução da política pública do que as regiões mais carentes da cidade: trata-se de uma tendência observada de forma ampla nas políticas públicas de caráter geral<sup>2</sup>.

Em 2015, o IPEA divulgou uma avaliação nacional feita sobre os resultados e a efetividade da Lei Maria da Penha, promulgada em 2006<sup>3</sup>. O estudo revela o impacto positivo da lei de uma forma geral, na média nacional, no que diz respeito à redução proporcional de homicídios contra mulheres. Todavia, o estudo destaca também que a execução das políticas previstas pela lei varia bastante regionalmente, e, talvez por isso mesmo, também o impacto esperado da lei não é uniforme, oscilando em função da região examinada.

É fácil imaginar o ajuizamento de ações civis públicas solicitando, por exemplo, que vias e espaços públicos sejam adaptados para garantir a acessibilidade de pessoas com mobilidade reduzida em determinado bairro, ou até mesmo em áreas mais amplas, de modo a que a Lei nº 10.098/00 seja de fato executada. Imagine-se que tais ações sejam julgadas procedentes: que desafios a execução de tais decisões enfrentarão? Isto é: o que acontecerá entre a eventual decisão que julgue procedente a demanda e a efetiva adaptação das vias e espaços públicos? É igualmente fácil imaginar ações coletivas pleiteando a execução – em determinados Municípios, Estados, regiões – daquilo que a Lei Maria da Penha prevê: por exemplo, a existência de centros de atendimento integral e multidisciplinar e de casas-abrigo para mulheres e respectivos dependentes em situação de violência doméstica e familiar (art. 10, I e II). Suponha-se que tais pedidos sejam julgados procedentes: as decisões serão realmente cumpridas? Os centros de atendimento e as casas-abrigo serão instaladas e funcionarão, atendendo realmente as mulheres e seus dependentes?

Mas há ainda uma outra questão a considerar. Em segundo lugar, e uma vez que a norma esteja sendo implementada, será preciso verificar se os resultados que dela se esperava estão se produzindo realmente, tanto em caráter geral, quanto, desagregando essa informação, tendo em conta as diferentes regiões e os diferentes

2 VICTORA, Cesar G., VAUGHAN, J. Patrick., BARROS, Fernando C., SILVA, Anamaria C., e TOMASI, Elaine. 2000. Explaining trends in inequities: evidence from Brazilian child health studies, *Lancet*, v. 356, p. 1093-1098; e Human Rights Watch, 2012 (disponível em [https://www.hrw.org/sites/default/files/world\\_report\\_download/wr2012.pdf](https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/wr2012.pdf) – acesso em 30.mai.2018). Os dois trabalhos ilustram a chamada “inverse equity hypothesis” segundo a qual as populações mais favorecidas tendem a se beneficiar primeiro das políticas públicas gerais, aumentando ainda mais a desigualdade em um primeiro momento.

3 <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/22/avaliando-a-efetividade-da-lei-maria-da-penha-> (acesso em 28.abril.2018)

grupos humanos no país. Esse processo é um pouco mais complexo porque nem sempre a política pública tinha/tem resultados ou metas claramente definidas. Além disso, muitas vezes não há monitoramento acerca dos resultados que a política pública está ou não efetivamente produzindo e, portanto, não há informação sobre o assunto. Ainda um exemplo ilustra a questão.

Em 2007, o Ministério da Educação criou o programa “Mais Educação” que consiste basicamente em ampliar em cerca de 3h diárias a jornada escolar de estudantes do ensino fundamental nas redes públicas estaduais e municipais a fim de ampliar as oportunidades de aprendizagem. O programa procurou focar em escolas de baixo IDEB e marcadas por situações de vulnerabilidade social. Naturalmente que o resultado pretendido seria a melhoria da aprendizagem desses estudantes. Pois bem. Em 2015 foi divulgado pelo Ministério da Educação, estudo realizado pela Fundação Itaú Social e pelo Banco Mundial acerca dos resultados do programa.

Talvez de forma surpreendente, o que se apurou é que, até 2011, “não são encontrados resultados de melhoria no desempenho médio dos alunos na Prova Brasil, nem na taxa de abandono, quando comparamos escolas que tiveram o programa com outras sem ele, mas com características similares.”<sup>4</sup>. Ou seja: a despeito de a política “Mais Educação” estar sendo executada, e de suas melhores intenções, os resultados pretendidos não estavam se produzindo. Fenômeno similar se observa de forma mais geral, a rigor, no sistema educacional brasileiro. Embora se tenha praticamente obtido a universalização das matrículas para crianças e adolescentes – o que deve ser comemorado –, para um percentual alarmante de estudantes a escolarização não é garantia de alfabetização funcional ou de qualificação para o trabalho<sup>5</sup>, apesar do que dispõe o art. 205 da Constituição<sup>6</sup>. A judicialização poderia fazer algo a esse respeito?

Diante da evidência de que as normas não produzem sozinhas a transformação da realidade, ao longo das últimas décadas a judicialização tem se apresentado como uma possibilidade, no esforço de tentar garantir a efetividade dos direitos fundamentais, sobretudo no que diz respeito à primeira etapa do processo resumido acima: a efetiva execução da política pública para todos os seus destinatários. O recurso ao Judiciário, por meio de demandas de variadas naturezas, com diferentes tipos de pedidos, tem sido um caminho percorrido por muitos com o objetivo de tentar assegurar que as previsões normativas que descrevem políticas públicas em matéria de direitos fundamentais se tornem realidade. Nem sempre, porém, os resultados têm sido os esperados.

## II. PROCESSO COLETIVO PARA O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PROMESSAS E FRUSTRAÇÕES

O controle jurisdicional de políticas públicas tem admitido múltiplos desenvolvimentos. Um *primeiro desenvolvimento* descreve as ações individuais, tradicionalmente manejadas por indivíduos para tutela de seus direitos, sejam eles a liberdade de locomoção, protegida pela via do *habeas corpus*, seja o direito a prestações de saúde, passando pela garantia da liberdade e da igualdade, dentre tantos outros direitos de que se possa cogitar. A despeito da importância das ações individuais, muitas críticas têm sido dirigidas a elas sobretudo no contexto da judicialização de direitos sociais, como no caso das ações que postulam prestações de saúde. O tema será retomado na sequência mas vale registrar desde logo que parte dessas críticas têm procurado enfatizar como alternativa às ações individuais, ou ao menos como opção preferencial, as chamadas ações coletivas.

Com efeito, um *segundo* desenvolvimento do controle jurisdicional nesse ambiente envolve as ações coletivas nas quais se postulam bens privados, isto é, aqueles que, ao serem consumidos, reduzem a quantidade disponível desse bem para o restante da sociedade<sup>7</sup>. Embora por vezes a natureza do direito tutelado seja a mesma das ações puramente individuais, a tutela coletiva poderá ter um impacto diferenciado sobre a promoção dos direitos fundamentais, tanto porque o número de eventuais beneficiados será maior, quanto porque

4 [https://www.redeitausocialdeavaliacao.org.br/wp-content/uploads/2015/11/relat\\_Mais\\_Educa%C3%A7%C3%A3o\\_COMPLETO\\_20151118.pdf](https://www.redeitausocialdeavaliacao.org.br/wp-content/uploads/2015/11/relat_Mais_Educa%C3%A7%C3%A3o_COMPLETO_20151118.pdf) (acesso em 28.abril.2018). A pesquisa sobre a política pública em questão foi desenvolvida no âmbito de grupo de pesquisa do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ e conduzida de forma específica pelo doutorando Alessandro Molon.

5 <https://www.todospelaeducacao.org.br/biblioteca/1546/inaf—alfabetismo-no-mundo-do-trabalho/> (acesso em 28.abril.2018)

6 CF/88: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

7 MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macro economia. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 228 e ss..

a ação coletiva tem o potencial de afetar a política pública geral sobre o tema. Assim, uma ação ajuizada por uma associação de portadores de determinada doença postulando medicamentos pretende, em última análise, que cada associado receba o produto, assim como se passa em ações individuais com o mesmo pedido. Nada obstante, o impacto possível sobre a política pública de dispensação farmacêutica será provavelmente maior do que a desencadeada por várias ações individuais<sup>8</sup>.

Outras vantagens são também associadas às ações coletivas. Além de reduzir a sobrecarga do Judiciário, ações coletivas para a exigibilidade de prestações vinculadas à promoção dos direitos podem minimizar, ao menos do ponto de vista teórico, duas críticas tradicionalmente dirigidas às demandas individuais: uma relacionada com a apreciação dos eventuais argumentos sobre o impacto financeiro dos pedidos formulados e a outra diretamente associada ao princípio da igualdade.

Com efeito, no controle subjetivo individual – isto é: a demanda individual ajuizada pelo interessado, titular do direito subjetivo –, por sua própria estrutura e natureza, haverá maior dificuldade de lidar com o chamado argumento da “reserva do possível”. Com efeito, diante da alegação do Poder Público de que não há recursos ou de que os recursos disponíveis estão vinculados a outras despesas, nos termos do orçamento, há pouco que o magistrado possa fazer para examinar o argumento de forma consistente. A possibilidade de levar a cabo perícias do orçamento e da execução orçamentária dos entes públicos no âmbito de ações individuais não parece plausível. Assim, no mais das vezes, o magistrado tem três opções: (i) ignorar o argumento; (ii) curvar-se a ele; ou (iii) fazer um juízo de razoabilidade genérico, baseado na sua percepção (parcial) da realidade e no seu bom senso. Um magistrado pode considerar que uma prestação de R\$ 50.000,00 deve ser custeada pelo Poder Público pois tal valor, imagina o juiz, *provavelmente* não interfere gravemente com as disponibilidades de recursos públicos; fosse o custo de R\$ 500.000,00, porém, talvez a conclusão fosse diversa; fosse outro o juiz, é possível que outras fossem as conclusões.

Essa dificuldade, porém, parece ser substancialmente minimizada uma vez que o controle sobre a alegada omissão estatal na prestação de determinado bem ou serviço se coloque no plano coletivo. *Em primeiro lugar*, a discussão coletiva exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas – o que em geral não ocorre no contexto de ações individuais –, tornando mais provável esse exame. Além disso, ao menos em tese, os legitimados ativos (Ministério Público, Defensoria Pública e associações) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los. Será possível ter uma ideia mais realista de quais as dimensões da necessidade (isto é: qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como titulares daquele bem ou serviço) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo.

Além disso, é comum a afirmação de que, preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *micro-justiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macro-justiça*<sup>9</sup>. Ora, na esfera coletiva será mais fácil examinar a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral (*e.g.*, o dever de construir um posto de saúde), de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macrojustiças.

Quanto ao princípio da igualdade, a tutela coletiva tem o potencial de promovê-lo melhor já que a prestação de saúde concedida por um magistrado a determinado indivíduo deveria poder ser concedida também a todas as demais pessoas na mesma situação. Se a decisão judicial que concede determinado bem ou serviço não pode ser razoavelmente universalizada, acaba-se por consagrar uma distribuição no mínimo pouco democrática dos bens públicos: todos custeiam – sem que tenham decidido fazê-lo – determinadas necessidades de alguns, que tiveram condições de ir ao Judiciário e obtiveram uma decisão favorável.

Não se trata, naturalmente, de impedir o processamento de demandas individuais, mas de tentar,

8 Para uma discussão sobre a importância das ações coletivas e sua capacidade de minimizar problemas observados nas ações individuais, v. BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: Complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: GUERRA, Sidney e EMERIQUE, Lilian Balmant (Org.). Perspectivas Constitucionais Contemporâneas. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, p. 221-247, 2010.

9 AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha – em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas, Rio de Janeiro: Renovar, 2001 e GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

paralelamente a elas, discutir a questão em outras sedes, de modo a produzir mais igualdade, ampliar a efetividade das disposições constitucionais e evitar efeitos colaterais observados no contexto das demandas individuais. As ações coletivas, como se vê, são depositárias de grandes esperanças no que diz respeito à promoção equitativa de direitos.

É bem de ver que as ações coletivas, para além de pedidos de bens privados – consumidos individualmente –, podem também veicular demandas nas quais se postulam bens públicos, isto é, aqueles cujo consumo não reduz a disponibilidade do bem para o restante das pessoas. Exemplos clássicos oriundos da teoria econômica sobre bens públicos são a defesa pública, a iluminação pública, informação, condições ambientais adequadas, dentre outros: a fruição desses bens por um indivíduo não diminui sua disponibilidade para os demais. Bens que admitem utilização por uma quantidade limitada de pessoas por vez, mas cuja disponibilidade em alguma medida persiste no tempo – como equipamentos urbanos, hospitais, plantas de coleta e tratamento de esgoto, etc –, também podem ser considerados bens públicos para os fins da classificação que se discute neste estudo.

A distinção é relevante sob duas perspectivas principais. A primeira envolve o debate em torno da igualdade referido acima: nas demandas coletivas que postulam bens privados, eles serão fruídos de todo modo apenas por aqueles que estejam sendo substituídos pelos autores da demanda; quando se trate de bens públicos, o conjunto de beneficiários será potencialmente mais amplo, sobretudo ao longo do tempo. Uma segunda distinção é observada no conjunto de providências necessárias para a execução de decisões que comandam a prestação/oferta de bens públicos, em contraste com o necessário para cumprir decisões que julgam procedentes pedidos de bens privados, sobre o que se tratará adiante.

Em geral, a tutela coletiva de bens públicos pode desdobrar-se em três manifestações principais. Em primeiro lugar, essa pretensão pode envolver o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos. Não há dúvida de que a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo – sobretudo quando seu comando não envolve outras providências para além da declaração contida na decisão – pode ser da maior relevância para o respeito e/ou a promoção de direitos fundamentais e terá efeitos gerais, tal qual acontece com um bem público. Um exemplo é suficiente para demonstrar o argumento: a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto da Emenda Constitucional nº 19/98, que pretendia estabelecer um teto para o benefício da licença maternidade, teve um impacto direto na garantia de direitos relacionados com a igualdade da mulher no mercado de trabalho e com a proteção da maternidade e da infância<sup>10</sup>. E o benefício obtido por cada mulher por conta da decisão não reduziu o proveito possível para todas as demais.

Em segundo lugar, essa espécie de pretensão pode dizer respeito à exigibilidade de que exista uma política pública sobre determinado direito. Eventualmente, pode haver uma norma geral provendo sobre o direito, mas nenhuma política foi delineada para lhe dar concretude ou há problemas sérios estruturais com as políticas existentes. Nesse contexto, é possível pedir ao Judiciário que imponha aos poderes competentes o dever de elaborar ou corrigir uma política pública sobre o tema em caráter geral<sup>11</sup>. Dependendo do pedido, ou da forma como ele seja compreendido pelo julgador, a execução de eventual decisão judicial nesse contexto pode ser satisfeita pela apresentação de uma política pública sobre o tema nos autos, pelas autoridades competentes e pelos meios constitucionalmente exigidos (lei, ato do Poder Executivo, etc.), ou pode envolver um juízo acerca do conteúdo da política apresentada, ou ainda pode vir a requerer algum tipo de controle acerca da execução

10 STF, ADI 1946, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 03.06.2003. Vale conferir trecho que constou da ementa da decisão: “3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime.”

11 Sobre o tema, v. SABEL, Charles F. e SIMON, William H.. 2004. Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds, Harvard Law Review, v. 117, 2004, p. 1015-1101.

da política, o que nos conduz a um terceiro grupo de demandas.

Com efeito, uma terceira subdivisão dessas pretensões de bens públicos congrega aquelas hipóteses nas quais se postula a prestação concreta de serviços que, por sua natureza, serão fruídos coletivamente. É o caso, por exemplo, de plantas de tratamento de esgoto para uma determinada cidade, políticas ambientais, e a existência de hospitais ou escolas. Nesse caso não se postula, por exemplo, uma vaga em uma escola para determinada pessoa ou para um grupo de indivíduos, ou um procedimento médico, mas a existência permanente da escola ou do hospital.

É certo que a fronteira entre o segundo e o terceiro grupo de demandas referidos acima é amplamente permeável e a distinção tem fins didáticos. O ponto a destacar aqui é que em demandas como essas, a execução de eventuais decisões favoráveis às pretensões dos autores exigirá providências muito mais complexas do que simplesmente a compra e a entrega de medicamentos, por exemplo, ou o depósito do recurso correspondente na conta dos autores de demandas que solicitam bens privados.

As demandas de natureza coletiva, portanto, apresentam grandes potenciais. Entretanto, é preciso também reconhecer seus limites – que muitas vezes podem ser descritos como frustrações – e enfrentar os desafios que eles oferecem. O limite sobre o qual se quer tratar aqui se relaciona com o próprio cumprimento efetivo das decisões judiciais proferidas. E os desafios – dos quais se tratará no próximo tópico – envolvem (i) a indispensável necessidade de colaboração com as instâncias majoritárias para que essa execução aconteça, sobretudo quando se cuide da tutela de bens públicos e (ii) a também indispensável necessidade de que o processo coletivo seja capaz de fornecer informações para a sociedade em geral, e para os grupos especialmente interessados em particular, acerca do que se passa no âmbito da execução, e não apenas do processo de conhecimento. Aprofunde-se brevemente o limite referido acima.

Nas últimas décadas multiplicaram-se decisões judiciais, ao redor do mundo e no Brasil, com o objetivo de promover a realização de direitos fundamentais. Os exemplos envolvendo direitos sociais são provavelmente os mais emblemáticos, mas não são únicos: demandas envolvendo direito à água, à alimentação, a prestações de saúde, à habitação, a saneamento básico, etc.. Mas o que aconteceu efetivamente com essas decisões? Elas foram executadas? Elas incrementaram a realização dos direitos fundamentais no mundo dos fatos? Esse é um tema que tem suscitado amplo debate entre acadêmicos e ativistas ao redor do mundo<sup>12</sup>.

A conclusão preliminar a que já se chegou, não apenas no Brasil, mas também em outros países, é a de que as decisões judiciais são executadas de forma razoável quando se trate de bens privados postulados em demandas individuais, como, *e.g.*, a entrega de medicamentos. Entretanto, quando se cuida de ações coletivas e/ou de demandas que envolvem bens públicos, como a alteração, correção ou implantação de uma política pública, a execução das decisões judiciais pode demorar décadas (mais tempo do que a política pública que se postula levaria para ser executada caso fosse uma prioridade governamental) ou eventualmente nunca acontecer. E isso porque a cooperação dos demais Poderes é essencial e os mecanismos de sanção de que o Direito dispõe simplesmente não têm como impor essa cooperação, caso ela não se desenvolva naturalmente de acordo com a lógica política. O debate contemporâneo sobre o assunto tem justamente apontado a necessidade de as demandas que postulam direitos serem acompanhadas por movimentos sociais e de pressão cuja articulação no espaço público garanta que o tema objeto da decisão judicial tenha a necessária prioridade no debate político. O exemplo do saneamento no Brasil ilustra o ponto<sup>13</sup>.

Desde o início da década de 1990 dezenas de ações foram ajuizadas pelo Ministério Público postulando a instalação ou a ampliação de sistemas de coleta e tratamento de esgoto em cidades pelo país afora, e muitas decisões judiciais atenderam tais pedidos. Não é difícil imaginar as principais etapas necessárias à execução dessas decisões. Em primeiro lugar, será preciso fazer um plano de saneamento que leve em conta as características da cidade, tanto em termos hídricos quanto populacionais, dentre outros aspectos.

12 V., por todos, GAURI e BRINKS, *Courting social justice. Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

13 As informações sobre o tema do saneamento utilizadas no texto podem ser conferidas em BARCELLOS, Ana Paula de. *Sanitation Rights, Public law Litigation and Inequality: A Case Study from Brazil*, *Health and Human Rights*, v. 16/2, p. 35-46, 2014.



Muitas vezes o Município não terá pessoal técnico, de modo que precisará socorrer-se da cooperação da União ou do Estado para elaborar seu plano, que, de todo modo, terá que harmonizar-se com os planos dos municípios vizinhos e com o do Estado.

Definido o plano de saneamento e os sistemas que deverão ser construídos, será o momento de decidir quem executará essas obras e qual será o modelo adotado para a posterior prestação do serviço, já que as duas decisões podem repercutir uma sobre a outra. Haverá uma concessão do serviço e licitação das obras em conjunto? Ou apenas serão licitadas as obras e o Município prestará o serviço? Ou o Município fará tudo? Trata-se de uma região metropolitana, que exigirá ainda a organização entre o Estados e os Municípios que a integram? Se houver dispêndio de recursos por parte do Município, terá que haver previsão orçamentária, e nesse ponto o Legislativo será chamado a participar da execução da decisão judicial.

Ultrapassada essa segunda etapa, possivelmente terá lugar a licitação para o que quer que tenha sido decidido pelo Município, nos termos em que haja decidido. Encerrado o certame, o vencedor iniciará as obras, e provavelmente o primeiro item de sua lista será obter as licenças ambientais necessárias, além das outras licenças eventualmente pertinentes. Vencida essa fase, as estruturas começarão a ser construídas, o que poderá levar vários anos dependendo da dimensão dos sistemas. Depois chegará a parte de testes para, enfim, a promoção do direito fundamental das pessoas efetivamente acontecer. Ao longo do percurso muitos eventos podem se apresentar: a intervenção do Tribunal de Contas, decisões judiciais determinando a suspensão, *e.g.*, da licitação, das obras, das licenças, mudanças de governo, com as inevitáveis transições a ela inerentes e eventual alteração das concepções políticas acerca das decisões tomadas pelo governo anterior, etc.

Uma narrativa similar à descrita acima poderia ser imaginada, por exemplo, no caso de demandas discutindo iniciativas em saúde coletiva (construção e reformas de hospitais, contratação de profissionais de saúde, rotinas de prevenção, etc.) ou em moradia. A execução de eventual decisão judicial que tratasse de um dos maiores desafios em matéria de direitos fundamentais no Brasil hoje – a qualidade da educação – apresentaria ainda maiores complexidades. Mas não são apenas os direitos sociais prestacionais que enfrentam essas dificuldades. A execução de uma decisão judicial que pretendesse interferir na política pública que trata, por exemplo, da erradicação do trabalho escravo, exigiria igualmente a organização de estruturas de fiscalização e de monitoramento a cargo, em última análise, de órgãos de outros Poderes, que não o Judiciário.

Não é difícil perceber que os protagonistas de todas as etapas descritas acima serão agentes públicos da Administração Pública e do Legislativo. Isso não significa que as decisões judiciais que visam a promover direitos fundamentais em sede coletiva não sejam importantes. Muito ao contrário. Frequentemente são elas que forçam a entrada de determinados temas esquecidos na pauta política e desencadeiam outros esforços no mesmo sentido. De qualquer sorte, o protagonismo da execução continua a ser das instâncias majoritárias.

Ou seja: não se pode ignorar que também as decisões judiciais, por melhores que sejam, são igualmente um ponto de partida e não um ponto de chegada. Entre o pedaço de papel e a efetiva promoção dos direitos das pessoas no dia a dia há um caminho a ser construído e percorrido, no mais das vezes pelo Executivo e pelo Legislativo. Será um equívoco ignorar as instâncias majoritárias ou imaginar que a promoção dos direitos fundamentais poderá ser produzida sem a sua cooperação ou apesar dela. Esse limite suscita dois desafios a serem enfrentados pelo processo coletivo, sobre os quais se passa a tratar.

### **III. O PROCESSO COLETIVO E O DESAFIO DA NECESSIDADE DE COLABORAÇÃO COM AS INSTÂNCIAS MAJORITÁRIAS**

Nesse contexto, o primeiro desafio que o processo coletivo precisará enfrentar, particularmente no contexto do controle das políticas públicas, será a necessidade inevitável de colaboração das instâncias majoritárias – do Executivo e até mesmo do Legislativo – para que a decisão tomada tenha a real possibilidade de vir a ser cumprida.

O direito em geral não trabalha com a ideia de colaboração entre as partes que estão em litígio: se elas fossem capazes de colaborar, imagina-se que elas não teriam chegado ao Judiciário. A realidade não corresponde

exatamente a essa premissa e tanto é assim que o CPC procura estimular de muitas formas a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual (art. 3º, § 3º). Muitas vezes, o risco de uma decisão impositiva por parte da autoridade judicial cria estímulos antes inexistentes e leva as partes a algum tipo de acordo que não conseguiram conceber por si mesmas.

A verdade, porém, é que boa parte desse estímulo ou incentivo para a eventual conciliação deriva do risco associado às sanções e às providências executórias que o Judiciário pode impor para forçar o cumprimento de suas próprias decisões. Diante dessa ameaça, agora muito mais próxima, e de todo o custo e tempo que o processo consumirá, as partes podem considerar mais vantajoso celebrar um acordo. A dinâmica judicial está, assim, diretamente relacionada com as sanções que pode impor e com a capacidade de fazer cumprir suas decisões por meios de execução que tanto quanto possível não dependam da boa vontade do devedor recalcitrante. A dificuldade quando se trata de ações coletivas que pretendam controlar políticas é justamente a limitação dos mecanismos sancionadores e executórios, e sua dificuldade de vir a substituir a vontade e a ação das partes eventualmente consideradas devedores, a saber: as instâncias majoritárias.

As sanções em geral associadas a obrigações de fazer descumpridas envolvem multa, restrição de direitos, responsabilização por crime de desobediência e, em determinados casos, prisão. O art. 139 do CPC, IV, do CPC, prevê que o Juiz poderá: “*IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.*”. O parágrafo único do art. 403 do CPC, ao tratar da exibição de coisa ou documento, prevê que “*Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.*” O art. 500, cuidando da execução de prestações de fazer, não fazer ou de entregar coisa, dispõe que “*A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação.*”, e o art. 537, como se sabe, disciplina a multa<sup>14</sup>. O art. 528, por seu turno, regula a prisão no caso específico do devedor de prestação alimentícia.

Caso todos esses meios de sanções, que visam a induzir o devedor a cumprir sua obrigação não produzam o resultado desejado, quais as opções das quais o Direito dispõe para garantir a execução de suas decisões? Todas as expressões contidas no inciso IV do art. 139, referido acima, redundarão em geral em apenas duas opções no que diz respeito à execução propriamente de obrigações de fazer: (i) atribuir a um terceiro a execução da obrigação e cobrar o custo do devedor, nos termos do art. 249 do Código Civil<sup>15</sup> e do art. 536 do CPC<sup>16</sup>, ou (ii) transformar essa obrigação em perdas e danos. Nos dois casos, a solução passa por cobrar do devedor dinheiro, e não comportamentos, por uma razão simples: é possível levar a cabo meios coercitivos para extrair dinheiro do devedor (caso ele tenha recursos, naturalmente), mas não é possível forçá-lo, por meio de violência, a praticar determinados comportamentos, caso se recuse.

A transposição desses mecanismos para o contexto de ações coletivas que visam a controlar políticas públicas, de responsabilidade de órgãos ou entidades públicas, revela desde logo suas limitações. É bastante comum que as decisões judiciais imponham multas aos agentes públicos no âmbito de ações coletivas, a fim de tentar estimular seu cumprimento. Esse tipo de estímulo, porém, é recebido pelos agentes públicos e por

14 CPC, art. 537: “A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito. § 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I – se tornou insuficiente ou excessiva; II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. § 2º O valor da multa será devido ao exequente. § 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. § 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado. § 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.”

15 Código Civil, art. 249: “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível. Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.”

16 CPC, art. 536: “No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”

eventuais agentes privados de forma diversa e nem sempre o resultado é o esperado. Condenações financeiras contra o Poder Público, por exemplo, dificilmente produzem como resultado a alteração de políticas públicas, já que raramente a Administração que responde à demanda será a que pagará a indenização: o impacto dessa condenação será sentido (se o for) em gestões futuras, e não na presente<sup>17</sup>.

Existe debate doutrinário e jurisprudencial<sup>18</sup> sobre a possibilidade de fazer a multa incidir sobre o patrimônio pessoal do agente público que, *sem justo motivo*, deixe de cumprir a decisão judicial. A verdade, porém, é que em demandas complexas acerca de políticas públicas dificilmente um agente público terá o condão de, sozinho, garantir a execução do que tenha sido decidido, e menos ainda em curto período de tempo. Em qualquer caso, a multa pessoal pode até estimular um agente público específico a praticar os atos exigidos pela decisão judicial no âmbito da sua competência, mas dificilmente será capaz de fazer com que o resultado final efetivamente pretendido pela decisão seja produzido. A restrição de direitos não parece aplicável às pessoas jurídicas de Direito Público e sua eventual incidência sobre os agentes públicos ensejaria as mesmas discussões que as multas ensejam.

E o mesmo se diga, com ainda maior razão, de decisões judiciais que determinam a prisão de agentes públicos caso seu comando não seja cumprido: a medida pode funcionar em demandas que postulam bens privados relativamente simples, ainda que custosos – como o fornecimento de medicamentos – , mas dificilmente será útil em uma ação que discuta a instalação, por exemplo, de uma planta de coleta e tratamento de esgoto. Não parece razoável imaginar que o Judiciário poderia manter preso por diversos anos agente público até que a planta tenha sido concluída e esteja em funcionamento.

Limitação similar se apresenta em relação aos mecanismos disponíveis para promover, afinal, a execução da decisão, caso o devedor não a leve a cabo. Quem poderia tomar, em substituição ao Poder Público, as diversas decisões políticas e técnicas que a concepção e a execução de uma política pública demandam? Sob a perspectiva democrática e da separação de poderes, dentre outras, não parece viável que o Judiciário pudesse simplesmente atribuir essa responsabilidade a um terceiro, e impor ao Poder Público o custeio do que quer que esse terceiro viesse a decidir. Como um terceiro decidiria, por exemplo, um plano de saneamento municipal? Como um terceiro – não eleito – poderia negociar com Estado e União a integração desses planos, a realização ou não de licitação, etc.? A solução subrogatória não parece muito plausível nesse ambiente.

Por outro lado, converter em perdas e danos a obrigação de fazer do Poder Público também não resolve a questão. Em primeiro lugar, porque dinheiro está longe de ser um substituto adequado para a promoção, respeito e proteção do direito pretendido pela política pública que se pretende seja executada por meio da ação coletiva. Dinheiro não se transforma, automaticamente, em educação, em água potável e em ambiente livre de contaminação por esgoto: ainda que custem dinheiro, serviços são indispensáveis para que esses direitos sejam protegidos. Mesmo que a população que mora em torno de um córrego de esgoto receba algum valor de indenização pela ausência do serviço de saneamento, o risco sanitário que ela corre não deixa de existir por isso. E, em segundo lugar, eventual indenização dificilmente seria apropriada diretamente pelas pessoas destinatárias reais da política pública, sendo no geral absorvida pelas instituições que ajuizaram as ações.

A que ponto chegamos então? É preciso reconhecer que o Direito tem determinados limites, e que particularmente os mecanismos sancionatórios e executórios existentes são limitados na sua capacidade de impor às instâncias majoritárias a adoção de comportamentos, caso elas não tenham interesse (político) de adotá-los. Não se trata de minimizar os vários papéis que as decisões judiciais têm e podem ter no tema dos direitos<sup>19</sup>, mas apenas de constatar que assim como a edição de uma lei criando uma política pública de promoção de determinado direito será apenas um ponto de partida, o mesmo acontece com decisões judiciais mais

17 GILLES, Myriam E. 2000/2001. In defense of making Government pay: the deterrent effect of constitutional tort remedies, *Georgia Law Review* v. 35, p. 845-880; LEVINSON, Daryl J. 2000. Making Government pay: markets, politics, and the allocation of constitutional costs, *University of Chicago Law Review*, v. 67, p. 345-420; e LANDES, W. e POSNER, R. 1987. *The economic structure of tort law*, Cambridge: Harvard University Press.

18 Confiram-se REsp 1399842/ES, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe 03-02-2015; REsp 1657795/PB, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 13-09-2017.

19 MCCANN, Michael. 2008. Litigation and Legal Mobilization. In: WHITTINGTON, Keith E., KELEMEN, R. Daniel, e CALDEIRA, Gregory A., *The Oxford Handbook of Law and Politics*. New York: Oxford University Press, p. 522-540.

complexas, que pretendem interferir com políticas públicas de forma coletiva. A transformação da realidade não se seguirá magicamente à expedição da decisão ou da ordem de “cumpra-se”.

A cooperação das instâncias majoritárias, portanto, será fundamental para que as decisões judiciais nesse contexto sejam efetivamente executadas. O desafio, portanto, é tentar discutir como o Judiciário – privado em parte de seu instrumental básico, que é a sanção – pode estimular a colaboração nesse contexto. Como Juízes e Tribunais podem contribuir para que as instâncias majoritárias tenham interesse político em colaborar com o processo e com sua solução e/ou executar a decisão judicial? Esse é o tema a ser discutido: esse é o desafio a enfrentar. Segue apenas uma ideia que parece relevante nesse contexto.

A despeito das limitações referidas acima, um efeito digno de nota que a jurisdição pode ter sobre a promoção de direitos fundamentais é o efeito de pauta política: e esse talvez seja o mais importante quando se trata de políticas públicas a cargo do Poder Público. Determinadas decisões, mesmo quando não cumpridas de imediato ou no prazo previsto inicialmente, podem influenciar a pauta política, seja por sua própria natureza (como aquelas que declaram uma omissão inconstitucional e constituem em mora os demais poderes), seja por conta da repercussão que tenham na imprensa, ou por outras razões menos óbvias<sup>20</sup>. Na verdade, o próprio processo pode ajudar a colocar determinados temas na pauta política, desencadear o debate público e contribuir para o processo de mudança social ainda que de forma indireta e em conjunto com outros elementos<sup>21</sup>.

A lógica subjacente é simples: uma vez que determinada necessidade social atraia a atenção da mídia e da sociedade, passando a ser discutida de forma específica e destacada do conjunto de outras inúmeras necessidades, é mais provável que o Poder Público tenha interesse político – por conta do eventual retorno eleitoral – de atender a essa necessidade, colaborando assim para o cumprimento da decisão judicial. O processo judicial, eventuais manifestações que o Poder Público deva apresentar ao longo dele (como, por exemplo, propostas, relatórios, prestações de contas, etc.) e mesmo decisões judiciais nele proferidas podem ser elementos que contribuem para colocar na pauta política o tema em tela.

Ainda que a decisão judicial não seja capaz de, sozinha, produzir o resultado pretendido, ela pode ajudar a desencadear o processo e, em conjunto com outros elementos, gerar estímulos para a construção dos meios necessários à proteção e promoção dos direitos. O Direito não pode tudo, longe disso, mas ele continua a ter um papel importante a desempenhar e devemos fazê-lo da melhor forma possível. E nesse contexto se coloca o segundo desafio do processo coletivo, particularmente quando ele envolve o controle das políticas públicas, que é o desafio da informação processual para além das decisões em sede do processo de conhecimento.

#### IV. O PROCESSO COLETIVO E O DESAFIO DA INFORMAÇÃO/COMUNICAÇÃO COM A SOCIEDADE NO QUE DIZ RESPEITO A SUA EXECUÇÃO

O primeiro desafio apresentado acima diz respeito à necessidade de estimular a colaboração das instâncias majoritárias para a solução das demandas coletivas que tratam de políticas públicas, diante da constatação de que os mecanismos tradicionais do Direito não serão capazes de força-las a fazer o que não desejem politicamente realizar. Um dos estímulos que a jurisdição pode ser capaz de desencadear nesse contexto é o efeito de pauta política. Para isso, porém, será indispensável que exista informação pública e facilmente disponível nos bancos de dados eletrônicos (sites) dos órgãos do Poder Judiciário não apenas acerca de eventuais decisões proferidas no âmbito do processo de conhecimento, mas também de informações acerca do andamento da execução das decisões ou de negociações em torno do efetivo cumprimento daquilo que é discutido nos autos.

A pesquisa reportada acima sobre ações envolvendo a prestação de serviços de saneamento revelou que

20 KINGDON, J. 2010. *Agendas, alternatives and public policies*, 2a ed., New York: Harper Collins; e KINGDON, 2010; e BIRKLAND, T. 2007. *Agenda setting in public policy*, in FISCHER, F., MILLER, G., SIDNEY, M. (Ed.). *Handbook of public policy analysis. Theory, politics and methods*, New York: CRC Press.

21 Sobre o debate acerca do potencial que litígios e decisões judiciais podem ter como instrumentos de transformação social, dentre outros, v. YOUNG, K. 2012. *Constituting economic and social rights*, Oxford: Oxford University Press; KLEIN, A. 2007/2008. *Judging as nudging: new governance approaches for the enforcement of constitutional social and economic rights*, *Columbia Human Rights Law Review* v. 39, p. 351-422; ROSENBERG, G. 2008. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* 2a ed., Chicago: The University of Chicago Press; e GARGARELLA, R., DOMINGO, P., ROUX, T. (Ed.). 2006. *Courts and social transformation in new democracies. An institutional voice for the poor?*, Aldershot/Burlington: Ashgate.

há pouca ou nenhuma informação no acompanhamento eletrônico daqueles processos acerca da execução das decisões que tenham sido proferidas. Não se trata de um problema isolado: a observação diz respeito aos bancos de dados da Justiça Estadual de todos os Estados e às cinco regiões da Justiça Federal comum. Em geral, há no máximo registro de ofícios encaminhados ou recebidos, sem nota acerca de seu conteúdo ou cópia de seu teor. Grupo de pesquisa em desenvolvimento no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ tem igualmente se ocupado dessa espécie de pesquisa e enfrentado a mesma dificuldade: em geral, não é possível saber o estágio da execução a partir da consulta ao andamento processual e muitas vezes até mesmo o contato com o autor da demanda – Ministério Público, como regra – é infrutífero, pois também o Ministério Público aparentemente não acompanha a execução das decisões proferidas em ações por ele ajuizadas.

Há duas dimensões aqui a considerar. Em primeiro lugar, o princípio – *rectius*; o dever – da publicidade, imposto ao Estado como um todo, e sua contraparte: o direito à informação. A publicidade dos atos processuais e julgamentos é a regra geral constitucional (art. 5º, LV e art. 93, IX), como se sabe. É bem de ver, no entanto, que os destinatários dessa publicidade processual não são apenas as partes, mas a sociedade como um todo, sobretudo em se tratando de demandas coletivas. O serviço prestado pelo Judiciário é um serviço público, prestado à comunidade que, como regra geral – salvo as exceções constitucionais –, tem o direito à informação acerca não apenas do que é decidido, mas de qual o resultado no mundo real das decisões judiciais. Os atos processuais não se limitam ao que acontece na fase de conhecimento, mas a todo o serviço prestado pelo Judiciário. Aprofunde-se brevemente a questão.

A Lei nº 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação – que expressamente aplica-se ao Judiciário, como não poderia deixar de ser (art. 1º, parágrafo único, I), regula alguns aspectos da questão que são relevantes aqui. Em primeiro lugar, a lei prevê que a publicidade deve ser uma atividade ativa e não passiva, significando que as autoridades públicas devem divulgar as informações de interesse público como rotina e espontaneamente, independentemente de solicitação. Nesse sentido, o inciso II do art. 3º da Lei nº 12.527/2011, impõe ao agente público um dever ativo e permanente de tornar públicas as informações de interesse público. O objetivo da lei é retirar do indivíduo e da sociedade a integralidade do ônus e esforço necessários para obtenção da ciência e do conhecimento acerca dos atos do poder público. O que se pretende aqui, muito mais do que a passividade, é uma postura estatal ativa no particular.

Ou seja: cabe ao Estado agir, espontaneamente, e tomar providências para levar seus atos à ciência e ao conhecimento das pessoas, mesmo que elas não o solicitem de forma específica. Por natural que a ação estatal não terá como assegurar que, de fato, as pessoas terão conhecimento de tais atos – elas podem simplesmente não estar interessadas neles –, mas cabe-lhe criar as melhores condições para que isso seja possível. Por isso mesmo, dependendo da espécie de ato estatal, das pessoas envolvidas e da relação entre esses dois elementos (atos e pessoas), as formas de proporcionar ciência e conhecimento poderão variar. Não se está enunciando, a rigor, qualquer novidade.

As formas de que o Estado se vale para dar publicidade a seus diferentes atos devem, tanto quanto possível, ser capazes de proporcionar ciência e conhecimento de tais atos aos indivíduos. A publicidade, portanto, não se realiza por meio de uma mera formalidade. Muito ao revés, o Estado deve empregar meios que, ao menos presumidamente – isto é: com base na observação daquilo que geralmente acontece –, produzam acesso real das pessoas ao conhecimento dos atos estatais. A Lei de Acesso à Informação aposta nos meios eletrônicos como aqueles que poderão ser mais capazes – a médio prazo, talvez – para levar conhecimento acerca das informações públicas às pessoas. A aposta parece justificada.

É interessante observar que em outros campos, em relação aos quais a ordem jurídica também exige publicidade, a lógica é a mesma: os meios empregados para atender o dever de publicidade devem ser aqueles realmente capazes (ou, ao menos, presumidamente capazes) de levar ao conhecimento das pessoas envolvidas as informações relevantes. É o caso, *e.g.*, do mercado de capitais e das relações de consumo. A legislação exige

a publicação em meios adequados daquilo que deve ser levado ao conhecimento do mercado<sup>22</sup> e a entidade reguladora – no caso, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – estabelece também normas exigindo que informações estejam disponíveis em *sites*, na *internet*, e que determinados investidores (como cotistas de fundos de investimento) recebam correspondência pessoal. Em linha similar, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) impõe aos fornecedores deveres em matéria de informação e, adicionalmente, associa ao direito à informação dois adjetivos especialmente relevantes: a informação a ser prestada deve ser clara e adequada<sup>23</sup>. As normas que regulam as companhias abertas tratam também de informação *relevante*.

Além de efetivamente disponível, portanto, a informação deve ser compreensível, ou inteligível, e relevante. Ora, assim como se passa no âmbito das relações de consumo e do mercado de capitais, a informação a ser prestada aos indivíduos pelo Estado – isto é: o objeto, afinal, do dever de publicidade – deve ser também inteligível e relevante. A intelegibilidade diz respeito à linguagem e à apresentação da informação, de modo que ela seja compreensível – ou tão compreensível quanto possível – para seus destinatários. Se a informação é prestada em linguagem técnica, ou de forma tão complexa ou desordenada que as pessoas não são capazes de compreendê-la, não terão sido cumpridos os deveres de publicidade e de prestação de contas. Por outro lado, frequentemente a informação de um ato isolado, fora de seu contexto, pode tornar-se incompreensível para os destinatários. A relevância, por seu turno, diz respeito àquilo que deve ser informado: de um universo bastante amplo de dados existentes, somente serão relevantes as informações que puderem esclarecer adequadamente os seus destinatários.

No caso de um processo coletivo que discute a execução de uma política pública, é certo que a informação acerca da decisão tomada é relevante; mas igualmente relevante – talvez ainda mais – será saber se essa execução está sendo executada efetivamente, em que termos ou em que ritmo, quais os óbices eventualmente suscitados, e o quais as providências tomadas para superá-los. Afinal, o objetivo da prestação jurisdicional não é exatamente produzir decisões, mas garantir que a ordem jurídica seja cumprida no mundo dos fatos, e não apenas no papel. As decisões judiciais são meios para esse fim, que pode eventualmente ser obtido por outros meios, como a conciliação. Se os sistemas informatizados do Judiciário não trazem informação sobre essa fase fundamental do serviço jurisdicional, esse é um desafio que precisa ser enfrentado, em primeiro lugar, sob a perspectiva do dever de publicidade e do direito à informação.

A segunda dimensão a considerar se conecta com o primeiro desafio, como já antecipado, e pode ser enunciada de forma bastante simples. As decisões proferidas no âmbito do processo de conhecimento têm naturalmente algum impacto sobre a pauta dos debates públicos. As maiores dificuldades, porém, surgem ao longo do processo de execução, como discutido acima e é exatamente nessa fase que o debate público será mais importante para o fim de criar incentivos para que os agentes públicos, em última análise responsáveis pela execução do que tenha sido decidido ou que esteja em negociação, decidam agir de forma colaborativa. Se um eventual interessado no assunto – jornalista, ONG, pesquisador, etc. – busca informação e não a encontra, tal circunstância gera inevitavelmente um custo adicional em tempo e recursos para que o tema seja examinado, divulgado, debatido e influencie a pauta política.

Alguns exemplos ilustram o ponto. Imagine-se que uma jornalista decide fazer uma matéria sobre as decisões judiciais proferidas em ações coletivas sobre serviços de saneamento. Após uma pesquisa preliminar e algumas ligações para o Ministério Público e/ou para profissionais que atuam na área ela descobre várias ações e decisões favoráveis. Parece um tema importante. Nada obstante, ela não consegue informação sobre se essas decisões foram cumpridas ou se estão realmente cumpridas, nem em que estágio a execução estaria. Para conseguir tais dados, ela teria de tentar obter a informação diretamente nas regiões em que as obras deveriam estar acontecendo. É possível, todavia, ela não tenha tempo ou condições de percorrer essas regiões em busca da informação e simplesmente desista da matéria.

Imagine-se agora uma associação de moradores que solicitou ao Ministério Público o ajuizamento da ação coletiva para tentar resolver a falta de saneamento da região: a ação foi afinal ajuizada e julgada procedente. O

22 Lei nº 6.404/76, art. 157.

23 Código de Defesa do Consumidor (CDC), art. 6º.

tempo passa, porém, e o esgoto continua correndo pelas ruas do bairro. No andamento do processo, tudo que eles encontram são as decisões já proferidas, que determinam que as autoridades públicas tomem uma série de providências, mas vários anos já se passaram e nada aconteceu; e eles também não conseguem facilmente informações sobre o que está efetivamente obstando a execução do que foi decidido e quem eles deveriam pressionar para tentar transformar em realidade aquilo que o Judiciário decidiu.

O desafio de fornecer informações sobre a execução das decisões proferidas no âmbito de ações coletivas, particularmente quando elas envolvam políticas públicas em matéria de direitos fundamentais, exigirá do processo uma reflexão específica e interdisciplinar sobre *como* estruturar melhor essa fase e os bancos de dados utilizados pelo Poder Judiciário para esse fim. E isso porque, dentre outras razões, a execução dessas decisões em geral demandará mais tempo do que a dos processos individuais, e envolverá mais atos e agentes. Essa complexidade, porém, pode ser absorvida e refletida de forma clara pelos sistemas de gestão de informação próprios, uma vez que os objetivos que o banco de dados pretende atingir sejam definidos de forma clara. O que se pretende aqui é exatamente suscitar uma reflexão específica sobre o tema.

## V. CONCLUSÕES

O compromisso da Constituição e das normas vigentes no país é com a promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais no mundo dos fatos: esse deve ser também o compromisso do processo coletivo que trate dessa espécie de tema. A simples existência de normas ou de decisões judiciais não é suficiente para realizar os comandos que pretendem a efetiva fruição, pelas pessoas, dos direitos ali previstos. Assim, como normas, decisões judiciais podem restar como meras folhas de papel sem a cooperação das instâncias majoritárias. Não se trata de minimizar o papel e a importância da jurisdição, e particularmente dos processos coletivos, mas justamente de tentar refletir sobre como potencializar suas capacidades.

Nesse sentido, considerando a limitação dos mecanismos sancionatórios e executórios no âmbito desse tipo de demanda, e sua incapacidade de impor condutas complexas ao Poder Público, é preciso enfrentar o desafio de incentivar a colaboração com as instâncias majoritárias nos processos coletivos, de modo a aumentar a probabilidade de que o resultado determinado pela decisão judicial se torne realidade. Para isso, e justamente a fim de potencializar o efeito sobre a pauta política que o processo judicial pode ter, parece igualmente importante a reflexão sobre como operacionalizar o desafio de prestar informação processual relevante, nos bancos de dados eletrônicos dos vários ramos do Poder Judiciário, acerca do que efetivamente acontece na realidade após as decisões serem proferidas, ao longo de sua execução, e em sua interação com o mundo dos fatos.

# LE AZIONI DI CLASSE DEI CONSUMATORI DALLE ESPERIENZE STATUNITENSIS AGLI SVILUPPI EUROPEI (1)

**Andrea Giussani**

Ordinario di Diritto processuale civile dell'Università di Urbino

Sommario: 1. Stipulazioni introduttive – 2. Le azioni collettive delle formazioni sociali – 3. L'azione di classe – 4. Garanzia dell'azione e mercato del servizio legale – 5. Effetti sul diritto sostanziale – 6. Conciliazione collettiva – 7. Tipi di azione di classe – 8. Attualità e prospettive per l'Italia e l'unione Europea

## 1. STIPULAZIONI INTRODUTTIVE

Un necessario punto di partenza della discussione sul tema qui proposto è costituito dalla definizione del suo oggetto in termini per quanto possibile precisi e tuttavia abbastanza elastici da risultare compatibili con l'analisi comparata. Deve pertanto trattarsi di nozioni in cui sia minimizzato l'impatto della cultura giuridica di provenienza, e di cui sia massimizzata la comprensibilità per chi a queste non appartenga.

Come per ogni problema metodologico, però, meglio delle disquisizioni opera la c.d. prova del budino, sicché si pongono qui preliminarmente le seguenti convenzioni terminologiche, usuali ma non scontate: *i*) per "azione di cognizione" si intende qui il diritto al provvedimento giudiziale sul merito intorno a una domanda di tutela di un bene della vita (da intendersi a sua volta come una concreta attribuzione normativa ad un soggetto della facoltà di accesso ad un'utilità); si qualifica a sua volta come "azione esecutiva" il diritto a conseguire, all'occorrenza tramite l'ausilio della forza pubblica, l'adeguamento della realtà materiale alla realtà giuridica, quale risultante da un provvedimento giudiziale o da una convenzione; *ii*) per "azione di condanna" si intende qui l'azione di cognizione diretta a conseguire un provvedimento attributivo di un bene della vita idoneo a permettere l'esercizio dell'azione esecutiva; si qualifica a sua volta come "azione di accertamento mero" quella rivolta a conseguire soltanto l'accertamento dell'attribuzione del bene della vita; *iii*) per "azione risarcitoria" si intende qui l'azione di condanna rivolta all'attribuzione di somme di denaro, sia a titolo di risarcimento del danno in senso stretto, sia a titolo di restituzione; a sua volta, si qualifica come "inibitoria" l'azione di condanna rivolta a conseguire l'attribuzione di altro genere di utilità; *iv*) per "azione collettiva" si intende qui, del tutto genericamente, l'azione di cognizione esercitata a tutela di una categoria di soggetti in quanto tale, ossia senza bisogno di identificarli singolarmente; non si prenderà invece in specifico esame qui, benché sia, oltre che concepibile, effettivamente conosciuta nell'esperienza applicativa, la c.d. "azione collettiva passiva", ossia l'azione esercitata nei confronti di una categoria di soggetti, non sussistendone una significativa presenza in materia di tutela del consumatore (2); *v*) infine, si intende qui per "azione di classe"

1 Questo contributo sviluppa la relazione svolta al convegno intitolato "L'Unione Europea, il diritto processuale e il diritto amministrativo locale: la difesa dei diritti e degli interessi dei cittadini", tenutosi presso il Reale Collegio di Spagna di Bologna il 25-26 maggio 2017.

2 Cfr. le ipotesi di azione di classe passiva configurate in Berizonce, Pellegrini Grinover, Landoni Sosa, *Codice modello di processi collettivi per Ibero-america*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, p. 567, nonché gli artt. 35 ss. del *Código modelo de procesos colectivos para Iberoamerica*, adottato dall'Instituto Iberoamericano de derecho procesal nel 2004; v. anche, sull'esperienza statunitense, per es. Yeazell, *The Past and Future of Defendant and Settlement Classes in Collective Litigation*, in *37 Arizona Law Review*, 1997, 687, pp. 702 ss.; cfr. però, per una proposta di eliminarle del tutto, Bronsteen, Fiss, *The class action rule*, in *78 Notre Dame Law Review*, 2003, p. 1422; in Italia ha prospettato l'azione di classe di accertamento negativo su iniziativa del potenziale convenuto Tavormina, *La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 247, ma cfr. *contra* per es. Consolo, *Come cambia, rivelando a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corriere giuridico*, 2009, p. 1300, e *si vis* già Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, pp. 121 ss.; un effetto simile può magari prodursi tramite strumenti rivolti alla risoluzione in via aggregata di mere questioni, anziché di controversie, come la *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)* germanica, su cui v. da ult. Hess, Reuschle, Rimmelspacher, *Kölner Kommentar zum Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*<sup>3</sup>, Köln, 2018; cfr. in proposito anche *infra*, § 5.



l'azione collettiva diretta a conseguire un provvedimento giudiziale i cui effetti di giudicato operino, oltre che nei confronti di chi la promuove, anche nei confronti degli altri componenti della categoria interessata.

## 2. LE AZIONI COLLETTIVE DELLE FORMAZIONI SOCIALI

Tradizionalmente la *ratio* delle azioni collettive in generale, e dell'azione di classe in particolare, viene ricondotta all'obiettivo di superare ostacoli di fatto all'accesso alla giustizia da parte dei titolari di pretese omogenee, soprattutto se di modesto valore unitario, come di frequente sono quelle dei consumatori <sup>(3)</sup>.

Si può osservare infatti che nel contesto di tale contenzioso seriale la sentenza di accoglimento della domanda costituisce un bene comune a consumo non rivale il cui costo è superiore al valore della sua utilità per ciascuno degli interessati: ne consegue che l'esercizio dell'azione individuale rappresenta una scelta irrazionale in misura direttamente proporzionale all'ampiezza del gruppo interessato e inversamente proporzionale al suo grado di coesione sociale <sup>(4)</sup>. Il legislatore che ritenga auspicabile che anche siffatte pretese possano di fatto ricevere tutela ha pertanto l'onere di introdurre incentivi alla proposizione della domanda giudiziale <sup>(5)</sup>.

Una diffusa strategia consiste nell'attribuire la legittimazione a far valere siffatte pretese a formazioni sociali private, considerate rappresentative della categoria interessata in forza delle adesioni dei loro appartenenti, sulla premessa che l'assolvimento per via giudiziaria delle loro finalità statutarie ne costituisca la remunerazione. Ciò si deve tuttavia soprattutto all'esigenza, emersa in molte occasioni, di sviluppare soluzioni, in assenza di disposizioni legislative esplicite sul punto, sulla base di costruzioni teoriche.

In tale ottica, si è prospettato, anche sulla scorta di suggestioni ispirate ad esperienze francesi e tedesche, che la formazione sociale sia come tale portatrice di situazioni di vantaggio sostanziali tutelabili in giudizio in quanto riferite in maniera indifferenziata ai componenti della categoria di cui la formazione stessa sia rappresentativa: tali situazioni, imputate all'associazione in via interpretativa, si sovrappongono a quelle, dirette alla fruizione della medesima utilità, imputate dalla legge individualmente ai singoli appartenenti alla categoria stessa <sup>(6)</sup>.

Da siffatta prospettiva scaturiscono, fra l'altro, le seguenti implicazioni processuali: *i*) la legittimazione ad agire è attribuita in via concorrente a diverse formazioni sociali; *ii*) la sentenza produce effetti di vero e proprio giudicato solo fra le parti del giudizio, benché spieghi di fatto influenza anche ai fini delle future cause contro il medesimo convenuto promosse da singoli componenti della categoria o formazioni sociali collegittimate; *iii*) la sentenza di accoglimento, anche se di condanna, non è direttamente spendibile, ai fini dell'esercizio dell'azione esecutiva, da chi non abbia partecipato al giudizio; *iv*) la formazione sociale non può chiedere tutele a contenuto satisfattivo di situazioni di vantaggio differenziate dei componenti della categoria interessata.

Detta impostazione, nel corso del tempo esplicitamente recepita anche in via legislativa in vari ordinamenti, e in particolare ai fini della tutela dei consumatori nel diritto dell'Unione Europea <sup>(7)</sup>, può essere però apprezzata soprattutto come veicolo per favorire la composizione del conflitto in sede politica, più che in sede giurisdizionale, dato che l'iniziativa processuale della formazione sociale si determina assai più in ragione della sua potenziale visibilità mediatica che degli effetti giuridici che ne possono scaturire.

La formazione sociale, infatti, per la realizzazione dei suoi scopi deve privilegiare le iniziative idonee

3 In Italia questa prospettiva si diffonde soprattutto con i due grandi convegni dedicati a *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova, 1976, e *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milano, 1976; negli Stati Uniti il dibattito era impostato in tali termini a partire almeno dal fondamentale saggio di Kalven, Rosenfield, *The Contemporary Function of the Class Suit*, in 8 *University of Chicago Law Review* 1941, p. 684 ss.

4 Il riferimento classico è all'opera di Olson, *The Logic of Collective Action*, Cambridge, 1971, cui si possono aggiungere gli sviluppi di Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, New York, 1984, nonché, per la rilevanza delle credenze intorno all'altrui propensione alla cooperazione, le analisi di Kahan, *The Logic of Reciprocity: Trust, Collective Action, and Law*, in 102 *Michigan Law Review*, 2003, p. 71 ss.

5 Quanto meno se si condivide l'idea che sia "Unglücklich das Land, das Helden nötig hat" (Brecht, *Leben des Galilei*, XIII).

6 Nella dottrina italiana si è sovente auspicata un'evoluzione in tal senso della giurisprudenza (cfr., per es., Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, p. 85 ss.; Denti, *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, p. 187 ss.; Comoglio, *Art. 24, comma 1*, in Branca, *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (Art. 24-26)*, Bologna-Roma, 1981, p. 16 ss.; Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, p. 196 ss.); sulle vicende francesi e tedesche a monte di quel dibattito si conceda un rinvio a Giussani, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996, p. 321 ss.

7 L'impostazione europea è stata peraltro anticipata in Italia dalla l. n. 281 del 30.7.1998 (sull'introduzione della quale si conceda un rinvio a Giussani, *La tutela di interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Danno e responsabilità*, 1998, p. 1061 ss.).

a incrementarne la notorietà fra i potenziali aderenti, in particolare segnalando un problema all'attenzione dell'opinione pubblica, mentre non può attribuire speciale rilevanza all'apparenza di fondatezza della domanda, poiché così come l'effetto giuridico, anche l'effetto economico della sentenza è per lei di minima portata, essendo per un verso essa facilmente esonerata dalla responsabilità da soccombenza, e per altro verso destinataria in proprio, in caso di vittoria, di utilità che non possono superare il rimborso del costo della stessa lite (e di consueto neppure lo raggiungono).

### 3. L'AZIONE DI CLASSE

L'elemento distintivo dell'azione di classe consiste invece, come si è accennato, nella produzione di effetti di giudicato nei confronti dei componenti dell'intera categoria, che per semplicità di esposizione si designano qui come attori passivi.

Fra le principali implicazioni di ordine processuale di tale scelta possono ricordarsi le seguenti: *i*) può essere conseguita tutela a contenuto soddisfacente anche di situazioni di vantaggio differenziate degli attori passivi, purché scaturite dalla medesima prassi operativa; *ii*) la sentenza di condanna è direttamente spendibile per l'esercizio dell'azione esecutiva in favore di ciascun attore passivo; *iii*) il soggetto che agisce in giudizio deve proteggere adeguatamente i diritti degli attori passivi; *iv*) a ciascuno di questi ultimi deve inoltre garantirsi il diritto di recedere dall'azione, sia *in limine litis*, sia in occasione della sua conciliazione, nonché di essere informati della sua pendenza, dei suoi principali sviluppi e dei loro diritti, compreso ovviamente quello di recesso; *v*) il giudice stesso è altresì tenuto a verificare d'ufficio che gli attori passivi non siano indebitamente pregiudicati.

Questo sistema, originatosi negli Stati Uniti<sup>(8)</sup>, si è andato diffondendo nelle legislazioni europee: se ne trova oggi riscontro, ad esempio, con varianti minime, in Inghilterra<sup>(9)</sup>, Norvegia<sup>(10)</sup>, Danimarca<sup>(11)</sup>, Belgio<sup>(12)</sup>, Bulgaria<sup>(13)</sup>, Spagna<sup>(14)</sup> e Portogallo<sup>(15)</sup>.

Si deve tuttavia rimarcare che il sistema dell'azione di classe si può dimostrare efficiente soprattutto a causa delle implicazioni che comporta sul piano degli incentivi laddove si accompagni, anche se solo indirettamente, a un più sofisticato regime di responsabilità per le spese che, pur non necessariamente prevedendo che la parte attrice risponda per la soccombenza, soprattutto contempra che in caso di soccombenza del convenuto, ma solo in tal caso, la quantificazione degli onorari a suo carico sia incrementata in ragione dell'ampiezza del gruppo interessato: tale meccanismo, infatti, assicura una più efficiente allocazione delle risorse giurisdizionali accentuando la rilevanza dell'apparenza di fondatezza della domanda nella scelta dell'iniziativa processuale<sup>(16)</sup>.

Una volta preso in considerazione in maniera più puntuale l'obiettivo dell'efficienza dell'amministrazione della giustizia, un'ulteriore opzione segue di conseguenza, in forza del generale principio secondo cui gli incentivi devono ricadere principalmente sul soggetto posto nella condizione migliore per decidere in maniera informata<sup>(17)</sup>, in tema di legittimazione ad agire. Dato che per la valutazione di apparenza di fondatezza della domanda il soggetto meglio qualificato è il difensore tecnico, e che puntualmente deve essere lui premiato o punito in ragione dell'esattezza della sua prognosi in sede di liquidazione degli onorari di difesa, non sussistono

8 Sulla storia delle evoluzioni della *class action* negli Stati Uniti cfr., per es., Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven, 1987; Hazard, Gened, Soble, *An Historical Analysis of the Binding Effects of Class Suits*, in 146 *University of Pennsylvania Law Review*, 1986, p. 1849 ss.; Bone, *Personal and Impersonal Litigative Forms: Reconceiving the History of Adjudicative Representation*, in 70 *Boston University Law Review*, 1990, p. 213 ss.; da una prospettiva europea v., *si vis*, Giussani, *Studi*, cit., p. 23 ss.; sulle più recenti vicende v. Marcus, *Revolution v. Evolution in Class Action Reform*, in 96 *North Carolina Law Review*, 2018, p. 903 ss.

9 In base al *Consumer Rights Act* del 2015.

10 In base alla disciplina del *Grappesøksmål*, di cui *Kapittel 35* della *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)* introdotta nel 2005.

11 In base alla disciplina del *Grappesøksmål*, di cui al *Kapitel 23a* introdotto nel 2008 nel *Retsplejeloven*.

12 In base al *Titre 2* del *Livre XVII*, introdotto nel 2014 nel *Code de droit économique*.

13 In base al *Глава 33* del *Граждански процесуален кодекс* introdotto nel 2007.

14 In base agli artt. 11, 221, 222, 256 e 519 della *Ley de enjuiciamiento civil* introdotta nel 2000.

15 In base alla *lei 83/95* del 31.8.1995.

16 Nell'esperienza statunitense questo genere di meccanismo opera sovente tramite finzioni, in maniera indiretta ma relevantissima (v., per un esame più approfondito della questione e per i relativi riferimenti, Giussani, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., p. 132 ss.).

17 In proposito valga un riferimento ai classici contributi di Calabresi, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970, p. 135 ss.; Calabresi, Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in 85 *Harvard Law Review*, 1972, p. 1093 ss.

infatti ragioni per limitare la legittimazione ad agire alla formazione sociale: può essere sufficiente l'iniziativa di un singolo appartenente alla categoria che sia rappresentativo non in quanto destinatario di consensi, ma meramente in quanto suo campione esemplificativo <sup>(18)</sup>.

#### 4. GARANZIA DELL'AZIONE E MERCATO DEL SERVIZIO LEGALE

L'esperienza soprattutto nordamericana in tema di azione di classe ha tuttavia incontrato difficoltà di recezione negli ordinamenti europei, soprattutto a causa di pregiudizi di ordine culturale, di cui si trova riscontro in vari documenti degli organi dell'Unione <sup>(19)</sup>.

Il maggior punto di attrito concerne la deroga al divieto di agire in giudizio a tutela di diritti altrui: talvolta si ritiene che ciò sia incompatibile con la garanzia dell'azione individuale; talvolta si lamenta la trasformazione della funzione della difesa tecnica che ne deriva, da professione liberale a impresa commerciale; talvolta si afferma che il diritto sostanziale ne risulta trasformato anziché pienamente attuato.

Sotto il primo profilo, però, l'obiezione è scarsamente compatibile con la diffusa previsione nei vari ordinamenti di fenomeni di legittimazione straordinaria senza litisconsorzio necessario in casi in cui sussista cointeressenza all'esito favorevole della lite, e soprattutto può concernere solo il particolare fenomeno, confinato anche nell'esperienza nordamericana a fattispecie molto particolari, dell'azione di classe in cui sia del tutto escluso il diritto di recesso <sup>(20)</sup>. Laddove all'attore passivo siano invece assicurate le protezioni sopra menzionate, infatti, non si intravedono ostacoli significativi alla configurazione, sia pure solo per effetto di esplicita disposizione di legge in tal senso, di un consenso tacito sufficiente a escludere che timori di contrasto con la garanzia costituzionale dell'azione possano essere davvero presi sul serio in via generale <sup>(21)</sup>.

Sotto il secondo profilo, non si può negare che l'azione di classe costituisca una modalità particolarmente aggressiva di offerta sul mercato del servizio legale. Tuttavia l'evoluzione del settore, in linea del resto con le indicazioni del diritto dell'Unione, è indirizzata verso l'incremento della competitività, a cui il meccanismo premiale della retribuzione della difesa tecnica nell'azione di classe in stile nordamericano non potrebbe che concorrere.

Se allora si considera la questione dell'inevitabile ritardo di preparazione tecnica nella gestione di azioni di classe dell'avvocatura e della magistratura del continente europeo, rispetto a quelle nordamericane, l'introduzione del sistema in discorso si dimostra, più che un problema, una soluzione: soltanto attraverso un'esperienza applicativa propria in materia di azioni di classe, infatti, le giurisdizioni europee, e le relative avvocature, possono conservare, rispettivamente, sovranità e competitività; altrimenti quote crescenti di contenzioso sono destinate a trovare altra sede. Ovviamente la soluzione di deviare il contenzioso seriale verso sedi diverse da quella della giurisdizione nazionale può risultare preferibile per alcuni degli attori in gioco, ma è chiaro che non può non risultarne penalizzata quanto meno l'accuratezza dell'applicazione della legge.

A tale ultimo proposito, però, alcuni specifici chiarimenti si rendono opportuni, in relazione all'impatto dell'esigenza di temperare l'ampliamento dell'accesso alla giustizia derivante dall'azione di classe, e di conseguenza del grado di effettività della norma sostanziale, con gli obiettivi di massimizzazione del rapporto fra risultati applicativi conseguiti e risorse dell'amministrazione della giustizia impiegate allo scopo.

18 In ordine ai tali temi si conceda un rinvio all'analisi svolta in Giussani, *Il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2005, p. 525 ss. (e cfr. in precedenza Giussani, *Studi cit.*, p. 407 ss.).

19 Particolarmente sconcertante per la sua estrema radicalità è apparsa la risoluzione del Parlamento Europeo del 2.2.2012, intitolata *Verso un approccio europeo comune in materia di ricorsi collettivi*, sulla quale v. già, per rilievi critici, *si vis*, Giussani, *L'azione di classe: un primo bilancio*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, p. 1191; più sfumata è peraltro la successiva *Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violation of rights granted under Union law*, 2013/396/EU, ove si ammette la tutela degli attori passivi quando la giustifichi l'interesse per l'amministrazione della giustizia; cfr., nel senso che tale interesse debba potersi riscontrare molto facilmente, lo *Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims*, Vienna, 2014, p. 42.

20 L'impedimento assoluto del diritto di recesso sembra invero il principale aspetto della disciplina nordamericana da ritenersi del tutto incompatibile con le garanzie costituzionali italiane, potendosi tutt'al più condizionarlo all'accettazione del convenuto (si conceda in proposito un ulteriore rinvio alle considerazioni già svolte in Giussani, *Studi cit.*, p. 380 ss.).

21 Salvo poterlo magari essere in qualche particolare ordinamento per ragioni ad esso specifiche: v., per un'analisi delle implicazioni per la Francia della pronuncia del *Conseil constitutionnel* del 25 luglio 1989, n. 89-257, Guinchard, *Une class action à la française?*, in *Rec. Dalloz*, 2005, p. 2180 ss.

## 5. EFFETTI SUL DIRITTO SOSTANZIALE

A proposito del terzo profilo di critica del sistema dell'azione di classe in stile nordamericano, infatti, si rende necessario il preliminare chiarimento che non può considerarsi distorsivo del diritto sostanziale l'effetto derivante dall'ampliamento dell'accesso alla giustizia in quanto tale, nonostante che possa apparire tale da un punto di vista di una teoria monista dell'azione di tipo estremo, portata a disconoscere realtà giuridica alla situazione sostanziale di vantaggio finché questa non sia concretamente riconosciuta in sede giurisdizionale. In tale prospettiva, infatti, il diritto sostanziale non può comunque mai dirsi distorto dall'applicazione giurisdizionale, proprio perché a monte di essa non esiste: tutt'al più si può evincere che la norma processuale non si distingue da quella sostanziale, magari ai fini della sua applicazione in ragione del tempo e dello spazio, ma non certo negare che contribuisca ad applicarla più efficacemente <sup>(22)</sup>.

Può inoltre darsi che l'aggregazione delle domande, in particolari contesti in cui assuma rilevanza giuridica la portata collettiva di una fattispecie, contribuisca a facilitare l'assolvimento dell'onere della prova. Anche, in tal caso, però, il risultato che ne discende corrisponde a un'applicazione della norma sostanziale relativamente più esatta, anche solo perché si riduce correlativamente la sfera di applicazione di regole di ripartizione dell'incertezza intorno ai fatti di minore corrispondenza alla realtà <sup>(23)</sup>.

Vi è tuttavia un aspetto dell'esperienza applicativa delle azioni di classe come strumenti di economia processuale che presenta effetti potenzialmente distorsivi: quello derivante dalla standardizzazione della risoluzione delle questioni differenziate la cui decisione sia indispensabile per la tutela dei diritti degli attori passivi. Naturalmente nulla impedisce in astratto di limitare la portata soggettiva dell'azione di classe ai soli di titolari di pretese che non richiedano soluzione di questioni differenziate <sup>(24)</sup>, ma in tal caso si fa dipendere l'applicazione dell'istituto dalla volontà del convenuto, dato che all'introduzione di questioni differenziate questi può agevolmente provvedere sollevando opportune eccezioni, o anche semplicemente contestazioni differenziate.

In alternativa si può limitare oggettivamente la cognizione dell'azione di classe alle sole questioni indifferenziate (come accade nella particolare soluzione adottata in Germania <sup>(25)</sup>), ma in tal caso l'eventuale pronuncia di condanna si presenta spesso con riserva di eccezioni la cui deduzione può fondare la sospensione dell'esecuzione del provvedimento in favore dell'attore passivo <sup>(26)</sup>. Pertanto, sembra preferibile piuttosto immaginare che soltanto le eccezioni manifestamente infondate, in quanto tali inidonee a giustificare la detta sospensione, possano considerarsi inammissibili nell'azione di classe e quindi deducibili solo successivamente, in sede di opposizione alla esecuzione ovvero in via di accertamento negativo ordinario della pretesa individuale <sup>(27)</sup>, dato che l'opzione della inammissibilità di qualsivoglia questione differenziata rischia di pregiudicare considerevolmente l'efficienza dell'istituto nell'attuazione della norma sostanziale.

Naturalmente anche la standardizzazione della risoluzione di questioni differenziate presenta un costo in termini di accuratezza dell'attuazione della norma sostanziale: tipicamente, risarcimenti la cui liquidazione su base individuale sarebbe diversa, in sede di azione di classe possono liquidarsi in maniera uniforme per

22 Ad analoghi esiti conduce lo spostamento della linea di confine tra diritto sostanziale e processuale (v., per es., nel senso che l'introduzione dell'azione di classe abbia portata sostanziale perché le questioni di legittimazione ad agire concernerebbero il merito Punzi, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, p. 268 s.; d'altronde la distinzione fra diritto sostanziale e processo presenta in molte culture elementi di strumentalità, v. i classici rilievi di Denti, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1964, p. 64 ss.).

23 Il precedente di riferimento in materia, nell'esperienza statunitense, è il celebre *In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig.*, 597 *Federal Supp.* 740 (E.D. N.Y. 1984): in proposito cfr. Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: a "Public Law" Vision of the Tort System*, in 97 *Harvard Law Review*, 1984, p. 851 ss.; Schuck, *Agent Orange on Trial*, Cambridge, 1987, p. 268 ss.; Weinstein, *Individual Justice in Mass Tort Litigation*, Evanston, 1995, p. 150 s.

24 V., per es., nel senso che andrebbero esclusi dalla classe i destinatari di eccezioni personali, Menchini, Motto, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2010, p. 1421

25 Il riferimento è alla *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*, già menzionata nella nota 1, *supra*.

26 In favore della configurazione della condanna con riserva di esame delle eccezioni personali v., per es., De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013, p. 644.

27 Per questa proposta v. già Giussani, *Aggregazione di cause e aggregazione di questioni nel contenzioso di serie*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2016, p. 283; prospetta invece che siano conosciute nell'azione di classe le eccezioni manifestamente infondate, e vengano esclusi dalla classe i destinatari delle altre, Donzelli, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, p. 268 (così però si costringe comunque il giudice dell'azione di classe a un esame almeno sommario delle eccezioni, e senza neppure deciderne il merito quando queste siano infondate ma non risultino manifestamente tali; disporre invece, in presenza di eccezioni non manifestamente infondate, non l'esclusione del destinatario dalla classe, ma la condanna con riserva, sarebbe una soluzione più ragionevole, ma come si è appena detto anch'essa non priva di inconvenienti dal punto di vista del rischio di duplicazione dei procedimenti; cfr. anche la nota precedente).

abbattere il costo processuale della loro determinazione precisa. Ciò accade invero soprattutto quando il contenzioso viene definito tramite una conciliazione globale, ma tale possibilità si può ritenere praticabile anche ai fini dell'accertamento giudiziale <sup>(28)</sup>.

Invero, l'idea che la tutela giudiziale del consumatore presenti costi sproporzionati rispetto ai valori in gioco, e pertanto meriti l'introduzione di meccanismi di respingimento dall'accesso alla giustizia <sup>(29)</sup>, in via temporanea (condizionando la giurisdizione al previo svolgimento di tentativi di conciliazione stragiudiziali, o addirittura di arbitrati) o persino definitiva (magari negando meritevolezza di tutela a pretese di modico valore in base alla massima *minima non curat praetor*), deve ritenersi in quanto tale scarsamente compatibile (specie se il respingimento è definitivo) proprio con la garanzia costituzionale dell'azione <sup>(30)</sup>, ma il criterio della ragionevole proporzionalità dell'accuratezza dell'accertamento, da ritenersi invece del tutto coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento <sup>(31)</sup>, può solidamente giustificare il tipo di approssimazione di cui si va discorrendo.

In proposito merita rilevare che la standardizzazione limita considerevolmente i costi che il convenuto soccombente dovrebbe sostenere se le pretese degli attori passivi fossero tutte puntualmente liquidate, non solo perché si riduce il costo dell'accertamento in quanto tale: mediamente, infatti, i risarcimenti liquidati in via standardizzata sono assai inferiori a quelli liquidati individualmente, perché l'aggregazione opacizza i fattori di incremento della liquidazione ben più dei fattori di riduzione <sup>(32)</sup>. Tale fenomeno, poi, si accentua ulteriormente allorché siano risarcibili danni punitivi: benché in Europa ricorra l'idea che l'azione di classe nordamericana sia un veicolo per aumentare la responsabilità del convenuto, è infatti vero, anche in siffatte occasioni, l'esatto contrario <sup>(33)</sup>, salva l'implicazione dell'abbattimento degli ostacoli all'accesso alla giustizia (i quali però non riducono la sfera di responsabilità giuridica del convenuto, ma si limitano a impedire in via di mero fatto che questa venga dichiarata dal giudice).

La standardizzazione dell'accertamento delle questioni differenziate, dunque, produce un effetto sostanziale di portata consumativa a carico degli attori passivi. Ne consegue che, ferma la premessa che si debba salvaguardare il loro diritto a sfuggire a tale effetto mediante il recesso dall'azione di classe, al consenso tacito derivante dal mancato recesso il legislatore può anche attribuire l'effetto di implicare una rinuncia alla precisione dell'accertamento delle questioni differenziate, configurandosi di solito come disponibile il diritto del consumatore al ristoro del pregiudizio subito.

## 6. CONCILIAZIONE COLLETTIVA

Quanto appena osservato in ordine alla normale disponibilità del diritto vantato dal consumatore impone poi di dedicare speciale attenzione al rapporto fra azione di classe e conciliazione. Occorre infatti sottolineare che il più importante utilizzo pratico dell'istituto consiste proprio nella creazione di un veicolo per porre in essere composizioni amichevoli *uno actu* dell'intero contenzioso seriale.

Va da sé che la portata radicalmente consumativa della conciliazione impone di prevedere speciali salvaguardie a protezione degli attori passivi, laddove il legislatore accetti che l'accordo possa vincolarli anche se negoziato in loro assenza dalla parte promotrice dell'azione di classe. In tale prospettiva si può ad esempio permettere anche a tali fini che operi l'accettazione tacita a seguito di notifica dell'evento e di un nuovo

28 V., esplicitamente, da ult., nell'esperienza statunitense, *Tyson Foods, Inc. v. Bouaphakeo*, 136 S. Ct. 1036 (2016) (ove si pone piuttosto il problema della attribuzione del risarcimento a soggetti che non abbiano subito alcun danno: cfr. in proposito il § 7, *infra*).

29 Si riprende l'espressione usata da Capponi, *Salviamo la giustizia civile*, Milano, 2015, p. 121.

30 Ha destato scalpore Cass., 3 marzo 2015, n. n. 4228 (in *Corriere giuridico*, 2016, 251, con nota critica di Panzarola, *Davvero il diritto di azione (art. 24, comma 1, Cost.) dipende dal valore economico della pretesa?*), ove si è negato l'interesse all'azione esecutiva per somme "minime"; la decisione si giustificava tuttavia su basi affatto diverse, rilevando non l'ammontare della somma, ma il difetto di previa intimazione di pagamento (cfr. Cass., 15 dicembre 2015, n. 25224), e la giurisprudenza successiva ha seccamente escluso che analoghe conclusioni possano prendersi con riferimento all'azione di cognizione (cfr. Cass. 20 gennaio 2017, nn. 1565 e 1566, Cass., 25 gennaio 2017, n. 1925, Cass., 27 gennaio 2017, n. 2168).

31 È considerato ragionevole anche da chi è meno favorevole al primato dell'efficienza dell'amministrazione della giustizia (v., per es., per l'osservazione che si tratta di "questione di buon senso e misura", Panzarola, *op. cit.*, p. 257).

32 Si tratta di un fenomeno identificato da tempo: v. già Kakalik, Ebener, Felstiner, Haggstrom, Shanley, *Variation in Asbestos Litigation Compensation and Expenses*, Los Angeles, 1984, p. 61 ss.; Glaser, *Management of Complex Mass Tort Litigation: Preparing for Trial*, New York, 1986, p. 475.

33 Invero nell'esperienza statunitense le parti convenute preferiscono che le pretese relative a *punitive damages* siano concentrate nell'azione di classe (v., per un'analisi del tema, per es., Nagareda, *Mass Torts in a World of Settlement*, Chicago, 2007, p. 140 ss.).

termine di recesso dall'azione di classe, combinata alla subordinazione degli effetti a un'omologazione giudiziale dell'accordo che ne attesti la ragionevolezza ed alla facoltà degli attori passivi di sollevare contestazioni sul punto e impugnare in proprio l'omologazione che le abbia disattese.

Si può naturalmente anche scegliere di negare del tutto l'efficacia nei loro confronti della conciliazione negoziata dall'attore di classe, o subordinarla alla loro esplicita accettazione<sup>(34)</sup>. Opzioni di questo genere possono giustificarsi soprattutto quando si ritenga che la dimensione seriale di un contenzioso attribuisca rilevanza pubblicistica alla sua risoluzione giudiziale, e in tal caso è altresì coerente prevedere che alla parte promotrice dell'azione di classe possa succedere in via di riassunzione nel corso del procedimento altro attore passivo rappresentativo<sup>(35)</sup>.

Laddove, per converso, sia particolarmente apprezzata la funzione dell'istituto come veicolo conciliativo può ammettersene l'esperimento anche in casi in cui non sarebbe possibile rendere una decisione di merito sull'azione di classe. In dette circostanze la forza di contrattazione delle parti appare invero alquanto sperequata, ma si può immaginare che la facoltà di recesso e il requisito dell'omologazione giudiziale possano svolgere una sufficiente funzione protettiva<sup>(36)</sup>.

In tali ipotesi è inevitabile che gli effetti redistributivi dell'aggregazione poc'anzi messi in evidenza si intensifichino ulteriormente, ma vale nella sostanza il medesimo genere di considerazione: il grado di imprecisione nell'attuazione della norma sostanziale che ne risulta è comunque inferiore a quello che si presenterebbe se l'aggregazione in discorso fosse inammissibile. In ultima analisi, così come sul versante delle trasformazioni a cui induce la professione forense a cui si è già accennato, anche sul versante dell'accuratezza dell'attuazione della norma sostanziale l'aggregazione permette quel tipo di efficientamenti che sono propri dell'attività imprenditoriale, ma di cui è nell'interesse generale che possa profittare anche l'amministrazione della giustizia.

In via di metafora, introdurre l'azione di classe in una giurisdizione che ne sia priva equivale a permettere, in una città in cui il trasporto pubblico sia riservato ai taxi, la facoltà di offrirlo anche tramite servizio di autobus: benché il nuovo mezzo sia più lento e difficile da guidare, il traffico nel suo complesso ne riesce considerevolmente snellito, e ciò anche per chi continua a fruire del taxi, e ciò nonostante che il trasporto risulti con ciò fruibile da un maggior numero di soggetti, avendovi accesso anche chi sia interessato a una destinazione e, pur non potendo o volendo pagare la cifra richiesta dal mezzo individuale, possa e voglia investire una cifra inferiore per arrivare, più lentamente e con minori comodità, se non esattamente al luogo desiderato, almeno nella stessa zona<sup>(37)</sup>.

## 7. TIPI DI AZIONE DI CLASSE

Quanto finora esposto impone peraltro un chiarimento: laddove l'azione di classe sia esperibile, oltre che ai fini della tutela dei consumatori titolari di pretese di modico valore, anche come generale istituto del processo, la sua configurazione deve articolarsi in ragione di svariati elementi sin qui dati per scontati. Di speciale rilevanza, a tale proposito, è la distinzione che si deve compiere fra quelle che si designano qui come azioni di classe olistiche, in contrapposizione a quelle che debbono correlativamente intendersi come azioni di classe discrete<sup>(38)</sup>.

34 V., per es., per argomenti in favore di questo genere di soluzione, Bronsteen, *Class Action Settlements: An Opt-in Proposal*, in *University of Illinois Law Review*, 2005, p. 903 ss. (naturalmente con implicazioni ben diverse da quelle della previsione di oneri di adesione all'azione di classe stessa, in presenza dei quali un'ulteriore adesione alla soluzione conciliativa può anzi apparire ridondante: cfr., a proposito delle azioni di classe "spurie", il § 8, *infra*).

35 In proposito cfr. per es. gli sviluppi proposti da Donzelli, *op. cit.*, p. 190 ss.; sistemi del genere si rinvencono, per es., nelle classiche discipline dell'*actio popularis* ancora previste negli art. 117 ss. r.d. 5 febbraio 1891, n. 99, relativi ai casi di cui agli art. 82 e 83 l. 17 luglio 1890, n. 6972 (cfr., *si vis*, Giussani, *Azioni collettive*, *cit.*, p. 182).

36 Questa soluzione, non sempre avallata nell'esperienza statunitense (v. però, in senso favorevole, ancora le indicazioni rinvenibili nei *Principles of the Law. Aggregate Litigation, As Adopted and Promulgated by The American Law Institute at Washington, D.C., May 20, 2009*, St. Paul, 2010, pp. 212 ss.), ha trovato tuttavia riscontro nella disciplina olandese del *Wet collectieve afwikkeling massaschade*, introdotta nel 2005.

37 Si è proposta questa metafora già in Giussani, *Modelli extraeuropei di tutela collettiva risarcitoria*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 1257 ss., ma su questo specifico punto cfr. da ult. Giussani, *Aggregazione*, *cit.*, p. 1284.

38 Si è sviluppata questa distinzione già in Giussani, *Studi*, *cit.*, p. 260 ss.

Per chiarire cosa s'intenda, occorre riprendere in considerazione la principale *ratio* dell'introduzione dell'azione collettiva che si è enunciata all'esordio di quest'analisi: può considerarsi olistica l'azione di classe con cui si facciano valere pretese la cui tutela in via individuale presenti un costo unitario superiore al valore della sua utilità per ciascuno degli interessati, o sia comunque per qualche motivo di fatto impossibile (ad esempio per effetto dell'eventuale difficoltà, cui si è accennato in precedenza, di assolvimento dell'onere della prova). Tuttavia detta caratteristica non costituisce necessariamente criterio di ammissibilità dell'azione di classe, sicché in ogni altro caso in cui è ammissibile l'azione di classe deve ritenersi discreta, ossia scevra dell'aspetto che attribuisce alle pretese aggregate una qualità (la tutelabilità in via di fatto) che a queste ultime prese singolarmente non appartiene.

A proposito di tale distinzione può anzitutto osservarsi che la garanzia dell'effettività dell'accesso alla giustizia è rilevante per le classi olistiche o miste, ma non per quelle discrete, la cui funzione dominante consiste quindi nell'abbattimento del costo complessivo del contenzioso seriale e nel conseguente efficientamento dell'amministrazione della giustizia. Ne consegue, ad esempio, che per un verso sia assai più facile accettare che l'azione di classe abbia funzione meramente conciliativa, e che possa procedersi alla risoluzione standardizzata delle questioni differenziate, quando l'azione sia olistica o mista, e per altro verso sia almeno relativamente più importante in tali occasioni, soprattutto se la classe è puramente olistica, che ad attivarsi per la protezione degli attori passivi dal rischio della collusione fra le parti attive, anche tramite ausiliari, sia il giudice del merito <sup>(39)</sup>.

Altre distinzioni meritano poi di assumere rilevanza in vario modo. Abbastanza ovvia, ad esempio, è quella tra azioni di classe inibitorie e risarcitorie, ponendosi sovente nella seconda categoria il problema della risoluzione delle questioni differenziate anche a prescindere dalla loro introduzione ad opera del convenuto.

Maggiore acribia richiede invece, ad esempio, lo sviluppo delle distinzioni relative alla possibile inclusione nell'azione di classe di attori passivi futuri. Appare infatti opportuno, con riferimento a tale ipotesi, distinguere ulteriormente fra i casi in cui variano nel tempo i fruitori dell'utilità del provvedimento e quelli in cui varia nel tempo la loro identificabilità.

È invalso, con riferimento alla prima delle due ipotesi, l'uso di denominarla come azione di classe fluida <sup>(40)</sup>: laddove la tutela abbia contenuto inibitorio, la spendibilità della sentenza da parte di chi abbia assunto la qualità di componente della classe dopo la sua pronuncia dipende da una sua assimilazione al successore nel diritto controverso invero non particolarmente sconcertante <sup>(41)</sup>; è tuttavia accaduto anche che tale fenomeno si manifestasse per effetto di drastiche semplificazioni della standardizzazione dell'accertamento delle questioni differenziate <sup>(42)</sup>. Sembra naturale osservare che quest'ultima opzione si presta a essere presa in considerazione eminentemente laddove l'azione di classe sia anche olistica.

La diversa ipotesi in cui la tutela concerna soggetti rientranti nella categoria interessata sin dal momento della proposizione della domanda, ma provvisoriamente non identificabili, si denomina invece qui come azione di classe virtuale. L'esigenza di distinguerla dalla categoria precedente si manifesta osservando che possono risultare tali anche azioni di classe discrete, e che si rende necessario attribuire agli attori passivi provvisoriamente non identificabili speciali facoltà di recesso tardivo <sup>(43)</sup>.

## 8. ATTUALITÀ E PROSPETTIVE PER L'ITALIA E L'UNIONE EUROPEA

Ai modelli ideali di azione collettiva e di classe ora delineati corrispondono ovviamente specifiche soluzioni nei vari ordinamenti che rispecchiano in diversa misura le variabili prospettate, e con differenti livelli

39 Valga un rinvio, sull'esperienza nordamericana in proposito, alle indicazioni formulate nel *Manual for complex litigation 4th*, Washington, 2004, p. 329.

40 Riferiva delle esperienze statunitensi in materia già Cappelletti, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1975, p. 396 s.

41 La fluidità, in tal caso, corrisponde altresì alla logica dell'*actio popularis* (cfr. la nota 34, *supra*).

42 Da ult. si esprime in senso sfavorevole il già menzionato precedente *Tyson Foods, Inc. v. Bouaphakeo*, 136 S. Ct. 1036 (2016), benché la soluzione fosse ancora avallata nei *Principles of the Law. Aggregate Litigation*, cit., p. 217 ss.; il *fluid class recovery* è peraltro contemplato per es. in Brasile (v. Pellegrini Grinover, *Brasil*, in Hensler, Hodges, Tulibacka, *The Globalization of Class Actions* Philadelphia, 2009, p. 66).

43 Cfr. le indicazioni dei *Principles of the Law. Aggregate Litigation*, cit., p. 231 ss.; per la scelta lessicale dell'aggettivo "virtuale" v. già Giussani, *Studi* cit., p. 276 ss.

di coerenza. Risposte ai problemi di accesso alla giustizia ed economia processuale che si sono qui messi in evidenza si riscontrano d'altronde in praticamente tutti gli ordinamenti in cui lo sviluppo economico ha indotto il legislatore a rafforzare la tutela del consumatore.

Un'ampia diversificazione delle scelte fondamentali si riscontra altresì all'interno dell'Unione Europea. Benché la materia della tutela giurisdizionale del consumatore rientri sicuramente fra le competenze dell'Unione, infatti, l'armonizzazione si è finora realizzata sul solo fronte delle azioni collettive non di classe: i più recenti tentativi di investire anche il tema dell'azione di classe si sono concretizzati solo in una raccomandazione non vincolante<sup>(44)</sup>.

La preferenza degli Stati Membri per la conservazione di uno spazio di manovra nazionale in proposito è stata d'altronde forse alimentata dalla circostanza che l'indirizzo assunto inizialmente era caratterizzato da un'avversione di fondo verso il sistema dell'azione di classe come tale: si prospettava infatti di generalizzare un meccanismo che richiedesse un'espressa adesione del singolo interessato ai fini della sua inclusione fra i soggetti destinatari degli effetti della sentenza<sup>(45)</sup>.

Va da sé, per quanto si è detto finora, che un tale sistema può qualificarsi come azione di classe solo in senso improprio: nell'analisi classica si può parlare in tal caso di azione di classe spuria, riducendosi il fenomeno a una semplificazione dell'ordinario giudizio litisconsortile<sup>(46)</sup>. Soprattutto, poi, si indeboliscono considerevolmente gli incentivi sia all'esercizio dell'azione, sia alla conciliazione della lite.

Al confronto appare quindi subito un po' paradossale che si fregi espressamente della qualifica di azione di classe il principale istituto appositamente preposto alla tutela risarcitoria del consumatore dal legislatore italiano<sup>(47)</sup> (ma il rilievo sembra in termini generali formulabile per analoghe scelte compiute, ad esempio, in Polonia<sup>(48)</sup>, in Svezia<sup>(49)</sup>, in Finlandia<sup>(50)</sup> e in Francia<sup>(51)</sup>), dato che la normativa di riferimento richiede sempre e comunque l'adesione preventiva in discorso, anche nei casi di classe olistica. Ancora più strano, però, è che tale disciplina sia costellata di salvaguardie a protezione degli attori passivi che avrebbero senso se si trattasse di regolare vere e proprie azioni di classe discrete.

Oltre a prevedere una delibazione preliminare di ammissibilità dell'azione in cui si riscontri l'adeguatezza del proponente, l'assenza di conflitti d'interesse, l'omogeneità dei diritti da tutelare (secondo il lessico già invalso nella elaborazione latinoamericana che ha influenzato la recezione italiana dell'esperienza statunitense in materia<sup>(52)</sup>) e la non manifesta infondatezza della domanda, la norma italiana nega infatti qualsiasi effetto alla conciliazione non specificamente accettata dal consumatore aderente. Tuttavia non è neppure contemplata per tale eventualità la successione, nelle vesti di attore rappresentativo della classe, di altro consumatore in via di riassunzione nel corso del procedimento.

44 La si è menzionata nella nota 18, *supra*.

45 V. la risoluzione del Parlamento Europeo menzionata nella nota 18, *supra*.

46 Come *spurious class action* si denominava la disciplina di questo tipo prevista negli Stati Uniti per il processo presso le corti federali prima del 1966: il riferimento d'obbligo è alla trattazione svolta dal redattore della disposizione; cfr. Moore, *Federal Rules of Civil Procedure: Some Problems Raised by the Preliminary Draft*, in 25 *Georgetown Law Journal*, 1937, p. 570 ss.; coerentemente con le indicazioni della Raccomandazione di cui alla nota 18, *supra*, molte delle discipline europee dell'azione di classe ricordate nel § 3, *supra*, contengono anche l'azione di classe spuria, in ispecie laddove la classe sia discreta (cfr. *supra*, § 7).

47 Viene rubricato "Azione di classe" l'art. 140 bis del codice del consumo, introdotto con la l. n. 244 del 24 dicembre 2007 (ma riformato a più riprese, sia ancora prima che entrasse in vigore, sia successivamente): si conceda un generale rinvio, anche a fini bibliografici, a Giussani, *Azione di classe*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, VII, Milano, 2014, p. 132 ss., nonché, con riguardo alle più recenti vicende, a Giussani, *Art. 140-bis d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, in Carpi, Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile* 9, Milano, 2018, p. 3675 ss.

48 La *Ustawa o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym*, introdotta nel 2010, continua a prevedere l'onere dell'adesione all'azione di classe, anche dopo le riforme successivamente apportate per migliorare l'effettività dell'istituto nel 2017.

49 Rileva in proposito la *lag (2002:599) om grupprättegång*, entrata in vigore nel 2003.

50 L'azione di casse spuria è stata introdotta con il *Ryhmäkannelaki* del 2007.

51 Si denomina *action de groupe* l'istituto previsto dalle disposizioni introdotte con la legge n. 2014-344 del 17 marzo 2014 (v. anche, in seguito, le ll. nn. 2016-41 del 26 gennaio 2016 e 2016-1547 del 18 novembre 2016; cfr., peraltro, sul contesto costituzionale francese, la nota 20, *supra*).

52 Si tratta del requisito in ordine al quale si è maggiormente dibattuto in Italia, investendo la questione della standardizzabilità dell'accertamento (cfr. i riferimenti indicati nel § 5, *supra*): chi scrive ha ritenuto che il concetto di omogeneità debba informare la disciplina di riferimento, nel suo significato etimologico dal greco antico ὁμογενής = della medesima famiglia, razza, stirpe, ecc., e quindi implicare, metaforicamente, solo che i diritti degli aderenti siano sorti dalla stessa fonte, ossia presentino tutti, fra i loro elementi costitutivi, la medesima azione, omissione o condotta abituale del convenuto (come spiega espressamente il riferimento alla *origen común* nell'art. 1.II del *Código modelo de procesos colectivos para Iberoamerica*, già menzionato nella nota 1, *supra*), ancora prima che l'art. 140-bis del codice del consumo venisse modificato (con il d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27) per stabilirlo espressamente (v. già, per es., Giussani, *Il nuovo art. 140 bis c. cons.*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, p. 604, e sulla riforma del 2012 Giussani, *L'azione di classe: un primo bilancio*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, p. 1177 ss.).



Si stabilisce anzi, alquanto incongruamente con la previsione di un onere di adesione anziché di recesso, che non possano proporsi ulteriori azioni di classe in relazione ai medesimi fatti in seguito alla scadenza del termine per aderire a quella ammessa per prima. Addirittura il testo della norma non esclude che tali azioni di classe parallele possano ritenersi consumate in detta guisa persino quando quella preveniente venga poi definita in mero rito, magari per rinuncia del proponente<sup>(53)</sup>.

Il panorama delle precauzioni italiane si completa poi, alla luce dell'analisi qui svolta, con un'assenza che ne ribalta del tutto gli effetti: nessuna asimmetria è contemplata nel regime della liquidazione delle spese di soccombenza<sup>(54)</sup>, sicché nessun incentivo specifico indirizza verso l'efficienza nell'allocazione delle risorse giurisdizionali, mentre si rinviene, proprio nell'effetto consumativo dell'ammissione dell'azione di classe, un incentivo a operazioni di carattere collusivo.

In proposito non sembra trascurabile qualche rilievo intorno ai dettagli del subprocedimento di ammissione: in tale sede sono attribuiti al giudice poteri officiosi, ed anche il pubblico ministero può cooperare a prevenire iniziative che rischino di pregiudicare anziché di favorire i consumatori; tuttavia il relativo provvedimento è impugnabile con reclamo dalle sole parti, e non anche dallo stesso p.m., e l'oggetto del reclamo è determinato solo da esse. Appare dunque tutt'altro che remota la possibilità che sia di fatto il convenuto a scegliere quale proponente sia ammesso all'esercizio dell'azione, e che tale scelta non ricada affatto sul candidato più adeguato a proteggere i consumatori.

Contribuisce poi a rafforzare i timori in discorso la circostanza che all'aderente all'azione di classe non appaia espressamente consentita alcuna forma di partecipazione al procedimento in proprio che vada oltre alla deduzione e documentazione della propria pretesa individuale in sede di adesione. Benché non possa escludersi in via interpretativa che una partecipazione più attiva sia comunque possibile<sup>(55)</sup>, anche tale modalità di contrasto al rischio della collusione del proponente con il convenuto appare dunque quanto meno scoraggiata.

Non può sorprendere, quindi, che l'esperienza applicativa italiana di questi anni non abbia mai assunto proporzioni particolarmente significative<sup>(56)</sup>. La normativa italiana sembra pertanto meritevole di attenzione soprattutto perché può trasformarsi in una considerevolmente efficace disciplina dell'azione di classe attraverso relativamente semplici modifiche che prevedano almeno quanto segue: *i*) un generale onere di recesso anziché di adesione; *ii*) un regime asimmetrico di liquidazione delle spese di soccombenza che incentivi l'esercizio di azioni fondate; *iii*) un pieno potere officioso di revoca e modifica dell'ammissione, anche ai fini di una successione nelle vesti di attore rappresentativo della classe nel corso del processo; *iv*) un sistema speciale di notizie legali agli attori passivi che garantisca ragionevolmente l'effettività delle loro facoltà di recesso<sup>(57)</sup>.

53 In proposito si conceda un rinvio ai rilievi svolti e ai riferimenti indicati in Giussani, *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, p. 167 ss.

54 L'unica normativa rilevante in proposito si limita a permettere un incremento dei compensi di difesa in misura equivalente per entrambe le parti (si tratta dell'art. 4, c. 10, del decreto del Ministero della Giustizia n. 55 del 10 marzo 2014, ancora confermato a seguito delle ultime modifiche introdotte dal decreto del Ministero della Giustizia n. 37 dell'8 marzo 2018).

55 Si contempla nella disciplina di riferimento un esplicito divieto di intervento volontario, ma v., nel senso che dovrebbe comunque ammettersi la costituzione in giudizio in proprio dell'aderente (dovendosi qualificare lo stesso come già parte per effetto dell'adesione), nonché per riferimenti al dibattito dottrinale in materia, per es. Giussani, *Azione di classe*, in *Enciclopedia del diritto*. *Annali*, cit., p. 140 s.

56 Si possono tuttavia segnalare alcuni casi di almeno parziale successo: v., per es., la prima sentenza di accoglimento di un'azione di classe in Italia, ossia Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 2120, con nota di chi scrive *Rito e merito nell'azione di classe*, e da ult. cfr. anche App. Milano, 25 agosto 2017, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, 105, con nota di Dondi, Giussani, *Commonality all'italiana e avvio (timido) della nostra azione di classe*.

57 Nella trascorsa XVII Legislatura italiana si sono formulate queste proposte nel progetto di legge n. C-3017 della Camera dei Deputati; quest'ultima ha peraltro invece approvato con modifiche il progetto n. C-1335, prevedendo un sistema asimmetrico di liquidazione dei compensi di difesa, la riproponibilità delle azioni di classe rinunciate, la successione del collegittimato nel corso del processo, e l'onere di recesso dalla conciliazione collettiva, ma continuando a contemplare sempre, a monte, l'onere di adesione all'azione, salvo permettere che questa si compia anche dopo la pronuncia della sentenza (ossia con le modalità del c.d. *one-way intervention* nella *class action* spuria presso le corti federali che si era sviluppato negli Stati Uniti, a seguito del precedente *Union Carbide & Carbon Co. v. Nisley*, 300 F. 2nd 561, C.C.A. 10th 1961, cert. dism. 371 U.S. 801, 1962, prima che con la riforma del 1966 lo si sostituisse con il più equilibrato meccanismo dell'onere di recesso: v., in proposito le *Advisory Committee's Notes on Proposed Rules of Civil Procedure for the United States District Courts*, in 39 *Federal Rules Decisions* 1966, p. 106, nonché Kaplan, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure (I)*, in 81 *Harvard Law Review* 1967, p. 396; cfr. la nota 45, *supra*; effetti analoghi discendono dall'adozione del sistema dell'estensione del giudicato *secundum eventum litis* configurato dall'art. 33 del *Código modelo de procesos colectivos para Iberoamerica*, già menzionato nella nota 1, *supra*); quest'ultimo, trasmesso al Senato come progetto di legge S-1950 nel 2015, non è però mai stato ivi approvato ed è quindi decaduto con la fine della Legislatura nel 2018.

# MEDIA-CONCILIAZIONE E NEGOZIAZIONE ASSISTITA: LIMITI O INCENTIVI ALLA DEFLAZIONE DEL CONTENZIOSO CIVILE?

## (APPUNTI COMPARATIVI SULLA VIA ITALIANA ALLE A.D.R.)

**Andrea Graziosi**  
Ordinario dell'Università di Ferrara

Sommario: 1. La direttiva 2008/52/CE, nascita e *ratio* della mediazione europea – 2. La condizione di procedibilità *octroyée* della domanda giudiziale, dalla media-conciliazione alla negoziazione assistita. – 3. Un recepimento a confronto: il diverso panorama europeo. – 4. Il difficile sviluppo della media conciliazione italiana: l'approdo al d.l. 50/2017. – 5. Tutela giurisdizionale e mediazione obbligatoria nella giurisprudenza comunitaria e costituzionale. – 6. Riflessioni conclusive.

1. – Nel maggio del 2008 il Parlamento europeo ed il Consiglio dell'Unione europea hanno adottato la direttiva n. 52 con l'obiettivo primario di perseguire -ed assicurare- “*un migliore accesso alla giustizia*” all'interno degli Stati membri dell'Unione<sup>2</sup>.

A tal fine, è stata considerata come solutrice l'introduzione della mediazione quale veicolo per una “*risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti*”<sup>3</sup>. Ancora più nello specifico, nei ‘considerando’ iniziali della direttiva, è enucleato il concetto (logicamente conseguente) per cui “*gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti*”. Per quanto attiene all'ambito di applicazione, questo nuovo mezzo di giustizia è stato pensato per le sole controversie transfrontaliere<sup>4</sup>, “*ma nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni*”<sup>5</sup>. Le materie interessate sono quella civile e quella commerciale, con l'esclusione delle controversie che afferiscano a diritti indisponibili ovvero le controversie specificatamente indicate all'art 1, n. 2<sup>6</sup>, nonché tutte quelle procedure collaterali all'esercizio della giurisdizione indicate ai punti (11) e (12) dei ‘considerando’ che, in qualche modo, possano, per la loro valenza formale o sostanziale, influire sulla decisione della controversia in sede giudiziale o, addirittura, condizionarne l'esito<sup>7</sup>.

Ciò che si evince da una complessiva lettura della direttiva è che il legislatore europeo abbia voluto rafforzare, con l'introduzione della mediazione, sia il diritto di accesso alla giustizia sia la volontarietà della procedura conciliativa e, con essa, l'autonomia delle parti nella sua gestione: “*la mediazione di cui alla presente direttiva dovrebbe essere un procedimento di volontaria giurisdizione nel senso che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento*”<sup>8</sup>.

1 Cfr. (5) dei ‘considerando’ della direttiva 2008/52/CE.

2 È specificamente chiarito all'art. 1, n. 3 della direttiva medesima che per “*stato membro si intendono gli Stati membri ad eccezione della Danimarca*”.

3 Direttiva 2008/52/CE.

4 Ovvero delle controversie che presentano, per la loro stessa natura, esigenze peculiari, e che sono definite all'art. 2 della direttiva medesima come quelle controversie in cui almeno una delle parti sia domiciliata o risieda abitualmente in uno Stato membro diverso da quello di qualsiasi altra parte, alla data in cui: i) esse concordino di ricorrere alla mediazione; ii) la stessa sia ordinata o suggerita da un giudice; iii) il ricorso a questo strumento sia imposto da una norma di diritto nazionale.

5 Cfr. (8) dei ‘considerando’, nonché art. 1, n. 2 della direttiva 2008/52/CE.

6 “*(...)Essa non si estende, in particolare, alla materia fiscale, doganale e amministrativa né alla responsabilità dello Stato per atti o omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (acta iure imperii)*”.

7 Sul punto, Garofalo, *ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria*, in “*Studi sull'integrazione europea*”, IX (2014), pp. 247-263.

8 Cfr. (13) dei ‘considerando’ della direttiva in esame.

*A contrariis*, l'organo giurisdizionale degli stati membri dovrebbe limitarsi a richiamare l'attenzione delle parti sulla possibilità di mediazione<sup>9</sup> o, per meglio dire, ad avvisare le parti che esiste una via di risoluzione alternativa a quella giurisdizionale vera e propria. Terminologia emblematica, dunque, in quanto esprime l'assoluta privazione da condizionamenti nella scelta della risoluzione alternativa. Tuttavia, ai sensi dell'art. 5, comma 2, della stessa direttiva, è detto che restano impregiudicate quelle legislazioni nazionali che vogliono rendere il ricorso alla mediazione obbligato, ovvero soggetto ad incentivi o sanzioni, sia prima che dopo l'inizio del procedimento giudiziario, alla condizione che le medesime legislazioni non impediscano alle parti di esercitare il diritto di accesso al sistema giudiziario.

Riassumendo, la mediazione viene introdotta dall'Unione europea come un vero e proprio *encouragement*<sup>10</sup> per gli Stati membri, in quanto strumento (ritenuto) idoneo al miglioramento del più generale sistema di tutela dei diritti individuali, a prescindere dalle peculiarità organizzative degli apparati giudiziari dei singoli Stati membri, nonché dalle esigenze di questi di riduzione del contenzioso giudiziario.

Scopo precipuo del presente studio è, dunque, l'osservazione -e la disamina- dell'evoluzione della *ratio* originante il concetto di mediazione così come introdotto e promosso dal legislatore comunitario, ed alla fine recepito e attuato in Italia; per meglio dire, ci prefiguriamo di voler capire il come un istituto nato come volontaristico ed autonomo -per stesso suo scopo-, possa essere divenuto obbligato ed eteronomo (*rectius*: etero – imposto) e, se, con tale evoluzione sia rimasto inalterata la sua più intima finalità.

Sarà doverosa, pertanto, una valutazione circa la natura del rimedio europeo quale residua al termine del suo processo attuativo. Ciò, al fine di valutare se vi sia stata una strumentalizzazione e, se, a causa di quest'ultima, il rimedio stesso sia stato talmente tanto alterato nella sua stessa ragion d'essere, da divenire -addirittura- la propria antitesi.

Assecondando tale finalità, ci permettiamo di trascurare gli aspetti prettamente procedurali, *id est* attinenti propriamente alla gestione del conflitto, rinvenibili nella scelta della figura del mediatore, nonché degli organismi di mediazione, per arrivare, invece, ad approfondire l'aspetto più sostanziale e permeante la genesi ed il decorso dell'istituto.

Muovendo da una fortunata espressione dello studioso francese Pierre Rosanvallon<sup>11</sup>, coniata analizzando le trasformazioni della democrazia attuale, l'istituto della mediazione può dirsi trarre origine dal concetto di «democrazia di prossimità», cioè da un nuovo modo di attribuire potere ai cittadini attraverso un insieme di procedure tese all'avvicinamento tra istituzioni e privati. Rivitalizzare e reinventare la democrazia per rispondere ai bisogni di un nuovo protagonismo sociale che, viceversa, stenta a trovare risposta nelle istituzioni del passato<sup>12</sup>, significa anzitutto fornire nuovi strumenti ai cittadini per poter risolvere gli eventuali conflitti insorti, senza necessariamente ricorrere ad un giudice.

Utilizziamo volutamente il termine 'nuovo' piuttosto che 'alternativo' per riferirci allo strumento della mediazione, in quanto il punto focale da cui deve prendere l'avvio questa trattazione, risiede nel fatto che la mediazione, così come introdotta e voluta dal legislatore europeo, non sia e non debba essere intesa quale strumento propriamente alternativo al procedimento giudiziario nel senso letterale del termine. Ciò è la direttiva stessa a chiarificarlo nel momento stesso in cui specifica che l'introduzione di metodi extragiudiziali mira all'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia.

In altri termini, l'istituto non nasce, come un'alternativa alla giustizia così com'è strutturata nei singoli sistemi degli Stati membri, né come uno strumento salvifico per supplire ai costi od ai tempi processuali, bensì nasce come una *chance* per completare, diversificare, ed allo stesso tempo uniformare, il sistema di tutela dei diritti dei cittadini europei<sup>13</sup>.

9 Ivi.

10 Non è superfluo notare che l'utilizzo del verbo "*to encourage*" è prevalente. Lo si ritrova nei considerando (16; 18; 21; 24; 25; 26), nonché al comma 1 dell'art.1, ai commi 1 e 2 dell'art.4 ed all'art. 9.

11 Rosanvallon, *La legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità*, Rosenberg & Sellier, 2015.

12 Ferrarese, *Formante giudiziario e mediazione: confluenze e divergenze*, in Trocker, De Luca (a cura di) *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze University Press, 2011, p. 11

13 Cfr. Chirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 369.

Ancora, è la stessa *ratio* sottesa -ed animante- al concetto di mediazione a ricordare che la medesima non possa ergersi ad alternativa alla giurisdizione, nel senso di scelta equipollente. La mediazione non mira a risolvere un conflitto in aderenza ai principi di diritto, alla legge, o ad altri criteri di giustizia, ma piuttosto cerca un modo per ricostruire una “*relazione ferita, ossia una rigenerazione della relazione e della consapevolezza delle persone in essa coinvolte*”<sup>14</sup>.

Al centro di tutto, vi è la relazione quale partenza e fine: il percorso mediatorio si sviluppa intorno alla dimensione relazionale, al dialogo, per arrivare a trovare le condizioni idonee a tenere in vita la relazione stessa (in qualsiasi forma essa possa perdurare).

Quello che si desidera non è un *adjudication*, ma un *agreement*, ed in questo senso resta più che mai centrale la volontà delle persone nel ricorrere allo strumento mediatorio, per trovare l'accordo.

Una volontà che, nel sistema italiano, corrisponde necessariamente ed inevitabilmente alla (intenzionale) rinuncia alle più ampie forme di tutela assicurate dallo strumento giurisdizionale e dai principi costituzionali del giusto processo *ex art. 111 Cost.*, quali la ragionevole durata del processo, la parità delle parti nel contraddittorio, la terzietà e l'imparzialità del giudice, ed il diritto alla prova.

Ci sembra consequenziale, dunque, trarre una prima -logica- conclusione da questo ragionamento: la scelta di un procedimento privo delle fondamentali garanzie difensive, incluse quelle poste a tutela del soggetto più debole, presuppone inevitabilmente la volontà della parti di accettare e, ancor di più, di scegliere questa forma di risoluzione delle controversie.

Qualora la volontà venga a mancare, qualora tale strada non sia scelta, ma imposta, non soltanto l'istituto della mediazione verrebbe svuotato del senso stesso per cui (e con cui) nasce e viene incoraggiato a livello sovranazionale, ma addirittura rischierebbe di divenire più che uno strumento di tutela del singolo cittadino (europeo), una forma di potenziale violazione dei suoi diritti costituzionalmente garantiti. Ovvero, potrebbe arrivarsi al paradosso per cui quella che dovrebbe essere una scelta di libertà nell'intraprendere la via del dialogo, *id est* la mediazione, si tramuti, a causa della sua obbligatorietà, in un affievolimento del capitale ed incompressibile diritto di agire in giudizio a difesa dei propri diritti ed interessi legittimi (art. 24 cost.).

Partendo da queste premesse, vediamo ora come il legislatore italiano ha, di fatto, attuato l'*encouragement* del legislatore europeo riguardo la mediazione.

2. – Per comprendere la genesi e lo sviluppo della mediazione nel sistema italiano, è di primaria importanza chiarire che il legislatore nazionale ha -sin da subito- recepito ed inteso l'istituto sotto una prospettiva alquanto diversa da quella europea. Se, infatti, come sopra abbiamo già avuto occasione di ribadire, il legislatore europeo scorgeva nella mediazione uno strumento finalizzato all'accrescimento del più generale sistema di tutela dei diritti individuali, posto che essa non rappresentasse una strada (*rectius*: una scorciatoia) equiparabile al giudizio, il legislatore italiano, oberato dal problema dalle lungaggini patologiche del contenzioso civile (motivo di molteplici condanne al paese da parte della Corte EDU per violazione dell'art. 6 della CEDU), scorgeva nella mediazione un eccellente *escamotage* per dare una risposta (purtroppo rivelatasi illusoria ed inadeguata) al problema giudiziario italiano.

Così, professando un'attuazione degli impegni comunitari, prima, il Parlamento italiano ha adottato la l. n. 69 del 2009, rubricata col nome sibillino di «Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile», e portatrice di una serie di riforme per il processo civile<sup>15</sup>; poi, il Governo italiano, esercitando il relativo potere conferitogli, ha emanato il d. lgs. 4 marzo 2010 n. 28, contenente la vera e propria disciplina della mediazione italiana<sup>16</sup>.

14 Ferrarese, *op.cit.*

15 All'art. 60 della l.n. 69 del 2009, era contenuta una delega al Governo per l'adozione di uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale, da attuarsi entro sei mesi dalla data di entrata in vigore. Il legislatore delegante al comma 3, lett. c) specificava che il governo avrebbe dovuto “*disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5*”, ovvero le disposizioni che disciplinavano la materia degli organismi per la conciliazione societaria.

16 È d'uopo sottolineare come, in realtà, la legge delega 69 del 2009 si sia solo limitata ad un generico richiamo al “*rispetto della normativa comunitaria*” (*ut supra*) e non sia, invece, mai stato esplicitato che il d.lgs. 28 del 2010 rappresentasse il diretto recepimento, nonché l'applicazione della direttiva europea 2008/52/CE.

Il legislatore italiano, forte del fatto che la direttiva, seppur creata *ad hoc* per la risoluzione delle controversie transfrontaliere, non vietasse agli Stati membri la possibilità di estenderne l'ambito anche ai procedimenti interni<sup>17</sup>, si dimostrava più che incline a profittare di tale deroga, ed all'art. 2 del d.lgs. n. 28 del 2010 specificava che, da quel momento in poi, chiunque avrebbe potuto accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto. In realtà, la lettera della legge esplicitava più che una bonaria concessione, un dettagliato obbligo, in quanto con l'art. 5 nasceva in Italia la cd. mediazione obbligatoria *ex lege, ante causam o iussu iudicis*. Parafrasando il contenuto dell'articolo, le parti che avessero avuto interesse ad iniziare una controversia vertente sulle materie elencate al medesimo art. 5, avrebbero dovuto, obbligatoriamente e prima di rivolgersi al giudice, esperire il procedimento di mediazione a pena di procedibilità della domanda giudiziale. In alternativa, ciò poteva avvenire anche a processo instaurato, a seguito di semplice rilievo del giudice, a cui veniva dato il potere, anche in grado di appello, di introdurre *in itinere* una nuova condizione di procedibilità e ordinare alle parti l'esperimento di una media-conciliazione. In merito a quest'ultima ipotesi, preme sottolineare che l'ordine del giudice poteva essere emanato sulla base di una valutazione del tutto discrezionale relativa alla "*natura della causa*", allo "*stato dell'istruzione*", ovvero al "*comportamento delle parti*".

Ecco che la media-conciliazione diventava uno strumento perfetto per evitare i processi, e ciò non perché i cittadini italiani la volessero, ma perché era la legge stessa ad imporgliela. Accortamente, peraltro, per sfruttare al meglio tutte le potenzialità dell'istituto, il legislatore italiano non mancava di specificare all'art. 7 del decreto *de quo*, che il tempo della mediazione non si dovesse computare ai fini della valutazione della ragionevole durata del processo; ovvero quella stessa tempistica che, se violata, avrebbe comportato la condanna dello Stato ad un'equa riparazione *ex art. 2 della l. n. 89 del 2001, cd. Legge Pinto*.

Il risultato di una mediazione *ex lege* così formulata ed introdotta, invece, non soltanto comportava che essa divenisse -inevitabilmente- una fase del processo civile dalla cui durata non poteva prescindere ai fini di un computo totale del procedimento medesimo (teoria, l'opposta, pensata come plateale violazione del principio cardine del giusto processo introdotto dalla CEDU), ma anche che l'istituto finisse con l'essere una condizione determinante per l'esito del giudizio. Basti pensare al fatto che qualora una parte, senza giustificato motivo, decidesse di non partecipare alla procedura conciliativa, il giudice ben poteva desumere da tale comportamento argomenti di prova (a suo carico) nel successivo giudizio, ai sensi dell'art. 116, comma 2 del c. p. c.<sup>18</sup>.

Ulteriormente, sebbene non vogliamo soffermarci troppo sugli aspetti prettamente tecnici dell'istituto, la media-conciliazione implicava un costo, anche questo a carico delle parti.

È stato il d. m. n. 180 del 2010, contenente il «Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del d. lgs. n. 28/2010» a disciplinare il corrispettivo economico della mediazione. Certo, una spesa verosimilmente inferiore a quella prevista per un giudizio ordinario, ma pur sempre una spesa, imposta e non voluta che, le parti, avrebbero dovuto sostenere in aggiunta ai costi di accesso alla giustizia ordinaria a cui, presumibilmente, si sarebbero comunque rivolte a mediazione conclusa, ripartendo da zero. *Fortiori*, la norma del 2008, pretendeva necessariamente la nascita concomitante di una nuova cultura mediatrice, o meglio, di una nuova figura professionale, il mediatore. Una figura la cui formazione e professionalità, in realtà, non sono state disciplinate sino al d. m. n. 145 del 6 luglio 2011, comportante il «Regolamento recante modifica al d.m. n. 180 del 2010, , sulla determinazione dei criteri e modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché sull'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. 28/2010», testo, quest'ultimo, con cui per la prima volta veniva

17 Cfr. nota 15.

18 Art. 8, comma 5, del d.lgs. n. 28 del 2010. Sul punto di Garofalo, *ADR e diritto di accesso alla giustizia: il difficile raccordo tra modello europeo e modello italiano di media-conciliazione obbligatoria* in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, n. 2, p. 262: "(...) Quindi, è lo stesso legislatore che considera unitariamente la vicenda conciliativa e la vicenda processuale vera e propria tanto da utilizzare gli eventi della prima per indirizzare l'iter di formazione del libero convincimento del giudice – che è bene ricordarlo, ai sensi del testo dell'art. 116, co.2, c.p.c., può trarre argomenti di prova solo da alcuni comportamenti tenuti dalle parti nel processo- e, addirittura, per condizionare direttamente le decisioni dello stesso giudice relative alle spese di giudizio".

introdotto l'obbligo per il mediatore di partecipare ad un'attività formativa (denominata tirocinio assistito) consistente nell'assistere ad almeno venti casi di mediazione nel corso di un biennio (sic!) in modo da affiancare, alla formazione teorica, quella pratica.

Stante la genesi ed i -su descritti- fondamentali caratteri alla base dell'istituto introdotto con il d.lgs. n. 28 del 2010, vogliamo per un momento lasciare in sospeso la ricostruzione della sua evoluzione normativa sino ad oggi, nonché l'analisi critica cui inevitabilmente ci dirigeremo, per prendere in esame un altro istituto nato per essere ad essa affine, e fratello, nella mente del legislatore italiano, ovvero la cd. negoziazione assistita.

Quattro anni dopo l'introduzione della mediazione obbligatoria, il legislatore nazionale ha ritenuto doverosa l'introduzione di un altro strumento in grado di offrire agli operatori della giustizia un'ulteriore via -alternativa- alla risoluzione delle controversie nelle aule di giustizia. Con il d.l. 132 del 2014 «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile», è già manifesta nel titolo la *ratio* che spinge alla creazione della negoziazione assistita. Ingente, era ancora la necessità di risolvere l'arretrato in materia di processo civile, come è enunciato nelle parole d'esordio del decreto, e dunque all'art. 2 veniva introdotta una convenzione (cd. di negoziazione) mediante la quale le parti convergessero nel cooperare in buona fede e con lealtà<sup>19</sup> per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati. Nuovamente, quindi, una controversia la cui destinazione 'naturale' sarebbe stata un processo giurisdizionale, veniva demandata ad uno strumento conciliatorio gestito dagli avvocati delle parti, per far sì che si pervenisse, possibilmente, ad un accordo.

Scopo, è quello, ancora una volta, di evitare un processo, un tassello in più nella rete del sistema; *modus operandi*, è che non vi sia scelta a disposizione delle parti. La negoziazione assistita è resa condizione di procedibilità per le controversie in materia di danni da circolazione di veicoli e natanti, per le controversie riguardanti il pagamento di somme non superiori ai 50.000 euro, nonché in materia di contratto di trasporto o di sub-trasporto<sup>20</sup>.

Al contrario, di quanto si potesse auspicare (quantomeno per non creare confusione nei procedimenti alternativi), l'introduzione dell'istituto di negoziazione assistita non prefigurava in alcun modo l'alternatività alla mediazione obbligatoria: ovvio era dunque un problema di coordinamento tra i due procedimenti. Fondamentalmente, il secondo differiva dal primo per la presenza di un mediatore, cioè un soggetto esterno che veniva designato dalle parti per il raggiungimento di un accordo, e per il cui fine potevano essere previste anche sessioni separate di incontro tra il mediatore e solo una delle parti in lite, diversamente da quanto poteva accadere all'interno della negoziazione; viceversa la negoziazione, affidata agli avvocati delle parti, doveva intendersi come strumento più semplice, più snello, ma soprattutto più economico (non essendoci i costi riferiti al mediatore).

Ciò posto, a livello legislativo veniva espressamente stabilito dall'art. 3, commi 1 e 5 del d.l. n. 132 del 2014, come convertito dalla l. n. 162 del 2014, che fossero fatte salve le disposizioni prevedenti speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati e, in particolare, le previsioni di cui all'articolo 5 comma 1-bis del d.lgs. n. 20 del 2010<sup>21</sup>, ossia quelle collegate a materie per le quali debba obbligatoriamente esperirsi il procedimento di mediazione. Pertanto chiunque intendesse esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di "*condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari*" era tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione. Conseguenza, era che le parti non fossero obbligate a dover necessariamente esperire i due procedimenti in via cumulativa, ma nelle materie in cui veniva prevista la mediazione obbligatoria, ben potessero scegliere preliminarmente di avvalersi della negoziazione assistita, con la precisazione che, in tal caso, laddove la tentata negoziazione avesse fallito, sarebbero comunque state costrette ad esperire il previo

19 Art. 2, comma 1 del d.l. n. 132 del 2014 convertito con modificazioni dalla l. n. 162. del 2014.

20 Le controversie inerenti alla materia del contratto di trasporto e sub-trasporto divengono oggetto di negoziazione assistita obbligatoria ai sensi dell'art. 1, comma 249, della l. 190 del 2014.

21 Al pari di quanto previsto per la mediazione, dunque, si tenta a deflazionare il contenzioso dalle dispute più numerose e di scarso valore, almeno dal punto di vista economico.

22 Il comma 1-bis è stato inserito dal d.l. n. 69 del 2013, cd. decreto del fare (v. infra)

tentativo (obbligatorio) di mediazione prima di procedere in sede giudiziaria.

Dunque, nell'arco di pochi anni il legislatore italiano introduceva due strumenti, entrambi -per loro *ratio* e natura- fondati su di una base volontaria, ma forzati ad un'applicazione coatta e perciò alterati nella loro *ratio* ispiratrice e funzione. Significativo era il risultato di tale processo: per quasi tutti i settori del contenzioso giudiziario civile e commerciale, si interponeva un preliminare dispositivo forzoso che prescindeva totalmente dalla volontà dei soggetti coinvolti; se la materia non rientrava nella mediazione obbligatoria, rientrava quasi certamente nella negoziazione assistita. Dunque, più che una ricerca di mezzi per promuovere e migliorare l'accesso alla giustizia<sup>23</sup>, in Italia prevaleva l'esigenza di trovare mezzi per evitare di accedervi.

3. – Al fine di valutare l'effettivo raggiungimento dello scopo prefissato dalla direttiva 2008/52/CE, se non in Italia, negli altri Stati membri, può essere utile un breve raffronto dei diversi modi con cui essa è stata recepita, interpretata e veicolata all'interno dei medesimi. Ovviamente, è da ricordare che l'impatto della direttiva europea all'interno dei diversi sistemi nazionali, varia a seconda del preesistente livello di mediazione presente all'interno di essi. Secondo i dati statistici riportati nel *Report* della Commissione europea al Parlamento ed al Consiglio europei, nonché al Comitato economico e sociale, sull'applicazione della direttiva *de qua*<sup>24</sup>, quindici degli Stati membri disponevano già di un sistema di mediazione completo prima dell'adozione della direttiva; per nove Stati membri la mediazione era disciplinata da norme sparse o, nel settore privato, si basava sull'autoregolamentazione; mentre, in quattro Stati membri si adottava per la prima volta, e solo a seguito del recepimento della direttiva, un sistema di mediazione. Con la conseguenza che, nel primo dei tre casi, la direttiva ha comportato poche o nessuna modifica del sistema; nel secondo, il recepimento della direttiva ha reso necessarie modifiche sostanziali del quadro di mediazione esistente; mentre, nell'ultimo, la direttiva ha determinato la costituzione di quadri legislativi adeguati alla disciplina della mediazione. Di tutti questi, soltanto tre degli Stati membri hanno scelto di trasporre la direttiva unicamente alle controversie transfrontaliere<sup>25</sup>, mentre gli altri hanno scelto di estendere il suo ambito alle controversie nazionali. Se ciò, da un lato, può portare ad avvalorare la tesi per cui “*la crisi della giustizia civile e la conclamata utilità del ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie spingono verso l'obbligatorietà, quantomeno della sessione informativa, anche paesi tradizionalmente restii a introdurre forme impositive di ADR*”<sup>26</sup>, dall'altro, rileva che nei casi in cui sia stato prima introdotto un meccanismo obbligatorio di ricorso alla mediazione (uno fra tutti la Romania), ciò sia stato poi dichiarato incostituzionale dalla Corte costituzionale.

In Inghilterra è divenuta operativa una forma di *mandatory mediation* in materia di diritto di famiglia, più nello specifico nell'ipotesi di separazione delle coppie, le quali sono obbligate a partecipare ad una *mediation information and assessment session* ai sensi della *section 10* del *Children and Families Act 2014* e delle *Family Procedure Rules 2010*. In sede di separazione, le parti possono ricevere informazioni sul processo mediatorio per capire, con l'aiuto del professionista incaricato, se la mediazione, in relazione all'oggetto del conflitto, costituisca lo strumento più adatto per la risoluzione della crisi familiare<sup>27</sup>. In Irlanda, invece, viene attribuito dal *Draft* al giudice un potere di *case management*: la corte può, su richiesta di parte, ovvero di propria iniziativa, valutare le circostanze del caso, suggerire alle parti di ricorrere alla mediazione invitandole a partecipare ad una sessione informativa sullo scopo e sul funzionamento della procedura<sup>28</sup>. In questo caso, dunque, è affidata al giudice la valutazione *-ex ante-* del successo o meno della composizione bonaria della lite, razionalizzando al massimo il ricorso ad una composizione bonaria, secondo un vero e proprio giudizio prognostico e probabilistico. Il *Draft*, non prevedendo poteri coercitivi in capo all'autorità giudiziaria per le ipotesi di mediazione, si avvale di meccanismi alternativi e sanzionatori; nel caso in cui le parti decidano di intraprendere il procedimento mediatorio, la corte potrà fornire loro indicazioni su come rendere efficace il ricorso al procedimento<sup>29</sup>, e per le ipotesi in cui

23 Ovvero l'ἀρχή della mediazione europea.

24 COM/2016/0542 p. 4, in [www.ipex.eu](http://www.ipex.eu)

25 *Id.*, p. 5.

26 Cfr. Aveta, “*Rebooting*” the European mediation, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1020.

27 *Id.*

28 Cfr. *Head* 12, 1 e 5 del *Draft*.

29 Cfr. *Head* 12, 2 lett. c del *Draft*.

una delle parti abbia irragionevolmente rifiutato di considerare la mediazione, ovvero abbia rifiutato in modo ingiustificato di partecipare ad una sessione informativa, si avrà rilevanza in sede di riparto delle spese processuali. Punto forte dell'esperienza anglosassone è che il giudice non applica meccanismi sanzionatori per favorire la mediazione (ovvero sfavorire la non adesione alla medesima) in maniera indiscriminata od automatica, bensì si avvale di essi solo all'esito di una analisi complessiva della vicenda in oggetto. Una disamina, questa, che viceversa porta le parti ed i loro consulenti legali ad entrare, a loro volta, nel merito del successo della conciliazione prima di intraprendere la mediazione, attribuendo a tal ultima un connotato il meno aleatorio possibile<sup>30</sup>.

L'utilizzo dei dispositivi sanzionatori è stato ripreso, oltre che dall'Italia (paese su cui si incentra la nostra disamina, in cui -come noto- la parte vincitrice non può ripetere le spese sostenute se il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde al contenuto di una proposta di mediazione del giudice che detta parte aveva in precedenza rifiutato – art. 91, comma 1° c.p.c.), anche dai paesi dell'est Europa e dall'Ungheria.

In Ungheria, sono imposte delle sanzioni alle parti che dopo aver concluso un accordo di mediazione agiscano comunque in giudizio o non adempiano agli obblighi stabiliti nell'accordo di mediazione. In Polonia la parte che dapprima acconsenta alla mediazione, e poi rifiuti senza giustificazione di parteciparvi può essere condannata al pagamento delle spese processuali indipendentemente dall'esito del giudizio; ed allo stesso modo, in Slovenia, l'organo giurisdizionale può condannare la parte al pagamento totale o parziale delle spese legali della controparte, se questa rifiuta senza giustificazione la mediazione giudiziale.

Nell'esperienza rumena, la direttiva *de qua* è stata recepita con minuzia e dettagli per quanto attiene all'attività di formazione del mediatore, nonché alle informazioni fornite riguardo il percorso di istruzione dal medesimo compiuto. Come in nessun altro dei paesi membri, la Romania ha cercato di disciplinare nel modo più trasparente possibile il sistema della mediazione al fine di assoggettare la procedura a controlli e sanzioni<sup>31</sup>. Altresì, in base a ciò che si è previamente accennato, l'art. 2. par 1.1 della legge rumena n. 196 del 2006 così come modificata dall'ordinanza d'urgenza n. 90/2012, ed introducente all'interno del sistema rumeno l'obbligatorietà della sessione preliminare alla mediazione, è stato dichiarato incostituzionale con sent. n. 266/2014, in quanto la Corte costituzionale rumena ha confermato le critiche all'obbligatorietà dell'incontro iniziale informativo come condizione di procedibilità, stabilendo che esso rappresentasse una violazione del diritto dei cittadini al libero accesso alla giustizia e che l'obbligo imposto alle parti, persone fisiche o giuridiche, di partecipare ad esso, fosse contrario all'art. 21 della Costituzione rumena.

Anche l'Austria, sebbene chiarisca che la mediazione si basi interamente sulla volontà delle parti, ha previsto alcuni casi di *mandatory mediation*: in alcune determinate liti di vicinato<sup>32</sup>, e in materia di lavoro (es. per i reclami degli impiegati affetti da disabilità lavorativa), anche se in questi ultimi casi, la maggior parte dei soggetti tenta di risolvere la controversia con la procedura conciliativa tradizionale di fronte al *Federal Social Services Office*, piuttosto che tramite la mediazione e l'organismo ad essa deputato<sup>33</sup>.

Allo stesso modo, sia in Ungheria che Croazia è stata introdotta come obbligatoria la mediazione per alcune tipologie di controversie in materia di diritto di famiglia, che resta il campo di maggiore applicazione dello strumento conciliativo.

30 Si parla di *constructive engagement* verso gli strumenti alternativi. Nel nuovo Mediation Act 2017, è stato specificato come un vero e proprio obbligo -tra le *Main provisions of the Act*- l'impegno costruttivo dei consulenti legali delle parti nel suggerire o meno la mediazione: "*The Act introduces an obligation on solicitors and barristers to advise parties to disputes to consider using mediation as a means of resolving them*".

31 È istituito a tal fine anche il *Consiliul de Mediere*, organismo atto a sovrintendere la qualità dei servizi erogati con la mediazione ed il rispetto dei necessari controlli. Volendo trarre un bilancio circa l'attività svolta dal Consiglio, è necessario sottolineare che esso si è occupato nell'effettivo (dalla sua istituzione) quasi esclusivamente della formazione dei mediatori, tralasciando completamente gli altri obblighi previsti dalla legge. "*In meno di due anni, 6/7 mila mediatori furono certificati, con l'esplosione di una nuova attività, confinata soprattutto alla formazione. In pratica, la sessione informativa obbligatoria fu un innesto, non riuscito, su una procedura di mediazione ed una legge basata sul libero consenso e su di un sistema legale, economico e sociale ancora impreparato a recepire un qualsiasi nuova forma di tassazione. Anche se in prospettiva poteva anche portare dei vantaggi.*" Sul punto v. Matteucci, *Evoluzione ed involuzione della mediazione in Romania*, in [www.mondoadr.it/](http://www.mondoadr.it/)

32 Cfr., *the study of 'Reeboting' of the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the UE*, 2014: "*In neighbor disputes, for example, parties must consult conciliation committees or registered mediators before taking legal action in particular cases. Legal action may be taken only after three months from the beginning of the mediation proceeding*". In [www.europarl.europa.eu/studies](http://www.europarl.europa.eu/studies)

33 Il punto è chiarito dallo studio condotto dal Parlamento Europeo del 2014, *Reeboting' of the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the UE*, cit. che "*Additionally, when a new form of apprenticeship termination was introduced, a mediation proceeding before termination was made compulsory, but this new approach has not been seen favorably and has hardly been used.*"



Mentre in Francia<sup>34</sup>, Grecia<sup>35</sup>, Bulgaria e Germania la direttiva del 2008 viene recepita sostanzialmente come un incentivo ad ampliare l'ambito di azione delle materie assoggettabili all'ADR<sup>36</sup>, la Spagna con il Real Decreto-ley 5/2012 del 5 marzo sulla mediazione civile e commerciale, ha dato attuazione alla direttiva n. 52 con il sostanziale obiettivo di regolamentare compiutamente lo strumento mediatorio che, sebbene fosse già presente nel Paese da circa un decennio, non aveva al tempo ancora trovato uno sviluppo omogeneo. Nel 2012 vi erano solo varie, ed alquanto differenti, leggi sulla mediazione -prevalentemente in materia familiare- emanate dalle singole Comunità Autonome, e si profilava come quasi completamente assente una legislazione in materia civile e commerciale, eccezione fatta per la Catalogna. Il decreto, coerentemente con ciò che richiede l'Europa, mostra una natura realmente internazionale regolando le controversie transfrontaliere e consentendo ad una parte straniera di poter avviare una procedura di mediazione in Spagna, se le rispettive leggi nazionali lo consentono. Sono tuttavia espressamente escluse controversie in materia penale, amministrativa, di lavoro e di consumo. Per quanto attiene alla natura dell'istituto, anche il legislatore spagnolo disciplina l'assenza dell'obbligatorietà intesa quale condizione di procedibilità del giudizio: le parti possono iniziare una mediazione o volontariamente o per effetto di una clausola inserita in un contratto. Per quanto riguarda la durata, il decreto non contempla nessun limite di tempo alla mediazione, incoraggiando così le parti ad utilizzare il proprio tempo in modo produttivo<sup>37</sup>.

Vari Stati membri hanno scelto, poi, di promuovere la mediazione tramite incentivi finanziari: sono in tredici ad offrire incentivi sotto forma di riduzioni o rimborso integrale delle spese e dei costi legati al procedimento giudiziario se la mediazione permette di raggiungere un accordo durante la sospensione del procedimento. Un esempio ne è la Slovacchia ove, a seconda della fase processuale in cui viene raggiunto l'accordo, è rimborsato il 30%, 50% o 90% dei diritti di cancelleria. In alcuni Stati membri la mediazione è offerta gratuitamente o a costi inferiori in funzione della situazione economica delle parti<sup>38</sup>.

Alla luce di questo sommario riepilogo d'insieme, emerge che, a prescindere dal *modus operandi* prescritto per l'*iter* attuativo dello strumento mediatorio, solo cinque degli Stati membri dell'Unione (Italia, Ungheria, Croazia, Romania, Austria) hanno optato per l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione in taluni casi specifici, quando, invece, tutti i restanti si sono orientati verso la volontarietà dello strumento, come condizione per un suo funzionamento ottimale. In riferimento, poi, al gruppo dei primi Stati citati, il nostro paese si è distinto come quello che ha esteso al massimo grado l'obbligatorietà dell'istituto, imponendolo per la quasi totalità delle controversie civili e commerciali (interne, e non transfrontaliere) e facendo sì che il ricorso alla procedura di mediazione sia in Italia, ad oggi, sei volte superiore rispetto al resto d'Europa<sup>39</sup>.

Dovendo rapportare il recepimento nel quadro Comunitario, è utile anche ricordare che la mediazione obbligatoria incida – inevitabilmente – anche sull'effettività del diritto ad un giudice imparziale, sancito all'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per il quale: *“Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà, garantiti dal diritto dell'Unione, siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale,*

34 In Francia l'ordinanza n. 1540 del 16 novembre 2011 ha proceduto alla trasposizione della direttiva 2008/52/CE estendendo le competenze del mediatore non solo alle mediazioni transfrontaliere, ma anche a quelle interne, salvo eccezioni per le controversie in materia di diritto del lavoro e di diritto amministrativo, cfr. [www.e-justice.europa.eu](http://www.e-justice.europa.eu)

35 La Grecia recepisce la direttiva 2008/52/CE con legge n. 3898/2010 (Gazzetta ufficiale serie I, n. 211 del 16.12.2010), cfr. [www.e-justice.europa.eu](http://www.e-justice.europa.eu)

36 Un esempio fra tutti la Germania, ove sulla mediazione tedesca comprende tutte le forme di mediazione attuate in Germania, indipendentemente dal tipo di controversia e dal luogo di domicilio delle parti. Sul punto cfr. [www.e-justice.europa.eu](http://www.e-justice.europa.eu)

37 Il decreto è in parte lacunoso, specialmente in riferimento alle caratteristiche degli organismi di mediazione e ai criteri di formazione dei mediatori, di cui dà indicazioni di massima (è necessario un corso di formazione specifico e una certificazione), ma anche acquistare un'assicurazione sulla responsabilità civile, rinviando all'approvazione di uno strumento legislativo successivo la loro definizione, sul p. v. [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it)

38 Gli incentivi finanziari possono assumere anche la forma di patrocinio a spese dello Stato. Gli Stati membri applicano norme diverse per i vari tipi di controversie o procedimenti di mediazione. Ad esempio, in Germania il patrocinio a spese dello Stato si applica sempre alla mediazione giudiziale, ma è limitato per la mediazione extragiudiziale, in Slovenia si applica solo alla mediazione giudiziale, in Lussemburgo è stato reso disponibile per la mediazione giudiziale e familiare condotta da un mediatore qualificato, e in Italia è disponibile per la mediazione obbligatoria. In questo contesto, bisogna sottolineare che l'articolo 10 della direttiva 2003/8/CE estende il diritto al patrocinio a spese dello Stato per le controversie transfrontaliere ai procedimenti stragiudiziali, tra cui la mediazione, qualora l'uso di tali mezzi sia richiesto dalla legge ovvero qualora il giudice vi abbia rinviato le parti in causa. Sul punto v. *'Rebooting' of the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediation in the UE*, cit.

39 Sul punto si veda la recentissima Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2017 sull'attuazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (la "direttiva sulla mediazione") (2016/2066(INI)).

*precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare*”.

4. – Riprendendo le fila dello sviluppo della media-conciliazione in Italia, all'introduzione del d.lgs. 28/2010 sono seguiti svariati dubbi sulla costituzionalità del dettato legislativo. *In primis*, da un punto di vista prettamente formale, in riferimento ad un ravvisato eccesso di delega in cui era incorsa l'introduzione dell'obbligatorietà della mediazione non essendo presente nell'articolo 60 della legge n. 69 del 2009 alcuna indicazione in tal senso; *in secundis*, da un punto di vista sostanziale, si è posto il problema di come, una mediazione che fosse -al contempo- obbligatoria e onerosa, potesse conciliarsi con l'art. 24 della Costituzione prevedente il principio che fa dell'azione giudiziale la tutela inviolabile *pro omnibus* dei diritti e degli interessi legittimi.

Dopo due rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia UE aventi ad oggetto la questione della compatibilità dell'impianto della mediazione obbligatoria italiana con il quadro normativo del diritto dell'Unione, nonché dopo otto ordinanze sollevanti diverse questioni di legittimità costituzionale inerenti al d.lgs. 28 del 2010, la Corte costituzionale italiana è intervenuta con la sentenza del 6 dicembre 2012 n. 272<sup>40</sup>, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1°, del d.lgs. n. 28 del 2010. La pronuncia ha comportato l'espunzione dell'obbligatorietà della mediazione, in quanto ritenuta viziata da un eccesso di delega governativa rispetto ai limiti conferiti in materia dal legislatore delegante; e conseguentemente, ogni altro profilo di illegittimità si è ritenuto essere assorbito nella ravvisata violazione, logicamente prioritaria, degli artt. 76 e 77 Cost.

È d'uopo qui sottolineare che, per verificare la sussistenza o meno dell'eccesso di delega, la Corte costituzionale sia entrata nel merito dei profili concernenti il rispetto del diritto dell'Unione, in forza del richiamo espresso dalla legge di delega alla direttiva 2008/52/CE, contenuto nel d.lgs. n. 28 del 2010. A seguito di tale vaglio<sup>41</sup> la Corte ha stabilito, dunque, che il *favor* dimostrato dal legislatore sovranazionale per l'istituto della mediazione, non consigliasse, né tantomeno imponesse, l'adozione del modello obbligatorio, bensì si limitasse a disporre che doveva ritenersi come impregiudicata la legislazione nazionale che avesse deciso di rendere obbligatorio il ricorso alla mediazione<sup>42</sup>. Diretta conseguenza era che la disciplina del diritto dell'Unione Europea si ponesse come neutrale, in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare (la quale restava demandata ai singoli Stati membri), ma doveva restare garantito ai singoli il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie. Ne derivava che, “*l'opzione a favore del modello di mediazione obbligatoria, operata dalla normativa censurata, non può trovare fondamento nella citata disciplina*”<sup>43</sup>, e che “*una volta raggiunta tale conclusione, si deve per conseguenza escludere che il contenuto della legge delega, richiamando la direttiva comunitaria, possa essere interpretato come scelta a favore del modello di mediazione obbligatoria*”<sup>44</sup>.

La Corte ha, inoltre, sottolineato come fosse lo stesso legislatore europeo (come esplicitato dalla Risoluzione del Parlamento europeo in data 25 ottobre 2011 (2011/2117-INI) a chiarire che il metodo di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) doveva intendersi come “*(...) facoltativo, fondato sul rispetto della libera scelta delle parti durante l'intero arco del processo, che lasci loro la possibilità di risolvere in qualsiasi istante la controversia dinanzi ad un tribunale, e che esso non deve essere in alcun caso una prima tappa obbligatoria preliminare all'azione in giudizio*”.

Entrando, poi, nel contenuto dell'art. 60 della legge delega n. 69 del 2009, la Corte ha concluso che l'obbligatorietà statuita dal derivato d. lgs. 28 del 2010, non soltanto non fosse in alcun modo stata prevista a monte dal legislatore delegante, ma che vi fossero – addirittura – indicazioni affatto contrarie<sup>45</sup>. In vero, la conciliazione in materia di diritto societario, intermediazione finanziaria, bancaria e creditizia

40 In *Foro it.*, 2013, I, c. 1091 ss.; cfr. inoltre *Società*, 2013, p. 76, con nota di Luiso, *L'eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*, e in *Corriere giur.*, 2013, p. 262, con nota di Pagni, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*; cfr., inoltre, Dalfino, *Povera mediazione!*, in [www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com).

41 Il ragionamento della Corte si è basato sul richiamo a due risoluzioni del Parlamento europeo: Risoluzione 2026 del 13 settembre 2011 (2011/2026-INI) e Risoluzione 2117 del 25 ottobre 2011 (2011/2117-INI). Sul p. v. Zampetti, *Problemi di costituzionalità della “nuova” mediazione civile obbligatoria*, in *Dij. e Soc.*, 2014, p. 782, entrambe “*prive di efficacia vincolante ma particolarmente significative dell'ispirazione europea in tema di mediazione (...)*”.

42 Corte cost. n. 272/2012, punto 12.2 dei Considerato in diritto.

43 *Id.*

44 *Id.*

45 Corte cost. n. 272/2012, punto 13 dei Considerato in diritto: “*(...) in realtà con il censurato art. 5, comma 1, si è posto in essere un istituto (la mediazione obbligatoria in relazione alle controversie nella norma stessa elencate) che non soltanto è privo di riferimenti ai principi e criteri della delega ma, almeno in due punti, contrasta con la concezione della mediazione come imposta dalla normativa delegata*”.

di cui agli artt. 38, 39 e 40 del d.lgs. n. 5 del 2003 – così come richiamata dal citato art. 60 della legge delega – prevedeva solo un procedimento di conciliazione a carattere volontario, “*che mal si concilia (...) con un’opzione a favore della mediazione obbligatoria*”<sup>46</sup>.

Posto, dunque, che la declaratoria di illegittimità costituzionale abbia tratto la propria ragion d’essere da un vizio formale di eccesso di delega, per reintrodurre nel sistema lo strumento della mediazione quale condizione di procedibilità atto a deflazionare il contenzioso (intento questo, come detto, primario per il legislatore italiano), è bastato correggere la regolarità della disciplina.

L’obiettivo è stato conseguito con il d.l. n. 69 del 2013, c.d. *Decreto del fare* recante «Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia», convertito con modificazioni in legge n. 98 del 2013; l’art. 84 del decreto ha semplicemente reinserto la condizione di procedibilità all’interno del d.lgs. n. 28 del 2010 con il comma 1-bis dell’art. 5, con decorrenza a partire dal termine di trenta giorni dall’entrata in vigore della legge di conversione. È risultato significativo il fatto che, questa volta, il legislatore non abbia più tentato -nemmeno- di giustificare l’obbligatorietà richiamandosi all’ascendente disposizione (e volontà) europea, bensì abbia applicato direttamente la misura coatta, quale *solutio* per sopperire alla straordinaria necessità, ed urgenza, di emanare misure per l’efficienza del sistema giudiziario, nonché per la definizione del contenzioso civile. Con ciò, sono state, comunque, apportate alcune sostanziali modifiche alla disciplina dell’obbligatorietà della mediazione come introdotta dal precedente d.lgs. 28 del 2010.

Anzitutto, lo strumento doveva avere un carattere temporaneo, o per meglio dire, transitorio e la sua funzione doveva intendersi avente una natura sperimentale. Ovvero, la disciplina doveva avere efficacia per soli quattro anni dall’entrata in vigore del decreto e, decorsi due anni dalla medesima data, il Ministero della giustizia doveva attivare un piano di monitoraggio degli esiti della sperimentazione per valutare l’efficacia raggiunta.

In secondo luogo, sono state modificate le materie oggetto dell’obbligatorietà mediatoria: esclusa quella del risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, ed inserite, in sede di conversione, le controversie relative alla responsabilità medica e sanitaria.

Altresì, veniva: modificata la durata del procedimento, prima prevista in quattro mesi, diveniva ora di tre (art. 6 comma 1); introdotta una forma di mediazione c.d. delegata ad opera del giudice, in forza della quale, quest’ultimo poteva disporre esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, anche in sede di giudizio di appello (art. 5 comma 2); previsto che, nei casi in cui l’esperimento del tentativo di mediazione assurgesse a condizione di procedibilità per l’instaurazione del giudizio, la condizione si considerasse come avverata qualora il primo incontro con il mediatore si concludesse senza accordo (art. 5 comma 2-bis); reintrodotta la sanzione processuale della possibilità, per il giudice, di desumere argomenti di prova ai sensi dell’articolo 116 c. p. c., dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, con relativa condanna (per la parte costituita in giudizio che avesse omesso di partecipare al procedimento mediatorio senza giustificato motivo) di versare al bilancio dello Stato una somma pari a contributo unificato dovuto per il giudizio (art. 8 comma 4-bis); riproposte le sanzioni relative alle spese processuali già oggetto di previsione da parte del d.lgs. 28 del 2010 (art. 13); ripreso il regime tributario previgente, con previsione che siano rimandate al decreto ministeriale di cui all’articolo 16 comma 2°, del d.lgs. n. 28 del 2010, le riduzioni minime dell’indennità dovute nell’ipotesi in cui la mediazione sia condizione di procedibilità disposta per ordine del giudice (art. 17, comma 4), nonché le ipotesi di esenzione dal pagamento dell’indennità per i soggetti ammessi al patrocinio a spese dello Stato.

Infine, complemento assai rilevante, è stato che ai sensi degli artt. 8 e 12, la presenza dell’avvocato dovesse intendersi obbligatoria per tutto il corso del procedimento di mediazione<sup>47</sup>, e che l’eventuale accordo conciliativo -oltre che essere sottoscritto dalle parti- dovesse quindi essere sottoscritto anche dai legali, costituendo titolo esecutivo in quanto “*gli avvocati attestano e certificano la conformità dell’accordo alle norme imperative e all’ordine pubblico*”.

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> “*Circostanza che inevitabilmente rappresenta un ulteriore costo da comportare (...)*”, cfr. Zampetti, *Problemi di costituzionalità della “nuova” mediazione civile obbligatoria*, op.cit., p. 788.

Con il successivo d.l. n. 50 del 2017, così come convertito nella l. n. 96 del 2017 «Recante disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo», sono state definitivamente abrogate le disposizioni di cui all'art. 5 comma 1-bis che prevedevano la temporaneità e la sperimentaltà del (modificato) istituto mediatorio (*ut supra*), facendo così riassumere alla mediazione obbligatoria il carattere strutturale e definitivo originariamente previsto dal d.lgs. 28 del 2010, e consolidando la sua natura onerosa e versatile rispetto alle materie del contenzioso civile e commerciale a cui si estende.

Concludendo, possiamo affermare che, ad oggi, l'Italia sia giunta a consolidare la mediazione quale condizione obbligatoria di procedibilità per le controversie civili e commerciali vertenti su diritti disponibili; più nello specifico, per le controversie in materia di condominio, diritti reali, divisioni e successioni ereditarie, patti di famiglia, locazioni, comodati, affitto di azienda, risarcimento dei danni derivanti da responsabilità medica, sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari; il tutto, con l'assistenza necessaria di un avvocato.

Appurato, dunque, come -e fino a che misura- il dettato europeo sia stato sviato e probabilmente strumentalizzato dal legislatore italiano, rimane solo da chiedersi se il tentativo obbligatorio di mediazione, così come ora disciplinato, sia compatibile con l'effettività della tutela giurisdizionale, nonché se, la manipolazione di tale strumento compositivo sia effettivamente stata utile al suo fine ovvero la devianza dalla sua originaria natura ne abbia molto attenuato l'auspicata utilità.

5. – Il 14 giugno 2017, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha avuto modo di pronunciarsi in merito all'adozione, da parte degli Stati membri, di una normativa interna che prevede nelle controversie *Business to Consumer* il ricorso alla mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale<sup>48</sup>.

La pronuncia, sebbene formalmente riguardi la sola direttiva 2013/11/UE, concernente la risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, contiene un espresso collegamento alla direttiva 2008/52/CE, ed alla compatibilità dell'obbligatorietà prescritta dalla trasposta normativa italiana, quale condizione necessaria per l'accesso alla tutela giurisdizionale ordinaria, in relazione al rispetto dei principi e dei diritti fondamentali degli individui, di cui la direttiva CE del 2008 si è fatta garante e portatrice.

Partendo dal presupposto che la direttiva 2008/52/CE lasciava impregiudicata la legislazione nazionale che decidesse di rendere il ricorso alla mediazione obbligatoria, a patto che tale legislazione non impedisse alle parti il libero accesso al sistema giudiziario, la Corte, ha colto l'occasione per chiarire che: “(...) *Come emerge dal considerando 13 della direttiva 2008/52, il carattere volontario della mediazione consiste, pertanto, non già nella libertà delle parti di ricorrere o meno a tale procedimento, bensì nel fatto che le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarlo come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento*”. A tal fine, assume rilevanza non il carattere obbligatorio o facoltativo del sistema di mediazione, ma il fatto che il diritto di accesso delle parti al sistema giudiziario sia preservato<sup>49</sup>. Pertanto, appare doveroso chiedersi che cosa significhi, in concreto, preservare il diritto di accesso. A questo interrogativo tenta di dare una risposta complementare la stessa Corte di Giustizia che, nella medesima sentenza, chiarisce tre importanti principi. Il tentativo di mediazione obbligatoria è compatibile con l'accesso alla giustizia se rispetta sei requisiti: non conduce ad una decisione vincolante per le parti; non comporta un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale; sospende la prescrizione o la decadenza dei diritti in questione; non genera costi, ovvero genera costi non ingenti per le parti; la via elettronica non sia l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione; sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone.

Chiaro è, che il primo problema di compatibilità del sistema italiano con i requisiti dettati dalla Corte di Giustizia risieda nel fattore economico, ovvero nei costi legati (*rectius*: imposti) alla procedura. Differentemente dall'ADR previsto per le *consumer disputes*, originato dalla direttiva 2013/11/UE e privo dell'assistenza

48 Cfr., Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sent. 14 giugno 2017, causa C-75/16, Mennini e al. C. Banco Popolare.

49 Sul punto, cfr. Corraa, *La disciplina italiana della mediazione obbligatoria al vaglio della Corte di Giustizia*, in *DPCE on line*, IV, 2017, ove è sottolineato che “(...) la Corte non omette di considerare che il carattere obbligatorio della mediazione nelle controversie de quibus finisce de facto con l'aggiungere una condizione preliminare all'accesso alla giustizia, potenzialmente in grado di incidere sul principio di effettività della tutela del sezione”.

necessaria di un avvocato e del tutto gratuito (o a costi minimi) per i consumatori<sup>50</sup>, la *mandatory mediation* disciplinata nel d.lgs. n. 28 del 2010 impone, oltre che l'assistenza legale per la durata procedura, anche un costo per l'avvio della procedura medesima di fronte agli organismi *ad hoc*<sup>51</sup>.

L'espedito per ritenere l'onere economico addossato alle parti come conforme al diritto alla piena tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi è stato invero introdotto con la riforma del 2013 tramite la modifica dell'art. 8 del d. lgs 28 del 2010; ivi, è stabilito che i costi della mediazione sono dovuti solo qualora le parti decidano di proseguire la procedura oltre il primo incontro, sottoscrivendo un apposito verbale di proseguimento della procedura e impegnandosi a versare le indennità dovute, dando quindi corso effettivo alla mediazione immediatamente o in altro incontro successivo. Nel caso contrario, se vi siano giustificati motivi per cui non si possa risolvere la questione tramite tale strumento, è data alle parti la possibilità di ritirarsi senza spese. Il costo quindi non sarebbe imposto, ma scelto dalle parti stesse con la volontà di proseguire nella procedura.

Da un punto di vista prettamente costituzionale, il problema dell'istituzione di una giurisdizione condizionata che, in quanto tale, veda la proponibilità dell'azione subordinata all'avverarsi di un determinato presupposto, è stato affrontato (ed in parte risolto) dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale.

In proposito, la medesima Corte ha ritenuto ammissibile il ricorso alla giurisdizione c.d. condizionata, nella misura in cui si possa ritenere che *“l'art. 24 della Costituzione, laddove tutela il diritto di azione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare «interessi generali» con le dilazioni conseguenti”*<sup>52</sup>.

Il ragionamento della Corte è stato poi esplicitato, rilevando che il tentativo obbligatorio di conciliazione *“tende a soddisfare l'interesse generale sotto un duplice profilo: da un lato, evitando che l'aumento delle controversie attribuite al giudice ordinario (...) provochi un sovraccarico dell'apparato giudiziario, con conseguenti difficoltà per il suo funzionamento; dall'altro, favorendo la composizione preventiva della lite, che assicura alle situazioni sostanziali un soddisfacimento più immediato rispetto a quella conseguita attraverso il processo”*<sup>53</sup>. L'affermazione della presenza nell'ordinamento di un interesse generale che rappresenterebbe, sostanzialmente, il contrappeso al diritto di azione, è stata ripresa (e riconfermata) dalla medesima Corte anche quattro anni dopo con la nota sentenza n. 98 del 2014<sup>54</sup>.

Tornata sull'argomento, anche se da un angolo visuale differente<sup>55</sup>, la Corte costituzionale ha specificato che l'attenuazione della garanzia costituzionale del diritto di agire in sede giudiziaria, per essere lecita, deve necessariamente implicare *“una relazione di immediatezza tra il sorgere del diritto (o dell'interesse legittimo) e tale tutela (sentenze n. 154 e n. 82 del 1992, n. 130 del 1970, n. 64 del 1964), essendo consentito al legislatore di imporre l'adempimento di oneri (...) purché gli stessi siano giustificati da esigenze di ordine generale o da superiori finalità di giustizia (sentenze n. 132, n. 81 e n. 62 del 1998, n. 233 del 1996, n. 56 del 1995, n. 255 del 1994, n. 406 del 1993, n. 154 del 1992; in termini simili, sentenze n. 403 del 2007, n. 251 del 2003, n. 276 del 2000, n. 113 del 1997, n. 82 del 1992, n. 130 del 1970)”*; confermando, così, l'idea per cui se sussiste una specifica ragione che giustifichi la previsione del tentativo di conciliazione obbligatorio, in quanto deroga al principio dell'accesso immediato alla giustizia ordinaria, questa deve risiedere nel miglior funzionamento degli istituti processuali, ed andare a beneficio non soltanto dei consociati, ma anche del singolo, ovvero risiedere in un interesse super-individuale<sup>56</sup>.

Tuttavia, la Corte, ha altresì puntualizzato che *“anche là dove ricorra tale circostanza, il legislatore «è sempre tenuto ad osservare il limite imposto dall'esigenza di non rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa» (sentenza n. 154 del 1992; in termini analoghi, sentenze n. 360 del 1994, n. 406 del 1993,*

50 Cfr. art. 8 lett. c della Direttiva 2013/11/UE.

51 Cfr. art. 16 del d. lgs. n. 180 del 2010.

52 Cfr. Corte Cost., n. 276/2000, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 1219 ss., ove si affrontò definitivamente il problema della legittimità costituzionale del tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 410 c.p.c. in materia di controversie di lavoro.

53 *Id.*

54 In *Corriere trib.*, 2014, p. 1787 ss.

55 Per l'esattezza con riguardo ai procedimenti tributari.

56 In generale, sull'ampia problematica del tentativo di conciliazione in materia lavoristica, v., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, l'ampio approfondimento monografico di Nascosi I, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, 2007, *passim*; nonché ID, *Domanda riconvenzionale, intervento di terzo e tentativo di conciliazione nel processo agrario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1079 ss.

n. 530 del 1989), «deve contenere l'onere nella misura meno gravosa possibile» (sentenze n. 233 del 1996 e n. 56 del 1995), deve operare un «congruo bilanciamento» tra l'esigenza di assicurare la tutela dei diritti e le altre esigenze che il differimento dell'accesso alla stessa intende perseguire (sentenza n. 113 del 1997)<sup>57</sup>.

Concludendo, ci pare di poter affermare che la Corte Costituzionale abbia ormai consolidato l'orientamento per cui il condizionamento del diritto di azione può considerarsi legittimo, qualora esso sia finalizzato a soddisfare un interesse pubblico, connesso al miglioramento del sistema giudiziario, nonché della funzionalità del processo, e qualora sia tale da non rendere troppo gravoso od impossibile l'esercizio del diritto di azione.

In ciò va ravvisata, ovviamente, una regola iuris generale, ovvero comprendente non solo la mediazione, ma anche la negoziazione assistita e qualunque altro dispositivo di conciliazione.

6. – Vi è, infine, da chiedersi quali siano state le conseguenze reali dell'impatto dell'istituto in esame all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

Nella Risoluzione del parlamento europeo del 13 settembre 2011 il legislatore sovranazionale fa menzione della mediazione condizionata italiana, citandola come “*l'esempio più lampante*” del successo dell'istituto; sebbene il modello proposto con il d.lgs. n. 28 “*(...) non è stato accolto con favore dagli operatori, i quali hanno impugnato il decreto dinanzi ai tribunali e sono addirittura scesi in sciopero*”<sup>58</sup>, l'Italia ha dimostrato, con la Bulgaria e la Romania, che la mediazione “*può contribuire a una soluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie attraverso procedure adeguate alle esigenze delle parti*”<sup>59</sup>, e ciò è stato possibile grazie al fatto che ivi le legislazioni nazionali siano andate “*(...) oltre i requisiti di base della direttiva sulla mediazione*”<sup>60</sup>. Subito dopo, è però aggiunto che nonostante nel sistema giuridico italiano la mediazione obbligatoria sembri raggiungere l'obiettivo di diminuire la congestione nei tribunali “*(...) la mediazione dovrebbe essere promossa come una forma di giustizia alternativa praticabile, a basso costo e più rapida, piuttosto che come un elemento obbligatorio della procedura giudiziaria*”.

Ancora una volta un'affermazione chiave rispetto alla dicotomia innaturale tra mediazione ed obbligatorietà, che fa capire come se da una parte l'obbligo possa incentivarla, dall'altra ne possa provocare l'inefficacia ed il sostanziale snaturamento.

Ed è proprio osservando i dati statistici interni che, in realtà, ci si accorge che il tasso di successo o di insuccesso della mediazione derivi proprio dalla volontarietà, ovvero dall'obbligatorietà a cui la stessa soggiace. Secondo le statistiche relative all'anno 2013 – momento emblematico per la mediazione civile e commerciale, per il reintrodursi della sua obbligatorietà – alla crescita dell'incidenza delle mediazioni volontarie è stato associato l'aumento del tasso di successo delle medesime; di contro, con l'attuazione del d.l. n. 69 del 2013 e la reintroduzione dell'obbligatorietà mediatrice, il tasso di successo è diminuito<sup>61</sup>. Questa relazione – inversamente proporzionale – si riscontra anche ad oggi<sup>62</sup>, con la sola differenza che il tempo di durata della procedura è passato da una media di 83 giorni ad una di 139, ciò, probabilmente, in quanto gli organismi di mediazione sono ora diminuiti (grazie alla sempre maggiore rigidità dei controlli effettuati sui medesimi), ed inoltre è stata adottata, via via, la tecnica del rinvio degli incontri, propria delle aule giudiziarie.

Dunque, i dati empirici sembrano essere chiari indicatori del fatto che i privati, nell'ambito della loro autonomia negoziale, o ricorrendo volontariamente a strumenti conciliativi, sono in grado di risolvere autonomamente una quota molto consistente delle controversie che li riguardano, senza bisogno di essere a ciò costretti da meccanismi etero-imposti come la mediazione, ovvero la negoziazione assistita<sup>63</sup>.

E questo dimostra, a nostro avviso, come invero lo ha comprovato l'ampia panoramica europea che

57 Cfr. Corte Cost. sent. n. 98/2014, cit.

58 Cfr. p. 8 della Risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2011 sull'attuazione della direttiva sulla mediazione negli Stati membri, impatto della stessa sulla mediazione e sua adozione da parte dei tribunali (2011/2026(INI))

59 *Id.*

60 *Id.*, p.9.

61 Giova qui rilevare che all'aumento dell'efficacia delle mediazioni volontarie ha contribuito anche la sentenza della Corte Cost. n. 272/2012 cit. Sul punto si vedano le statistiche del Ministero della Giustizia per l'anno 2013 in [www.webstat.giustizia.it](http://www.webstat.giustizia.it)

62 Sul punto v. le statistiche del Ministero della Giustizia per l'anno 2018, in [www.webstat.giustizia.it](http://www.webstat.giustizia.it).

63 In occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, il Guardasigilli A. Orlando, ha in proposito avuto modo di riferire che “*(...) i dati comunicati dal Consiglio Nazionale su un campione di 3019 accordi andati a buon fine attestano, infatti, un buon utilizzo dei nuovi strumenti, specie della negoziazione assistita, con particolare incidenza in materia di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni. Essi rappresentano da soli il 75% di tutti gli accordi di negoziazione conclusi con successo, di cui ben il 62% è relativo a coppie senza figli.*” In arg., v. D' Alessandro, *La durata eccessiva del processo civile tra dinamiche interne al sistema della giustizia e cause macrosociali*, p. 7, [www.judicium.it](http://www.judicium.it)

abbiamo tentato di svolgere nei paragrafi precedenti, quanto anomala sia stata la strada seguita dall'Italia nell'imporre l'obbligatorietà della mediazione in modo così generalizzato ed indiscriminato, tradendo così, apertamente, gli scopi e la *ratio* ispiratrice della direttiva 2008/52/CE, che concepisce la mediazione come strumento alternativo, in quanto aggiuntivo alla giurisdizione statale, e non alternativo in quanto sostitutivo.

L'ultima riflessione in merito al se la mediazione, così come è stata recepita ed attuata in Italia, possa dirsi aver raggiunto lo scopo per cui è nata in Europa, crediamo sia giusto lasciarla a colui il quale ne è stato il fautore, il legislatore europeo. Recentemente, il Parlamento europeo è tornato sul punto specifico con la Risoluzione del 12 settembre 2017 sull'attuazione della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale (la "direttiva sulla mediazione") (2016/2066 INI). In merito è stato emblematicamente detto che, a distanza di quasi 10 anni, si considera ancora mancante una cultura della mediazione basata sulla risoluzione amichevole delle controversie, e che *"è evidente che gli obiettivi enunciati all'articolo 1 della direttiva sulla mediazione, vale a dire promuovere il ricorso alla mediazione e in particolare garantire "un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario", non sono stati raggiunti, visto che la mediazione è utilizzata mediamente in meno dell'1% dei casi nei tribunali della maggior parte degli Stati membri"*<sup>64</sup>.

*A fortiori*, il Parlamento conclude, aggiungendo che raccomanda alla Commissione e agli Stati membri *"di applicare e mettere in atto misure di salvaguardia adeguate nei processi di mediazione al fine di limitare i rischi per le parti più deboli e proteggerle da eventuali abusi del processo o di posizione imputabili alle parti più forti, nonché di fornire dati statistici pertinenti ed esaustivi; sottolinea inoltre l'importanza di assicurare il rispetto di criteri di equità in materia di costi, con particolare riguardo alle tutele per le categorie svantaggiate"* ed osserva tuttavia infine *"che la mediazione potrebbe perdere attrattività e valore aggiunto se dovessero essere introdotti standard troppo stringenti per le parti"*<sup>65</sup>.

Queste ultime autorevoli considerazioni ci pare che corroborino ulteriormente le perplessità, a cui queste pagine hanno cercato di dare sostanza, in merito al raggiungimento nel nostro ordinamento giuridico di una *"equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario"*.

Tornando al punto da cui eravamo partiti ed al concetto di 'volontarietà' della mediazione come condizione imprescindibile per il suo successo, ci sembra a questo punto di poter affermare che il renderla obbligatoria in maniera così indiscriminata come il legislatore italiano ha fatto, altro non è servito se non a svuotare di efficacia e di significato uno strumento che, potenzialmente, potrebbe invece essere molto utile per facilitare una equa composizione delle controversie civili e commerciali<sup>66</sup>.

Non solo, dunque, la mediazione come attuata in Italia rischia di perdere *"attrattività e valore aggiunto"*, ma, a ben vedere, la sua obbligatorietà può perfino ritorcersi contro i consociati, anziché migliorare e rafforzare la tutela dei loro diritti<sup>67</sup>.

Vi è dunque da chiedersi, in conclusione, come il legislatore italiano abbia potuto essere così ingenuo e superficiale da pensare di risolvere il problema gravissimo dell'efficienza e dei tempi del nostro processo civile, ricorrendo ad un simile espediente, che, ben lungi dal risolverlo, spesso non ha fatto altro che aggravarlo<sup>68</sup>. Se non altro poiché, – come i dati comparatistici dimostrano – è la mediazione civile che, per poter funzionare, implica *naturaliter* e necessariamente una buona funzionalità del sistema giudiziario su cui si innesta, e non l'opposto.

64 Cfr. lett. F dei 'Considerando' della Risoluzione citata.

65 Cfr. *id.*, p. 15 delle raccomandazioni.

66 D'altra parte, i dati statistici sopra riportati (v. nota 63), sono assai eloquenti nell'evidenziare che l'ambito in cui la negoziazione assistita dagli avvocati ha avuto, e sta avendo, maggiore successo è quello dei procedimenti di separazione e di divorzio, nei quali, non a caso, essa non è obbligatoria, ma si svolge esclusivamente se le parti vi accedono volontariamente (in arg., anche per i necessari riferimenti bibliografici, sia permesso il rinvio a GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime (?) stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2015, p. 1111 ss.

67 In arg. v. Conte, *The Italian Way of Mediation*, in *Arb. & Mediation 2014*, p. 194.: *"(...) Respecting the nature of mediation is not a matter that concerns only the theoretical aspects, but has a direct practical impact: the distortion of the mediation process can irreparably ruin – and this is precisely what has happened in Italy – the chances of the mediation process being fully efficient on the functional level"*.

68 Sul punto, anche *id.*, *"(...) The Italian legislator has failed to outline really efficient procedures for mediation and, indeed, driven by the anxiety of making mediation reduce the amount of civil litigation, it has forced the nature of the instrument, accentuating its deviation towards a "heteronomous" model of dispute resolution"*.

# ALLE ORIGINI DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO: IL BROCARDO IUDEX SECUNDUM ALLEGATA E PROBATA (PARTIUM) IUDICARE DEBET

**Andrea Panzarola**

*Professore ordinario nell'Università Lum "Jean Monnet"*

sommario: 1. Premessa. – 2. La tesi di Joan Picó Junoy. – 3. Il brocardo esprime il principio dispositivo: la teoria di Nörr esposta nel volume del 1967. – 4. La relazione fra il brocardo e il principio dispositivo negli studi specialistici successivi. – 5. Le varie formulazioni del brocardo: un testo di Agostino Berò. 6. – Le tematiche toccate dal brocardo e il paradigma genealogico di esso. – 7. Il valore concettuale del divieto di *supplere de facto* e il rapporto con il brocardo nella teoria monistica di Richard Schmidt. – 8. Alle origini della critica della teoria monistica: il contributo di Friedrich Stein. – 9. Supplenza giudiziale *de facto*, divieto di utilizzo del sapere privato e principio dispositivo. – 10. La progressiva sottovalutazione del divieto di giudicare «*secundum conscientiam*». 11 – «*Quod non est in actis non est in mundo*»: la moderna scuola del diritto naturale e i processualisti tedeschi del *gemeines Recht*. – 12. Rilievi conclusivi.

1. – Sono passati poco più di dieci anni dalla pubblicazione sulla *Rivista di diritto processuale* di un importante contributo di Joan Picó Junoy dal titolo eloquente: «*Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca ed italiana*»<sup>1</sup>. Il lavoro ha suscitato l'immediato interesse della dottrina italiana. Sia pure con una rimarchevole eccezione<sup>2</sup>, sembra che nel nostro Paese gli studiosi abbiano condiviso le conclusioni proposte da Joan Picó Junoy<sup>3</sup>.

Pensiamo che il tempo trascorso possa nondimeno favorire la rivisitazione dei risultati della indagine del giurista spagnolo e in particolare permetta di riconsiderare il principale fra i temi che ne sono stati indirettamente coinvolti, vale a dire quello che attiene ai modi della effettiva incarnazione storica nell'epoca di mezzo del principio dispositivo<sup>4</sup>, in particolare in rapporto alla introduzione nel processo dei mezzi di prova.

La originalità del saggio di Joan Picó Junoy non sta difatti nelle pagine dedicate alla determinazione degli estremi del brocardo (poiché moltissimi scrittori<sup>5</sup> ne avevano per tempo già segnalata la formulazione più frequente nelle fonti – la stessa additata dal giurista iberico come la unica esatta –, una formulazione del resto, almeno in parte, ben presente a chiunque avesse letto la *Relazione* al Re del vigente codice di procedura civile<sup>6</sup>). Originale e ardita è, per converso, la ricerca del professore spagnolo laddove da un lato assume che esista una sola versione esatta («*vera*», Egli scrive in maniera impegnativa) del brocardo e dall'altro qualifica

1 In *Riv. dir. proc.* 2007, 1497 ss.; nonché Id., *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona 2007, spec. 23-92.

2 Monteleone, *Il giallo del brocardo. Iudex secundum allegata et probata (partium?) iudicare debet, non secundum conscientiam*, in *Giusto proc. civ.* 2009, 623 ss., ora in Id., *Scritti sul processo civile*, I, Roma 2012, 429 ss.

3 In tal senso si è ripetutamente espresso Taruffo, a partire dalla favorevole recensione del volume cit. retro alla nota 1 in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 1402 (v., fra l'altro, Id., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari 2009, 29-30, 255-256 e note). Cfr. altresì L.P. Comoglio, in *Commentario cod. proc. civ.*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani e Vaccarella, II, Torino 2012, 360 nt. 21, 357 nt. 8; P. Comoglio, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione della conoscenza*, Torino 2018, 84 e nt. 395; Passanante, *La prova illecita nel processo civile*, Torino 2017, 211 e nt. 100. La critica mossa alla tesi di Joan Picó Junoy da parte di Jordi Nieva-Fenoll (*La cattiva reputazione del principio inquisitorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 943 ss.) si pone su un piano in parte diverso rispetto a quello prescelto nel nostro scritto e si traduce nella tesi secondo la quale la aggiunta del termine *partium* non si ebbe nel XIX secolo con Wach, ma almeno 300 anni prima (nel 1561 a Vienna, nella opera del giurista di origine ungherese De Verböczy). Ci limitiamo perciò a registrato che, ad avviso di Nieva-Fenoll, «il principio di iniziativa di parte avrebbe comportato l'esclusione della prova d'ufficio dal processo civile almeno a partire dal XVI secolo».

4 O, per dir meglio, di quello che attualmente viene denominato principio dispositivo processuale. Cfr., sulle varie articolazioni del principio, E. Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile*. I, *Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli 2008.

5 Cfr., in particolare, i numerosi contributi di Cavallone ora raccolti in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, spec. 143-144, 297, nonché in *Scritti ritrovati sul processo civile e sul giudizio di fatto*, Pisa 2016, spec. 234 ss., come pure in *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano 2016, 93.

6 § 13. Tra gli «*aforismi dell'antica sapienza*», la *Relazione* menziona quello secondo cui «*iudex secundum allegata et probata decidere debet*».



«*erronea*» la differente citazione di esso, quella per intenderci oggi prevalente, che impone al giudice di decidere «*secundum allegata et probata partium*».

In effetti Joan Picó Junoy fa di più, giacché prospetta la ipotesi che la apparizione fra il XIX e XX secolo di quest'ultima formula – incentrata sulla determinazione del potere delle parti, non solo quanto alle allegazioni, ma anche riguardo ai «*probata*» – costituisca l'effetto di un errore interessato di alcuni fra i più insigni processualisti tedeschi e italiani: un errore, cioè, che tradisce la volontà di costoro (autentici *Patres* della nostra materia) di giustificare una certa scelta di tecnica processuale accolta nelle moderne legislazioni processuali di impronta liberale – scelta diretta a riservare alle parti tutti i poteri in materia istruttoria – riconducendola arbitrariamente entro la prestigiosa tradizione del diritto comune e del processo cosiddetto romano-canonico.

Notiamo perciò che, se avesse ragione Joan Picó Junoy, la manipolazione della antica massima avrebbe in definitiva una decisiva funzione strategica (una funzione strategica – possiamo aggiungere – sovente svolta dagli *adagia* nella letteratura giuridica<sup>7</sup> pure in campo processuale<sup>8</sup> e che pertanto non dovrebbe sorprenderci troppo). La presunta manipolazione sarebbe strategicamente volta ad avvalorare una fallace ricostruzione retrospettiva dell'organizzazione dei giudizi nell'epoca di mezzo (quanto alla preminenza dei poteri di parte sull'*officium iudicis* pure in relazione ai modi della introduzione delle prove nel processo) per convalidare l'opzione processuale moderna (ideologicamente connotata in senso liberale) diretta a sottrarre al giudice poteri istruttori officiosi.

2. – Proviamo a compendiare in forma di tesi i risultati delle analisi di Joan Picó Junoy utilizzando le sue stesse parole tratte dall'articolo pubblicato sulla *Processuale*:

- a) esiste un «vero brocardo» ed «è il seguente: *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*»; l'inserimento del lemma «*partium*» è il frutto di una interpolazione successiva (databile a cavallo fra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo) dovuta a Wach e ai suoi successori, italiani compresi<sup>9</sup>;
- b) è possibile che non di errore involontario si tratti ma della conseguenza della deliberata «intenzione di manipolare la tradizione storica del pensiero giuridico con il fine di adeguarla alla imperante ideologia liberale dell'epoca»<sup>10</sup>;
- c) la interpolazione del brocardo ne altera il senso, considerato che esso – intimamente connesso con la massima «*quod non est in actis non est in mundo*» – «non intende risolvere il problema riguardante la possibilità per il giudice di avere o meno iniziativa probatoria, considerato che si riferisce al momento finale del processo, quando deve giudicare», obbligando il giudice, nell'emettere la sentenza, a risolvere il caso controverso sulla base «di ciò che era stato dedotto e provato nel processo», «senza che la sua scienza privata potesse modificare ciò che era stato veramente allegato e provato»<sup>11</sup>.

Da questa esposizione compendiaria appare evidente che le tesi del giurista spagnolo si proietta sul presente, sia che la si intenda nella sua versione che denomineremmo «debole» – basata sull'idea dell'errore involontario nella ricezione moderna del brocardo –, sia – e a maggior ragione – nella sua declinazione «forte», impernata addirittura sul sospetto di una manipolazione strategica della antica massima con l'obiettivo di ricostruire surrettiziamente il passato per renderlo conforme a certi obiettivi moderni di disciplina del processo, influenzati dalla ideologia di impronta liberale.

Seguendo il percorso segnato da Joan Picó Junoy si giunge a suggerire che, come non è mai esistito un brocardo incentrata sul sintagma «*probata partium*», così non esiste una tradizione storica che riserva fundamentalmente alle

7 Cfr., anche per alcuni esempi, G. Agamben, *Stato di eccezione*, Torino 2003, 34 ss.

8 Viene in mente, anzitutto, la massima processuale «*unus testis nullus testis*»: sorta nell'epoca del diritto comune come norma di garanzia, essa venne interpretata arbitrariamente dagli illuministi (e quindi utilizzata strategicamente nella loro polemica contro il c.d. sistema della prova legale) «nel senso che la conforme testimonianza di due malfattori» «avrebbe determinato automaticamente la condanna di un innocente» (Cavallone, *La borsa di Miss Flite*, cit., 254-255). Possiamo altresì menzionare, nel campo del processo penale, la notissima formula «*bard*» («*beyond any reasonable doubt*»): stando ad una recente tesi (J.Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven – London, 2008) la massima dell'oltre ogni ragionevole dubbio – sorta per assicurare la salvezza dell'anima dei giurati dal pericolo di dannazione nel caso di condanna ingiusta – si è trasformata negli ultimi secoli (con la secolarizzazione della società) in regola (posta a garanzia dell'accusato) di *factual proof*.

9 Picó Junoy, *Iudex iudicare debet*, cit., 1498, 1509, 1518. Nello stesso modo si spiegherebbe pure la mancata riproposizione della parte finale dell'antica massima concernente il divieto per il giudice di decidere secondo coscienza.

10 Picó Junoy, *op. cit.*, 1518. La veduta «liberale» di Wach in materia probatoria (quale espressa all'indomani della entrata in vigore della «nuova» codificazione processuale tedesca) è sinteticamente illustrata da D. Unger, *Adolf Wach (1843-1926) und das liberale Zivilprozessrecht*, Berlin 2005, 177-178.

11 Picó Junoy, *op. cit.*, 1518. Il che darebbe ragione del fatto che, nelle fonti, si allude al nostro brocardo soltanto nei luoghi nei quali viene illustrata la decisione del giudice.

parti ogni iniziativa istruttoria (sottraendola al giudice), con la conseguenza che ogni discorso in proposito può oggi svolgersi in una *tabula rasa* e comunque senza l'ipoteca di venerabili esperienze secolari passate.

Si capisce infatti che se esperienze siffatte siano invece esistite ed esistendo si siano perfino dipanate per secoli, non sarebbero qualcosa che possa essere mai dimenticato o rimosso. Sarebbero invece l'indimenticabile che deve restare sempre presente in chi si adoperi – in un processo civile a tipo dispositivo – a distribuire (e magari a farlo innovativamente) i poteri rilevanti (compresi quelli istruttori) tra le parti e il giudice. In questo quadro – che è quello proposto in queste pagine – il nostro brocardo ha il grande merito – nella formulazione adesso corrente – di rammentarci quel passato, in un'epoca, quale la nostra, che registra una progressiva marcata marginalizzazione<sup>12</sup> del principio dispositivo nelle sue numerose articolazioni.

3. – La determinazione della funzione e della genesi del brocardo dal solo divieto di utilizzare le conoscenze extragiudiziali del giudice, che le ipotesi di Joan Picó Junoy sembrano dare per scontata, devono essere verificate e probabilmente corrette.

Visto che ci si trova all'incrocio di competenze disciplinari differenti, conviene riferirsi agli studi degli storici del processo. Può essere d'aiuto rivolgersi a quella che ancora oggi è la più rigorosa descrizione della «posizione» del giudice (nel processo civile ed in quello penale accusatorio<sup>13</sup>) nell'epoca di mezzo. Vogliamo dire della *Habilitationschrift* di Knut Wolfgang Nörr del 1967 (*Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: "iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat"*<sup>14</sup>), nella quale il compianto studioso monacense – per quanto ammonisca l'interprete a non utilizzare categorie elaborate successivamente per investigare l'esperienza storica passata<sup>15</sup> – impiega nondimeno alcune massime forgiate dalla tarda scuola giusnaturalistica secoli dopo. Sostiene in particolare che il nostro brocardo si costituì nell'epoca di mezzo in piena armonia con i dettami della *Verhandlungsmaxime*. Nörr non esita ad impiegare questa massima moderna perché gli elementi che essa racchiude (fra i quali segnatamente quello che lascia alle parti il controllo sulle prove) costituiscono – per unanime convincimento di legisti e canonisti – il fondamento ultimo e decisivo su cui riposa l'*ordo iudiciarius* medievale e insieme la struttura essenziale sulla quale si regge la *paremia* in esame e verso la quale convergono i nuclei tematici nei quali la stessa si articola.

Come mai allora nella lezione più diffusa del brocardo non vi è alcuna menzione «delle parti» a proposito del divieto il giudice di decidere «*secundum allegata et probata*»<sup>16</sup>? Perché lo si dava per scontato («*dies war nie bestritten*»<sup>17</sup>). Semplicemente non rappresentava (e non avrebbe rappresentato almeno sino a Bartolo) un nodo problematico: come l'allegazione dei fatti spettava solo alle parti, allo stesso modo incombeva soltanto ad esse – «*dies war nie bestritten*» – «*den erforderlichen Beweis zu erbringen*»<sup>18</sup>. (D'altronde non si può fare a meno di evidenziare che questa conclusione appare suffragata *more logico* dalla stessa collocazione nel brocardo dei *probata* a fianco degli *allegata*: essendo pacifico che la *allegatio* sia da intendere come «*utriusque partis assertio*»<sup>19</sup> e potendo sussistere pertanto soltanto *allegata partium*, non si può fare a meno di dedurne che pure la menzione, accanto agli *allegata*, dei *probata* impone di giustapporvi il riferimento alle parti).

Quanto detto è rispondente al modo nel quale operato i giuristi dell'epoca di mezzo. I *doctores* erano tutt'altro che proclivi alla elaborazione sistematica astratta, ed erano invece immersi nelle controversie che la pratica offriva (mobilitando per risolverle i loro *topoi* e i loro *exempla*). La conclusione illustrata è senza dubbio accreditata nelle pagine di Nörr, ad esempio quando scrive che – se la discussione intorno alla nostra *paremia* in rapporto alla

12 V., se vuoi, Panzarola, *Il principio dispositivo preso sul serio (a proposito di un recente volume)*, in *Giust. civ.*, 2017, 701 ss.; *Una lezione attuale di garantismo processuale: le lezioni messicane di Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.* 2019.

13 Come noto, non vi sono state per lungo tempo differenze fra i due processi. Sulla loro progressiva diversificazione v. L. Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum (from the middle of the twelfth to the end of the fifteenth century)*, Turnhout, 1994, 43 ss.

14 München 1967. L'opera di Nörr conduce, a nostro sommo avviso, a risultati diversi, se non opposti, rispetto a quelli indicati dagli autori citati retro alla nota 3. Più avanti menzioneremo altri lavori più recenti nei quali Nörr (scomparso purtroppo il 15 gennaio 2018) ha ribadito e precisato le vedute espresse nell'*Habilitationschrift* del 1967.

15 Nörr, *Zur Stellung*, cit., 13-15.

16 Sulle varie declinazioni del brocardo v. *infra* § 5. Come il titolo del lavoro di Nörr del 1967 suggerisce, in origine la *paremia* non contemplava i *probata* ma solo gli *allegata*.

17 Nörr, *op. cit.*, 66.

18 Nörr, *op. loc. cit.* Sulla posizione di Bartolo v. *infra* § 9.

19 Nörr, *op. cit.*, 24 nt. 36, 30; nonché, più diffusamente, Id., *Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus*, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2012, 177 ss.

*richterlichen Suppletion*<sup>20</sup> aveva per una certa fase espresso uno degli aspetti della *Verhandlungsmaxime* (vale a dire la introduzione nel processo delle fattispecie rilevanti per la decisione) – la mancata enunciazione dell'altro profilo della *Verhandlungsmaxime* – e cioè il potere monopolistico delle parti nella introduzione delle prove – dipese dal fatto che su di esso non vi erano dissensi ed esso era comunemente (quantunque indirettamente) riconosciuto: «*die andere Folgerung was insofern mittelbar anerkannt, als der Lehre von der Beweislastverteilung der Grundsatz immanent ist, die Beschaffung der Beweismittel sei Sache der Parteien*»<sup>21</sup>.

Le conseguenze paiono rilevanti. Gli *allegata e probata* – che figurano nel brocardo dal tempo delle origini – non possono che essere «*partium*», perché il monopolio delle parti su ambedue i profili è un tratto intrinseco della esperienza processuale nell'epoca di mezzo. Tanto gli *allegata* quanto i *probata* – presenti nel brocardo – non possono essere assunti in un *vacuum* giuridico, vuoto di ogni determinazione, perché ciò contrasterebbe (prima ancora che con ragioni logiche, che comunque imporrebbero di specificare la fonte di siffatte allegazioni e prove) con prassi e teoria del processo nell'epoca di mezzo e in fondo con il comune sentire dei giuristi che posero le basi del brocardo, nei quali premeva la convinzione, vorremmo dire il sentimento, della posizione preminente delle parti all'interno di un giudizio strutturato come un ordine isonomico.

Non ci può essere insomma alcuno scarto o sconnessione nel brocardo – quale determinatosi storicamente – fra le parti e i loro poteri, da un verso, e le allegazioni e le prove sulle quali il giudice deve basare la decisione, dall'altro verso. Una riprova lampante sta nel fatto che i *doctores* procedettero alla elaborazione dei contorni dell'*officium iudicis* avvertendo il carattere eccezionale della iniziativa del giudice nel processo (la quale «*wird als Besonderheit empfunden*»<sup>22</sup>). Essi non costruirono invece un concetto corrispondente per le parti poiché, essendo convincimento universale che il processo fosse «cosa delle parti» («*Sache der Parteien*»<sup>23</sup>), non si sentì la necessità di articolare concettualmente quel che era indiscusso praticamente («*das officium der Parteien ist Verfahrensgrundlage allgemeiner Art, ist die Regel*»<sup>24</sup>: una regola, questa, che, essendo insita nella intera realtà processuale medievale, non può non avere impresso il suo segno latente pure sull'antico brocardo).

4. – Anche gli studi specialistici successivi hanno confermato questo nesso cogente fra le parti e le prove. Pensiamo, fra gli altri, a due autori assai noti proprio per le loro ricerche sul diritto probatorio nell'epoca di mezzo: R.C. van Caenegem e Susanne Lepsius. Il primo è convinto che nel nostro brocardo prende forma un elemento qualificante e fondamentale del processo nell'epoca di mezzo, quel «*party control over allegations and proof*» poi ricondotto nella c.d. *Verhandlungsmaxime*<sup>25</sup>. La seconda studiosa richiama l'attenzione sul fatto che la nostra paremia «*von allen mittelalterlichen Autoren in Sinne der Dispositionsmaxime verstanden wurde*»<sup>26</sup>. La limitazione nell'*ordo iudiciarius* alle sole parti dei poteri istruttori si riannoda alla modalità stessa di prospettazione degli *articuli*<sup>27</sup>, «*in denen die Parteien ihren Klageantrag in Einzelpunkten vorbrachten und für jeden einzelnen Punkt ein Beweisangebot vorlegten*»<sup>28</sup>.

Knut Wolfgang Nörr, dopo il celebre studio del 1967, è poi ritornato ripetutamente negli anni successivi sulla paremia, in particolare precisando i risultati delle precedenti ricerche nel volume monografico del 2012<sup>29</sup> dedicato al processo romano-canonico di prima istanza (*Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisver-*

20 Sul punto v. *infra* §§ 7-9.

21 Nörr, *Zur Stellung, cit.*, 93.

22 Nörr, *op. cit.*, 102.

23 Nörr, *op. loc. cit.*

24 Nörr, *op. loc. cit.* Una trattazione organica dell'*officium iudicis* nel processo romano-canonico è svolta dal medesimo a. in *Romanisch-kanonisches Prozessrecht, cit.*, 54 ss.

25 R.C. van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI, cap. 2, Tübingen-The Hague-Paris-New York, 1973, 14.

26 S. Lepsius, *Der Richter und die Zeugen. Eine Untersuchung anhand des Tractatus testimoniorum des Bartolus von Sassoferrato. Mit Edition*. Frankfurt am Main 2003, 27; v. anche, nello stesso senso, Ead., *Von Zweifeln zur Überzeugung. Der Zeugenbeweis im gelehrten Recht ausgehend von der Abhandlung des Bartolus von Sassoferrato*. Frankfurt am Main 2003, 35.

27 Sugli «*articuli*» e sulle «*positiones*» v., in breve, Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum, cit.*, 46; R.C. van Caenegem, *op. cit.*, 18; nonché, ampiamente, Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht, cit.*, spec. 140 ss. Le implicazioni generali di questi meccanismi processuali sono delucidate (relativamente alla concezione retorica della prova giudiziale e al ruolo passivo del giudice nell'*ordo iudiciarius* medievale) da Giuliani, *The Influence of Rhetoric on the Law of Evidence and Pleading* (1962), ora in *L'educazione giuridica*, 2a, a cura di Picardi e Martino, Bari 2008, 217 ss., spec. 230, 232.

28 Lepsius, *Der Richter und die Zeugen, cit.*, 111.

29 Il volume (citato *retro* nt. 19) è apparso come contributo alla *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*. Una sintetica esposizione delle origini della procedura romano-canonica si può leggere in R.C. van Caenegem, *op. cit.*, 16, nonché in Fowler-Magerl, *op. cit.*, 29. Rinviamo a quest'ulti-

*fahren erster Instanz in civilibus).*

In quest'ultimo lavoro Nörr espone sinteticamente l'idea (diffusamente argomentata nello studio del 1967) che la tessitura interna del processo romano-canonico (icasticamente raffigurata da Picardi e Giuliani come ordine isonomico) ubbidisce tanto al principio attualmente denominato dispositivo in senso sostanziale (la c.d. *Dispositionsmaxime*) – rispecchiato nel brocardo *ne eat iudex ultra petita* – quanto al principio che con linguaggio moderno viene denominata *Verhandlungsmaxime*, riflesso (sia pure non solo) nel brocardo che stiamo ora esaminando <sup>30</sup>.

L'operare di ambedue i principi menzionati è da Nörr così sunteggiato: «*wie sich der Richter an das von den Parteien gestaltete Streitprogramm zu halten hatte, so war er in seiner Urteilsfindung grundsätzlich auch auf das Vorbringen der Parteien und ihre Beweisführung angewiesen, wie beides nach den Regeln des Verfahrensrechts stattzufinden hatte*».

Nel potere fondamentalmente monopolistico delle parti di allegare fatti e introdurre prove nel processo Nörr indovina (tramite l'impiego del termine moderno *Verhandlungsmaxime*) il carattere peculiare del processo romano-canonico medievale e al contempo ne fissa le fondamenta in due paradigmi di cui è manifesta (per ragioni sulle quali indugeremo) la mutua implicazione: da un lato la supplenza giudiziale («*Die richterliche Suppletion*») *in facto* (il «*supplere de facto*»), dall'altro lato la paremia «*iudex secundum allegata et probata partium, non secundum conscientiam iudicat*» <sup>31</sup>.

Il massimo studioso del tema, pertanto, nel riportare il brocardo, non esita a farlo (come era già significativamente accaduto a Richard Schmidt <sup>32</sup>) inserendovi il richiamo alle allegazioni e alle prove «*delle parti*» («*partium*»), proprio quel richiamo alle «parti» stigmatizzato da Joan Picó Junoy ed elevato a prova della «colpa» di una eminente teoria di Maestri del processo civile.

D'altronde anche in altri due scritti Nörr fa lo stesso e, nel primo di essi, nell'evocare «i paronimi tramandati dalla tradizione del diritto comune» ed enumerandone due (l'altro è «*ne ultra petita*»), insiste a citare il nostro brocardo nella lezione – che il professore spagnolo considera erronea – che fa obbligo al giudice di giudicare «*secundum allegata et probata partium*». Lo stesso avviene nel secondo scritto, nel quale Nörr – per sottolineare che il baricentro del processo della Chiesa nell'epoca di mezzo coincideva con l'attività delle parti – allude alla massima secondo la quale «*iudex secundum allegata et probata partium iudicat*» <sup>33</sup>.

Segno evidente che Nörr – conformemente alle conoscenze personalmente maturate in molti anni di studi sul tema delle origini della paremia sulla base delle fonti raccolte in modo certosino (fonti in gran parte riprese dagli studiosi successivi <sup>34</sup>, che forse le utilizzano perfino più di quanto lascino intendere) – ritiene che il riferimento alle allegazioni e alle prove «*delle parti*» («*partium*») non alteri affatto il senso del brocardo e ne delucidi o, piuttosto, valorizzi invece la effettiva portata.

Non c'è alcun errore o, peggio, manipolazione nella citazione attuale della paremia, se si considera la funzione da essa effettivamente svolta. Così la pensava verosimilmente, a suo tempo, anche Richard Schmidt, che aveva studiato in profondità le fonti e ne aveva offerto un cospicuo florilegio in un noto saggio (di cui diremo <sup>35</sup>) del 1892 (oltretutto diretto a circoscrivere la portata della *Verhandlungsmaxime*). Ebbene, nel *Lehrbuch* del

ma autrice anche per la dimostrazione che l'*ordo iudiciarius* medievale (diversamente da quello romano, che costituiva una estensione della pubblica autorità) era considerato dai *doctores* il luogo nel quale hanno un posto preminente i poteri delle parti: Ead., *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius. Begriffe und Literaturgattung*, in *Repertorium zur Frühzeit der gelehrten Rechte*, vol. I, Frankfurt am Main, 1984 (Ius commune. Sonderheft 19), 28.

30 Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., 188 ss.

31 Nörr, *op. cit.*, 188.

32 Nörr, *op. loc. cit.*

33 V. *infra* §§ 7-9.

34 Il primo scritto che abbiamo evocato è Nörr, *Vizioz e Morel. Renovateurs della scienza giuridica processuale francese e il contributo di Chiovenda*, in Id., *Verso il processo civile moderno. Dal diritto naturale al Novecento*, con pagine introduttive di Ascheri e Picardi, Roma 2013, 89 (testo già pubblicato parzialmente in tedesco negli scritti in onore di Jan Schröder, con il titolo *Hewry Vizioz und René Morel: zwei Erneuerer der französischen Zivilprozessrechtswissenschaft*, in *Festschrift für Jan Schröder zum 70. Geburtstag*, a cura di Kiehle, Mertens e Schiemann, Tübingen 2013, 469 ss.). Il secondo scritto ricordato nel testo è: Nörr, *Prozeßzweck und Prozeßtypus: der kirchliche Prozeß des Mittelalters im Spannungsfeld zwischen objektiver Ordnung und subjektiven Interessen*, ora in Id., *Iudicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozessrechts in Europa*, Goldbach 1993, 87 ss., 90 e nt. 7. Appare rimarchevole che – nello stesso momento in cui richiama la nostra paremia – Nörr rinvii espressamente alla contrapposizione (elaborata da Giuliani e Picardi) fra ordine isonomico (al quale va ricondotto l'*ordo iudiciarius* medievale) e ordine asimmetrico.

35 E dallo stesso Antonio Padoa Schioppa, nel suo noto contributo *Sur la conscience du juge dans le ius commune européen* (1999), ora in Id., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, 251 ss. Si fermi l'attenzione sul fatto che anche secondo questo studioso (*op. cit.*, 254) la discussione

1898 Schmidt – ben consapevole del fatto che la lezione più diffusa del brocardo non menzionava le parti – non esita a proporre (come avrebbe poi fatto lo stesso Nörr) la versione attualmente in uso del brocardo, per la quale il giudice deve giudicare «secundum allegata et probata *partium*»<sup>36</sup>.

Quanto detto può bastare per ridimensionare se non proprio respingere le tesi radicali di Joan Picó Junoy e può probabilmente costituire il punto di partenza per accondiscendere alla tesi secondo cui i tre termini menzionati – «*allegata et probata*», da un verso, «*partium*», dall'altro – intrattengono tra loro, dal tempo delle origini nel diritto comune, una segreta solidarietà, che si tratta di ulteriormente comprendere e giustificare nelle pagine seguenti.

5. – Vi è nella idea che sussista una lezione «esatta» di una paremia un fraintendimento circa la loro natura che induce a confonderla con gli assiomi del diritto naturale moderno e con i principi dell'ordinamento positivo. Né in quelli né in questi può essere imprigionata la flessibilità di un brocardo (o – che è lo stesso – di una paremia, di una massima, di un adagio, di un aforisma, di un apoftegma, di un ditteo, di un distico, di un canone, ecc.).

Nel nostro caso, per quanto sia da una certa data in avanti la più frequente, non vi è una unica formulazione del brocardo. Si conoscono invece svariate lezioni i cui elementi caratteristici si trasformano e si invertono, si congiungono e si disgiungono, ora sono presenti ora assenti. Basti dire che nel riferirsi alla antica massima nel suo volume del 1967 Nörr non menziona i «probata»: «*iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*». Ma capita che mutino (come si arguisce pure dal lavoro di Richard Schmidt<sup>37</sup>) anche il modo del verbo giudicare e il posto assegnatogli nella massima («*iudex iudicet secundum allegata et probata*»). Cambia sovente anche la citazione delle allegazioni e delle prove, come quando si impone al giudice di giudicare «*ex probationibus et allegationibus*». E via seguitando, con una pluralità di varianti – emerse nel corso di una riflessione plurisecolare – che è qui evidentemente impossibile inventariare<sup>38</sup>.

All'inizio, per di più, la paremia appare – nella sua formulazione che diremmo inaugurale – con inversione degli elementi quali siamo abituati ora a conoscerli in una *quaestio* canonistica della collezione di Grenoble nota come «*Prior consensu fratrum*»<sup>39</sup>: essa è precisamente sottesa all'interrogativo «*an secundum conscientiam vel potius secundum allegata iudex iudicare debeat*» (dove il termine coscienza è anteposto agli *allegata*, senza alcun richiamo ai *probata*).

Più che proseguire nella enumerazione delle numerosissime lezioni del brocardo, preme segnalare piuttosto che, con la progressiva astrazione dell'attività del giudice (quale che sia la data esatta in cui ciò accade, nella consapevolezza del ruolo decisivo svolto da Azzone<sup>40</sup>), muta anche la declinazione del termine «coscienza» contemplato dal brocardo. Non è più tanto o solo la coscienza del giudice *ut homo* acquisita fuori del processo che il brocardo considera, vietando al giudice di non utilizzarla nella decisione («*non secundum conscientiam*»). Il fatto è che scompare progressivamente la «*persona privata*» del giudice a vantaggio dell'ufficio che egli ricopre (e cioè della «*persona pubblica*»). Ne discende l'emersione della locuzione coscienza «*ex actis informatam*», che, diversamente da quella ottenuta *ut privato*, il giudice può ben impiegare ai fini della decisione.

Ci sono capitate sotto gli occhi le «*Quaestiones iuris variae ac selectae*» del 1572<sup>41</sup>. In questa miscellanea lionese sono raccolte numerose questioni esaminate nel corso dei secoli precedenti, «*in utranque partem*», da una folta schiera di giuristi. È notevole, nell'ambito della *Quaestio* 134, che l'autore – Agostino Berò – affermi

connessa al nostro brocardo concerneva la portata della (successivamente denominata) *Verhandlungsmaxime*.

36 V. *infra* in nota e nel testo (§§ 7-9).

37 R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig 1898, 353 (dove si legge che «*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet, non secundum propriam conscientiam*»). Lo stesso si può osservare per la successiva edizione del volume: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2a, Leipzig 1906, 432. La circostanza è ben presente a Picó Junoy, *op. cit.*, 1505 e nt. 48 (osserviamo solo che l'a. omette di precisare che lo stesso Schmidt – a pag. 266 del celebre saggio del 1892 che citeremo *infra* al § 7 – richiama il brocardo nella formulazione oggi corrente che menziona i «*probata partium*»).

38 V. *infra* §§ 7-9.

39 Notiamo soltanto che (nell'ambito di un dibattito nel quale hanno un ruolo pure i teologi morali) si diffonde col tempo l'espressione «*secundum acta et probata*». Abbiamo sotto gli occhi la ristampa del 2017 (Reink Books) della *Quaestio iudicialis secundum acta et probata, an secundum conscientiam iudicandum sit?* (1658) del teologo e filosofo tedesco Jacob Schaller.

40 Sulla quale v. Nörr, *Zur Stellung, cit.*, 23; A. Padoa Schioppa, *op. cit.*, 255; D. Maffei, *Il giudice testimone e una "quaestio" di Jacques de Revigny* (*MS Bon. Coll. Hisp.* 82), in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1967, 54 ss., ora in *Id.*, *Studi di storia delle Università e della letteratura giuridica*, Goldbach 1995, 65 ss.

41 Nörr, *Zur Stellung, cit.*, 30 ss. Sul tema v. anche *infra* nt. 53.

significativamente che il giudice deve giudicare «*secundum conscientiam suam informatam ex probationibus et allegationibus partium factis coram ipso*».

Ebbene, ci sembra che il collegamento istituito espressamente fra le prove e le parti non possa essere trascurato e debba essere invece enfatizzato. Mentre contraddice frontalmente l'idea che nelle fonti – anteriormente al XIX sec. – non ci siano formulazioni del brocardo che correlino i *probata* alle parti, il testo che abbiamo citato delle «*Quaestiones*» dovrebbe indurre a maggiore cautela coloro attualmente che sostengono siffatta idea. Se è stato sufficiente l'esame superficiale delle fonti (da parte di chi storico del processo non è) per verificare che ci sono luoghi nei quali figura quel raccordo dei *probata* con l'attività delle parti che Joan Picó Junoy esclude, è possibile, se non probabile, che nelle mani esperte degli storici del processo potrebbero moltiplicarsi gli esempi (anteriori alla fine del XIX sec.) di contenuto identico a quello da noi riprodotto.

6. – Il nostro brocardo, per così dire, «*topisch vagierte*»<sup>42</sup>. Non per niente Nörr ripetutamente afferma che attorno alla paremia vi è, non uno, ma un complesso di problemi (il giurista tedesco allude<sup>43</sup> ora a un «*The-menkreis*» ora a un «*Problemkreis*» ora a un «*Fragenkomplex*»). Tali problemi trovano soluzione nei commenti degli antichi *doctores* in luoghi disparati delle fonti. Nörr pertanto invita lo studioso moderno a non isolare i singoli temi e lo mette in guardi dal pericolo di sovrapporre la propria inclinazione sistematica unificante alla sfrangiata «*Tytsystematik*»<sup>44</sup> propria dei *doctores* (che disegna una topografia delle relazioni nelle fonti fra le varie tematiche toccate dalla massima che può sorprendere l'osservatore moderno). In caso contrario, infatti, non solo si indulgerebbe in un indebito «proiezionismo» (guardando al passato con gli occhi di oggi), ma si finirebbe per rendere indiscernibili i molteplici centri controversi che la paremia sottintende.

La prestazione specifica della teoria di Nörr è di propiziare una articolazione fra nuclei tematici racchiusi nelle parole del nostro brocardo. La comprensione della portata della paremia, nei suoi vari svolgimenti e nelle sue plurime implicazioni, presuppone una corretta individuazione della localizzazione nelle fonti dei temi che essa interseca. Non gli compete – ammonisce a più riprese Nörr – un unico *locus*, come viceversa sembra suggerire Joan Picó Junoy<sup>45</sup>.

In definitiva, sin dal momento della sua elaborazione, il nostro brocardo si riferisce ad una fenomenologia processuale relativamente ampia, iscritta nella prassi e testimoniata dalla riflessione dei giuristi. Vi è comunque un paradigma genealogico fondamentale che Nörr<sup>46</sup>, come detto, qualifica con il termine significativo di *Verhandlungsmaxime*, che ai suoi occhi comprende, tra le sue articolazioni, la assegnazione esclusiva alle parti del potere di introdurre le prove nel processo.

La semplice considerazione da parte del professore spagnolo del *locus* della decisione ad opera del giudice – in relazione al divieto di usare la scienza privata – pare insufficiente a dar ragione del fenomeno che dovrebbe spiegare. Non gli consente di verificare le connessioni ed i rimandi che la paremia suggeriva o addirittura imponeva. Perché senz'altro essa imponeva un collegamento con la tematica (a sua volta più che mai esposta alle più diverse *distinctiones*) del *supplere de facto*, la quale rinviava (oltre che al problema delle domande suggestive e del *richterlichen Fragerecht*) a sua volta alla determinazione degli estremi dell'*officium iudicis* ed implicava ancora la problematica della rimessione del processo ad altro giudice o della ricusazione di quest'ultimo, ecc.

Ciascuno di questi temi può essere compreso solo se non si prescinde dalla *Verhandlungsmaxime*. Prendiamo le prime sistemazioni della suppleta giudiziale *in facto*. Spicca la posizione espressa da Piacentino nella *Summa codicis*. Ebbene, occupandosi di un passo del *Codex* relativo all'assenza dell'appellato nel giudizio di

42 Lugdunum 1572, *Quaestio* 134. L'autore è Agostino Berò (1474-1554), professore a Bologna di diritto civile e canonico. La raccolta di *Quaestiones* che stiamo esaminando (e di cui abbiamo riprodotto il titolo solo in parte) è menzionata da F.C. v. Savigny, *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, trad. it. di E. Bollati, 2a, Torino 1854-1857, vol. I, 472; vol. III, 477. La miscellanea lionese è stata impiegata da E. Gianturco nella sua *Crestomazia di casi giuridici ad uso accademico*, Napoli 1884, rist. anast. Bologna 1989, con lettura introduttiva di Treggiari, *Itinerari della casistica. La Crestomazia di Emanuele Gianturco fra modelli illustri e nuove istanze*, spec. XXXVII-XXXVIII.

43 Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., 188.

44 Nörr, *Zur Stellung*, cit., 27, 28, 36, 37, 93, ecc.

45 Nörr, *op. cit.*, 103.

46 Anzi, negli ultimi anni gli studiosi hanno ricondotto al nostro brocardo anche temi ulteriori rispetto a quelli indicati da Nörr: si pensi alle indagini di James Q. Whitman (su cui v. *retro* 8) sulla origine della formula dell'oltre ogni ragionevole dubbio, condotte sulle fonti raccolte dallo stesso Nörr. Gli studi di Lepsius quanto alla intersezione della problematica del libero convincimento con il nostro brocardo sono per di più condotti in antitesi con la veduta espressa da Nörr nel 1967: v. *infra* nota 63.

secondo grado, egli ammette senza limitazioni la supplenza di fatto anche in civile. Tiene però ben distinti i ruoli delle parti e del giudice e – cosa notevole – «*bestätigt die Beweispflicht der Parteien*»<sup>47</sup>. Più ampiamente, mentre i giuristi mettono in connessione la supplenza con le domande del giudice e si pongono il problema delle domande suggestive, consentono su quella supplenza soltanto se essa si eserciti «*in forma iudicii*» («*de facto autem potest iudex supplere, si constat ei de facto in forma iudicii*»<sup>48</sup>): vale a dire, se la supplenza si eserciti sulle allegazioni e sulle prove «*partium*».

7. – Abbiamo posto in rilievo le ragioni del latente collegamento fra gli *allegata* e i *probata*, da un lato, e la iniziativa delle parti, dall'altro. Vogliamo ora sottolineare che quell'aggiunta testuale («*partium*»), mentre restituisce al brocardo il suo senso proprio, contribuisce ad orientare l'interpretazione anche di uno dei profili più complessi e ambigui dell'edificio del diritto processuale nell'epoca di mezzo, vale a dire la supplenza giudiziale circa i fatti.

Non si può fare a meno pertanto di determinare il valore concettuale del *supplere de facto* perché questa supplenza giudiziale incrocia – come hanno dimostrato gli storici, ad iniziare da Nörr – in misura variabile la fissazione stessa dei termini intorno ai quali sono organizzati gli *allegata* e i *probata* sui quali il giudice (come insegna il nostro brocardo) deve giudicare prescindendo dalla sua coscienza. Il tema oltrepassa obiettivamente gli obiettivi di questo scritto e dobbiamo limitarci all'essenziale. Lo stesso Alessandro Giuliani si è mantenuto sul punto (come Taruffo ha non senza ragione evidenziato<sup>49</sup>) su di un piano di prudente genericità, pur avendo esattamente colto – con non comune sensibilità – il peso determinante del divieto di supplenza giudiziale *in facto* per separare l'esperienza processuale dell'epoca di mezzo da quella successiva<sup>50</sup>.

Ora, si capisce che se si collega il nostro brocardo con la problematica del *supplere de facto*, se si assume poi l'esistenza di un divieto di *supplere de facto* e in parti tempo si sostiene che la problematica della supplenza giudiziale *in facto* concerne *esclusivamente* il divieto per il giudice di utilizzare nel processo le sue conoscenze extragiudiziali, si perviene al doppio e connesso risultato, da un lato, di sovrapporre integralmente (come se si trattasse di cerchi concentrici di eguale estensione) l'area interessata da quel brocardo e da questo divieto, e, dall'altro lato, di concludere che il brocardo sotto esame vada letto come se escludesse soltanto l'utilizzabilità del sapere ottenuto dal giudice fuori del processo e non avesse alcuna attinenza con il tema della provenienza (se dalle parti soltanto o anche dal giudice) dei *probata*.

Tale era l'impostazione di Richard Schmidt. Questo giurista versatile (la cui prestazione intellettuale passa disinvoltamente dal diritto processuale al diritto pubblico<sup>51</sup> ed incrocia ripetutamente la storia del diritto) riversa i suoi diversi talenti e le sue distinte competenze disciplinari nel densissimo saggio – di poco precedente a quello celeberrimo del 1893 di Stein sulla scienza privata del giudice – sulle «osservazioni stragiudiziali del giudice» (*Die außergerichtlichen Wahrnehmungen des Prozessrichters*) apparso nel 1892 nel secondo volume dello *Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß*.

Quando a metà dell'ampio saggio<sup>52</sup> inizia finalmente la trattazione (intessuta di fitti rimandi alle fonti) della

47 Seguito da molti altri studiosi. Abbiamo fatto i nomi di Lepsius, van Caenegem, Padoa Schioppa, ecc. Vogliamo citare anche P. Landau, *Papst Innocenz III. in der richterlichen Praxis. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Kooperationsmaxime*, in *Festschrift für Rudolf Wasserman*, Darmstadt 1985, 727 ss., ora in Id., *Europäische Rechtsgeschichte und kanonisches Recht im Mittelalter*, Badenweiler 2013, 623 ss.: «Historisch reicht die Verhandlungsmaxime in ihrem Sachinhalt bis in das gelehrte Prozessrecht des Mittelalters zurück, wo ihre Regeln von den Juristen als Konsequenz der Parömie »iudex secundum allegata, non secundum conscientiam iudicat« verstanden wurden» (ivi, 623). Nella *Addenda* del settembre 2012 (ivi, 631 e nt. 1), Landau ribadisce (di nuovo in sintonia con le ricerche di Nörr) che la *Verhandlungsmaxime* «ist bereits im gelehrten Prozessrecht zu finden».

48 Nörr, *op. cit.*, 19.

49 Nörr, *op. cit.*, 22 e nt. 27. Sarà in particolare la scuola anglo-normanna a delucidare questo nodo problematico, che anche il canonista Ugucione – dopo Piacentino – non aveva chiarito, giacché, mentre vietava l'impiego senza limiti da parte del giudice di conoscenze stragiudiziali, dall'altro lato gli assegnava il potere di effettuare la supplenza di fatto in corso di causa. Si istituì così il collegamento – destinato a durare nel tempo – fra la supplenza di fatto e il «*richterlichen Fragerecht*»: Nörr, *op. cit.*, 48 ss. (e, in rapporto a Piacentino, 19 ss.).

50 Taruffo, *Contro la "veriphobia". Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 995 ss., 997. A proposito di una delle critiche rivolte dall'a. alle tesi di Giuliani (voce *Prova in generale. Filosofia del diritto*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, 518 ss., 521 ss., 529), vale comunque la pena notare che almeno nella opera di Bartolo (v. *infra* § 9, in corrispondenza della nt. 71) vi è in effetti coincidenza fra supplenza in fatto e prove disposte d'ufficio. In termini generali, non si può non essere d'accordo con Cavallone quando nota acutamente – in *Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in questa *Riv. dir. proc.* 2012, 107 ss., spec. 114 – che Giuliani, a proposito della *suppletio de facto*, «adotta una nozione abbastanza generica e formulata in termini esclusivamente negativi».

51 Anche M. Vallerani è dello stesso avviso: *La giustizia pubblica medievale*, Bologna 2005, 45 (in rapporto ovviamente al processo penale accusatorio), 86 (ove la notazione secondo cui la regola per cui «*iudex non potest de facto supplere*» «regola l'intero *ordo iuris*»).

52 M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 3, München 1999, trad. ing. *A History of public law in Germany, 1914-1915*, Oxford 2008, spec. 296 e nt. 250 (per ulteriori riferimenti). A causa delle sue molteplici competenze (che comprendono anche il diritto e la procedura penale)

genesì del famoso brocardo nell'età di mezzo, si capisce che Schmidt procede isolando la tematica del *supplere de facto*, indicando i casi nei quali in rapporto a tale supplenza sussiste un divieto e insieme lasciando intendere – cosa rimarchevole – che nella costruzione di quel brocardo ha un peso determinante quel divieto, per giunta coordinato soltanto alle conoscenze acquisite dal giudice fuori del processo. In altre parole, secondo questo scrittore (tenacemente proclive a ridurre il peso della *Verhandlungsmaxime*<sup>53</sup>) il divieto di impiegare la scienza privata da parte del giudice (che non può giudicare – stando al nostro brocardo – *secundum conscientiam*) coincide con il divieto, che grava sul medesimo, di *supplere de facto*<sup>54</sup>. Ne deriva che il significato concettuale di questa supplenza finisce inevitabilmente per essere assorbito – e così smarrire ogni proprio valore euristico – nel contenuto di quel brocardo laddove proibisce la decisione «secondo coscienza», consentendola solo sulla base di quanto allegato e provato. Ma in pari tempo anche il famoso brocardo viene neutralizzato nelle sue potenzialità esplicative, finendo così per riflettere in via esclusiva il divieto per il giudice di utilizzare le sue conoscenze extragiudiziali.

8. – Per uno di quei casi singolari della vita, al saggio di Richard Schmidt segue pochi mesi dopo, nel 1893, l'opera fondamentale di Friedrich Stein (*Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*<sup>55</sup>), che sin dalle prime righe della introduzione muove proprio da Schmidt e dal suo lavoro dell'anno precedente. Del resto, siamo in un periodo fecondissimo di ricerche sull'argomento, se è vero che Josef Kohler, in un breve e brillante scritto del 1894 (*Ueber notorische Thatsachen*<sup>56</sup>), sottopone a serrata critica il volume di Stein (anche quanto al punto capitale della sua teoria laddove, come risaputo, differenzia fatti notori e massime di esperienza).

Qui interessa ora il confronto fra Stein e Schmidt. Ebbene, per quanto Friedrich Stein dichiara nella introduzione del proprio libro sulla «*private Wissen des Richters*» di accogliere le conclusioni proposte da Richard Schmidt, in una nota a piè pagina<sup>57</sup> ne mostra un grave limite, di non avere cioè adeguatamente valorizzato il fatto che il nostro brocardo<sup>58</sup> contiene due proibizioni: da un lato la proibizione che si riallaccia a quel complesso di precetti modernamente racchiusi nella espressione *Verhandlungsmaxime*, e che riserva alle parti il monopolio nella allegazione dei fatti e nella introduzione delle prove; dall'altro lato, la proibizione che esprime un precetto di diritto probatorio: «*daneben steht das reien Bweisrechtliche*». La apparente oscurità di quest'ultimo richiamo si dissolve se si legge quanto poco prima nella introduzione<sup>59</sup> Stein aveva scritto a proposito del divieto per il giudice di utilizzare le conoscenze extragiudiziali: se tale divieto mancasse, vi sarebbe quella indebita confusione tra giudice e testimone che proprio Schmidt aveva posto a fondamento esclusivo del divieto per il giudice di giudicare *secundum conscientiam*, attingendo, cioè, al suo sapere privato ottenuto al di fuori del processo.

Se su questo punto Stein è d'accordo con Schmidt, è sull'altro profilo già indicato che la differenza tra i due è evidente, considerato che solo il primo, ma non il secondo (che imposta e fonda la sua tesi togliendo di mezzo ogni riferimento al principio dispositivo in senso processuale), è incline – come detto – a rintracciare nella nostra massima l'espressione della *Verhandlungsmaxime*<sup>60</sup>.

Schmidt (professore a Freiburg sin dal 1891 e poi a Leipzig dal 1913 sino al ritiro nel 1932) è stato considerato da Willibald Apelt come «l'ultimo grande enciclopedista».

53 Schmidt, *Die außergerichtlichen Wahrnehmungen des Prozeßrichters*, cit., spec. 283 ss. Il successivo lavoro di Nörr sulle fonti ha ridimensionato l'importanza del contributo di Schmidt, il quale, fra l'altro, ha esagerato il ruolo di Giovanni Bassiano (*ivi*, 285-286) rispetto a quello del suo maestro Azzone. Sul peso decisivo di quest'ultimo v. *retro* nt. 41. Non può essere sottaciuto, in ogni caso, che Schmidt coglie esattamente (*ivi*, 286) il fatto che Azzone distingue fra conoscenze ottenute dal giudice *ut iudex* e *ut privatus*.

54 Per cogliere appieno le conseguenze della prestazione intellettuale di Schmidt occorre collegare le sue specifiche vedute teoriche in materia processuale con la generale curvatura autoritaria della sua *Staatslehre*, ancora più evidente in epoca nazionalsocialista. Rinviamo sul punto al volume di T. Duve, *Normativität und Empirie im öffentlichen Recht und der Politikwissenschaft um 1900. Historisch-systematische Untersuchung des Lebens und Werks von Richard Schmidt (1862-1944) und der Methodenentwicklung seiner Zeit*, Ebelsbach 1998, spec. 168 ss.

55 Ragioni di spazio impediscono di argomentare a fondo tale convincimento, che si desume però chiaramente dalla indagine storica condotta da Schmidt, *op. cit.*, spec. 285 ss.; nonché dalle pagine che egli dedica alla esposizione della sua tesi monistica, una tesi – come già evidenziato – che mette da parte la *Verhandlungsmaxime* (*ivi*, 297 ss., spec. 304 e nt. 68), così come la questione (che vi è sottesa) della titolarità dei poteri istruttori (*ivi*, 276), anche in rapporto al notorio (*ivi*, 272 ss., 277 e nt. 20, in fine). Altri aspetti saranno sottolineati *infra* in nota e nel testo.

56 Leipzig 1893 (rist. Aalen 1969), 1 ss.

57 Ora in *Gesammelte Beiträge zum Civilprocess*, Berlin, 1894 (rist. Aalen, 1980, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*), 68 ss. È risaputo il collegamento fra il tema investigato in queste pagine e la problematica del notorio: v., se vuoi, il nostro contributo *Il notorio, la judicial notice e i "concetti di prova*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 610 ss., spec. 614 ss. Lo stesso J. Kohler aveva affrontato anni prima la questione: v. *Der Prozeß als Rechtsverhältnis*, Mannheim 1888, rist. Aalen 1969, 26 ss.

58 Stein, *op. cit.*, 3 e nt. 7.

59 Stein, *op. cit.*, 1, nella prima pagina della introduzione riporta la lezione corrente del brocardo (*iudex iudicet secundum allegata e probata partium*). Schmidt, come sappiamo, nel suo saggio del 1892 si era riferito (salvo che in un caso: v. *retro*, nota 37) alla formulazione del brocardo che non menziona le parti.

60 Stein, *op. cit.*, 1-2.



Non deflette, come veduto, da questa impostazione Nörr, il quale anzi valorizza al massimo il richiamo alla *Verhandlungsmaxime* (salvo poi considerare il divieto di scienza privata nel prisma della inconciliabilità dei due ruoli di giudice e testimone, che sarebbero confusi tutte le volte in cui il giudice usasse le sue conoscenze extragiudiziali: *idem esset iudex et testis*<sup>61</sup>). Analogamente Susanne Lepsius ritiene – come abbiamo scritto in precedenza – che il nostro brocardo era inteso dai *doctores* («*von allen mittelalterlichen Autoren*», scrive precisamente la storica del processo) quale espressione del principio dispositivo (pur dissentendo da Nörr circa il rapporto che il nostro brocardo, laddove vieta la decisione «*secundum conscientiam*», intrattiene con la questione del libero convincimento del giudice nella epoca di mezzo<sup>62</sup>).

9. – Joan Picó Junoy in effetti si pone sulla scia di Richard Schmidt<sup>63</sup>, il quale, non a caso<sup>64</sup>, escluse che il divieto di giudicare *secundum conscientiam* e il correlativo obbligo di decidere in base agli *allegata e probata* avessero alcuna attinenza con la *Verhandlungsmaxime* ed affermò invece che essi si risolvevano in un precetto di diritto probatorio indipendente dalla massima citata e innestato sulla incompatibilità fra i ruoli rispettivamente di giudice e di testimone.

Senonché le fonti (le fonti dei giuristi dell'epoca di mezzo sulle quali Joan Picó Junoy basa il suo *j'accuse*) contraddicono questa impostazione. Ciò ci conduce nuovamente al lavoro del 1967 di Nörr, il quale ci ha mostrato che il *supplere de facto* non è oggetto nelle fonti sempre di un divieto per il giudice che concerne le conoscenze che egli abbia ottenuto fuori del processo. Ciò incrina la tesi che definiremmo «monistica», la quale – come sappiamo<sup>65</sup> – sulla premessa testé menzionata riconduce la portata del nostro brocardo al solo divieto per il giudice di utilizzare le proprie conoscenze extragiudiziali.

In altre parole, contrariamente alla tesi di Schmidt, la nostra paremia non coincide con il divieto di *supplere de facto* perché questa supplenza, se da un lato non è oggetto nelle fonti sempre di un divieto<sup>66</sup>, dall'altro lato si manifesta (incidendovi) sul piano delle allegazioni e deduzioni effettuate in giudizio dalle parti. Posto cioè il collegamento (ma non la sovrapposizione) fra la paremia e il *supplere de facto* viene naturale domandarsi in che modo questa supplenza sia effettuata: se precisamente essa – fermo restando che non può attingere alla “coscienza privata” del giudice – possa o meno decampare dalle prove introdotte dalle parti.

Il nostro brocardo, quando sia inteso nel modo in cui lo intendevano i *doctores*, si eleva a cartina di tornasole per affrontare il problema della supplenza giudiziale *in facto* e enuclearne le condizioni applicative. Possiamo riprendere come esempi due situazioni che abbiamo già considerato<sup>67</sup> e che si pongono all'inizio e in prossimità della fine dell'arco storico esaminato da Nörr a proposito della posizione del giudice «*im gelehrten Prozess der Frühzeit*».

Il primo esempio è rappresentato dai contributi dei *doctores* che, ammettendo la supplenza *in facto* del giudice e in pari tempo vietando ad esso di utilizzare la sua scienza privata, circoscrivono i poteri che sovrintendono alla supplenza medesima ai *probata* delle parti. In tale prospettiva, la supplenza che il giudice disimpegna, mentre è circoscritta rigidamente dalle iniziative istruttorie delle parti, si realizza attraverso la tecnica del c.d. «*richterlichen Fragerecht*». Quanto abbiamo già osservato *retro* a proposito della interpretazione della posizione di Piacentino da parte di Nörr sembra confermare questa conclusione (così come la corrobora

61 Con i precetti che ne discendono, i quali – come Stein mostra ripetutamente di sapere: *op. cit.*, 3 e nt. 7 –, non solo non trovano applicazione nel moderno processo penale, ma subiscono eccezione anche nel processo civile.

62 Nörr, *Zur Stellung*, cit., 28 nt. 53, 23 nt. 31, 77 ss.

63 Lepsius, *Der Richter und die Zeugen*, cit., 27 e nt. 87; Ead., *Von Zweifeln zur Überzeugung*, cit., 35-36 e nt. 105 (in rapporto alla contraria opinione espressa in Nörr, *Zur Stellung*, cit., 62-64). Contro una diffusa (e risalente) veduta, la studiosa enuncia la tesi secondo la quale nell'epoca di mezzo il giudice poteva valutare liberamente la prova testimoniale. In senso conforme v. altresì, in connessione con l'obbligo di decidere secondo coscienza, M. Schmoeckel, *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter*, Köln/Weimar/Wien 2000, 286-287. Per ulteriori riferimenti v., se vuoi, il nostro *Il notorio, la judicial notice e i concetti di prova*, cit., 624-625.

64 Non vi è però una motivata e neppure esplicita adesione alla tesi di Schmidt. Notevole è, in proposito, quanto osserva Cavallone – in *Scritti ritrovati sul processo civile e sul giudizio di fatto*, cit., 235 – secondo il quale la interpretazione del famoso brocardo ad opera della dottrina moderna – «nel senso specifico di *Verhandlungsmaxime*, cioè del monopolio delle parti sulle iniziative istruttorie» – muove da «una concezione ideale e teorica estranea alla sua formulazione originaria». La nostra impressione (che abbiamo cercato di illustrare in queste pagine) è invece che gli stessi *doctores* medievali avvertivano che il nostro brocardo era inseparabilmente congiunto con quel potere monopolistico.

65 V. *retro* §§ 7-8.

66 Come notò per primo Stein e ha successivamente dimostrato Nörr, seguito da molti altri, tra i quali vale la pena citare una volta di più Peter Landau nel citato contributo per la *Festschrift* per Rudolf Wassermann cit. *retro* nota 47.

67 Il discorso non può che essere sfumato.

la affermazione sul contributo successivo della scuola anglonormanna: una eventuale «*Suppletionspflicht de facto mündet in die Beweisführungspflicht der Parteien, damit in die Verhandlungsmaxime*»<sup>68</sup>).

Il secondo esempio riguarda la «specialissima» posizione di Bartolo, che qualificiamo in questo modo perché, per la prima volta, nelle sue pagine è contemplata, in talune particolari ipotesi, la introduzione officiosa di prove nel processo (nel processo penale, in effetti, d'impronta accusatoria). Ebbene, nello stesso tempo in cui si riferisce al giudice e alle conoscenze da lui acquisite *ut iudici*, Bartolo ammette, a certe condizioni, l'attività istruttoria *ex officio* del giudice, ponendola esplicitamente in connessione diretta con il *supplere de facto*: «...*tunc iudex potest supplere de facto, inducendo probationes pro absente...*»<sup>69</sup>.

Ecco la ulteriore dimostrazione che il *supplere de facto*, non concernendo le conoscenze extragiudiziali del giudice ed essendo perciò esonerato da qualunque divieto, può esercitarsi sugli *allegata partium*: se la supplenza possa estendersi (come vuole Bartolo per il processo penale) oppure no (secondo l'opinione unanime sino alla innovazione rivoluzionaria bartoliana) alla introduzione officiosa di prove nel processo, è questione allora che interseca il brocardo secondo cui *iudex iudicare debet secundum allegata et probata*, che davvero si può denotare con lessico moderno punto di emersione privilegiato della *Verhandlungsmaxime*.

La circostanza che Bartolo, ammettendo la supplenza *de facto* del giudice tramite la istruttoria officiosa, si discosti nel processo penale dalla regola (sottesa al nostro brocardo) per cui il giudice è vincolato ai *probata partium*, non per questo vale a cancellarne la portata denotativa ed anzi indirettamente la riconferma in tutti i restanti casi. Conclusivamente si può dire che, se Bartolo «*in Zivilsachen Bartolus bestätigt die Verhandlungsmaxime*», il Maestro dello Studio perugino fa l'opposto «*in Strafsachen*»<sup>70</sup>.

10. – Nella citazione attuale del brocardo si tende ad omettere il riferimento alla coscienza del giudice. Su questo punto Joan Picó Junoy ha senz'altro ragione, ma la circostanza era stata già evidenziata da tempo, ad esempio da Cavallone<sup>71</sup>. È del resto agevole comprendere le ragioni di quanto è avvenuto, se si torna a riflettere sulla speciale natura del brocardo (che non è un concetto o principio puro) e sulla sua funzione essenziale di sussidio topico per affrontare problemi concreti. Se questi problemi o alcuno di essi scompaiono dall'orizzonte del giurista è facile immaginare che il mutamento sia in vario modo registrato dal brocardo.

Nell'epoca di mezzo il tema sotto esame (laddove faceva perno sul divieto per il giudice di utilizzare le sue conoscenze extragiudiziali) era stato importante perché i giudici, lavorando e vivendo in piccole comunità, erano non di rado a conoscenza di fatti toccati nel processo già prima della sua instaurazione. Nelle fonti è evocato di frequente il caso del giudice che diventa testimone oculare di un delitto «mentre guarda fuori della finestra»<sup>72</sup>. Guglielmo Durante, ad esempio, inizia la sua trattazione della tematica immaginando che il giudice, guardando fuori della finestra, veda un certo nobile uccidere qualcuno sulla pubblica piazza a Bologna<sup>73</sup>. Come al tempo capitava che i nobili regolassero i conti con gli avversari sulla piazza pubblica, così poteva accadere che il giudice assistesse al delitto, magari proprio dalla finestra che affacciava sulla medesima piazza. Oltre che le dimensioni ridotte dei luoghi nei quali il giudice operava, alla base della diffusione della problematica vi era un altro elemento (destinato con il tempo, come quell'altro, a scomparire), vale a dire la coincidenza in una sola persona delle funzioni di sacerdote, confessore e giudice. Dalla tarda antichità i vescovi agivano come giudici. Già prima del IV Concilio Laterano (1215) i preti raccoglievano la confessione. Dopo il Concilio naturalmente il fenomeno si amplificò, considerata la introduzione dell'obbligo annuale di fare la confessione *proprio sacerdoti*<sup>74</sup>. Crebbero vistosamente le ipotesi di privata conoscenza da parte del giudice-confessore.

Non è un caso che i complessi dibattiti intorno al brocardo fra civilisti, canonisti e teologi ebbero la loro radice nella ambivalenza del termine coscienza in latino («*con-scientia*»). Esso può avere una connotazione

68 Ciò che Schmidt ovviamente sa benissimo (v. *Die außergerichtlichen Wahrnehmungen des Prozeßrichters*, cit., 284-285). Al contempo però istituisce il collegamento fra il brocardo e il divieto e su questo fa perno la sua tesi complessiva.

69 V. *retro* §§ 3 e 6.

70 Nörr, *Zur Stellung*, cit., 48.

71 Nörr, *op. cit.*, 91.

72 Nörr, *op. cit.*, 93.

73 V. *retro* nt. 5.

74 Vero e proprio *topos*: lo puntualizza Schmoedel, *Humanität und Staatsraison*, cit., 192.

morale (in tedesco «*das Gewissen*»), quantunque valga ordinariamente a denotare l'essere informati, avere conoscenza di qualcosa («*scientia*»; «*das Wissen*»). I *doctores* dello *ius commune*, ben consapevoli di tale ambivalenza, vi si riferivano non senza ironia, come si ricava dalla lettura di un passaggio della «*Summa Coloniensis*» (circa 1169) dove è scritto che la coscienza non dovrebbe essere seguita dal giudice poiché «molte cose avvengono con coscienza contro coscienza». («*Quod iudici non secretum conscientie, set probationum modus in diffiniendo considerandus (...) Multa enim cum conscientia contra conscientiam fiunt*»<sup>75</sup>).

Si spiega perciò che, nel contesto descritto, fosse importante (particolarmente per i canonisti nella cornice della maestosa giuridicizzazione della Chiesa) la domanda di che cosa dovesse fare il giudice se fosse venuto a sapere – al di fuori del processo – del modo d'essere dei fatti controversi: avrebbe egli potuto prescindere e così decidere contro «*scientia*» («*das Wissen*») e «coscienza» («*das Gewissen*»? La risposta positiva, basata sulla idea che il giudice dovesse tenere conto soltanto di quanto conosciuto nel processo *ut iudici*, implicava che il divieto di decidere «*secundum conscientiam*» riguardasse le conoscenze extragiudiziali acquisite dal giudice *ut homo* (o, come anche si diceva, *ut privato*). Nel solo caso in cui il giudice fosse al contempo un ecclesiastico il divieto si estendeva alle conoscenze ottenute *ut deo*, cioè tramite il sacramento della confessione al quale quegli avesse sovrinteso.

Se nel giudice laico si potevano individuare (a somiglianza dei «due corpi del re» tematizzati da Ernst Hartwig Kantorowicz<sup>76</sup>) «due corpi», nel caso del giudice-sacerdote i corpi diventavano tre (corrispondenti all'agire *ut homo*, al provvedere *ut deo* e al procedere *ut iudici*). La sovrapposizione dei ruoli di giudice, sacerdote e confessore imponeva pertanto di riferire alla problematica chiavi di lettura tratte dall'ordinamento della Chiesa (si pensi a quella condensata nella massima secondo cui «*ecclesia de occultis non iudicat*»), di cui negli anni avvenire (con la valorizzazione del *locus classicus* che si incentra sulla incompatibilità fra giudice e testimone) si perderà finanche il ricordo.

Per le stesse ragioni si moltiplicano le versioni del brocardo, con l'emersione del richiamo alla c.d. «*conscientia ex actis*» (ottenuta dal giudice non come privato, ma nella osservanza delle norme processuali) e la precisazione per cui il giudice può decidere «*secundum conscientiam ex actis, probationibus et allegationibus*» («*partium*» precisa Agostino Berò<sup>77</sup>) *informatam*» o anche «*secundum conscientiam informatam a iure*». Questa varietà è resa possibile dalla intersezione fra i vari ordinamenti che contraddistinguono l'epoca di mezzo e dalla natura «extrastatuale» che la giurisdizione conseguentemente vi assume.

Comprensibilmente nell'epoca moderna (quando la *iurisdictio* è oramai «*pars summi Imperii*» e il giudice finisce per mostrarsi soltanto come «*homo burocraticus*») il riferimento alla coscienza si fa più sporadico man mano che il problema che sottintendeva smarrisce rilievo pratico. Cambiano le condizioni di vita e di lavoro del giudice nella comunità ed è progressivamente limitato il fenomeno già imponente della giurisdizione amministrata da ecclesiastici. Si diradano così le occasioni capaci di dar vita alla conoscenza extragiudiziale del giudice su fatti rilevanti per il processo. Muta anche il più generale *milieu* culturale entro il quale si svolge il ragionamento processuale che, nell'epoca di mezzo, era accompagnato da argomenti giuridici fusi con motivi (sovraccarichi di reminiscenze bibliche) di carattere morale e teologico. Da un certo momento in avanti, come si affievoliscono le istanze morali e religiose, così si annulla il peso del discorso teologico. La celebre frase di Alberico Gentili – «*Silete theologi in munere alieno*»<sup>78</sup> – è il segno che vi è stato un cambiamento epocale, da una società religiosa ad una secolarizzata. Nello stesso senso va letto, pochi anni dopo, il perentorio invito del cardinal Giovan Battista De Luca ai professori di teologia morale a non immischiarsi nelle «cose forensi»<sup>79</sup>.

75 Spec. 2.3. de Sententia § qualiter sit ferenda. Cfr., sul punto, Nörr, *Zur Stellung des Richters*, cit., 78 (dal quale abbiamo tratto la citazione).

76 V., di una vasta letteratura, P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna 2000, 79 ss. (dove anche la traduzione della costituzione 21, *Omnis utriusque sexus*, di Innocenzo III: *ivi*, 79). Sullo sfondo si profila il tema dell'intreccio fra coscienza e confessione nella cornice della funzione regolativa del diritto, sul quale v. (oltre l'importante volume testé citato) almeno A. Prosperi, *Tribunali della coscienza: inquisitori, confessori, missionari* (1996), nuova ed. Torino 2009; M. Turrini, *La coscienza e le leggi. Morale e diritto nei testi per la confessione della prima età moderna*, Bologna, 1991.

77 In Nörr, *op. cit.*, 52.

78 *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, Princeton 1957 (trad. it. Torino 1989 e 2012). La composizione del volume si protrasse per dieci anni (dal 1945 al 1955), quando Kantorowicz «*was at peak of his scholarly powers*»: così R.E. Lerner, *Ernst Kantorowicz. A Life*, Princeton 2017, 344. Il libro di Lerner è ricco di informazioni interessanti (spec. 344-357) sulla genesi del volume. Colpisce il ruolo avuto in proposito da Max Radin, non foss'altro perché costui scrisse nel 1932 un articolo che tocca il tema che stiamo investigando nel testo (Radin, *The Conscience of the Court*, in *The Law Quarterly Review* 1932, 506 ss.).

79 V. *retro* § 5.

Questi rivolgimenti epocali non possono non riflettersi – come avviene da sempre per le massime giuridiche<sup>80</sup> – sul posto che la «*conscientia*» aveva rivestito in precedenza nel brocardo<sup>81</sup>.

11. – Non è certo nuovo l'accostamento proposto da Joan Picó Junoy fra il nostro brocardo e la paremia «*quod non est in actis non est in mundo*» (che, non casualmente, incrocia anch'essa – stando a Nörr<sup>82</sup> – le due tematiche che abbiamo visto all'opera nel nostro brocardo, vale a dire sia il divieto per il giudice di utilizzare la propria scienza privata sia la *Verhandlungsmaxime*).

È anzi importante aggiungere che si tratta di una linea interpretativa che risale agli autori della moderna scuola del diritto naturale (con in testa Gönner) e ai processualisti tedeschi (tra cui Wetzell, Renaud, Bolgiano, ecc.) del *gemeines Recht*. È altresì notevole sottolineare che costoro, in pari tempo, riconducevano (prima di Wach e della scuola processuale di impronta liberale) le antiche massime testé citate alla c.d. *Verhandlungsmaxime*. Si è pertanto in presenza di una tradizione interpretativa consolidata e molto risalente, come trapela dalle pagine dello stesso Richard Schmidt dedicate al nostro brocardo. Quest'ultimo difatti, se da un lato scrive di voler proseguire la sua legittima opposizione contro il «dispotismo» della *Verhandlungsmaxime* («*gegen den Despotismus der Verhandlungsmaxime*»), dall'altro lato riconosce che la sua tesi lo porta a rifiutare la unanime e anteriore opinione («*die ältere allgemeine Meinung*») che ricollegava il divieto per il giudice di decidere secondo coscienza alla *Verhandlungsmaxime*<sup>83</sup>.

Tanto chiarito, vogliamo ancora segnalare che una integrale sovrapposizione delle due antiche massime ricordate pare impedita dalla circostanza che la diffusione del brocardo «*quod non est in actis non est in mundo*» è fatalmente correlata alla emersione e consolidazione della verbalizzazione delle attività processuali da parte di un notaio (che storicamente ruota attorno ad una costituzione del IV Concilio Laterano del 1215<sup>84</sup>), quando al contrario la problematica sottesa al nostro brocardo precede questo evento. Tutto lascia credere, in definitiva, che la paremia «*quod non est in actis, non est in mundo*» «*hat der frühe gelehrte Prozeß nicht, auch nicht sinngemäß gekannt*»<sup>85</sup>.

Dopo tutto “giocare” con i brocardi – immaginando che sia possibile sostituirla uno con un altro – appare in contrasto, non solo con l'uso che si tende a farne, ma con la loro stessa natura e genesi. Si rischia di alimentare l'idea che i brocardi, nella loro supposta fissità, quasi fossero oggetti materiali, possano essere afferrati o scambiati in contrasto con la loro lenta complessa e mutevole sedimentazione storica, nella quale convergono, con le ragioni giuridiche, processi culturali più ampi, aspettative di gruppo, motivi intellettuali

80 Su questa affermazione (resa celebre dall'opera di Carl Schmitt) v. ora G. Minnucci, *Silite theologi in munere alieno. Alberico Gentili fra diritto teologia e religione*, Milano 2016. Non può che conseguire la fine della tendenza – si potrebbe dire – alla «teologizzazione» della questione giuridica sotto esame. L'espressione «Theologisierung» è stata usata da Nörr (per contrassegnare la riflessione canonistica nei secoli XII-XIII e i suoi influssi), *Zur Stellung des Richters*, cit., 52. L'importanza del dibattito teologico sotteso al nostro brocardo è sottolineata da tutta la letteratura in argomento, della quale segnaliamo in particolare il contributo di Maffei, *Il giudice testimone*, cit., spec. 56-60: l'a. evidenzia gli spiccati interessi teologici di Jacques de Revigny e le discussioni cui prese parte nel convento domenicano di Orléans. Vi fu segnatamente invitato a terminare una disputa sulla coscienza del giudice: lo fece – osserva M. Conetti, *Responsabilità e pena: un tema etico nella scienza del diritto civile (secoli XIII-XIV)*, Milano 2011, 87 e nt. 14 (che si basa su uno studio di Bezemer) – «con un riferimento implicito a San Tommaso». Si tratta di un celebre passo della *Somma teologica*, sul quale v. *infra* nel testo e alla nota 88.

81 Nell'opera *Il dottor volgare* (edita a Roma nel 1673) il cardinal De Luca scrive (e citiamo dalla edizione del 1740 – Colonia, a spese di Modesto Fanzo stampatore in Venezia – 60-61): «onde, conforme saria errore de' confessori il voler camminare con le dottrine di Bartolo e di Baldo, così all'incontro non pare che a' giudici ed a' consiglieri sia molto congruo (maggiormente in con- corso de' giuristi) far gran fondamento nelli scrittori di diversa professione, ma che, essendo le facoltà distinte, ciascuno s'eserciti nella sua».

82 Assai interessanti sono gli esempi che troviamo nel volume di K. Pennington, *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley and Los Angeles 1993, spec. 31 ss. e 101, a proposito dell'antica massima «*rex imperator in regno suo est*» (e circa i differenti significati che le sono stati ascritti al variare delle epoche storiche considerate) e per una critica alla nota interpretazione di F. Calasso. È d'altronde frequente che i materiali siano reimpiegati, adibiti a nuovi usi, inseriti in differenti scenari: v. R.C. van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, cit., 17, a proposito dell'utilizzo di regole e termini dell'antico diritto romano, sovente intesi in tutt'altro significato dai *doctores* dell'epoca di mezzo («those lawyers were not historians and – like medieval builders using stones from the Colosseum – used the materials they found and as it suited them, without subjecting them to the rules of historical criticism»).

83 La decisione *secundum conscientiam* acquista una diversa connotazione (v. Giuliani, voce *Prova in generale*, cit., 544). Da un punto di vista più generale, abbiamo del resto già chiarito che la laicizzazione dei processi ha condotto al capovolgimento di significato della formula «*bard*» (da garanzia per il giudicante che avesse deciso in coscienza a *standard of factual proof*): v. *retro* nota 8.

84 Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., 47-48.

85 Per i processualisti del *gemeines Recht* cfr. G.W. Wetzell, *System des ordentlichen Zivilprozesses*, 3a, Leipzig 1878, rist. Aalen 1969, 520; A. Renaud, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozeßrechts mit Rücksicht auf die neuen Civilprozeßgesetzgebungen. Der ordentliche Civilprozeß*, 1a, Leipzig-Heidelberg 1867, rist. Frankfurt/Main 1987, 182 e nt. 16; K. Bolgiano, *Handbuch des Reichs-Civil-Prozessrechts auf rationellen Grundlagen, mit vergleichender Darstellung des gemeinen deutschen Civilprozesses*, Stuttgart 1879, 44. Non istituisce invece alcun collegamento fra le due massime H. v. Bayer, *Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß*, 8<sup>a</sup>, München 1858, 32 e 35: l'a. vi esamina soltanto il brocardo «*quod non est in actis non est in mundo*». Allo stesso modo v. N.T. Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, 2a, Erlangen 1804, 223. Quanto alla posizione di Schmidt, v. *Lehrbuch*, 2a, cit., 433 e nt. 1, nonché, diffusamente, *Die außergerichtlichen Wahrnehmungen des Prozeßrichters*, cit., 290 ss., spec. 291 e nt. 57. Anch'egli inclinava ad omologare le due antiche massime.

e perfino psicologici. Sarebbe allora ozioso domandarsi perché i due brocardi ricordati, anche ammessa (ma non concessa) la loro sovrapposibilità, abbiano continuato ad esistere negli anni avvenire, senza che uno dei due, assorbendolo, elidesse l'altro.

12. – Proviamo a trarre qualche conclusione dalle nostre analisi. La vicenda che ha portato nel tempo alla elaborazione del nostro brocardo ci appare oggi come un laboratorio nel quale sono stati messi a punto e sperimentati i congegni fondamentali e i dispositivi funzionali dell'intero *ordo iudiciarius* medievale. Nell'ampio raggio delle sue irradiazioni, il brocardo funziona come un reagente che rivela il paradigma costitutivo dell'esperienza processuale di diritto comune in quanto fondata su quella che Nörr denomina (come avevano già fatto prima di lui i processualisti tedeschi del *gemeines Recht e come faranno poi moltissimi altri studiosi, da van Caenegem a Lepsius, da Padoa Schioppa a Landau, ecc.*) con il termine moderno di *Verhandlungsmaxime*, per rimarcare il potere in linea di principio monopolistico delle parti pure nelle iniziative istruttorie (con il giudice che decide – come scrisse San Tommaso occupandosi ampiamente dello *iudicium* nell'ambito della *Secunda secundae* della *Summa theologiae* – «*secundum ea quae fuerunt sibi proposita*»<sup>86</sup>).

Innegabilmente, nell'ambito dell'*officium iudicis* – e di quella sua specifica articolazione denominata *officium mercenarium* – sta la netta contrapposizione fra atti che *principaliter radicantur in parte* (prove ed eccezioni) e *principaliter in iudice* (fissazione di termini e decisione) .

Una posizione equilibrata sul tema esaminato in queste pagine, dunque, non nega che nelle fonti dell'epoca di mezzo la espressa giustapposizione ai *probata* del lemma «parti» – declinato al genitivo plurale «*partium*» – sia rara o rarissima, per quanto non assente (visto che abbiamo ricordato il testo di Agostino Berò *retro* al paragrafo 5). Afferma, però, che, in generale, il medesimo lemma e il valore concettuale che esprime sono implicitamente presupposti al brocardo, il quale comunque, nella dizione attuale, rispecchia esattamente il carattere eccezionale dell'intervento del giudice nell'*ordo iudiciarius* dell'epoca di mezzo in materia probatoria, confinato<sup>87</sup> a casi estremi e ipotesi eccezionali che alterano la struttura isonomica del giudizio. Si può perfino supporre (col conforto della massa di fonti erose dall'oblio, preservate e rianimate da Nörr) che la mancata menzione «delle parti» sia dipesa dal fatto che la loro iniziativa era a tal punto consustanziale alla attività di allegazione e connaturata a tutto quanto ineriva ai «*probata*» che nello stretto giro di una frase era stimata superflua. La si includeva escludendola<sup>88</sup>.

Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., 56-57, 189. Quanto invece ai contenuti dell'*officium nobile* (o *merum*), *ivi*, 55; v. anche Id., *Zur Stellung*, cit., 91-92.

Restano al di fuori della nostra indagine i processi di taglio inquisitorio. Non possiamo neppure considerare i giudizi matrimoniali (contrassegnati dalla aspirazione a prevenire il *periculum animae*) e il procedimento di *confirmatio* (*Wahlprüfungsverfahren*). Per un esempio canonistico di partecipazione attiva del giudice al processo v. Landau, *op. cit.*, 624 ss.

Sicché, a parer nostro, nella formulazione oggi corrente del brocardo viene legittimamente computato il lascito sapienziale che rinvia al *ius commune*. Con la menzione delle parti non vi è dunque alcuna manipolazione o radicale torsione dell'antica massima, da sempre segretamente nutrita dalla generale convinzione dei *doctores* circa la limitazione delle iniziative istruttorie in capo alle parti.

86 C. 38 = X 2.19.11. Cfr. R.C. van Caenegem, *History of European Civil Procedure*, cit., 18 (sull'obbligo di verbalizzazione introdotto dal IV Concilio Lateranense e sulle conseguenze che ne sortirono); Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, cit., 46. Il Concilio fu importantissimo anche per altre due ragioni: già abbiamo detto della introduzione dell'obbligo di confessione annuale (v. *retro* nt. 76). Si deve menzionare pure la decisione conciliare (gravida di conseguenze per la storia della prova nel Medioevo) di proibire che i sacerdoti partecipassero alle ordalie giudiziarie (Taruffo, *La semplice verità*, cit., 4).

87 Nörr, *Reihenfolgeprinzip, Terminsequenz und „Schriftlichkeit“*. *Bemerkungen zum römisch-kanonischen Zivilprozeß*, ora in Id., *Iudicium est actus trium personarum. Beiträge zur Geschichte des Zivilprozeßrechts in Europa*, Goldbach 1993, 19 ss., 27-29.

88 *Summa theologiae*, II, II, q. 67, art. 2 ad 1, Alba-Roma 1962, 1376-1378: «*Ad primum ergo dicendum quod ideo praemittitur in verbis illis de quaestione iudicibus facienda, ut intelligatur quod iudices debent veritatem iudicare secundum ea quae fuerunt sibi proposita*». Vero è che i giudici umani debbono giudicare secondo verità, ma – aggiunge il Dottore angelico – «la verità è quella che si trae dalle prove portate nel dibattito davanti al giudice»: così la traduzione della frase in latino riportata nel testo di A. Padoa Schioppa, *op. cit.*, 263. Il collegamento fra il nostro brocardo e il passo di San Tommaso ci è venuto in mente leggendo R. Bordeaux, *Philosophie de la procédure civile, mémoire sur la réformation de la justice*, Evreux 1857, 355 e nt. 3.

# NOTE MINIME SULLA GIUSTIZIA SECONDO DIO (SECONDO I VANGELI) E SULLA GIUSTIZIA SECONDO GLI UOMINI (ALLA LUCE DELLA COSTITUZIONE)

Andrea Proto Pisani

1.1 – Leggendo i Vangeli ciò che colpisce, sin dalla prima lettura, è il messaggio di amore rivolto agli uomini.

Mi limito ad alcune rapide citazioni.

- “Dio non ha mandato il Figlio per giudicare il mondo, ma perché il mondo si salvi per mezzo di lui” (Giovanni, 3, 17).

“Se dunque io, il Signore e il Maestro, ho lavato i vostri piedi, anche voi dovete lavarvi i piedi gli uni gli altri. Vi ho dato infatti l’esempio, perché come ho fatto io, facciate anche voi. (Giovanni 13, 15-16).

“Avete inteso che fu detto: Amerai il tuo prossimo e odierai il tuo nemico, ma io vi dico: amate i vostri nemici e pregate per i vostri persecutori, perché siete tutti figli del Padre vostro celeste, che fa sorgere il sole sopra i malvagi e i buoni, e fa piovere sui giusti e sopra gli ingiusti. Infatti, se amate quelli che vi amano, quale merito ne avete? Non fanno così anche i pubblicani? (Matteo 5, 43-46).

-”Tutto quanto volete che gli uomini facciano a voi, anche voi fatelo a loro: questa è infatti la legge e i Profeti” (Matteo 6, 12).

“Maestro, qual è il più grande comandamento della legge?”. Gli rispose: “Amerai il Signore Dio tuo con tutto il cuore, con tutta la tua anima e con tutta la tua mente. Questo è il più grande e il primo dei comandamenti. E il secondo è simile al primo: Amerai il prossimo tuo come te stesso. Da questi due comandamenti dipendono tutta la Legge e i Profeti” (Matteo 22, 37-40).

“Amatevi gli uni gli altri come io ho amato voi” (Giovanni 13, 34).

1.2 – E così si potrebbe proseguire a lungo.

Prima di continuare parlando della “Misericordia” nei Vangeli, vorrei dire che oramai è patrimonio di tutto il cristianesimo, che l’uomo da solo non potrebbe mai salvarsi, perché rispettare integralmente per tutta la vita in ogni momento “la legge dell’amore”, così come è riassunta nei passi sopra riportati è impossibile all’uomo. Del resto come sarebbe possibile all’uomo, creatura per definizione limitata, amare gli altri uomini con lo stesso amore, per sua natura, infinito di Dio?

Più volte poi Gesù richiama la frase di Osea (6,6): “Misericordia voglio e non sacrifici”<sup>1</sup>.

Leggendo Matteo e Luca ad es. è dato leggere: “Io non sono venuto a chiamare i giusti, ma i peccatori” (Matteo 8, 12-13).

E, sul perdono, a chi gli domandava: “Signore, quante volte dovrò perdonare mio fratello, se pecca contro di me?” rispondeva: “Non dico fino a sette, ma fino a settanta volte sette” (Matteo 18, 21-22).

E più in generale dichiara, ordina: “Siate misericordiosi, come è misericordioso il Padre vostro” (Luca 6, 36), dopo avere invitato, in un passo tutto da leggere, ad amare i nemici (v. per tutti, Luca, 6, 27-35).

1.3 – A fronte dei passi riportati soprattutto *sub* 1 e *sub* 2, passi che esaltano la misericordia infinita di Dio, si contrappone tutta una serie di passi nei quali (almeno nella forma a noi pervenuta) viene invece

<sup>1</sup> Sempre da rileggere, in questo contesto è Isaia, 58, part. 6-10.

affermato con chiarezza il carattere retributivo della giustizia.

Il passo che, direi, riassume tutti gli altri è quello di Matteo, 25, 31-40 relativo al giudizio finale. Quanto agli altri che pure si esprimono nello stesso senso mi limito qui semplicemente a richiamarli (v. Matteo 18, 23-34 relativo alla parabola del servo spietato, Matteo 21, 33-41 e Luca 20, 6 relativi alla parabola dei vignaioli omicidi; Matteo 24, 45-51, relativo alla parabola del servo infedele; Luca 13, 1-6, relativo alla sorte dei peccatori; Luca 13, 22-28 ecc.).

Se il testo sul giudizio finale di Matteo fosse del tutto isolato, si potrebbe forse anche pensare che Gesù non l'abbia pronunciato in quel modo così radicale, ma i notevoli, numerosi riscontri che esso riceve dai passi ora ora richiamati, giocano tutti nel senso della sua autenticità, se non nella forma, nella sua sostanza.

Riporto innanzi tutto in modo integrale del testo di Matteo 25, 31-40:

“Quando il Figlio dell'uomo verrà nella sua gloria con tutti i suoi angeli, si siederà sul trono della sua gloria. E saranno riunite davanti a lui tutte le genti, ed egli separerà gli uni dagli altri, come il pastore separa le pecore dai capri, e porrà le pecore alla sua destra e i capri alla sinistra. Allora il re dirà a quelli che stanno alla sua destra: Venite, benedetti del Padre mio, ricevete in eredità il regno preparato per voi fin dalla fondazione del mondo. Perché io ho avuto fame e mi avete dato da mangiare, ho avuto sete e mi avete dato da bere; ero forestiero e mi avete ospitato, nudo e mi avete vestito, malato e mi avete visitato, carcerato e siete venuti a trovarmi. Allora i giusti gli risponderanno: Signore, quando mai ti abbiamo veduto affamato e ti abbiamo dato da mangiare, assetato e ti abbiamo dato da bere? Quando ti abbiamo visto forestiero e ti abbiamo ospitato, o nudo e ti abbiamo vestito? E quando ti abbiamo visto ammalato o in carcere e siamo venuti a visitarti? Rispondendo, il re dirà loro: In verità vi dico: ogni volta che avete fatto queste cose a uno solo di questi miei fratelli più piccoli, l'avete fatto a me. Poi dirà a quelli alla sua sinistra: Via, lontano da me, maledetti, nel fuoco eterno, preparato per il diavolo e per i suoi angeli. Perché ho avuto fame e non mi avete dato da mangiare; ho avuto sete e non mi avete dato da bere; ero forestiero e non mi avete ospitato, nudo e non mi avete vestito, malato e in carcere e non mi avete visitato. Anch'essi allora risponderanno: Signore, quando mai ti abbiamo visto affamato o assetato o forestiero o nudo o malato o in carcere e non ti abbiamo assistito? Ma egli risponderà: In verità vi dico: ogni volta che non avete fatto queste cose a uno di questi miei fratelli più piccoli, non l'avete fatto a me. E se ne andranno, questi al supplizio eterno, e i giusti alla vita eterna”.

Il passo riportato è chiarissimo e perciò stesso inquietante, perché in radicale contrasto con i passi prima riportati relativi all'importanza centrale che l'amore e il perdono sembrano avere nel messaggio evangelico.

Mi sembra che occorre prenderne atto e confidare solo nella possibilità che in concreto nei nostri confronti la misericordia di Dio, di Gesù, superi le chiarissime affermazioni che ho integralmente riportato. In questo senso io personalmente spererei che come è detto da Gesù in Matteo 19, 26: (“il giovane ricco” ha rifiutato l'invito rivoltogli da Gesù a seguirlo, a causa, dice l'evangelista, delle troppe ricchezze cui avrebbe dovuto rinunciare; allora Gesù, rivolgendosi ai discepoli, rileva come sia estremamente difficile, per non dire praticamente impossibile, che un ricco entri nel regno dei cieli; allo smarrimento dei discepoli di fronte alla radicalità di questi rilievi, Matteo riporta che Gesù, fissando su di loro lo sguardo, disse:) “ciò che è impossibile agli uomini è possibile a Dio”, (stante, aggiungo io, l'infinità della sua misericordia).

1.4 – Il discorso relativo alla c.d. giustizia sociale, (cioè ai diritti della persona sia come singolo sia come parte di formazioni sociali, al rilievo che poteva avere il trattamento dei lavoratori dipendenti – cui accenna Giacomo nella sua lettera apostolica – all'eventuale opportunità di muoversi per l'attuazione di valori quali quelli oggi riassunti con l'espressione “uguaglianza sostanziale” ecc.) non è effettuato in modo alcuno nei Vangeli. Ciò a mio avviso è dovuto non solo a motivi di carattere storico (sui quali peraltro non avrei alcuna competenza) ma soprattutto perché il messaggio evangelico rimette in toto alla libertà (e laicità) degli uomini l'individuazione degli strumenti – sempre storicamente determinati – per la soluzione dei problemi relativi alla c.d. società civile.

Ciò non significa però disinteresse di Gesù per i valori che vede compromessi nella società in cui vive.

Tanto è testimoniato innanzi tutto dal passo sopra riportato integralmente sul giudizio finale. Da esso è affermato in modo inequivoco radicale direi l'interesse di Gesù per l'agire (da singoli o in organizzazioni non

è detto né accennato mai) a favore delle persone bisognose di essere aiutate sul piano del mangiare, del bere, del vestire, della malattia, della solitudine del carcere, della accoglienza perché forestieri.

Matteo è chiarissimo nel richiamare l'attenzione sull'interesse estremo di Gesù per queste persone in carne e ossa appartenenti evidentemente a ceti di bassissimo livello; vi è di più: Matteo afferma anche l'identificazione "personale" di Gesù con esse.

Questo si desume dal racconto del giudizio finale di Matteo.

Ma vi sono altri passi che indicano chiaramente questa direzione dell'interesse di Gesù. Si pensi innanzi tutto al discorso sulle beatitudini (Matteo 5, 1-12; con importanti differenze Luca 6, 12-28 che contiene anche le c.d. maledizioni contro i ricchi, i sazi ecc.), e alla polemica costante di Gesù verso i ricchi che accumulano ricchezze e si disinteressano dei poveri: si veda per tutti Luca 16, 14-51, relativa a Lazzaro e il vecchio epulone.

1.5 – Prima di concludere queste sintetiche note sulla giustizia secondo i Vangeli, è necessaria un'ultima brevissima osservazione. Tutta la vita di Gesù è una contestazione di chi ricerca il potere per il potere (non il potere come servizio).

Senza effettuare alcuna citazione specifica si pensi per tutti alle "tentazioni" cui Gesù è sottoposto nel deserto, alla lotta costante contro la casta sacerdotale e la sua pretesa di costituire l'unico intermediario tra Dio e gli uomini.

2.1- Esaurita la prima parte di queste note, vorrei ora iniziare l'esame, sempre per cenni sintetici, della giustizia secondo gli uomini; iniziando dai valori di giustizia sostanziale così come emergono dalla nostra costituzione del 1948. Si tratta di un testo molto interessante, oltre che, come si vedrà, molto avanzato su questi temi perché è il frutto di un compromesso (nel senso migliore del termine) tra cattolici e socialcomunisti, con la partecipazione, ancorché in posizione di minoranza, dei liberali e degli azionisti.

Essa avrebbe consentito, nel rispetto dei suoi principi fondamentali, l'attuazione *sia* di uno stato caratterizzato dal libero mercato, corretto con ampie aperture al sociale (istruzione, sanità, disciplina del lavoro, ambiente ecc.), *sia* di uno stato caratterizzato dalla sottrazione al privato delle imprese di grandi dimensioni, e con ottimizzazione del sociale, nonché a una notevole apertura a quelli che oggi sono chiamati "beni comuni".

Una cosa mi sembra certa: i suoi principi fondamentali, i suoi valori fondanti non sono più – diversamente da quanto era invece avvenuto per lo stato liberale prima e fascista poi – il *libero mercato* (l'articolo 21 dopo avere detto che "l'iniziativa economica privata è libera" immediatamente aggiunge e precisa che essa "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale" né in modo da "recare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana" e comunque "può essere indirizzata e coordinata a fini sociali"; né la *proprietà privata* (gli art. 42 e 43 sono pressoché tutto un lungo elenco di limitazioni che possono arrivare financo all'espropriazione di questo diritto, diritto che da oltre due millenni era stato il diritto fondamentale dell'organizzazione sociale).

Operando una vera e propria rivoluzione la Costituzione italiana del 1948 alla proprietà e all'impresa sostituì, nei suoi principi fondamentali:

- a. *la persona umana* (lo sviluppo della sua personalità, "sia come singolo sia nelle formazioni sociali", conferendo ad essa non solo diritti inviolabili, preesistenti rispetto alla stessa Costituzione, ma anche (art.2) i diritti e doveri di solidarietà politica, economica e sociale, diritti e doveri che trovano la loro fonte anche nella stessa Costituzione: 1° e 2° comma art. 3, art. 4 e molti articoli della parte prima dedicata ai "diritti e doveri dei cittadini": art. 13-54);
- b. *il lavoro*, inteso come il primo dei preesistenti diritti inviolabili, da realizzare in un contesto di *eguaglianza sostanziale* (art. 3), considerato non solo un diritto ma anche un dovere allo scopo "di concorrere al progetto materiale e spirituale della società" (art. 4).

2.2 – Questo progetto, esaurita una prima fase storica, caratterizzata da un lato dalla esigenza della "ricostruzione", dall'altro dalla durezza dello scontro politico tra Democrazia cristiana e Partito comunista (e fino ai primi anni Cinquanta anche con il Partito socialista) cominciò a trovare una prima, spesso timida attuazione negli anni sessanta e settanta.

Negli anni sessanta, anche stante la forza della classe operaia (che aveva consentito il cosiddetto miracolo



economico italiano, grazie anche alla sostanziale accettazione di una politica di bassi salari), furono emanate tre grosse leggi a favore dei lavoratori subordinati: a) l. 230/1962 che limitò ad ipotesi eccezionali e comunque tassativamente previste, l'utilizzazione del contratto di lavoro a termine; b) l. 604/1966 che limitava i licenziamenti alla sussistenza solo di "giusta causa" o di "giustificati motivi", ancorché poi limitasse le conseguenze della violazione nella concessione di una modesta penale; c) l. 300/1970 c.d. statuto dei lavoratori che fra l'altro, con riferimento alle imprese che occupassero più di 15 o 30 dipendenti ebbe a prevedere che il datore di lavoro, in caso di licenziamento illegittimo, fosse condannato alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e, in caso di mancata reintegra, fosse tenuto a corrispondere al lavoratore comunque la retribuzione fino alla reintegra effettiva (art. 18), nonché all'art. 28 introduceva un efficacissimo processo sommario volto a reprimere i comportamenti del datore di lavoro lesivi della libertà sindacale o del diritto di sciopero. L'inutilizzabilità del contratto a termine fuori delle ipotesi eccezionali espressamente previste e l'obbligo di reintegra nel posto di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato, furono la chiave di volta che rese plausibile l'affermazione secondo cui la Costituzione, con il suo eccezionale rilievo dato alla persona, alle libertà anche sostanziali e al lavoro cominciava ad entrare finalmente anche in fabbrica (da cui politiche discriminatorie la avevano sempre tenuta fuori).

Negli anni settanta, poi inizia l'effettiva realizzazione dello stato sociale con importanti riforme in materia di istruzione (all'inizio degli anni Sessanta risale l'introduzione della scuola media unificata, cioè la realizzazione di un'unica scuola pubblica, eguale per tutti nei primi otto anni di scolarizzazione) e della sanità pubblica col progetto di prestare un servizio universale a tutti i residenti.

Le speranze di una realizzazione non del regno dei cieli, ma sia pure solo l'inizio di una società più giusta, sembrò non fosse più un'astratta utopia, anche perché queste speranze sembrarono trovare riscontro, sul terreno strettamente politico (almeno fino all'uccisione di Aldo Moro prima e alla morte improvvisa di Enrico Berlinguer nel 1984 dopo) nel sempre più vicino incontro tra cattolici democratici e il complesso di forze aggregate dal Partito comunista (almeno così sembrò a molti tra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta).

Poi, nel giro di pochissimi anni queste speranze furono spazzate via: *sia* per la perdita da parte del Partito socialista di qualsiasi aggancio con quei valori che pure avevano costituito la sua storia, *sia* per il dilagare della corruzione (talvolta anche personale) da parte di tutti i partiti, *sia* – e questo fu probabilmente il fattore scatenante – per l'incapacità delle c.d. forze di sinistra, a seguito del crollo di regimi di c.d. socialismo reale avvenuto negli anni 1989 e ss., di sapere superare gli inevitabili sbandamenti "aggrappandosi" ai valori della Costituzione. La sommatoria di questi elementi finì per il determinare, lentamente ma non troppo, la perdita da parte dei lavoratori di molte di quelle conquiste che avevano ottenuto negli anni Sessanta e Ottanta, e l'entrata in crisi di quelle riforme sociali che specie negli anni Settanta erano sembrate preannunciare l'inizio almeno della attuazione di quella eguaglianza sostanziale che i costituenti avevano voluto introdurre esplicitamente nel secondo comma dell'art. 3 della Costituzione.

Conseguenza di tutto ciò è oggi la vittoria del populismo, dell'ignoranza e del razzismo: il rischi della scomparsa, anche a livello europeo del valore fondante della solidarietà a tutti i livelli.

# LEALTÀ E CONFLITTO DI INTERESSI NELLA PROSPETTIVA DELLE DINAMICHE PROCESSUALI

## UN SINTETICO RAFFRONTO COMPARATO NEL MOMENTO DELLA COMPLESSITÀ

Angelo Dondi

**Sommario:** 1. Contesto culturale di inquadramento del problema nel momento della complessità; 2. Modi di configurazione del rapporto avvocato-cliente nella recente esperienza statunitense; 3. (*segue*) Le dinamiche degli eventuali conflitti nella prospettiva della riconosciuta complessità del processo civile statunitense; 4. Il problema nelle controversie complesse o di *class action* e riscontri con il quadro di riferimento italiano.

1. Il tema che si affronta qui -con estrema quanto inevitabile sintesi- costituisce uno dei referenti di base per l'assunzione di una prospettiva etica rispetto all'attività dell'avvocato, al punto di potersi considerare come il nucleo stesso della nozione di etica professionale dell'avvocatura. All'interno del contesto del *legal ethics*, infatti, un dato soprattutto pare configurabile come elemento primario e in qualche misura imprescindibile del rapporto avvocato-cliente. Questo dato corrisponde appunto alla circostanza che fra l'avvocato e il cliente deve esistere una totale o del tutto speciale fiducia; in ogni caso tale da presupporre che l'affidamento del cliente riposi sull'assenza di conflitti o comunque di interessi concomitanti (ma in realtà intrinsecamente contrari) da parte dell'avvocato<sup>1</sup>.

Ciò che qui si tenterà di dire, e forse anche grossolanamente analizzare, sono alcune implicazioni di questo presupposto di base. Di come cioè, per un verso, esso abbia inciso sul configurarsi di una nozione di etica professionale dell'avvocatura nel corso del tempo (quantomeno di un certo periodo di tempo, che qui molto arbitrariamente verrà ristretto al secolo passato e al tempo della nostra quotidianità)<sup>2</sup>. E di come, per altro verso, tale incidenza si sia manifestata rispetto alla modificazione o parziale riconfigurazione del rapporto avvocato-cliente, tanto in ragione della ristrutturazione dei vari modelli processuali che della creazione di regolamentazioni etico-professionali a loro volta costantemente trasformate nel corso del tempo<sup>3</sup>.

Il primo versante, quello della caratterizzazione del rapporto avvocato-cliente e correlativamente della nozione di *legal ethics* come sostanziantesi in larga misura nella doverosa e presupposta assenza di conflitti di interesse in capo all'avvocato, si può fare coincidere -come si è già accennato- con il progressivo formarsi di una cultura etico-professionale. È un fenomeno che, semplificando all'estremo, si manifesta piuttosto estesamente nel corso del secolo XIX e più ancora del secolo XX; e ciò soprattutto in un ordinamento processuale come quello statunitense<sup>4</sup>.

Invero, che questa considerazione possa avere un carattere di oggettività è del tutto contestabile; il che impone qui a chi scrive (di dichiarare *in limine* una propensione metodologica e, forse, anche culturale di fondo). Indicando l'ordinamento statunitense e la relativa cultura giuridica come il principale referente dei discorsi intorno all'etica dell'avvocatura, non si intende implicare che altrove -in altri ordinamenti e culture,

1 Per la considerazione, in analogia prospettiva, di questo come di uno dei fondamenti del rapporto di *loyalty* fra avvocato e cliente e, quindi, dell'intero contesto di *legal ethics*, Hazard, Dondi, *Legal Ethics – A Comparative Study*, 2004, cap. 5 (spec. p. 191 ss.).

2 Hazard, Dondi, *op. cit.*, p. 55 ss., 85 ss.

3 Kronman, *The Law as Profession*, in Rhode (editor), *Ethics in Practice – Lawyers' Roles, Responsibilities, and Regulation*, 2000, p. 29 ss.

4 Hazard, Koniak, Cramton, Cohen, *The Law and Ethics of Lawyering*, IV ed., 2005, spec. p. 516 ss. (in relazione all'interazione dell'avvocato con il cliente e di come la qualità del cliente abbia progressivamente reso essenziale l'assunzione di una prospettiva etico-professionale riguardo alla considerazione dell'attività dell'avvocato, ivi inclusa quella prettamente processuale).

giuridiche ed extra-giuridiche- sia del tutto mancata una prospettiva etico-professionale. Solo si intende segnalare come la prospettiva etico-professionale -sulla base anche da indagini svolte sempre da chi scrive- ha assunto e assume nell'ordinamento statunitense una centralità del tutto eccezionale. Circostanza questa che si verifica sia sul versante dell'etica professionale come contesto di ricerca avente autonoma dignità (come si è detto, appunto, *legal ethics*) sia con riguardo all'elaborazione di quella nozione a mezzo fra etica e procedura (per lo più procedura civile) generalmente definita come *law of lawyering* nel contesto statunitense<sup>5</sup>.

Quest'ultima risulta una definizione particolarmente interessante. E ciò in ragione della sua duplicità di riferimenti o inclusioni; ossia appunto per il suo essere inclusiva delle due prospettive, quella etico-professionale e quella prettamente processuale. Ma anche molto interessante questa definizione appare per un altro aspetto: la creazione di un contesto più vasto e "ulteriore" tanto quanto alla considerazione dei problemi etico-professionali che di quelli concernenti il funzionamento del processo. Con la nozione del *law of lawyering*, infatti, si sviluppa una prospettiva del tutto speciale riguardo a entrambi questi ambiti; una prospettiva in ogni caso precipuamente centrata sul ruolo dell'avvocato come difensore tecnico nel processo e, in questo ambito, sulle sue scelte tattico-strategiche<sup>6</sup>.

Questa particolare attenzione al ruolo dell'avvocato nel (ossia durante il) processo e alle sue scelte in qualità di difensore tecnico risulta piuttosto chiaramente spiegabile, in ambito statunitense, con l'intera storia della formazione di quel diritto quale emanazione e potente rielaborazione del *common law of England*, nonché con la caratterizzazione di quella americana come l'economia più costantemente avanzata nel corso dei due secoli che ci precedono. Un dato che oltretutto si combina con la notoria centralità della figura dell'avvocato in quella società; all'interno della quale -quantomeno da Tocqueville in poi- è spesso del tutto manifesta la coincidenza fra la *American legal profession* e l'aristocrazia della nazione<sup>7</sup>. Un dato risalente di quasi due secoli e da collegare alla strutturazione del tutto particolare di quella professione legale per lo più (anche se non esclusivamente) all'interno di articolatissime organizzazioni imprenditoriali quali le *law firm*, ormai da tutti conosciute anche per la loro spettacolarizzazione filmica quando non sapientemente letteraria<sup>8</sup>.

Un tale complesso di cose rende questa una prospettiva in origine squisitamente statunitense; ma ormai anche una prospettiva che, a seguito di studi comparatistici -me ne rendo personalmente responsabile, pur nei limiti delle mie capacità- è progressivamente diventata comune anche in ambito europeo-continentale. Oggi, in altri termini, l'attenzione ai ruoli dei soggetti operanti -con funzioni istituzionali propriamente tecniche- all'interno del contesto processuale costituiscono una parte non trascurabile del dibattito concernente il funzionamento della giustizia, e specie della giustizia civile<sup>9</sup>. E ciò tanto da potersi affermare che anche da noi tale dibattito tende ormai a combinare in intrecci più o meno stretti il buon funzionamento del processo con aspetti di etica professionale dell'avvocatura.

E' forse anche in ragione di tale combinatoria che oggi occorre rivolgere uno sguardo particolarmente attento e in qualche misura smagato rispetto alla modalità di configurazione di questioni tanto rilevanti come quelle connesse alla nozione di conflitto di interessi dell'avvocato nei confronti del proprio cliente. Il tema, per una serie di ragioni e specie con riferimento alla pratica del processo civile, sembra comportare un livello di attenzione e di cautela del tutto speciali.

Occorre anzitutto tenere conto del fatto che nel periodo di tempo fra la metà del secolo scorso e la contemporaneità attuale tale problema ha subito radicali cambiamenti. In estrema sintesi, esso è stato sostanzialmente riconfigurato in particolare da due fenomeni, quali le vicende a vari livelli sconvolgenti della

5 Nell'ambito di una letteratura sul punto ormai vastissima e altrettanto risalente si può, sintetizzando all'estremo, richiamare quanto già in una recensione, a sua volta risalente, di un'opera statunitense che intraprende una ricognizione rimasta poi storica di tali nozioni; così Dondi, su Hazard, Hodes, *The Law of Lawyering: A Handbook on the Model Rules of Professional Conduct*, 1985, in *Riv. dir. civ.* 1985, I, p. 554 ss. Sullo stesso tema -e nello stesso spirito di grande semplificazione- si veda ancora di recente: Hazard, Hodes, Jarvis, *The Law of Lawyering*, IV ed., 2017, *passim*.

6 Dondi, *Introduzione della causa e strategie di difesa – Il modello statunitense*, 1991, *passim*; più di recente Id., *Segreti ed etica dell'avvocatura – Rilievi minimi in tema di law of lawyering e attorney-client privilege*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, p. 651 ss.

7 Per il rilievo emblematico di una valutazione espressa, come nel caso di Tocqueville, già all'epoca e da un intellettuale proveniente da altra impostazione culturale v., ad es., Hazard, Dondi, *op. cit.*, p. 281.

8 Per un richiamo ormai storico allo sviluppo della *law firm* statunitense, v. Galanter, Palay, *Tournament of Lawyers: The Transformation of the Big Law Firm*, 1991, *passim*.

9 Dondi, Ansanelli, Comoglio, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, 2015, spec. cap. I.

cosiddetta nuova economia e le esigenze di adeguamento dello strumento processuale a tali vicende. Percepita effettivamente o non -e, pertanto, anche effettivamente realizzata o non- nell'ultimo ventennio, l'esigenza di trasformare nel profondo lo strumento processuale per rispondere più adeguatamente ai conflitti originati da un panorama davvero mutato e "nuovo" di patologie sociali ed economiche si è comunque imposta come a tutti gli effetti inevitabile<sup>10</sup>. Un auspicabile mutamento di prospettiva a fronte del quale sembra altrettanto inevitabile la constatazione che, come oggi gli avvocati sono altro dall'avvocatura del secondo-dopoguerra, così anche si configurano in termini davvero differenti i problemi del processo civile e i relativi confini; con ciò a intendere il contesto a sua volta in trasformazione degli *standard* di comportamento dei difensori nell'esercizio della loro attività di difesa tecnica<sup>11</sup>.

E' un vasto e variegato fenomeno che si manifesta sul versante del rapporto tra avvocato e cliente in maniera molto profonda, ma non per questo altrettanto evidente. Tanto poco evidente in quanto sembra possibile affermare che proprio su questo versante si registra un fenomeno di incertezza del tutto corrispettivo alla generale incertezza che caratterizza l'epoca che viviamo<sup>12</sup>. E occorre dire subito che una tale incertezza trova significativi riscontri sul *côté* processuale come pure, in ovvia correlazione, anche sul piano etico-professionale e più estesamente delle cosiddette "etiche sociali".

Piuttosto prevedibilmente, lo si deve riconoscere, sembra inevitabile fare consistere questo aspetto di diffusa incertezza nel dato della complessità; un dato del resto ampiamente acquisito, al punto da costituire un *commonplace* ricorrente in maniera pressoché acritica e rappresentare ormai la definizione più comune del momento presente<sup>13</sup>. In questo nostro *moment de la complexité*, l'aspetto in maggiore evidenza appare l'esigenza costante di tener conto a vasto raggio e contemporaneamente di una pluralità molto estesa di elementi nell'esaminare i problemi – o i singoli contesti/agggregazioni di problemi- della realtà circostante<sup>14</sup>. Si ribadisce, su questa linea certo non dovrebbe stupire l'ulteriore constatazione che in particolare il processo -il processo civile specialmente- risulti in maniera davvero emblematica uno degli ambiti più pesantemente segnati dal fenomeno della complessità. E che, di conseguenza, la nozione di complessità processuale rappresenti -ma, per meglio dire, dovrebbe rappresentare- un parametro da ritenersi ormai inevitabile anche nel considerare le varie questioni concernenti gran parte dei conflitti aventi un riscontro processuale; nella conformazione sia di controversie giudiziali sia degli eventuali ulteriori conflitti in questo contesto, quali appunto quelli fra avvocato e cliente<sup>15</sup>.

L'utilizzazione della forma condizionale nell'inciso che precede appare particolarmente giustificata; invero, occorre constatare che si registrano profondi scarti fra le diverse culture giuridiche proprio sul versante dell'acquisizione della nozione di complessità processuale come una nozione basilica del tutto indispensabile per l'analisi dei problemi attuali del processo civile<sup>16</sup>.

**2.** In realtà, proprio su questo versante ancora una volta la cultura statunitense sembra contrapporsi a praticamente tutte le altre culture giuridiche. In termini di elaborazione, se non *tout court* di "scoperta", si potrebbe affermare che è essenzialmente e pressoché esclusivamente negli Stati Uniti che, ormai da oltre un cinquantennio, si registra la compiuta acquisizione di quello della complessità come criterio sostanzialmente

10 Riguardo all'indicazione dell'immanenza di tali problemi da parte di un Autore che si segnala particolarmente per tale sensibilità nell'ambito della dottrina italiana si rinvia a Taruffo, *Sui confini – Scritti sulla giustizia civile*, 2002, *passim*.

11 Fra gli altri, ma soprattutto, Hazard, *Ethics in the Practice of Law*, 1978, *passim*; Id., *An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege*, in 66 *Cal. L. Rev.* 1978, p. 1061 ss.

12 Morin, *Connaissance, Ignorance, Mystère*, 2017, *passim* (ma già significativa di quest'opera e della prospettiva di questo Autore la titolazione del primo capitolo -p. 2 ss.- come "connaissance ignorante" a significare l'inevitabile limitatezza delle conoscenze acquisibili). Sul medesimo Autore v., ad es., Dondi, *Aspetti della complessità e riscontri della nozione di complessità processuale*, in Id. (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, 2011, p. 3 ss.

13 In tema di ricognizione del carattere centrale del problema della *complex litigation* nella cultura giuridica (processualistica) statunitense il segnale più risalente è riscontrabile in Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, 1985, p. 170 ss., *passim*; Id., fra l'altro, al raffronto con il nostro processo civile, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario – Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, p. 137 ss.

14 Posto il riferimento di base, doveroso, a Morin, *La complexité humaine*, 1994, *passim*, una versione anglosassone di tale percezione è emblematicizzata nel lavoro di Taylor, *The Moment of Complexity – Emerging Network Culture*, 2003, p. 111 ss.; con riguardo a tali problemi nella letteratura italiana, il complesso dei lavori presenti in Dondi (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit.

15 Per richiami essenziali a questo genere di problemi, si veda di recente Dondi, *Problemi ricorrenti ed impostazione metodologica*, in Dondi, Ansanelli, Comoglio, *Processi civili in evoluzione*, cit., p. 17-23 ove anche un'articolata bibliografia di diritto straniero, spec. note 40-46.

16 Dondi, *Aspetti della complessità e riscontri della nozione di complessità processuale*, in Id. (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit., p. 3 ss.

indispensabile per la configurazione non solo di alcuni essenziali caratteri del processo civile ma addirittura anche di alcuni sotto-settori del *procedural law* ormai del tutto fondamentali. E' qui che è stata elaborata una nozione come quella di *complex litigation* e intorno a essa si è avviato un dibattito assai profondo ed esteso, dal quale è derivato un nuovo approccio ai problemi del processo civile attestato ormai da oltre un ventennio anche dalla presenza di un'apposita manualistica espressamente riferita all'area della complessità processuale<sup>17</sup>. Ma non solo.

Dall'acquisizione di tale nozione è anche derivato altro, se si vuole di più capillarmente pervasivo della cultura del processo civile in quell'area. Si tratta della circostanza che gran parte dei problemi del processo nel contesto statunitense tendono ormai a essere inquadrati nella prospettiva della complessità<sup>18</sup>. Specie nell'ultimo decennio, è alla luce di tale nozione che sono state adottate alcune delle più interessanti soluzioni sul piano tanto delle riforme normative che delle prese di posizione giurisprudenziali (a intendere in particolare della *Supreme Court* federale)<sup>19</sup>. Ed è a un tanto significativo aggiornamento di prospettiva che sembra collegarsi anche una rinnovata configurazione del problema etico-professionale, specie nello specifico del rapporto avvocato-cliente.

Il contesto che si è configurato contribuisce a strutturare nel mondo statunitense un diverso ambito di valutazione delle dinamiche del processo; e ciò proprio in quanto quel "tener conto" di cui si è detto sopra appare la direttiva da tempo imboccata nella direzione della qualificazione di ciò che concretamente rappresenta il contesto processuale con riferimento alla realtà odierna, anche con riferimento all'ambito tipico dell'attività professionale dell'avvocato nonché alla sua relazione con il cliente.

La creazione della nozione di *complex litigation*, che inizia a manifestarsi dagli anni '70 del secolo XX, rappresenta il dato emblematico della creazione di questo nuovo contesto. Un processo dal quale si dipartono varie ramificazioni, soluzioni e conseguenti ulteriori problemi. Come la manualistica statunitense illustra ampiamente e ormai in maniera del tutto abituale almeno a partire dalla metà degli anni '90 del secolo scorso, il nucleo della nozione di *complex litigation* si collega, sul piano per così dire oggettivo, con l'individuazione di categorie di cause, appunto inizialmente definite come *big* e in seguito come *complex case*<sup>20</sup>. Si tratta di una categoria della quale altrettanto notoriamente fanno stabilmente parte sia le controversie di cosiddetta *product liability* sia quelle -in parte rientranti in questo stesso ambito- denominate più tradizionalmente e se si vuole genericamente come *class action*<sup>21</sup>.

È nel contesto di questa "nuova cultura" ed elaborazione di problemi che vengono progressivamente calate anche le questioni concernenti il *legal ethics*, o, meglio, la riforma di questo settore del diritto. Un inequivocabile riscontro di ciò è dato dalla contemporaneità del fenomeno che abbiamo segnalato con quello della creazione, intorno alla fine degli anni '70 e l'inizio degli anni '80 del secolo scorso, di una nuova disciplina di etica professionale dell'avvocatura statunitense. Si tratta del prodotto del dibattito svoltosi all'interno della cosiddetta *Kutak Commission*, a seguito di una estesissima discussione in dottrina e nell'ambito dell'avvocatura statunitense, e corrispondente alla disciplina delle *Model Rules of Professional Conduct* del 1983<sup>22</sup>.

Tale normativa innova profondamente rispetto ai numerosi codici deontologici già presenti nella storia dell'avvocatura statunitense e configura un modello di responsabilità dell'avvocato molto articolato e tale

17 Il riferimento, ormai quasi "ovvio", è all'esempio da una pubblicazione quale il manuale di Marcus, Sherman, Erichson, *Complex Litigation: Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, VI ed., 2015, *passim*.

18 Nella dottrina italiana, per riferimenti anche di carattere cultural-giuridico di base coinvolgenti il problema degli atti introduttivi in quello più ampio della *procedural complexity*, si veda Dondi, *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.* 2014, p. 434-454; Id., *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, p. 529-539.

19 Un riferimento recente quanto essenziale a questo riguardo è rappresentato da Burbank, Farhang, *Rights and Retrenchment – The Counterrevolution against Federal Litigation*, 2017, *passim*, recensito in Italia da Dondi in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2017, p. 1428-1431.

20 Per un esempio di risalente individuazione di questo fenomeno nella letteratura statunitense: Brazil, Hazard, Rice, *Managing Complex Litigation: A Practical Guide to the Use of Special Masters*, 1983, *passim*, con relativa recensione di Dondi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1985, p. 814-817.

21 Nel contesto di una letteratura ormai davvero immensa, appare interessante in relazione a quanto nel testo l'impostazione di collegamento tra *procedural law* e *substantive law* presente in un lavoro risalente di un grande giurista statunitense: cfr. Hazard, *The Effect of the Class Action Device Upon the Substantive Law*, in 58 *F.R.D.* 1973, p. 299 ss.

22 Proseguendo con riferimenti, forse scontati, ma del tutto imprescindibili, si veda al riguardo l'elaborazione contenuta in Hazard, Hodes, *The Law of Lawyering*, cit.; un recentissimo riscontro di questa attività di riforma e ripensamento della funzione della professione legale statunitense si rinviene in Dondi, *Geoffrey C. Hazard – Il maestro americano*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. proc.*

da corrispondere in effetti alle trasformazioni in corso nel campo della pratica del processo civile, federale e statale. Non casualmente, tale disciplina -promossa dalla più estesa associazione di avvocati statunitense, l'*American Bar Association*- configura l'avvocato come centro di responsabilità non più circoscritte al singolo soggetto ma estese alla stessa organizzazione (*law firm*) nella quale tale soggetto è inserito per lo svolgimento della sua attività professionale<sup>23</sup>. Inoltre, il tipo di *accountability* in capo all'avvocato (a intendere il raccordo in termini di responsabilità e fiducia fra le posizioni del cliente e del difensore tecnico) viene modellato in una prospettiva "ideologica" nuova e sostanzialmente diversa dalla *philosophy* di inquadramento dell'attività dell'avvocato fino a quel momento comunemente accolta. In sintesi, da un'idea di *accountability* esclusivamente nei confronti del proprio cliente (al limite della descrizione dell'avvocato come *hired gun*) si passa a una responsabilità etico-professionale dell'avvocato (definita piuttosto suggestivamente con il termine *candor*) anche nei confronti della *court*. E ciò nel senso di una doverosa collaborazione con il giudice, da realizzarsi sulla base del recupero di un parallelo e risalente dovere spettante all'avvocato di *common law* in ragione della sua *inherent function* di *officer of the court*<sup>24</sup>.

Specialmente a partire dall'ultimo trentennio del secolo XX, il recupero di tale nozione -peraltro storicamente presente in quella cultura- di una funzione "pubblica" accanto a una funzione "privata" dell'avvocatura sembra fornire il supporto ideologico essenziale per procedere a una vera e propria riconfigurazione del ruolo dell'avvocato come difensore tecnico nel processo. Una ridefinizione, ci si intenda bene, che tuttavia non concerne solo questo "soggetto tecnico" del processo. Attraverso di essa si perviene infatti, per vasta reazione, a realizzare una sostanziale trasformazione anche nella visione del ruolo spettante al giudice a fronte dei mutamenti intervenuti nella realtà sociale ed economica. Il tutto all'interno di una nozione conseguentemente rinnovata anche della funzione del processo civile come strumento di risoluzione primaria dei conflitti all'interno della società statunitense<sup>25</sup>.

Talché, in realtà, la trasformazione del ruolo dell'avvocato statunitense appare oggi spiegabile -in una prospettiva resa ormai storica dal trascorrere del tempo- soprattutto alla luce dell'attribuzione corrispettiva di nuovi compiti al giudice civile; compiti che giustificano la descrizione ormai ricorrente del giudice nordamericano -specie quando giudice federale- come *managerial judge*<sup>26</sup>. È dall'interazione con un giudice doverosamente impegnato nella gestione rapida ed efficiente di un processo sempre più intensamente percepito come complesso (o complicabile) che si trasferiscono all'avvocato statunitense doveri che, costantemente riferibili alla gestione della sua difesa tecnica, risultano in realtà basicamente fondati su istanze etiche. Di qui uno strano -ma già da tempo ricorrentemente segnalato dall'indagine comparatistica- fenomeno di "incrocio di influenze". Si è in sostanza verificato che, per un verso, le norme processuali pervengono ad acquisire progressivamente un carattere etico o "più etico" e, per altro verso, le norme etico-professionali o deontologiche risultano corrispettivamente sempre più, o anche, processuali; e ciò in quanto discipline caratterizzate da una notevole articolazione tecnica e riferite a precipue attività di difesa in giudizio<sup>27</sup>.

All'interno di questa nuova cultura del processo e dei ruoli spettanti ai soggetti tecnici al suo interno (giudiziario e avvocatura) si pone come ovviamente e principalmente essenziale il rapporto di correttezza dell'avvocato con il giudice. Ma questa nuova cultura del *lawyering*, che si può tradurre nell'esercizio di attività di difesa fondamentalmente ispirate a una costante cooperazione con il giudice, implica anche maggiori doveri di correttezza dell'avvocato a più vasto raggio. È chiaro, in questa prospettiva, che l'avvocato è "tenuto" a un nuovo comportamento sul piano professionale. Ad esempio e in particolare, è tenuto a utilizzare il processo in maniera non abusiva. Ciò sotto il profilo della non moltiplicazione di attività

23 Per un riferimento generale, ad esempio, Hazard, Dondi, *Legal Ethics*, cit., spec. cap. 5.

24 Per un riscontro di tali problemi nella letteratura italiana, per quanto ormai risalente, Dondi, *Spunti in tema di "legal ethics" come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1995, p. 261-272.

25 Fra i molti, per una recente disamina di questi problemi, si veda, ad esempio, anche per il vasto eco nella cultura giuridica (ed extra-giuridica), Farhang, *The Litigation State - Public Regulation and Private Lawsuit in the U. S.*, 2010, *passim*, recensito in Italia da Dondi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, p. 985-986.

26 Così, per tutti e notoriamente, Resnik, *Managerial Judges*, in 96 *Harv. L. Rev.* 1982, p. 376 ss.

27 Cfr. Dondi, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit.; e in seguito Id., *Aspetti dell'"Attorney-Client Privilege" fra "Evidence" e "Legal Ethics"*, in *Studi in Onore di Vittorio Denti*, 1994, vol. II, p. 115-142.

procedimentali inutili e, soprattutto, della mancata richiesta di *disclosures* (ossia, in pratica, di esibizioni) di documenti non effettivamente necessari ai fini della definizione della controversia. Si supera in tal modo l'impostazione per la quale, ove in difficoltà rispetto a istanze fondate provenienti soprattutto dall'avvocato del *defendant*, era ritenuto "normale" per l'avvocato della parte convenuta ricorrere a pratiche come le cosiddette *fishing expedition*, corrispondenti grossomodo a istanze di esibizione casuali, estesissime e implicanti per lo più la *disclosure* di enormi masse di documenti (*bulk disclosure*) in realtà sostanzialmente inutili per la difesa dello stesso convenuto<sup>28</sup>.

È grazie alla rigida applicazione in delle sanzioni previste dalla *Federal Rule 37* e dalle corrispettive norme delle *Model Rules of Professional Conduct* (e soprattutto con riguardo alla previsione della *Model Rule 3.3*) che a tale modello di difesa si tende a sostituire un approccio caratterizzato complessivamente da una maggior cooperazione fra i soggetti tecnici del processo<sup>29</sup>. Un nuovo approccio che comporta sia una collaborazione reciproca -inevitabile, obbligatoria o *mandatory* in quanto indotta dalla legge processuale (*Federal Rule 26* (a) (1))- fra gli avvocati sia un doveroso *candor* nei confronti del giudice. Ciò sulla base della già richiamata *Model Rule 3.3* ma, in verità, del complesso della previsione della *Model Rule 1*; norma non solo iniziale ma invero strutturante l'intera *philosophy* di tale disciplina<sup>30</sup>.

Di qui, nelle aspirazioni tanto della prevalente dottrina statunitense dell'ultimo decennio del XX secolo quanto del legislatore federale e della stessa *American Bar Association*, si può derivare la creazione -nell'elaborazione teorica e nell'attuazione pratica- di un modello di difesa più virtuoso. Un modello che tende invero a essere in qualche misura rigoroso e caratterizzato da un diffuso *modus tollens*, comunque da una pervasiva istanza di riduzione drastica di inutili superfetazioni difensive, e tale da sconvolgere nel profondo la tradizione di totale libertà storicamente attribuita all'avvocato americano. Ma di qui anche, e forse soprattutto, il sostanziale sconvolgimento della logica, fino ad allora del tutto *entrenched* nella cultura giuridica e nell'etica sociale statunitense, di un'univoca referenzialità etica dell'avvocato esclusivamente verso il proprio cliente in termini di *professional accountability*<sup>31</sup>.

3. Si può per certo affermare che è all'interno di questo nuovo *background* culturale che nella cultura giuridica statunitense trova collocazione il problema del rapporto fra avvocato e cliente. E occorre anche aggiungere che tale interrelazione per molti versi si complica significativamente nell'ultimo trentennio, come diventa correlativamente meno "ovvio" o pacificamente configurabile anche il problema del rapporto avvocato-cliente sotto il profilo dei reciproci doveri, interessi e ... conflitti di interesse.

In particolare quest'ultimo profilo dell'interrelazione fra avvocato e cliente -nonché delle relative dinamiche sul versante processuale- appare invero particolarmente segnato da una circostanza per così dire strutturale. Essa si può essenzialmente fare consistere in quella che è ormai la configurazione del tutto prevalente della professione legale statunitense e della sua clientela; circostanza, in quanto tale, da considerarsi pertanto stabile e sostanzialmente non trasformabile nel prossimo futuro nella direzione di un effettivo *revirement*. Per un verso, infatti, nonostante la da tempo permanente crisi economica abbia indotto una qualche restrizione nei numeri del personale delle grandi *firm*, il modello della *law firm* non appare per nulla tramontato; si assiste, anzi, a un suo sostanziale consolidamento, confermato anche dalla sua massiccia esportazione al di fuori degli Stati Uniti<sup>32</sup>. Per altro verso, la stessa crisi ha corrispettivamente dato luogo -in una stretta logica di mercato- a un inevitabile fenomeno di *shrinkage* delle attività delle *law firm* americane in favore di quelle più continuativamente remunerative sul piano economico. Di qui una

28 Per riferimenti generali nella letteratura giuridica italiana sui temi di cui nel testo, v. Dondi, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.* 1995, p. 787-808; nonché Id., *Spunti in tema di "legal ethics" come etica della difesa in giudizio*, cit., p. 261 ss.; per quanto concerne invece la grande elaborazione statunitense sul tema, sostanzialmente inevitabile appare un richiamo quale quello a Subrin, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, in 39 *B. C. L. Rev.* 1998, p. 691-745.

29 Cfr. Hazard, *From Whom No Secrets Are Hid*, in 76 *Tex. L. Rev.* 1998, p. 1665 ss. (trad. it. a cura di Renelli in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, p. 465 ss.); ma anche Markovitz, *A Modern Legal Ethics – Adversary Advocacy in a Democratic Age*, 2008, p. 48, 71.

30 Per un'analisi italiana dell'impatto di questa norma sul complesso della gestione della difesa civile nel processo civile statunitense, fra i primi richiami, cfr. Dondi, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., *passim*. Per riferimenti ampi al dibattito statunitense in tema, si veda il complesso dei lavori contenuti in Rhode (a cura di), *Ethics in Practice*, cit.

31 Hazard, Dondi, *Legal Ethics*, cit., p. 234 ss.

32 Per un'analisi di questo genere di problemi, fra i moltissimi, si rinvia, ad esempio, ai lavori contenuti in Empson (a cura di), *Managing the Modern Law Firm – New Challenges New Perspectives*, 2007, *passim*.

rigida selezione della clientela da parte delle stesse *law firm*; un fenomeno che ha intuitivamente favorito la cosiddetta “clientela abituale”, per lo più rappresentata dalle organizzazioni, nella forma di *corporation*, *holding* o altro<sup>33</sup>.

Che il quadro che ne deriva non risulti per nulla neutro per quanto riguarda i rapporti di fiducia o *accountability* fra avvocato e cliente appare piuttosto intuibile.

Il problema è stato posto da qualcuno -sulla scorta di una definizione significativamente contenuta nelle stesse *Model Rules*- nella prospettiva della cosiddetta “*organization as a client*”; una prospettiva intesa a sottolineare la maggiore complessità in tale contesto dei rapporti avvocato-cliente, e comunque a tenerne conto realisticamente<sup>34</sup>. Il dato concerne evidentemente per lo più l’ipotesi che il cliente sia strutturato come un’impresa avente una propria e molto articolata organizzazione interna, e conseguentemente molteplici centri decisionali. Cruciale, in tale circostanza, risulta la costante emersione del problema di “*who is in charge*”, del soggetto o del gruppo di soggetti ai quali cioè effettivamente spettino le scelte strategico-difensive nell’ambito del rapporto avvocato-cliente<sup>35</sup>. E la questione appare di particolare rilievo proprio per la configurazione dell’area del cosiddetto conflitto di interessi nel mondo statunitense; comportando, oltretutto, anche qualche essenziale *caveat*.

A differenza dell’avvocato europeo-continentale, l’avvocato statunitense, proprio in ragione del suo operare -come si è detto sopra- all’interno di imprese legali, per così dire fruisce di un’impostazione “finanziaria” del tutto particolare rispetto alla sua impresa professionale. Si tratta di un’impostazione che molto tradizionalmente viene definita con la terminologia di *Cravath system*; un “sistema” corrispondente alla configurazione di tutta la clientela come clientela della *law firm* e non del singolo avvocato<sup>36</sup>. Questi, pertanto, non deriverà il suo sostentamento esclusivamente dal rapporto professionale con il cliente del quale specificamente si occupa.

Sembra ipotizzabile che, in ragione di tale mancata allocazione della clientela nonché della sua generalizzazione all’interno della *law firm*, l’avvocato statunitense sia in qualche misura sollevato dalla pressione vitale al mantenimento del cliente. In altri termini, appare minore in tale contesto la pressione allo “sfruttamento” delle potenzialità del singolo cliente, invece incombente su buona parte delle avvocature di altri ordinamenti. Conseguentemente, appare qui minore anche l’induzione a strategie di “mantenimento” della controversia; ad esempio attraverso la sua “inevitabile” configurazione come controversia giudiziale e la tendenziale propensione a rifiutare soluzioni stragiudiziali o comunque il perseguimento delle varie forme di possibili *settlement*<sup>37</sup>.

In questo contesto oggettivamente complesso, ove al carattere già articolato dello studio legale come *law firm* si aggiunge la prevalente presenza di clienti-organizzazione, è comunque intuibile che sono varie le possibili modulazioni delle occasioni di conflitto<sup>38</sup>. Questa virtuale modulazione trova del resto uno specifico riscontro proprio nella disciplina professionale delle *Model Rules of Professional Conduct*. All’interno di questa normativa è infatti prevista una disciplina molto articolata del *conflict of interest*; collocata cioè nella *Rule* iniziale e “diluita” in numerose previsioni, segnatamente dalla *Model Rule* 1.7 alla *Model Rule* 1.11<sup>39</sup>.

In effetti, questa configurazione normativa del *conflict of interest* sembra riflettere *tout court* la profonda coscienza acquisita dalla cultura statunitense dell’articolazione oggettivamente complessa dei rapporti avvocato-cliente. A evidenziare ciò è già la duplice caratterizzazione di tale nozione, in sintesi riferibile al

33 Hazard, Dondi, *Legal Ethics*, cit., cap. 6.

34 Hazard, Dondi, *Legal Ethics*, cit., cap. 6, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

35 Hazard, Dondi, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int'l L. J.* 2006, p. 59 ss.

36 Hazard, Dondi, *Legal Ethics*, cit., cap. 5.

37 Dondi, *Etica dell'avvocatura – Strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, 2009, spec. p. 546-547.

38 Per un raffronto fra la realtà italiana e quella statunitense con riguardo all’organizzazione interna dell’attività professionale e per opportuni riferimenti bibliografici, ad esempio, Dondi, *Realtà evolutiva della professione legale. Sfide della globalizzazione, “glocalizzazione” e adeguatezza degli standard professionali*, in *Pol. dir.* 2008, p. 630 ss.

39 Hazard, Dondi, *Legal Ethics*, cit., p. 187 ss.



conflitto come contaminazione del rapporto di fiducia e al conflitto come impoverimento delle attività difensive che spetta all'avvocato mettere in atto. E occorre anche subito aggiungere che di tali aspetti la disciplina delle *Model Rules of Professional Conduct*, all'interno di un inquadramento normativo di imposizione decisamente anglosassone, forniscono una descrizione-definizione empiricamente molto specifica delle possibili occasioni di conflitto.

In questa prospettiva risulta in qualche modo prevedibile che la disciplina delle *Model Rules* a questo riguardo comporti anzitutto (nella *Model Rule 1.7*) il riferimento a un conflitto di interessi di carattere per così dire "basico", ossia nei confronti del *current client* che l'avvocato già rappresenta. Ed è a questo riguardo che viene prevista una generale "*prohibition against multiple representation*", sia nella forma della rappresentanza di *both sides in litigation* sia nell'ipotesi in cui l'interesse dell'avvocato possa in ogni caso interferire con la sua attività di difesa tecnica in giudizio.

All'interno di questa impostazione distintiva e molto articolata appare del tutto spiegabile che a una tale previsione si affianchino (*Model Rule 1.8*) ulteriori *specific rules* in tema di *conflict of interest*. E, in maniera appunto specifica, tali *Rules* concernono varie ulteriori possibili configurazioni di conflitto di interessi. Tali ipotesi risultano caratterizzate, ad esempio, della presenza: di transazioni di carattere economico o commerciale fra lo stesso avvocato e il cliente; dell'accettazione da parte dello stesso avvocato di somme provenienti da soggetti terzi al fine di gestire lo svolgimento processuale della controversia senza *informed consent* nei confronti e da parte del cliente; della stipulazione di accordi escludenti responsabilità per *malpractice* in capo all'avvocato<sup>40</sup>. Sempre in questo quadro, inoltre, anche altre previsioni appaiono del tutto coerenti con una visione tanto articolata e specifica dei vari possibili modi di configurazione conflitto. Così è per certo con riguardo alla *Model Rule 1.9*, in tema di doveri nei confronti di precedenti clienti; norma con la quale si impedisce la difesa in giudizio di soggetti aventi "*interest [...] materially adversely to the interests of the former client unless the former client gives informed consent, confirmed in writing*". E così è anche per *Model Rule 1.10*, che prevede una effettiva estensione all'intera *law firm* delle responsabilità del singolo avvocato che personalmente abbia assunto l'incarico della difesa di un certo cliente<sup>41</sup>.

4. Le caratteristiche dell'inquadramento strettamente normativo -in sé, come anche si dirà, già manifestante elementi di forte differenziazione rispetto a quello italiano- non costituiscono tuttavia l'unico aspetto d'interesse dell'elaborazione di questi problemi nel contesto statunitense. Qui, come già rilevato, il manifestarsi e l'approfondita percezione del fenomeno delle controversie complesse nella prevalente forma di *mass tort litigation* comporta la presa d'atto di ulteriori problemi anche per quanto concerne la configurazione del tutto speciale dei possibili conflitti di interesse al loro interno. E invero ciò che ormai da tempo la dottrina statunitense rileva è soprattutto la speciale caratterizzazione del conflitto di interesse fra avvocati e clienti nel contesto di quella che ormai anche da noi costituisce la più nota categoria dei *big cases*, ossia la *class action*<sup>42</sup>.

a) Certo, oggi riferirsi alla *class action* come a uno strumento in assoluto efficiente e *bon à tout faire* appare largamente fuori luogo a fronte del declino di questo modello procedimentale; declino che, proprio all'interno dell'ordinamento d'origine, viene del resto da tempo segnalato come conclamato e comunque ineluttabile<sup>43</sup>.

Non è comunque di tale questione, vastissima e a sua volta particolarmente complessa, che qui ci si intende occupare. Ci si limiterà solo a segnalare un aspetto delle *class action* che incrocia -in maniera per la verità molto drammatica e a sua volta emblematica della crisi di questo genere di controversie- il tema

40 Hazard, Dondi, *Legal Ethics*, cit., p. 187 ss.

41 Maute, *Allocation of Authority Under the Model Rules of Professional Conduct*, in 17 *U.C. Davis L. Rev.* 1984, p. 1049 ss.

42 Come esempio risalente di tale attenzione, fra i molti, Rhode, *Class Conflicts in Class Actions*, in 34 *Stan. L. Rev.* 1982, p. 1183 ss.; più di recente con grande ampiezza e analiticità, Moore, *Who Should Regulate Class Action Lawyers?*, in *U. Il. L. Rev.* 2003, p. 1477 ss. (spec. pp. 1499-1500); Ratner, *Class Counsel as Litigation Funders*, in 28 *Geo. J. Legal Ethics* 2015, p. 272 ss.; Gilles, *Class Warfare: The Disappearance of Law-Income Litigants from the Civil Docket*, in 65 *Emory L. J.* 2016, spec. p. 1554; nella letteratura italiana, per limitarsi a una sola citazione all'interno di una produzione vastissima di quest'Autore sui temi che qui vengono considerati, Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, 2008, *passim*.

43 Klonoff, *The Decline of Class Action*, in 90 *Wash. U. L. Rev.* 2013, p. 729 ss.; in una prospettiva meno apocalittica, tuttavia, Id., *Class Action in the Year 2026: A Prognosis*, in 65 *Emory L. J.* 2016, p. 1569 ss.

del *conflict of interest*. Si tratta della pratica difensiva del ricorso a *settlements* da parte degli avvocati della *class* e, in particolare, della *class* come *plaintiff*<sup>44</sup>. Una pratica nell'ambito della quale si sono frequentemente manifestati -posto il contesto particolarmente arduo di questo tipo di *complex litigation*, anche in ragione dei possibili contrasti interni alla stessa *class* fra le posizioni degli *absent class members* e quella dei cosiddetti *ordinary litigants*- cruciali conflitti di interesse fra l'avvocato e il cliente-*class*<sup>45</sup>.

In sé e in estrema sintesi tale circostanza appare piuttosto agevolmente spiegabile. Invero, mentre il *settlement* garantisce con tutta probabilità all'avvocato un compenso rilevante (non fosse altro che per il valore tendenzialmente molto alto di tale tipo di controversie considerate nella loro interezza), una tale forma di risoluzione del conflitto rischia di risultare -e, in effetti, è spesso risultato- concretamente inutile per il singolo membro della *class*. Dal *settlement* possono in sostanza derivare risarcimenti singoli davvero irrisori; quando non addirittura ulteriori esborsi occasionati dalla non rifondibilità, anche in caso di vittoria, delle spese processuali propria del modello di ripartizione delle spese vigente in quell'ordinamento (*American Rule*)<sup>46</sup>. A fronte di un tale stato di cose appare ampiamente giustificarsi l'intervento realizzato attraverso l'adozione, con il *Class Action Fairness Act* del 2005, di una *philosophy* di più diretto controllo da parte del giudice sulle attività di *lawyering* in sede di *class action* e la previsione di un *court approval* (ora nella *Federal Rule 23(e)*) quale presupposto indispensabile per la realizzazione di accordi transattivi in sede di *class action*<sup>47</sup>. Ed è con l'adozione di questa soluzione, e la sua combinazione con tutta una serie di articolate informazioni e possibilità di correlativo contraddittorio da parte dei *class members*, che sembra di poter dire che -proprio in un contesto di manifesta complessità processuale come quello delle *class action*- si sia realizzato forse l'esempio più effettivo di attribuzione al giudice statunitense di *management powers* della controversia civile<sup>48</sup>.

b) Tali considerazioni potrebbero molto probabilmente costituire una premessa... se non fossero evidentemente sovrabbondanti e comunque sproporzionate al pochissimo che ora si riuscirà a dire rispetto alla configurazione italiana del conflitto di interessi tra avvocato e cliente. Riguardo a questo problema, non solo per via della questione comunque rilevante della mancanza di spazio, non resta invero che segnalare quanto esso risulti, al raffronto con il modello statunitense, molto più limitato e non centrale. Una circostanza, questa, che appare del resto ampiamente riscontrabile; tanto rispetto al dibattito dottrinale che all'assetto disciplinare nonché, più estesamente, alla percezione diffusa a livello di "etica sociale".

Non occorre un'estesissima e approfondita disamina per cogliere il carattere fortemente divaricato fra culture quali quella statunitense e quella italiana proprio rispetto alle questioni etiche; e specie quando tali questioni vengono riferite all'esercizio di una professione tanto caratterizzante l'assetto politico-sociale di un paese quanto la professione legale<sup>49</sup>.

Tale scarto trova riscontro anche rispetto al problema del conflitto di interessi fra avvocato e cliente, come dimostra -sul versante disciplinare- il mero raffronto fra le due normative e la constatazione, se si vuole di ordine del tutto semantico e quasi "letterario", della diversa articolazione e della profondamente differente specificità di inquadramento del fenomeno. Tanto nella versione di poco successiva a quella originale del nostro *Codice deontologico forense* quanto nella versione recentemente trasformata -anche sotto questo

44 Meadow, *Ethics and Settlement in Mass Torts: When the Rules Meet the Road*, in 80 *Cornell L. Rev.* 1995, p. 1159 ss.; Moore, *Who Will Regulate Class Action Lawyers?*, in 44 *Loyola U. Chi. L. J.* 2012, p. 577 ss. (specialmente per la bibliografia in tema di *conflict of interest* riferita alle *mega firms* e contenuta nella nota 4)

45 Erichson, *Beyond the Class Action: Larger Loyalty and Client Autonomy in Non-Class Collective Representation*, in *U. C. Legal Forum* 2003, spec. p. 522-523; più in generale sul tema anche Hazard, *Modeling Class Counsel*, in 81 *Neb. L. Rev.* 2003, p. 1397 ss.

46 Redish, Kastanek, *Settlement in Class Action*, in 73 *U. C. L. Rev.* 2006, spec. p. 546 ss.; per uno sguardo a questo genere di problemi dalla prospettiva italiana Dondi, Giussani, *Azioni collettive risarcitorie e deontologia forense: lacune del diritto interno e prospettive future*, in *Foro it.* 2008, V, spec. c. 274-275.

47 Steinman, *Kryptonite For CAFA*, in 32 *Rev. Litig.* 2013, p. 649 ss.; Kershell, *An Approach to Certification Issue in Multi-State Diversity Class Action in Federal Court After the Class Action Fairness Act of 2005*, in 40 *U. S. F. L. Rev.* 2006, p. 769 ss.

48 Nel contesto dell'attenzione mostrata a questo riguardo dalla letteratura italiana si veda, ad es., Frata, *Il Class Action Fairness Act of 2005: problemi e prospettive*, in *Dan. resp.* 2006, I, p. 13 ss.; Ansanelli, *Conclusione della controversia e percorsi alternativi*, in Dondi, Ansanelli, Comoglio, *Processi civili in evoluzione*, cit., spec. p. 328 (anche per la bibliografia rinvenibile nelle note 107 e 108).

49 Fra i molti, ad esempio, Dondi, *Etica sociale e processo civile*, in *Studi Urbinati*, 2001, p. 321 ss.; per un acuto sguardo all'organizzazione della professione legale statunitense da cui derivano considerazioni che, in sottotraccia, segnalano lo scarto di cui nel testo Ferrarese, *Law firms: diritto e dintorni. O "del mercato della legalità"*, in Cerini, Scarpelli (a cura di), *L'avvocato nella società contemporanea*, 2015, p. 65 ss.

profilo- nell'anno 2014, la definizione del conflitto di interessi appare ben lontana da quell'empirica specificità che si riscontra nelle *Model Rules of Professional Conduct* statunitensi. In altri termini, mancano nel modello italiano di disciplina etico-professionale dell'avvocatura (gli articoli 37 della versione originaria e 24 dell'attuale *Codice deontologico forense*) riferimenti precisi e comunque esemplificazioni sufficientemente strutturanti le circostanze di possibile conflitto, con riferimento sia ai clienti attuali sia nei confronti dei clienti precedenti, come invece segnatamente nelle *Model Rules* 1.7 e 1.8<sup>50</sup>.

Il carattere apparentemente solo formale di questo scarto fra normative sembra in realtà avere un più profondo fondamento nelle due diverse culture di riferimento. Un fondamento da non riferire molto genericamente all'anche qui più volte evocato empirismo anglosassone ma, piuttosto, al complessivo inquadramento della funzione dell'avvocato nella società e soprattutto al suo ruolo di difensore tecnico nel processo, in particolare nel processo civile<sup>51</sup>. Come anche si è detto per spiegare il maggiore rilievo del *côté* etico-professionale nel contesto della cultura giuridica statunitense, quest'ambito del diritto è diventato lì una porzione molto rilevante del diritto processuale. In questo quadro essa, analogamente al diritto processuale -in particolare il diritto processuale civile-, ha subito significative trasformazioni, specie nella forma dell'attribuzione di ulteriori e più pesanti responsabilità ai soggetti tecnici del processo e della corrispettiva previsione di sanzioni in caso di mancata ottemperanza a tali ulteriori o *tout court* nuove responsabilità endo-processuali<sup>52</sup>. È questa complessiva responsabilizzazione che appare il vero nucleo della diversificazione qui segnalata. Nonché, forse, dell'interesse per converso suscitato in alcuni dalla realtà statunitense, come occasione di trasformazione della nostra attitudine complessiva riguardo alla *confidentiality* fra avvocato e cliente e alla necessità di attribuire all'avvocato un ruolo etico<sup>53</sup>.

Il tentativo di adozione di un approccio esplicitamente sanzionatorio nel contesto della nuova disciplina di etica professionale italiana del 2014 può forse rappresentare un passaggio verso questa nuova coscienza del rilievo degli aspetti etico-professionali nella gestione delle controversie. Allo stato, tuttavia, questo appare un modo piuttosto sbrigativo e francamente troppo schematico di affrontare il problema di una maggiore serietà e responsabilità sociale -ed etica- dell'avvocatura nell'assolvere i propri compiti di difesa tecnica. Non che si intenda con ciò sostenere l'inutilità della previsione di sanzioni; anzi, al contrario. La previsione di sanzioni risulta per certo essenziale, ma la loro configurazione dovrebbe raccordarsi in maniera più manifesta e specifica ai singoli momenti processuali tipici che più o meno direttamente costituiscono il riferimento delle definizioni di principio strutturanti la nostra disciplina deontologica. Ciò, tuttavia, imporrebbe una maggiore articolazione e specificazione di tali definizioni, secondo un modello di legiferazione (tanto deontologica quanto propriamente processuale) ancora molto lontano dallo stile iper-semplificatorio caratterizzante la nostra cultura giuridica<sup>54</sup>.

50 Markovitzs, *A Modern Legal Ethics*, cit., p. 27-28.

51 Dondi, *Problemi ricorrenti ed impostazione metodologica*, in Dondi, Ansanelli, Comoglio, *Processi civili in evoluzione*, cit., p. 15, 17 ss.

52 Dondi, *Introduzione della causa e strategia di difesa*, cit., *passim*.

53 Chiarloni, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, p. 1281, 1285 ss.; nello specifico dei procedimenti concernenti il diritto di famiglia Danovi, *Lealtà e trasparenza nei processi di famiglia*, in *Riv. dir. proc.* 2017, p. 588 ss.; per riscontri di questa sensibilità anche presso la magistratura Breggia, *La giustizia nel XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, p. 715 ss.

54 Per un esempio, fra i moltissimi, delle critiche di provenienza accademica nei confronti di questa recente e del tutto inadeguata "maniera italiana" di riforma normativa si veda, ad. es., Dondi, *Menciones mínimas sobre las recientes reformas italianas del proceso civil*, in *Justicia – Revista de derecho procesal* 2016, p. 33 ss.

# NOTE SU INTERESSE AD AGIRE E “FRAZIONAMENTO DEI CREDITI” NEI RAPPORTI DI DURATA

**Antonino Barletta**

Professore Associato di Diritto processuale civile presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore.

Sommario: 1. Le ultime precisazioni delle Sezioni Unite in tema di “frazionamento dei crediti”, abuso del processo e interesse ad agire. – 2. La peculiarità della fattispecie rispetto a quella concernente la deduzione in giudizio di specifici profili inerenti ad un rapporto giuridico. – 3. Il divieto di frazionamento e l'abbandono della teoria secondo cui l'interesse ad agire consiste in una valutazione di meritevolezza della domanda. – 4. L'interesse ad agire “in senso oggettivo” ... ma da valutare nel quadro di un bilanciamento con i valori dell'efficientismo endoprocessuale? E altri dubbi. – 5. Un'appendice a proposito della maggiore estensione della *ius poenitendi* ai sensi dell'art. 183 c.p.c., ammessa dalle Sezioni Unite nel 2015, e dell'interesse ad agire.

1. Nella pronuncia n. 4090 del 2017 le Sezioni Unite della Cassazione si sono occupate della possibilità di far valere o meno in separati giudizi una pluralità di crediti, riferibili al medesimo rapporto giuridico di durata, ove si tratti di crediti già sorti al momento dell'instaurazione dei processi<sup>1</sup>. Sin qui la S.C. si era pronunciata esclusivamente riguardo all'ammissibilità di una pluralità di giudizi d'adempimento della medesima obbligazione. Ed a tal proposito la Suprema Corte aveva escluso la frazionabilità giudiziale del credito unitario, ad esclusivo vantaggio del creditore, quando questa determini o comunque sia volta ad aggravare la posizione del debitore<sup>2</sup>. Una diversa soluzione viene ritenuta costituire un abuso degli strumenti processuali, non consentito per contrasto con il principio di correttezza e buona fede, nonché con il principio costituzionale del “giusto processo” (art. 111 Cost.).

Nella menzionata sentenza del 2017 le Sezioni Unite hanno pronunciato il seguente principio di diritto: «Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi. Se tuttavia i suddetti diritti di credito, oltre a far capo ad un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti, sono anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque “fondati” sul medesimo fatto costitutivo – sì da non poter essere accertati separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di

1 Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2017, n. 4090, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 1302, con nota di M.F. Ghirga, *Frazionamento di crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*; in *Corr. giur.*, 2017, 975, con nota di C. Asprella, *Il frazionamento dei diritti connessi nei rapporti di durata e nel processo esecutivo*; in *Nuova giur. civ. comm.* 2016, I, 877, con nota di C.M. Nanna, *Per una ricostruzione in chiave evolutiva del problema della frazionabilità processuale del credito*; in *Il lav. nella giur.* 2017, 5, 464, con nota di G. Guarnieri, *La coscienza di Zeno e un (presunto) caso di frazionamento del credito*. Per un commento della suddetta pronuncia cfr., inoltre, G. Ricci, *Il frazionamento della domanda nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in *Diritto*, Treccani.it, 2018.

2 Cfr. Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.* 2008, I, 1514, con nota di R. Caponi. Tale indirizzo era stato poi ripreso, limitandosi alle pronunce a Sezioni Unite, da Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2009, n. 26961, con cui, pur nell'ambito di una decisione sulla giurisdizione, si è ribadito che in materia di obbligazioni pecuniarie nascenti da un unico rapporto giuridico la singola obbligazione va adempiuta nella sua interezza e in un'unica soluzione, dovendosi escludere che la stessa possa, anche nell'eventuale fase giudiziaria, essere frazionata dal debitore o dal creditore; Cass. Sez. Un., 17 gennaio 2017, n. 961, in *Danno resp.* 2017, 558, con nota di S. Argine, *Divieto di frazionamento dei crediti: verso una rimodulazione in chiave deontologica?*, con la quale è stata riconosciuta sul piano deontologico la natura abusiva della condotta dell'avvocato che proceda al “frazionamento dei crediti”, rifiutando espressamente qualunque rilievo al confronto comparatistico con la *rule against splitting* del diritto nordamericano. Senza pretesa di completezza, analoghe enunciazioni in tema di divieto dell'abuso del processo sono, poi, contenute: nelle pronunce in tema di frazionamento della domanda di risarcimento relativa a diverse voci di danno (Cass., 4 novembre 2016, n. 22503, in *Danno resp.* 2017, 560, con nota di Argine, cit., secondo cui il frazionamento comporta l'inammissibilità della domanda di risarcimento proposta per seconda, mentre non esclude l'ammissibilità della prima domanda di risarcimento di una parte del danno; Cass., 21 ottobre 2015, n. 21318, in *Giur. it.*, 2016, 1124, con nota di G. Ricci, *Sul frazionamento della domanda di risarcimento da fatto illecito*; Cass., 22 dicembre 2011, n. 28286; in senso contrario, però, Cass., 11 marzo 2015, n. 4887, favorevole al frazionamento della pretesa indennitaria in base alla c.d. legge Pinto in più domande giudiziali per ciascun grado di giudizio); in relazione alla richiesta di tutela esecutiva per crediti di natura esclusivamente patrimoniale e di entità economica oggettivamente minima (Cass., 3 marzo 2015, n. 4228, in *Corr. giur.*, 2016, 251, con nota di A. Panzarola, *Davvero il diritto di azione (art. 24, comma 1, Cost.) dipende dal valore economico della pretesa?*); mentre non si è ritenuto di trasporre il medesimo principio in relazione alla tutela di cognizione dei medesimi crediti (Cass., 27 gennaio 2017, n. 2168, in *Giur. it.*, 2017, 1597, con nota di C.V. Giabardo, *Considerazioni sparse in tema di tutela processuale degli small claims*); in relazione al “frazionamento del credito” portato da un unico titolo esecutivo in una pluralità di processi esecutivi, sia pure ai soli fini della pronuncia sulle spese nell'ambito della declaratoria d'inammissibilità di un ricorso per cassazione proposto dal debitore esecutato (Cass., 9 aprile 2013, n. 8576, in *Foro it.*, 2014, I, 8576).

una conseguente dispersione della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale – , le relative domande possono essere proposte in separati giudizi solo se risulta in capo al creditore agente *un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata*. Ove la necessità di siffatto interesse (e la relativa mancanza) non siano state dedotte dal convenuto, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione ai sensi dell'art. 183 c.p.c., e, se del caso, riservare la decisione assegnando alle parti termine per memorie ai sensi dell'art. 101 c.p.c., comma 2» (c.vi nostri)<sup>3</sup>.

Il profilo sul quale intendiamo soffermarci riguarda proprio il carattere «oggettivamente valutabile» dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), richiesto ai fini della proposizione separata dei giudizi.

2. La soluzione indicata dalle Sezioni Unite riecheggia, latamente, quella altrove prospettata da una parte della giurisprudenza, specialmente nelle controversie di lavoro<sup>4</sup>, in relazione all'ipotesi in cui l'attore deduca in giudizio uno specifico profilo o questione (*Vorfrage*) relativa ad un rapporto giuridico – come, ad es., una qualifica soggettiva – quale oggetto di una domanda di accertamento. L'ammissibilità di tale richiesta di tutela si ricollega, infatti, alla sussistenza di un interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c.<sup>5</sup>.

Difatti, viene qui riconosciuta una particolare valenza selettiva all'interesse ad agire<sup>6</sup>: l'ammissibilità della tutela presuppone che l'accertamento “parcellizzato” abbia comunque ad oggetto un rapporto giuridico attuale, nonché l'individuazione di situazioni future per cui l'accertamento giudiziale risulti necessario. Per altro verso, la decisione sull'interesse ad agire si manifesta nell'ambito dell'accertamento in concreto di una situazione lesiva in senso lato (ad es., un vanto, una contestazione o un'apparenza giuridica), in applicazione analogica delle norme che disciplinano le azioni di accertamento tipiche<sup>7</sup>.

In realtà, le questioni sottese all'accertamento della singola *Vorfrage* sono diverse da quelle esaminate nella sentenza n. 4090 del 2017. In questa occasione la S.C. si è proposta di precisare il canone giurisprudenziale del c.d. divieto di frazionamento, tenendo ben presente la necessità di muoversi all'interno di un quadro processuale che in sé consente la proposizione di giudizi separati. Non si è mancato, poi, di evidenziare come la proposizione in separati giudizi della pluralità di domande relative allo stesso rapporto giuridico sia assai spesso opportuna. Alla luce delle evidenti controindicazioni che si ricollegano ad un'eccessiva concentrazione dei giudizi, avendo ben presente che esse solo tali da poter comportare una drastica ricaduta negativa sulla stessa effettività della tutela del creditore.

Per altro verso, le Sezioni Unite hanno dichiaratamente inteso coordinare l'intervento in discorso con altre recenti pronunce riguardanti la definizione dell'oggetto del giudizio a fronte dell'esercizio dello *ius poenitendi* dell'attore ai sensi dell'art. 183 c.p.c.<sup>8</sup>, nonché dell'ambito entro cui promana l'efficacia del giudicato di cui all'art. 2909 c.c. in materia di nullità dei contratti<sup>9</sup>. L'obiettivo apertamente dichiarato è quello di allinearsi nel senso di una definizione il più possibile ampia dei limiti oggettivi del giudicato. Allo stesso

3 Così Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2017, n. 4090, cit.

4 Cfr., per riferimenti, il nostro commento all'art. 100 c.p.c., in *Commentario al codice di procedura civile IPSOA*, a cura di C. Consolo, I, Milano, 2013, 1120 ss.

5 G. Verde, *Sulla “unità minima strutturale” azionabile nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 576 ss.; B. Sassani, *Note sul concetto d'interesse ad agire*, Rimini, 1983, 102 ss.; E. Merlin, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 209 ss.; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Torino, 2017, 600 ss.; M. Marinelli, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 141 ss. Diversamente, spec. S. Menchini, A. Proto Pisani, *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari*, in *Foro it.*, 1989, I, 2946 ss., secondo i quali il principio dispositivo non consente di limitare arbitrariamente il *thema decidendum*, senza cioè tenere conto della conformazione sostanziale del diritto soggettivo.

6 Marinelli, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, cit., 141 ss.

7 V., *infra*, nota 15.

8 Cass., Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Corr. giur.*, 2015, con nota di C. Consolo, *Le S.U. aprono alle domande “complanari” ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*; in *Riv. dir. proc.*, 2016, 806, con nota di E. Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*. A proposito di tale *dictum* vedi anche al successivo paragrafo 5.

9 Il riferimento è rivolto alla sentenza che ha, per un verso, ampliato al massimo grado la latitudine dei poteri ufficiosi in tema di rilievo della nullità dei contratti ex art. 1421 c.c., per l'altro ha riconosciuto un'estesissima efficacia preclusiva al giudicato in relazione alle medesime questioni di nullità: cfr. Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Corr. giur.*, 2015, 88, con nota di V. Carbone, *“Porte aperte” delle Sezioni Unite alla rilevanza d'ufficio del giudice della nullità del contratto*; ivi, 2015, 225, con nota di C. Consolo, F. Godio, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*; in *Giust. proc. civ.*, 2015, 137, con nota di S. Pagliantini, *“Parigi val bene una messa”? le Sezioni unite su rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*; in *Giur. it.*, 2015, 71, con nota di I. Pagni, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*; ivi, 2015, 1386, con nota di M. Bove, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*; in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1560, con nota di A. Giussani, *Appunti della lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*. Sul tema cfr., inoltre, le considerazioni svolte da S. Menchini, *Le Sezioni Unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Nuovi quaderni del Foro Italiano*, n. 2, Roma 2015; C. Cavallini, *Il principio della domanda e la «giustizia della decisione»: verso una nuova giurisprudenza?*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 302 ss., 314 ss.; e M. De Cristofaro, *Giudicato e motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 41 ss., 56 ss.

tempo, le Sezioni Unite hanno riaffermato i valori informati ad un efficientismo endoprocessuale, con speciale riferimento proprio all'applicazione «ove possibile» (*rectius* il più possibile) dell'obiettivo di concentrare la trattazione e decisione delle cause connesse<sup>10</sup>.

In sostanza, il vigoroso ampliamento dell'ambito di applicazione riferibile al divieto di «frazionamento dei crediti» – questa volta in relazione alla pluralità di cause riguardanti il medesimo rapporto di durata oggettivamente connesse – ha rappresentato l'occasione per riaffermare il rango primario assegnato a tali valori.

Il riferimento all'interesse ad agire, in quest'ottica, è lo strumento processuale per conferire un (indispensabile) elemento di flessibilità a questa nuova (e inattesa) declinazione del «principio» di concentrazione. Il che spiega la necessità di circoscrivere in chiave «oggettiva» la condizione di ammissibilità ad agire in giudizi separati in relazione a una pluralità di cause riferibili allo stesso rapporto di durata.

3. Nell'ambito delle proprie riflessioni la Cassazione ha sentito l'esigenza di specificare l'indirizzo interpretativo al quale ritiene di accedere in relazione all'art. 100 c.p.c., come segue: «l'interesse ad agire esprime il rapporto di utilità tra *la lesione lamentata* e la specifica tutela richiesta» (c.vi nostri)<sup>11</sup>.

Occorre stabilire se tale definizione sia compatibile o meno con la lettura della medesima nozione dell'interesse ad agire in un'ottica finalizzata al contrasto dei fenomeni c.d. di «abuso del processo».

Secondo una parte della dottrina<sup>12</sup> l'accesso alla tutela di merito ai sensi dell'art. 100 c.p.c. può comportare una valutazione preventiva di meritevolezza della tutela giurisdizionale, per il tramite di un bilanciamento dell'interesse (di cui si chiede tutela) con altri interessi contrapposti, quando anch'essi sono presi in considerazione dall'ordinamento. Si tratta di un'opinione analoga a quella espressa da una parte della dottrina tedesca con riferimento ai concetti di *Rechtsschutzbedürfnis* o di *Rechtsschutzinteresse*, secondo cui sarebbero inammissibili le domande giudiziali dirette ad ottenere un risultato di tutela di un diritto, deviando dallo scopo per cui – in astratto – lo stesso strumento di tutela è previsto dall'ordinamento<sup>13</sup>. È bene rilevare, poi, che l'indirizzo appena menzionato è minoritario e che gli Autori tedeschi critici rispetto a tale ricostruzione hanno fatto rilevare come l'applicazione dei concetti di abuso del processo e di buona fede in materia processuale comprometta gravemente l'anelito alla certezza a cui è finalizzato il processo<sup>14</sup>.

In effetti, tale declinazione dell'interesse ad agire dà luogo, per motivi diversi, a perplessità.

L'interpretazione della regola dell'art. 100 c.p.c. nel senso di consentire una valutazione di meritevolezza della domanda si discosta recisamente dalla tradizionale definizione dell'interesse ad agire, alla quale – come abbiamo visto – le Sezioni Unite sembrano volersi rapportare. Per verificare l'utilità del provvedimento richiesto, il giudice deve effettuare un *accertamento in concreto* della situazione lesiva affermata dall'attore, non potendosi limitare ad una mera verifica circa la sussistenza di un'affermazione da parte di quest'ultimo<sup>15</sup>.

10 L'inciso citato nel testo è ricorrente al § 4 della sentenza n. 4090 del 2017: «se è vero, infatti, che la citata disciplina ipotizza la proponibilità delle pretese creditorie suddette in processi (e tempi) diversi, è anche vero che essa è univocamente intesa a consentire, *ove possibile*, la trattazione unitaria dei suddetti processi e comunque ad attenuare o elidere gli inconvenienti della proposizione e trattazione separata dei medesimi»; «l'ordinamento guarda con particolare attenzione alle domande connesse ... con una disciplina dettata dall'esigenza di evitare, *ove possibile*, la «duplicazione» di attività istruttoria e decisoria, il rischio di giudicati contrastanti, la dispersione dinanzi a giudici diversi della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale. Di tale esigenza si è espressamente fatta carico la giurisprudenza di queste Sezioni Unite. ... Si tratta di una giurisprudenza che afferma la necessità di favorire, *ove possibile*, una decisione intesa al definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio, «evitando di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito» (c.vi nostri). La conclusione delle Sezioni Unite «nel solco dell'indirizzo tracciato» è caratterizzata da una significativa inversione logica: «le pretese creditorie fondate sul medesimo fatto costitutivo ... possono ... ritenersi proponibili separatamente, ma solo se l'attore risulti in ciò «assistito» da un oggettivo interesse al frazionamento» (c.vi nostri).

11 Così Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2017, n. 4090, cit.

12 Ghirga, *Meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2005, 157 ss., 171 ss., 205 ss., 223 ss., 314 ss.; Id., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, 7 ss. testo e note, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, 35, 71, 101 ss.; Id., *Frazionamento di crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, cit., 1306 ss. Sul tema cfr., inoltre, C. Asprella, *Il frazionamento del credito nel processo*, Bari, 2015, *passim*; E. D'Alessandro, *L'oggetto del giudizio di cognizione tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzione del diritto processuale*, Torino, 2016, 136 ss.; A. Di Biase, *Frazionamento giudiziale del credito unitario e conseguenze giuridiche*, in *Contratto e impr.*, 2016, 401 ss.;

13 Cfr., anche per riferimenti, Marinelli, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, 81 ss.

14 Cfr., Marinelli, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, 84, il quale sul punto si riferisce specialmente ad A. Novak, *Treu und Glauben im Zivilprozess*, in *Öst. Jur. Zeitung*, 1949, 339 ss.

15 Sul punto, anche per ulteriori riferimenti, si consenta di rinviare al nostro Extra e ultra *petizione. Studio sui limiti del dovere decisorio del giudice*, Milano, 2012, 100 ss. Tale accertamento è visibile soprattutto ove occorra stabilire l'ammissibilità delle richieste di tutela di mero accertamento (A. Attardi, *L'interesse ad agire*, Padova 1955, rist. 1958, 158 ss.; E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 2012, 148; A. Proto Pisani, *sub art. 100 c.p.c., Dell'esercizio dell'azione, Commentario al codice di procedura civile*, a cura di E. Allorio, I, 2, Torino 1973, 1075; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2017, I, 598 ss.; G. Verde, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2017, 131 ss., 145; C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale*

Il che, peraltro, trova conferma anche alla luce delle indicazioni che si ricavano dalla sentenza n. 4090 del 2017, là dove si osserva come sia necessario procedere – in caso di rilievo d’ufficio della necessità di accertare la sussistenza o meno dell’interesse ad agire – ai sensi degli art. 183, comma 4, c.p.c., ovvero in mancanza ai sensi dell’art. 101, comma 2, c.p.c., sollecitando il contraddittorio tra le parti al fine di valutare la necessità di un’apposita trattazione o di un’integrazione istruttoria<sup>16</sup>.

Il richiamo alla meritevolezza della richiesta di tutela, poi, è inconciliabile rispetto alla funzione da sempre ricollegata al vaglio sull’interesse ad agire, quale verifica circa l’utilità del risultato giuridico che l’attore intende raggiungere attraverso il provvedimento richiesto. Una valutazione pregiudiziale siffatta non è preordinata a frapponere una barriera all’accesso alla tutela in funzione di contrasto agli “abusi” processuali, in quanto non considera eventuali fini secondari della domanda. Mentre l’inammissibilità della richiesta di tutela “non meritevole” è sancita non perché la tutela richiesta non sia utile allo stesso attore, bensì *proprio perché utile* a quest’ultimo, ove essa sia contraria ai principi fondamentali che informano l’ordinamento giuridico (*in primis* i doveri di solidarietà ai sensi dell’art. 2 Cost. e i suoi “corollari” del principio di correttezza e buona fede). Il riferimento alla meritevolezza finisce così per introdurre un margine di discrezionalità preventiva ai fini dell’accesso alla tutela giurisdizionale, il quale contrasta con la natura doverosa dell’attività giurisdizionale<sup>17</sup>.

Ma a ben vedere il riferimento alla meritevolezza non si concilia nemmeno con la definizione dell’interesse ad agire quale condizione dell’azione volta a garantire l’indispensabilità del ricorso alla giurisdizione: quest’ultima – peraltro – di fatto mai acquisita dall’orientamento prevalente<sup>18</sup>.

La concezione dell’interesse ad agire quale regola volta a sancire la tutela giurisdizionale come *extrema ratio* è preordinata al risparmio delle (limitate) risorse processuali ed è correlata alla possibilità di raggiungere stragiudizialmente il medesimo risultato giuridico. Per contro, la valutazione di meritevolezza è precipuamente finalizzata ad una verifica di “compatibilità” dell’obiettivo di tutela nel merito, che l’attore si propone di raggiungere, con i preminenti valori (sostanziali) dell’ordinamento. Si attribuisce così al vaglio dell’interesse ad agire un’accezione *lato sensu* sanzionatoria delle richieste di tutela non (sufficientemente) commendevoli. Tale finalizzazione dell’interesse ad agire risulta evidentemente prevalente su ogni altra considerazione: se è

civile, Torino, 2017, I, 67 s.; G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, 2015, 60). Tali situazioni lesive sono espressamente prese in considerazione nel disciplinare forme di tutela tipiche (artt. 949, 1079, 1414, 1421 c.c.), ma sono rilevanti in ogni altro caso analogo alla luce dell’enucleazione di un’azione di natura atipica, sulla scorta del principio generale espresso dall’art. 100 c.p.c. Mentre, ove la sussistenza della situazione lesiva sia rilevante ai fini della pronuncia sulla fondatezza, il suo accertamento rimane “assorbito” nella pronuncia sulla fondatezza della domanda. Pertanto, la rivisitazione critica alla regola di cui all’art. 100 c.p.c., operata dalla dottrina sin dagli anni ‘50 del novecento va nel senso di limitare – in base a considerazioni diverse – il rilievo dell’interesse ad agire, generalmente a vantaggio della nozione di legittimazione ad agire (E. Allorio, *Bisogno di tutela giuridica?*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, 227 ss.; S. Satta, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, 169 ss.; E. Garbagnati, *Azione e interesse*, in *Scritti scelti*, Milano, 1988, 84 ss.; A. Attardi, *L’interesse ad agire*, in *Dig.*, IV ed., *Sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 73 ss.). Nella dottrina successiva, risulta prevalente l’indirizzo restrittivo e ciò vale anche per gli Autori che si professano a favore della tradizionale nozione dell’interesse ad agire come situazione lesiva in senso lato (Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, cit., 146 ss.; Proto Pisani, *sub art.* 100 c.p.c., cit., 1069 ss.; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2017, I, 591 ss.; G. Verde, *Diritto processuale civile*, I, Bologna, 2017, 143 ss.; C. Mandrioli, A. Carratta, *Diritto processuale civile*, Torino, 2017, I, 50 ss.). Non mancano Autori, per altro verso, che danno una maggiore valenza all’interesse ad agire, sottolineando il rilievo che ha in tutti i giudizi l’indicazione della lesione (in senso lato) del diritto fatto valere (L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino 1994, 64 ss.; A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino 2012, 385 ss.). Anche la giurisprudenza è rimasta in larga misura fortemente legata alla concezione dell’interesse ad agire come situazione lesiva da accertare in concreto. La definizione d’interesse ad agire assai viene spesso evocata, là dove si richiede che l’attore persegua un risultato giuridicamente apprezzabile e utile con la richiesta di un provvedimento, a fronte di una situazione oggettiva che giustifichi tale richiesta e che il giudice è chiamato ad accertare in concreto (Cass., 30 luglio 2015, n. 16162; Cass., 10 aprile 2012, n. 5656; Cass., 29 settembre 2005, n. 19152; Cass., 4 marzo 2002, n. 3060; Cass., 20 gennaio 1998, n. 486; Cass., 20 aprile 1995, n. 4444; Cass., 23 novembre 1990, n. 11319). Mentre, secondo una diversa ricostruzione la funzione dell’interesse ad agire è sempre e solo quella di “filtro” rispetto al giudizio di merito, guardando soprattutto all’esperienza tedesca e alla nozione di bisogno di tutela giuridica (cfr. spec. Marinelli, *La clausola generale dell’art. 100 c.p.c. origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, cit., 22 ss.).

16 Sulla necessità di indicare la questione relativa all’accertamento dell’interesse ad agire ai sensi dell’art. 183, comma 4, c.p.c., cfr., s.v. *Extra e ultra petitione*. *Studio sui limiti del dovere decisorio del giudice*, cit., 114 ss. L’accertamento in concreto della lesione in senso lato è compito specifico del giudice, giusta la riferibilità tra tale accertamento e il principio dell’effettività della tutela giurisdizionale. Essa si manifesta nei poteri ufficiosi di cui è dotato il giudice in relazione all’accertamento della situazione lesiva, in qualunque stato e grado del processo. Ed, inoltre, giacché la legge richiede l’accertamento in concreto della situazione che giustifica l’utilità del provvedimento richiesto, ai fini della pronuncia sul fatto lesivo non può ritenersi applicabile il principio della non contestazione di cui all’art. 115, comma 1, c.p.c. La sussistenza della lesione deve essere accertata sempre, sulla base degli atti, anche giovandosi dei risultati probatori acquisiti al processo in relazione al merito. A ciò è correlato il fatto che l’interesse ad agire debba essere accertato avendo sempre riguardo al momento della decisione e non necessariamente a quello in cui è proposta la domanda. Ad es., l’inadempimento richiesto ai fini della risoluzione del contratto ai sensi dell’art. 1455 c.c. deve appunto sussistere al momento della decisione (Cass., 11 giugno 2013, n. 14649; analogamente Cass., 20 febbraio 2004, n. 3378).

17 Cfr. anche per ulteriori riferimenti, s.v., il nostro commento all’art. 100 c.p.c., cit., 1103 Analogamente, Panzarola, *Davvero il diritto di azione (art. 24, comma 1, Cost.) dipende dal valore economico della pretesa?*, cit., 254 ss.

18 Per la definizione dell’interesse ad agire quale verifica dell’indispensabilità del ricorso alla tutela giurisdizionale cfr. E. Grasso, *Note per un rinnovato discorso sull’interesse ad agire*, in *Jus*, 1968, 359. Il richiamo giurisprudenziale all’indispensabilità del ricorso alla tutela giurisdizionale è in genere volto a sancire solo l’inammissibilità delle c.d. azioni vessatorie o di iattanza, ad es., a fronte d’iniziativa giudiziali relative a fattispecie solo ipotetiche o comunque prive di una diretta e concreta relazione in ordine al provvedimento richiesto (v., in particolare, Cass., 23 dicembre 2009, n. 27151; Cass., 23 novembre 2007, n. 24434), ovvero alle azioni dirette a conseguire un risultato di mero fatto (tra le più recenti, Cass., 23 giugno 2015, n. 12893; Cass., 19 febbraio 2014, n. 3885).

vero che – come chiariscono le Sezioni Unite – il giudice, pur nella fase decisoria e magari allorché la causa sia già matura per la decisione, deve necessariamente sottoporre la questione rilevata d’ufficio al contraddittorio delle parti. E ciò al solo fine di consentire allo stesso giudice di decidere pregiudizialmente sulla presenza di eventuali finalità emulative o comunque contrarie alla buona fede perseguite dall’attore.

Il richiamo compiuto dalle Sezioni Unite alla necessità di un interesse ad agire da accertare “oggettivamente” sembra essere preordinato proprio al rigetto dell’accezione da ultimo considerata: «se l’interesse ad agire esprime il rapporto di utilità tra la lesione lamentata e la specifica tutela richiesta, è da ritenersi, nell’ottica di un esercizio responsabile del diritto di azione, che tale rapporto abbia ad oggetto anche le caratteristiche della suddetta tutela (ivi comprese la relativa “estensione” e le connesse modalità di intervento rispetto ad una più ampia vicenda sostanziale), con la conseguenza che l’interesse di cui all’art. 100 c.p.c., investe non solo la domanda ma anche, ove rilevante, la scelta delle relative “modalità” di proposizione. Non si tratta, quindi, di valutare “caso per caso” (in relazione al bilanciamento degli interessi di ricorrente e resistente) l’azionabilità separata dei diversi crediti, né tanto meno di accertare eventuali intenti emulativi o di indagare i comportamenti processuali del creditore agente sul versante psico – soggettivistico».

Come conciliare allora, all’interno del medesimo sistema, l’adesione all’indirizzo per cui l’interesse ad agire deve essere accertato sul piano “oggettivo” con l’orientamento secondo cui – di regola – le cause connesse, anche solo per il titolo riferibile al medesimo rapporto di durata, devono essere decise nello stesso processo, al fine di scongiurare il “frazionamento dei crediti” da parte dell’attore che si presume non conforme ai canoni propri «di un esercizio consapevole e responsabile del diritto di azione che la Costituzione gli garantisce»<sup>19</sup>?

A tale interrogativo è possibile dare solo la seguente risposta: le Sezioni Unite hanno ritenuto che il divieto di frazionamento sia immanente al sistema, ossia che sia sufficiente il diretto riferimento normativo all’art. 111, comma 1, Cost. E appunto, nel contesto dell’applicazione del principio di concentrazione delle cause connesse riferibili ad un unico rapporto di durata, l’attore che intenda agire in processi separati deve allegare di averne interesse in modo “oggettivo”, sottoponendo al giudice tutte le circostanze idonee a consentirgli di accertare tale interesse in concreto.

4. Come abbiamo visto, la sentenza n. 4090 del 2017 la S.C. compie il tentativo di stabilire un coordinamento “sistematico” rispetto ad altri precedenti riguardanti la definizione del *thema decidendum* e dell’ambito entro cui promana l’efficacia del giudicato di cui all’art. 2909 c.c. in materia contrattuale, cercando di allinearsi nel senso di una definizione il più possibile ampia dei loro limiti oggettivi<sup>20</sup>.

Come abbiamo visto, la Cassazione ha riferito l’applicazione del divieto di frazionamento rispetto alle sole ipotesi in cui la pluralità di cause riferibili all’unitario rapporto di durata possa dar luogo a giudicati contrastanti o anche soltanto a raddoppiare la trattazione, l’istruzione e la decisione di più cause connesse riferibili ad un unico rapporto di durata in giudizi separati. Il divieto di frazionamento non si ricollega nell’argomentazione della S.C. ad una connessione per pregiudizialità-dipendenza. Non si tratta cioè di far rispettare l’efficacia conformativa del giudicato o comunque di realizzare un coordinamento delle decisioni<sup>21</sup>: risultato che, del resto, a fronte dell’instaurazione di una pluralità di processi può essere raggiunto attraverso la riunione delle cause o la sospensione della causa dipendente per pregiudizialità ai sensi dell’art. 295 c.p.c. L’inammissibilità della tutela “frazionata” viene argomentata in relazione all’esigenza di «evitare, ove possibile, la “duplicazione” di attività istruttoria e decisoria». In sostanza, occorre evitare *alla radice* la possibilità che sussistano giudicati confliggenti pur in senso meramente logico o anche al di fuori della prospettiva della formazione del giudicato, purché vi sia una connessione oggettiva, soprattutto per ragioni di efficientismo endoprocessuale.

Il ruolo dell’interesse ad agire nell’ambito di separati giudizi relativi al medesimo rapporto contrattuale di durata, tuttavia, presuppone la possibilità di argomentare solo *in via tendenziale* l’estensione del giudicato, al fine

19 Così Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2017, n. 4090, cit., facendo richiamo al principio di autoresponsabilità delle parti, a cui la giurisprudenza si richiama in relazione all’enunciazione del principio di non contestazione, oggi espressamente previsto dall’art. 115, comma 1, c.p.c., implicitamente rileggendo la funzione della responsabilizzazione delle parti in vista dell’attuazione dei valori dell’efficientismo endoprocessuale.

20 Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.

21 Analogamente, a proposito della deviazione ai principi in tema di efficacia conformativa del giudicato in relazione ai processi relativi al medesimo rapporto di durata, Asprella, *Il frazionamento dei crediti connessi nei rapporti di durata e nel processo esecutivo*, cit., 975.



di garantire il rispetto di valori ravvisati quale preminenti nell'ambito della disciplina processuale: "corrispettività" tra l'oggetto del processo e la vicenda sostanziale, stabilità, armonizzazione e concentrazione delle decisioni, effettività della tutela, economia processuale, rispetto della non illimitata risorsa giudiziaria ecc.)<sup>22</sup>. Il rischio di tale metodo – improntato alla ricerca della migliore "soluzione assiologica" e di risultato (contrapposto a quello tradizionale, volto all'individuazione di principi improntati ad una logica dogmatica) – è, da un lato, quello di smarrire il riferimento alla oggettività dei meccanismi di formazione dell'efficacia del giudicato; dall'altro lato, è quello di aprire alla possibilità di una versione aggiornata e non meno (anzi, forse, ancor più) pericolosa di bilanciamento tra opposti valori processuali: gli uni contrari, gli altri propizi alla proposizione di separati giudizi.

Il vero è che il riferimento ad una valutazione "oggettiva" dell'interesse ad agire (quale condizione dell'azione) presupporrebbe la piena applicazione del principio dispositivo, che invece si vorrebbe quasi diluire con il richiamo ad una molteplicità di valori proiettati all'efficientismo processuale. E infatti là dove la formazione del giudicato prescinde dal principio dispositivo, ossia a fronte di un accertamento incidentale *ex lege*, non si può riconoscere alcun rilievo all'interesse ad agire, proprio al fine di scongiurare *pro futuro* l'eventualità di una pluralità di decisioni contraddittorie, mentre torna ad applicarsi nei casi di accertamento incidentale su istanza di parte ai sensi dell'art. 34 c.p.c.<sup>23</sup>.

Per altro verso, la proclamata necessità di allegare e provare preventivamente l'interesse ad agire per una tutela *utile*, per quanto richiesta in via "frazionata", apre ad ulteriori e non meno gravi incertezze. Si potrebbe finanche dedurre che il mancato accertamento preventivo dell'interesse ad agire comporti l'inefficacia e l'ineidoneità all'efficacia del giudicato *ex art.* 2909 c.c. della sentenza che si sia pronunciata in relazione alla domanda "frazionata", consentendo in ogni momento al debitore di far valere la contrarietà di tale decisione, pur formalmente passata in giudicato ai sensi dell'art. 324 c.p.c., ai preminenti valori dell'efficientismo endoprocessuale.

Bisogna tener presente, infatti, che quest'ultima soluzione potrebbe essere ritenuta coerente con il nuovo percorso intrapreso dalla giurisprudenza. Diversamente, sarebbe stato "sufficiente" riconoscere un'efficacia c.d. positiva-conformativa al giudicato formatosi in relazione alla decisione sulla richiesta di tutela "frazionata" in relazione alla decisione di tutte le cause connesse relative al medesimo rapporto giuridico di durata<sup>24</sup>. Mentre, come abbiamo visto, le Sezioni Unite hanno inteso riconoscere al frazionamento un'efficacia processuale *tout court* negativa e d'inammissibilità.

Beninteso, tale enunciazione, magari frutto di un *lapsus*, pare francamente indesiderabile, contraddittoria e paradossale, alla luce di quanta importanza riveste, per il nuovo corso giurisprudenziale, l'obiettivo di «evita[re] di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito»<sup>25</sup>. E, non in ultimo, essa si porrebbe in netto contrasto alla essenza stessa del giudicato, almeno alla stregua della nozione sin qui conosciuta e professata.

5. Il riferimento compiuto dalle Sezioni Unite nel 2017 alla propria sentenza n. 12310 del 2015 aggiunge un'apparente contraddizione nel contesto delle statuizioni in tema di "frazionamento dei crediti". Gli interventi in tema di frazionamento, infatti, sono funzionali a limitare l'attore nelle modalità di esercizio del proprio diritto di azione, in occasione dell'instaurazione di una pluralità di processi relativi alla stessa obbligazione o al medesimo rapporto. Mentre la sent. n. 12310 del 2015 riconosce all'attore una maggiore latitudine nell'esercizio dello *ius poenitendi* a norma dell'art. 183 c.p.c., anche là dove consti una variazione di entrambi gli elementi oggettivi d'identificazione della causa, *petitum* e *causa petendi*, purché la domanda

22 Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, spec. § 4.3, cit. La particolare importanza della statuizione riguardo a valori ai quali le Sezioni Unite hanno dichiarato di voler fare primario riferimento per la soluzione delle questioni processuali è stata colta in modo particolare da Cavallini, *Il principio della domanda e la «giustizia della decisione»: verso una nuova giurisprudenza?*, spec. 314 ss., il quale ha ben colto che il significato di tale enunciazione andava ben oltre ai temi della rilevanza d'ufficio della nullità e dei limiti oggetti del giudicato in relazione alle cause in materia di patologia contrattuale: «la prima considerazione che viene da porre è questa: è la previsione (espressa, nel caso della nullità del contratto) della rilevanza d'ufficio che giustifica la nuova *iurisprudenza*? Sono le peculiari ragioni sottese alla nullità e ai suoi motivi che ne giustificano la portata? I valori funzionali del processo sono tali, cioè sono "valori", nel solo caso della previsione della disciplina della nullità negoziale?» (così Cavallini, *Il principio della domanda e la «giustizia della decisione»*, cit., 315).

23 De Cristofaro, *Giudicato e motivazione*, cit., 72 s.

24 Sulla efficacia positiva-conformativa o riflessa del giudicato sui diritti dipendenti cfr. S. Menchini, A. Motto, *Cosa giudicata*, in *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, *Commentario al codice civile*, a cura di E. Gabrielli, Milano, 2016, 21 ss., spec. 106 ss.

25 L'inciso è ribadito testualmente in Sez. Un., 16 febbraio 2017, n. 4090, cit.

nuova sia riferibile alla medesima “vicenda sostanziale”.

Il punto è che nella prospettiva delle Sezioni Unite, il riferimento al proprio precedente del 2015 non è dovuto affatto a ragioni sistematiche concernenti l'ampiezza della potestà attorea nella definizione dell'oggetto del processo, bensì al *metodo interpretativo* cui lo stesso precedente s'ispira. Difatti, l'ampliamento delle possibilità difensive riconosciuto all'attore è meramente funzionale all'ottica efficientistica prescelta, in quanto è volto ad evitare che lo stesso attore sia costretto a «proporre una nuova domanda (con indubbio spreco di attività e risorse) dinanzi ad un altro giudice il quale dovrà conoscere della medesima vicenda, sia pure sotto aspetti in parte dissimili, con effetti incidenti negativamente: sulla “giustizia” sostanziale della decisione (posto che essa può essere meglio assicurata se sono veicolati nel medesimo processo tutti i vari aspetti e le possibili ricadute della medesima vicenda sostanziale ed “esistenziale”, evitando di fornire al giudice la conoscenza di una realtà sostanziale artificiosamente frammentata con l'effetto di determinarne una visione parziale); sul rischio di giudicati contrastanti; sulla ragionevole durata dei processi, valore costituzionale da perseguire anche nell'attività di interpretazione delle norme processuali da parte del giudice»<sup>26</sup>.

In sostanza, il metodo “assiologico”, cui la S.C. primariamente s'ispira, non trova applicazione solo nella direzione riduzionista rispetto ai diritti processuali soggettivi riconosciuti dall'ordinamento all'attore, bensì – talora – anche nel senso di rafforzarli, purché essi siano appunto congruenti con la logica dell'efficientismo endoprocessuale. Nel caso deciso nel 2015 si è così consentito di modificare l'originaria domanda costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c., in una domanda di mero accertamento dell'effetto traslativo già avvenuto sulla base del medesimo contratto “riqualificato” come preliminare c.d. “improprio” (ossia del contratto già definitivo e dotato d'immediati effetti traslativi in cui le parti si obbligavano a rivestire il medesimo contratto con la forma di atto pubblico).

Anche in questo caso il prescelto metodo “assiologico” ed efficientista conduce a rilevanti incertezze: dal *dictum* della S.C., infatti, non emerge con chiarezza se la nuova domanda consentita all'attore introduca una causa ulteriore che si aggiunge a quella originariamente proposta, oppure se la nuova causa vada a sostituire quella iniziale<sup>27</sup>.

Al riguardo, mi sia consentito di riprendere brevemente il filo delle considerazioni svolte a proposito del rilievo che si riconosce all'interesse ad agire, per dare centralità all'obiettivo giuridico-sostanziale che l'attore si propone di raggiungere con il processo, in considerazione del profilo antiggiuridico che lo stesso attore intende superare con la propria richiesta di tutela<sup>28</sup>. Nell'esame della casistica in cui appunto emerge l'importanza del richiamo alla regola dell'art. 100 c.p.c. rispetto al tema considerato, chi scrive ha ritenuto che fosse esemplificativo proprio il rapporto tra la domanda costitutiva *ex art.* 2932 c.c., sulla base di un contratto preliminare inizialmente qualificato come “proprio”, e la diversa tutela di mero accertamento dell'effetto traslativo già prodotto sulla base di un contratto preliminare “improprio”, allorché tali azioni vengano riferite al medesimo contratto concluso *inter partes*, già allegato nel processo<sup>29</sup>. Occorre rammentare che sino al 2015 vi era un contrasto giurisprudenziale: secondo l'orientamento *olim* minoritario l'attore poteva procedere ad una *emendatio libelli*, consentendo il passaggio dall'azione costitutiva a norma dell'art. 2932 c.c. a quella dichiarativa

26 Così Cass., Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12310, cit.

27 L'opinione prevalente è comunque a favore della prima opzione: cfr., per tutti, Consolo, *Le S.U. aprono alle domande “complanari” ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, cit., 970 s., il quale ritiene che nel caso considerato non vi sia una vera e propria modificazione della causa originariamente proposta, bensì la formazione di un cumulo sopravvenuto; Merlin, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, cit., 821 ss., pur riconoscendo che si tratta di «un importante punto ... probabilmente destinato a suscitare discussione».

28 Extra e ultra *petizione*, cit., 114 ss. Tali considerazioni fanno seguito a una disamina della dottrina prevalente, la quale tiene ferma la distinzione tra “interesse sostanziale e primario” (coincidente con il diritto soggettivo) per la cui tutela si agisce in giudizio, e interesse ad agire, inteso quale “secondario e strumentale” al primo, avente ad oggetto il mezzo (processuale) attraverso il quale ottenere il soddisfacimento del primo, rimasto leso dal comportamento della controparte o più genericamente dalla situazione di fatto oggettivamente esistente (Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 147). In tale distinzione si può ravvisare il dualismo tra diritto e processo, il quale può essere considerato il tratto caratterizzante lo studio sistematico del processo (G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, rist. 1965, 155). Ciò fa sì che l'interesse processuale possa dirsi sussistente anche nel caso in cui, ad esito del giudizio nel merito, non risulti fondata la domanda e, quindi, non sia sussistente l'interesse sostanziale per cui si è agito. In base ad una diversa ricostruzione la contrapposizione tra interesse sostanziale e processuale non dovrebbe porsi, sul presupposto che il diritto soggettivo non sia altro che il concreto interesse ipotizzato dalla legge (Satta, *Interesse ad agire e legittimazione*, cit., 169 ss.); allo stesso modo si dovrebbe superare la distinzione tra legittimazione ed interesse ad agire (in senso contrario v., in specie, Garbagnati, *Azione e interesse*, cit., 67 ss.; Proto Pisani, *sub art.* 100 c.p.c., cit., 1074). Per quanto la ricostruzione sattiaiana dell'interesse ad agire (e dei rapporti tra diritto e processo) non possa essere accolta *in toto*, non deve comunque nascondersi l'eccessiva rigidità della prevalente impostazione dualistica (B. Sassani, *Interesse ad agire*, *Enc. dir.*, XVII, Roma 1989, 2 ss.). Difatti, se si permane entro in confini di una definizione eccessivamente formale dell'oggetto del giudizio, priva di un riferimento al sostrato teleologico (interesse) della domanda, il rischio è quello di perdere di vista proprio l'obiettivo giuridico-sostanziale che l'attore si propone di raggiungere con il processo.

29 Extra e ultra *petizione*, cit., 199 ss., anche per i riferimenti giurisprudenziali e bibliografici ivi citati.

dell'avvenuto trasferimento, fondata sul medesimo contratto, ravvisando un mero errore nella qualificazione dello stesso contratto. Mentre, l'indirizzo maggioritario, più in linea con l'identificazione rigidamente formale dell'oggetto del giudizio, escludeva tale passaggio. Al fondo della questione non vi era, però, soltanto la necessità di stabilire quale fosse l'ampiezza dello *ius variandi* da riconoscere all'attore, bensì appunto la necessità di definire il rilievo che è possibile anettere all'indicazione della situazione lesiva da parte dello stesso attore.

Occorre sottolineare che secondo l'indirizzo minoritario le due domande (benché tra loro in astratto differenti) sono sovrapponibili, alla luce del fatto che si è in presenza di richieste di tutela *in concreto* fondate sul medesimo inadempimento ed essenzialmente riferite allo stesso *petitum*: perché «identico nella sostanza [è] il bene effettivamente richiesto ed identica la *causa petendi* costituita dal contratto del quale viene prospettata, rispetto alla domanda originaria, soltanto una diversa qualificazione giuridica»<sup>30</sup>. Il suddetto orientamento minoritario poteva essere condiviso (solo) alla luce del particolare rilievo che riveste *l'affermazione della lesione* da parte dell'attore nella definizione del dovere decisorio del giudice. Non già perché il passaggio dalla domanda *ex art. 2932 c.c.* a quella di accertamento del trasferimento già avvenuto comporti solo una differente qualificazione dello stesso contratto. Bensì perché in tal modo l'attore si era limitato a chiarire la situazione antiggiuridica sin dall'origine dallo stesso allegata, consistente nell'inadempimento del medesimo contratto. Del resto, le stesse Sezioni Unite, nella pronuncia n. 12310 del 2015, hanno riconosciuto che la “modificazione” delle domande consentita all'attore nel caso di specie è funzionale solo a «meglio [mettere] a fuoco *il proprio interesse e i propri intendimenti in relazione ad una determinata vicenda sostanziale*»<sup>31</sup> (c.vi nostri).

Peccato che tale considerazione – che in un'epoca di maggiore attenzione al principio dispositivo rispetto alla definizione delle questioni attinenti alla definizione del *thema decidendum* avrebbe rivestito ben altro risalto – rimanga del tutto offuscata dal ben più plateale richiamo ai valori dell'efficientismo endoprocessuale.

30 Cass., 30 maggio 2001, n. 7383.

31 L'inciso è appunto di Cass., Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12310, cit.

# PROCESSO CIVILE E SOZIALFUNKTION

Antonio Carratta

Sommario: 1. Le incertezze sul concetto di «funzione sociale» del processo civile. 2. «Funzione sociale» e processo civile: un quadro d'insieme. 3. La «funzione sociale» nella concezione liberale del processo civile. 4. La *Sozialfunktion* del processo civile nelle idee di Franz Klein. 5. Il modello processuale ispirato alla *Sozialfunktion* kleiniana. 6. La dimensione etica del processo. 7. Premesse alla «funzione sociale» del processo: le teorie pubblicistiche sull'azione e sul rapporto giuridico processuale. 8. La diffusione delle idee sulla *Sozialfunktion* del processo. 9. Le reazioni della dottrina italiana all'inizio del XX secolo. 10. L'impostazione «pragmatica»: Mortara, Lessona, Redenti. 11. L'impostazione «sistematica»: Chiovenda. 12. La dottrina postchiovendiana. 13. «Funzione sociale» e il codice di procedura civile italiano del 1940. 14. La riflessione sulla «funzione sociale» del processo civile nella seconda metà del XX secolo: «tutela differenziata» e «accesso alla giustizia». 15. La *Sozialfunktion* del processo civile all'alba del nuovo millennio. 16. Una nuova prospettiva: la «funzione sociale» del processo civile nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia. 17. L'emergere di tendenze «neoprivatistiche». 18. Considerazioni conclusive.

## 1. LE INCERTEZZE SUL CONCETTO DI «FUNZIONE SOCIALE» DEL PROCESSO CIVILE

Che il processo civile assolva anche ad una funzione sociale è convinzione ormai scontata fra i processualciviliisti. Non altrettanto scontato è il significato che s'intenda attribuire a tale sintagma.

Nel suo *Ensaio sobre a processualidade*<sup>1</sup> Ada Pellegrini Grinover sottolinea in modo chiaro la stretta relazione che sussiste fra l'«accesso alla giustizia», inteso come «*acesso à ordem jurídica justa*», e la «pacificazione sociale». Ed opportunamente osserva che «*O acesso à justiça – e à ordem jurídica justa – conduz à pacificação, pois é por ele que os conflitos são adequadamente tratados encontrando solução justa*»<sup>2</sup>. Tuttavia, questa funzione di pacificazione sociale «*pode ser menor ou maior, conforme o instrumento utilizado*». In effetti – osserva ancora l'Autrice che qui onoriamo – «*o processo estatal também tem em vista a pacificação, mas nele esta é apenas social, na medida em que retira do mundo jurídico e fático o conflito; mas certamente a solução imposta não pacifica as partes*»<sup>3</sup>. Ciò a differenza dell'arbitrato, al quale va riconosciuto una maggiore possibilità di pacificazione «*porque é pela vontade das partes que os árbitros são nomeados, com base na confiança, e porque a autonomia da vontade é mais respeitada ao longo de todo o processo arbitral*»<sup>4</sup>. In realtà – Ella conclude –, lo strumento più efficace di pacificazione è rappresentato dalla «*Justiça conciliativa, em que são as próprias partes que buscam a solução do conflito, que é exposto e trabalhado por inteiro, principalmente na mediação*»<sup>5</sup>.

Non meno interessante – sempre al fine di evidenziare la rilevanza sociale del processo civile – è quanto scriveva qualche anno fa José Carlos Barbosa Moreira a proposito della tendenza in atto in vari sistemi processuali di adottare riforme tese all'accrescimento dei poteri istruttori del giudice e dell'affermarsi, in contrapposizione, del «neoprivatismo» nel processo civile<sup>6</sup>. Egli rilevava che l'idea sottesa a tali riforme «è a de que o processo deve chegar a um resultado justo, de preferência com dispêndio mínimo de tempo e energias»<sup>7</sup>. E poiché «*há de existir alguém que atue imparcialmente no sentido de que o processo tenha marcha*

1 A. Pellegrini Grinover, *Ensaio sobre a processualidade. Fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, Brasília, 2016.

2 A. Pellegrini Grinover, *Ensaio*, cit., p. 81.

3 *Ibidem*.

4 *Ibidem*.

5 *Ibidem*.

6 J.C. Barbosa Moreira, *O neoprivatismo no processo civil*, in *Rev. Iberoam. Der. Proc.*, 2005, n. 7, p. 13 ss.

7 J.C. Barbosa Moreira, *O neoprivatismo*, cit., p. 13.

*regular e venham aos autos todos os elementos necessários para que o julgamento corresponda, na medida do possível, à realidade*»<sup>8</sup>, questi non può che essere il giudice. Tuttavia, questa tendenza ad attribuire maggiori poteri istruttori al giudice – osservava – ha incontrato la contrapposizione di una parte della dottrina, che ha visto in essa «*uma exacerbação indevida do elemento publicístico do processo e uma intolerável manifestação de autoritarismo*»<sup>9</sup>. Con la conseguenza che, siccome i rappresentanti di questa parte della dottrina hanno fatto riferimento «*com aspas manifestamente depreciativas, a processo civil “social”, talvez se pudesse cogitar de designá-la, com análogos aspas, como processo civil “anti-social”*»<sup>10</sup>.

Già da queste indicazioni dei due Autori ai quali è dedicato questo scritto emerge in modo chiaro come, nel parlare della rilevanza sociale del processo civile, spesso ci si riferisca a significati fra loro non pienamente coincidenti.

## 2. «FUNZIONE SOCIALE» E PROCESSO CIVILE: UN QUADRO D'INSIEME

In effetti, nel lungo cammino che la riflessione dottrinale ha compiuto negli ultimi due secoli intorno alla «funzione sociale» del processo civile possiamo individuare tre diversi significati per qualificare tale particolare funzione, ai quali corrispondono tre diverse «tappe» o momenti storici.

Un primo significato è quello che emerge soprattutto nella fase delle origini della nozione, che viene tradizionalmente collocata sul finire del secolo XIX.

In tale contesto, nel quale molto forte appare ancora la concezione liberale-individualistica del processo civile, si parla di *funzione sociale* (o *socializzazione*) del processo in termini molto generici. Ci si riferisce, infatti, a quella particolare concezione del processo che – nel quadro di una visione *socializzatrice* del diritto in generale – inizia a delinarsi verso gli ultimi decenni del secolo XIX e che si diffonderà e consoliderà nel corso del secolo successivo nella maggior parte delle codificazioni europee, e in base alla quale il processo civile viene visto come fenomeno o istituto che riguarda l'intera collettività e non solo le singole parti, in quanto è interesse della collettività che attraverso il processo si arrivi ad una tutela giurisdizionale dei diritti in maniera giusta, efficiente ed effettiva<sup>11</sup>.

La novità di questa concezione – rispetto a quella precedente, di ascendenza liberale – sta nell'evidenziazione dell'importanza che anche per la società nel suo complesso ha la risoluzione delle controversie fra privati intorno alla tutela di diritti soggettivi individuali. In questa prima accezione, l'idea della «funzione sociale» del processo civile non solo troverà ampia accoglienza anche presso giuristi di convinta formazione liberale, intesa come sinonimo di «pubblicizzazione» del processo, ma costituirà la base ideologica anche per avanzare un nuovo metodo di studio del diritto processuale civile e per impostare nuove riforme della legislazione processuale esistente.

Dal punto di vista cronologico questa prima accezione di «funzione sociale» del processo si diffonderà in Europa soprattutto nel periodo che va dalla fine del sec. XIX fino alla metà del XX. Con specifico riferimento al nostro ordinamento processuale, coinciderà con il periodo di transizione dal codice unitario del 1865 al codice «fascista» del 1940.

In una seconda accezione, per «funzione sociale» del processo civile si intende la concezione dei meccanismi processuali come strumento di promozione sociale delle classi meno abbienti, con l'obiettivo di realizzare la c.d. uguaglianza sostanziale nei loro confronti<sup>12</sup>. In tale accezione la «funzione sociale» del processo civile sta ad indi-

8 *Ibidem.*

9 *Ibidem.*

10 J.C. Barbosa Moreira, *O neoprivatismo*, cit., p. 21.

11 Così M. Cappelletti, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 18 ss., p. 163 ss. e p. 207 ss.; Id., *Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*, in *Giustizia e società*, Bologna, 1972, p. 23 ss.; Id., *Aspetti sociali e politici della procedura civile (Riforme e tendenze evolutive nell'Europa occidentale e orientale)*, *ibidem*, p. 48 ss.; Id., *Processo orale e processo scritto nel mondo contemporaneo*, *ibidem*, p. 145 ss., spec. p. 213; Id., *Il processo come fenomeno sociale di massa*, *ibidem*, p. 225 ss.; V. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, p. 69; M. Taruffo, *L'istruzione probatoria*, in *La prova nel processo civile*, a cura dello stesso, p. 112; N. Trocker, *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna «teoria» del processo)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 425 ss., spec. p. 455 ss. In termini più generali, S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, p. 83 ss.

12 V., per la dottrina italiana, M. Cappelletti, *Processo orale e processo scritto*, cit., p. 214; V. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, cit., p. 69; S. Chiarloni, *Diritto processuale civile e società di classi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 733 ss.; per la dottrina tedesca, J.J. Hagen, *Elemente einer allgemeinen Prozesslehre*, Freiburg, 1972, p. 43 ss.; Id., *Die soziale Funktion des Prozesses*, in *ZZP* 84 (1971), p. 385 ss.; R. Wassermann, *Der soziale Zivilprozess. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*, Neuwied, 1978, p. 68 ss.; E. Schmidt, *Von der Privat- zur Sozialautonomie*, in *JZ*, 1980, p. 153 ss., spec. p. 155 ss.; D. Brüggemann, *Judex statutor und judex investigator*, Bielefeld,

care la necessità che i sistemi processuali prevedano accorgimenti tecnici tali da consentire di venire incontro alle minori possibilità difensive o al maggior bisogno di protezione delle parti socialmente più deboli. Anche questa seconda accezione – molto più innovativa della prima – emergerà sul finire del secolo XIX, in concomitanza con il diffondersi del «socialismo giuridico» e della nuova fase economica e sociale della «seconda rivoluzione industriale»<sup>13</sup>. Ma troverà piena espansione solo nel corso del secolo successivo e soprattutto nel corso della seconda metà dello stesso, in coincidenza con l'introduzione delle nuove Costituzioni e l'affermazione del principio di uguaglianza sostanziale ad esse legato. Per il nostro ordinamento processuale coinciderà con il periodo che va dall'entrata in vigore della Carta del '48 fino alla fine degli anni '70, e dunque con l'approvazione dello statuto dei lavoratori nel 1970 e del nuovo rito del lavoro nel '73.

In una terza accezione, infine, si è parlato di «funzione sociale» del processo civile nel senso di guardare ad esso come fattore di benessere sociale, pur nelle diverse declinazioni che quest'ultimo concetto ha assunto nel corso del tempo (dal ristabilimento della pace sociale, al miglioramento dell'economia e del mercato). In questo caso, dunque, la *socialità* del processo si orienta verso l'intera collettività, in quanto l'individuazione di strumenti processuali idonei a rendere più efficiente il sistema di giustizia civile determina anche una maggiore efficienza e funzionalità della società nel suo complesso. Si tratta di un'accezione già presente quando – sul finire del sec. XIX – comincerà a diffondersi la concezione «sociale» del processo civile, ma che assumerà piena e autonoma rilevanza solo negli ultimi decenni del XX secolo, in concomitanza con la crisi del *welfare state* e l'accentuarsi dell'inefficienza della giustizia civile amministrata dallo Stato. E' il periodo – a cavallo fra la fine del XX e l'inizio del XXI secolo – nel quale, in nome dell'efficienza del processo civile, per l'incidenza diretta che esso ha sull'economia, si avvieranno importanti riforme legislative nei maggiori sistemi processuali europei.

Va subito rilevato che il riconoscimento al processo civile di una funzione sociale – con le necessarie puntualizzazioni già viste – comporterà l'adesione ad un particolare modello processuale, nell'ambito del quale troveremo soluzioni tecnico-processuali strettamente connesse – come vedremo – al perseguimento di tale funzione<sup>14</sup>. Ma queste soluzioni sempre presupporranno il pieno rispetto del c.d. principio dispositivo sostanziale o in senso proprio, in base al quale, stante la natura privatistica delle situazioni soggettive oggetto del processo civile, rientra nell'esclusiva disponibilità delle parti il potere di agire in giudizio e di determinarne l'oggetto in maniera vincolante per il giudice.

Da quanto finora detto è evidente che va considerata estranea alla riflessione sulla «funzione sociale» del processo civile la c.d. «*socialistizzazione*» dello stesso<sup>15</sup>, cioè quella particolare utilizzazione dello strumento processuale che si è avuta, nel passato, da parte dei sistemi di tipo sovietico, nell'ambito dei quali si assistette all'abolizione del potere monopolistico della parti nell'iniziativa processuale e all'attribuzione al processo civile di una specifica funzione educativa delle masse<sup>16</sup>.

### 3. LA «FUNZIONE SOCIALE» NELLA CONCEZIONE LIBERALE DEL PROCESSO CIVILE

Come già detto, è sul finire del XIX secolo che emerge un nuovo modo di guardare alla funzione del processo civile. Si assiste, infatti, al rapido e definitivo abbandono degli orientamenti che fino a quel momento avevano dominato la riflessione dottrinale e all'emergere di nuovi e notevolmente diversi. L'abbandono,

1968, p. 125 ss., p. 159 ss. e p. 179 ss.

13 R. Wassermann, *Der soziale Zivilprozess*, cit., p. 64 ss.; V. Denti, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna, 1989, p. 26 ss.; P. Trepte, *Umfang und Grenzen eines sozialen Zivilprozesses*, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1994, p. 36 ss.; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 13 ss.; S. Rodotà, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Roma, 2011, p. 3 ss.; N. Picardi, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1067 ss. (e anche in *Historia et ius*, 2/2012, paper 16).

14 Per la sottolineatura del fatto che tali soluzioni tecniche non siano affatto neutre, ma nascono da una ben precisa opzione ideologica, in quanto «la tecnica senza l'ideologia è vuota, mentre l'ideologia senza la tecnica è impotente», M. Taruffo, *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 63 ss., spec. p. 71.

15 M. Cappelletti, *Processo e ideologie*, cit., p. 36 ss., 57 ss., 183 ss. e 215 ss.; Id., *Giustizia e società*, cit., p. 88 ss.; V. Denti, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna, 1989, p.35 ss.

16 Infatti, stando al 2° comma dell'art. 2 dei *Principi fondamentali del processo civile* del 1961, «*Il processo civile deve contribuire al rafforzamento della legalità socialista, alla prevenzione delle violazioni di legge, alla educazione dei cittadini al costante adempimento delle leggi sovietiche e al rispetto dei principi della convivenza socialista*».

cioè, della concezione del processo civile – tradizionalmente conosciuta come liberale – secondo la quale il processo civile avrebbe la sola funzione di risolvere controversie fra privati e, per questa ragione, sarebbe da considerare un affare privato delle parti («*Sache der Parteien*»).

Secondo questa impostazione esso non costituirebbe altro che un'appendice, una diretta manifestazione del diritto privato o civile, il risolto pratico e secondario del diritto soggettivo sostanziale<sup>17</sup>. E dunque, siccome il diritto soggettivo sostanziale è nella piena disponibilità delle parti, parimenti deve esserlo lo strumento che l'ordinamento predispone per la sua tutela.

Ne deriva una visione prevalentemente (se non esclusivamente) individualista dello strumento processuale, dominata dal *laissez faire* delle parti, dal loro «libero gioco» in contraddittorio (*Verhandlungsmaxime*). Come sottolinea Adolf Wach – che di questa visione è senza dubbio l'esponente più autorevole del tempo – la controversia è estranea allo Stato, è mero interesse individuale<sup>18</sup> e, di conseguenza, va lasciata nel pieno dominio delle parti, sia per la sua introduzione, che per la determinazione del suo oggetto, che per la sua conduzione fino alla decisione finale del giudice<sup>19</sup>.

Nell'ambito di tale concezione del processo civile, di conseguenza, la disciplina processuale deve limitarsi a regolare lo svolgimento della controversia o della lite insorta fra le parti private e a riconoscere piena libertà e autonomia alle stesse parti, in termini sostanzialmente identici a ciò che ad esse viene riconosciuto sul piano del diritto sostanziale.

Questo modo di intendere il processo civile, strettamente legato – evidentemente – alla stessa dottrina liberale dello Stato<sup>20</sup>, diede vita ad un processo di «tipo ideale», nel significato weberiano del termine<sup>21</sup>, vale a dire a un tipo di processo caratterizzato – fondamentalmente – dal ruolo primario delle parti e delle loro prerogative non solo nell'attivazione del processo e nella determinazione dell'oggetto della controversia, ma anche nella conduzione dello stesso<sup>22</sup>.

Inevitabile era – nell'ambito di tale «tipo ideale» di processo e in linea con la volontà di ridurre al minimo l'intervento del potere pubblico nelle vicende individuali<sup>23</sup> – attribuire al giudice un ruolo ridotto al minimo indispensabile, di arbitro della contesa, chiamato ad assistere passivamente alla libera dialettica delle parti private e ad intervenire soltanto per sanzionare eventuali nullità o scorrettezze delle parti e per pronunciare la decisione finale<sup>24</sup>. Poiché lo Stato non aveva (non doveva avere) alcun interesse circa il modo con cui le parti

17 A. Wach, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr 1879*, 2. Aufl., Bonn, 1896, p. 2: «*der Zweck des Processes ist die der Natur der Streitsache gemässe, gerechte Gewährung des staatlichen Rechtsschutzes. Die Natur der Streitsache ergibt die tiefgreifende Differenz des Civil- und Strafprocesses. Die Civilsache wirkt das materielle und formelle Zweiparteienverhältniss, die Interesslosigkeit des Staates und damit seines Organs, des Richters and der Streitsache, den Ausschluss der Officialmaxime, die Herrschaft der Streittheile über den Streitgegenstand, über Beginn, die Fortführung, den Schluss des Verfahrens, über seinen Inhalt, den Streitstoff*».

18 A. Wach, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, cit., p. 51: «*der Civilprocess ist staatliche Privatrechtspflege, die Gewährung des Rechtsschutzes für Mein und Dein. Die Streitsache ist ein dem Staate fremdes, individuelles Interesse*».

19 A. Wach, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, cit., p. 53: «*das ist der Inhalt der in der Rechtslehre sogenannten Verhandlungsmaxime. Sie ist der Grundsatz der staatlichen Interesslosigkeit an der Streitsache und das Processbetriebs durch die Interessenten*». V. anche Id., *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig, 1885, p. 5; R. Schmidt, *Lehrbuch des system*, cit., p. 382; J.W. Planck, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Nördlingen, 1887, p. 434 ss.; R. von Canstein, *Die rationellen Grundlagen des Civilprocesses*, II, Wien, 1877, p. 170 ss.; G. Kuttner, *Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile*, München, 1908, p. 2 ss.; G. Kleinfeller, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin, 1925, p. 180; H. Sperl, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechtspflege*, I, 1, Wien-Leipzig, 1928, p. 288 ss.; R. Pollak, *System des österreichischen Zivilprozessrechts*, Wien, 1931, p. 507. In proposito, P. Böhm, *Der Streit um die Verhandlungsmaxime. Zum Einfluss der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozessverständnis*, in *Jus commune*, a cura di H. Coing, VII, Frankfurt a.M., 1978, p. 135 ss.

20 Dottrina che – come sottolinea N. Bobbio, voce *Liberalismo*, in *Dizionario di filosofia*, a cura di A. Biraghi, Milano, 1957, p. 617. -«si appoggia sull'affermazione che esiste una legge naturale precedente e superiore allo Stato e che questa legge attribuisce diritti soggettivi, inalienabili e imprescrittibili, agli individui singoli prima del sorgere di ogni società, e quindi anche dello Stato. Di conseguenza, lo Stato, che sorge per volontà degli stessi individui, non può violare questi diritti fondamentali (e se li viola diventa dispotico), e in ciò trova i suoi limiti: anzi, deve garantirne la libera esplicazione, e in ciò trova la sua funzione, che è stata detta 'negativa' o di semplice 'custode'».

21 Per M. Weber, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, (*Gesammelte Aufsätze zur wissenschaftslehre*, Tübingen, 1922), trad. it. a cura di P. Rossi, Torino, 1958, p. 108, l'*idealtypus* è «ottenuto mediante l'accentuazione di uno o di alcuni punti di vista, e mediante la connessione di una quantità di fenomeni particolari diffusi e discreti, esistenti qui in maggiore e là in minore misura, e talvolta anche assenti, corrispondenti a quei punti di vista unilateralmente posti in luce in un quadro concettuale in sé unitario».

22 G. Tarello, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*, in *Dottrine del processo civile*, a cura di R. Guastini e G. Rebuffa, Bologna, 1989, p. 9 ss., spec. p. 12.

23 Sottolinea G. Bedeschi, *Storia del pensiero liberale*, Bari, 1990, p. 29, che «la ferma difesa dell'antagonismo, della concorrenza, nonché della varietà e del dissenso, e la correlativa esaltazione della personalità individuale, della sua originalità, della sua intima energia creatrice, che si rafforza solo attraverso la lotta e il confronto, implicano, nei pensatori liberali, una forte diffidenza nei confronti dello Stato e la tendenza a ridurlo al minimo indispensabile sia i poteri che le funzioni».

24 V., in proposito, M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 142 ss.

decidevano di condurre il «loro» processo<sup>25</sup>, non aveva neanche interesse alla velocità e correttezza della decisione finale: la ricerca della verità dei fatti di causa – sottolinea ancora Wach – non è l'obiettivo del processo, ma solo un accidente, un risultato casuale<sup>26</sup>.

Nella seconda metà del XIX secolo era questa l'opzione ideologica dominante in materia di processo civile, la *Prozessauffassung* del tempo, ed essa informava di sé – a partire dal codice napoleonico del 1806 – anche la legislazione processuale allora vigente nei principali ordinamenti europei<sup>27</sup>, dal c.p.c. unitario italiano del 1865<sup>28</sup>, alla *Z.P.O.* tedesca del 1877<sup>29</sup>, alla codificazione giuseppina austriaca<sup>30</sup>, nella quale, tuttavia, si rinveniva una posizione rafforzata del giudice rispetto alle parti<sup>31</sup>.

E' evidente che – sulla base di una simile impostazione – la «funzione sociale» del processo civile, intesa come rilevanza sociale, collettiva e non solo individuale del meccanismo processuale, è molto edulcorata. Essa rimane nettamente sullo sfondo, in secondo piano rispetto alla salvaguardia degli interessi individualistici (veri e propri diritti soggettivi processuali) delle parti in causa, e si traduce, sostanzialmente, nella consapevolezza – sempre più diffusa all'interno di tale impostazione teorica – che attraverso la tutela dei diritti soggettivi individuali il processo civile serva anche a ristabilire la pace sociale e a ristabilire il diritto oggettivo<sup>32</sup>.

25 A. Wach, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, cit., p. 53.

26 A. Wach, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, cit., p. 199: «die Feststellung der Wahrheit ist ... nicht das Ziel des Civilprocesses und kann es nicht sein. Sie ist sein erwünschtes, aber nicht verbürgtes Resultat». Rinvio, in proposito, ad A. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile. Parte prima*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 47 ss.

27 V., in proposito, per un'analisi approfondita G. Chioyenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist., Napoli, 1960, p. 103 ss.

28 V., in proposito, G. Chioyenda, *Istituzioni*, cit., p. 101 ss.; Id., *Principii di diritto processuale civile*, ristampa, Napoli, 1980, p. 11 ss. e p. 25 ss.; Id., *Romanesimo e Germanesimo nel processo civile*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, rist., Milano, 1993p. 180 ss.; M.T. Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1937, p. 84 ss.; E. Fazzalari, *Codice di procedura civile*, in *Nss. Dig. It., Appendice*, Torino, 1980, p. 1292 ss.; M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna, 1980, p. 113 ss.; *Procedura civile (codice di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 658 ss.; C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia (1865-1942)*, Bari, 1985, p. 73 ss.; N. Picardi, *Codice di procedura civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 457 ss.; F. Cipriani, *Il processo civile in Italia dal Codice napoleonico al 1942*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 71 ss.; G. Monteleone, *Il codice di procedura civile italiano del 1865*, in *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano, 2004, p. 9 ss.; Id., *Sulla Relazione di Giuseppe Pisanelli al libro I del codice di procedura civile del 1865 (Due codice a confronto)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 529 ss.; A. Chizzini, *Un "codice di regole" per un processo liberale?*, in *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, 2a ed., Torino, 2014, p. 67 ss. In proposito v. anche la *Relazione ministeriale al Primo Libro del Codice di procedura civile presentata in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli (Pisanelli) nella tornata del 26 novembre 1863 (n. 63)*, in S. Gianzana, *Codice di Procedura Civile del Regno d'Italia*, Roma-Torino-Napoli, 1889, p. 3 ss.

29 *Civilprozessordnung für das Deutsche Reich* del 30 gennaio 1877, entrato in vigore il 1° ottobre 1879. In proposito, A. Wach, *Vorträge*, cit., p. 39 ss.; G. Dahlmanns, *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*, Aalen, 1971, p. 17 ss.; J. Damrau, *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Reichszivilprozessordnung von 1877*, Paderborn, 1975, p. 19 ss.; N. Trocker, *Processo civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, p. 3 ss.; C. Wollschläger, *Introduzione. La Zivilprozessordnung del 1877/1898*, in *Ordinanza della procedura civile dell'Impero Germanico 1877/1898*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano, 2002, p. XIII ss.; P. Oberhammer- T. Domej, *Germany, Switzerland, Austria (Ca. 1800-2003)*, in *European Traditions in Civil Procedure*, Oxford, 2005, p. 103 ss. Per un quadro d'insieme sull'influenza del codice napoleonico sulla legislazione processuale europea dell'800 v. C.H. van Rhee, *Introduction*, in *European Traditions in Civil Procedure*, cit., p. 3 ss.

30 *Allgemeine Gerichstordnung*, pubblicata il 1° maggio 1781 ed entrata in vigore il 1° maggio 1782. In proposito v. *Regolamento giudiziario di Giuseppe II: 1781*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi, e A. Giuliani, Milano, 1999, con prefazione di N. Picardi, *ivi*, p. XIII ss., il quale osserva che «il Regolamento giudiziario segna – almeno parzialmente – una soluzione di continuità con la tradizione di diritto comune, secondo la quale la conduzione del processo era rimessa all'iniziativa di parte, mentre il giudice aveva poteri di dilazione, ma non di impulso e di direzione» (*ivi*, p. XXIII); *ivi*, p. XXIX ss., anche l'introduzione di W. Ogris e P. Oberhammer; v. anche M. Taruffo, *La giustizia civile*, cit., p. 33 ss.; V. Denti, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, Bologna, 1989, p. 15; F. Cipriani, *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 969 ss., spec. p. 975 ss.; C. Consolo, *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, in *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano, 2004, p. L ss. L'A.G.O. giuseppina ebbe anche – come noto – un lungo periodo di applicazione anche nella Lombardia austriaca, a partire dal 1° maggio 1786 e fino al 1796, con il titolo ufficiale di *Regolamento del processo civile per la Lombardia austriaca*: in proposito, M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, cit., p. 33 ss.; Id., *Il processo civile nel Lombardo-Veneto*, in *Regolamento generale del processo civile pel Regno Lombardo-Veneto. 1815*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano, 2003, p. IX ss.; N. Picardi, *Il Regolamento giudiziario di Giuseppe II e la sua applicazione nella Lombardia austriaca*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 36 ss.

31 Secondo W. Jelinek, *Einflüsse des österreichischen auf andere Rechtsordnungen*, in W.J. Habisch (ed.), *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Bielefeld, 1991, p. 49, il modello processuale austriaco del 1781 si caratterizzava per questi elementi: «zwar schlicht, heimlich, von der Eventualmaxime geprägt und mittelbar, jedoch von extremer Parteiherrschaft gekennzeichnet». Ha osservato R. Sprung, *Die Ausgangspositionen österreichischer Zivilprozessualistik*, in *Z.Z.P.*, 92 (1979), p. 7, che esso appariva «einem tumultuarischen Interessenturnier, in dem die Parteien als Regisseure wirkten und der Richter nur ein geduldiger Mitarbeiter war, ein Hampelmann, der sich nur bewegen durfte, wenn die Parteien ihn am Schurchen zogen». V. anche G. Tarello, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice di procedura civile*, in Id., *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, a cura di R. Guastini e G. Rebuffa, Bologna, 1989, p. 12; Id., *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Absolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, p. 513 ss.; M. Taruffo, *La giustizia civile*, cit., p. 35; V. Denti, *La giustizia civile*, cit., p. 14 s.; F. Cipriani, *Nel centenario*, cit., p. 975 ss., il quale – a differenza di altri (M. Taruffo, *La giustizia civile*, cit., p. 38; R. Sprung, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 31) – sottolinea come si trattasse «di un processo con scarsissime libertà per le parti ...; un processo eminentemente illiberale e autoritario».

E' vero anche che questo modello processuale viene in parte cambiato per le controversie di minor valore (*Baga tellverfahren*) nel 1873, mediante l'adozione di un procedimento caratterizzato dall'oralità, dall'immediatezza e dalla libera valutazione delle prove (W. JELINEK, *Einflüsse*, cit., p. 53).

32 V., ad es., la *Relazione Pisanelli* al c.p.c. 1865, già cit., p. 4, dove si legge: «ogni litigio eccita le sollecitudini della società sotto due aspetti: dapprima perché al litigio sia posto fine; in secondo luogo perché cessi con giustizia».

V. anche, nella dottrina tedesca e austriaca, G.W. WETZEL, *System des ordentlichen Zivilprozess*, 3ª ed., Leipzig, 1878, p. 36; A. WACH, *Handbuch*, cit., p. 3 ss.; R. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, 2.Aufl., Leipzig, 1910, p. 16 ss.; J. KOHLER, *Über processrechtliche Vorträge und Creationen*, in



#### 4. LA SOZIALFUNKTION DEL PROCESSO CIVILE NELLE IDEE DI FRANZ KLEIN

Come già detto, il superamento dell'idea liberale del processo civile, come finora delineata, e l'affermarsi di una visione nuova, pubblicistica e sociale, comincia ad avviarsi nella seconda metà del XIX secolo per essere definitivamente portata a compimento nella prima metà del secolo successivo.

Essa viene a determinarsi, in particolare, per effetto dell'influenza che eserciterà in quel periodo la dottrina civilprocessualistica tedesca e austriaca, all'interno della quale va sempre più affermandosi l'idea che il processo civile sia uno strumento di giustizia sociale ed assolva, dunque, ad una funzione non limitata alla risoluzione della controversia fra privati. Tutto ciò non accade per un mero accidente della storia. Come ha lucidamente notato Paolo Grossi, «dai primordi del Novecento in poi si riscopre la *fattualità* del diritto, perché tende ad attenuarsi sempre più il distacco fra diritto e società, che era – sul continente – nei programmi della modernità borghese». E di conseguenza, «il palcoscenico storico-giuridico si fa più movimentato, più complesso, e si attenua quella che era stata la puntigliosa riduzione di ogni rapporto giuridico a rapporto individuale»<sup>33</sup>.

In tale rinnovata visione si va sempre più affermando l'idea che valore fondamentale della legislazione in materia di giustizia civile sia l'efficienza e la piena accessibilità al procedimento per tutti coloro che hanno bisogno di tutela giurisdizionale per la realizzazione dei propri diritti sostanziali.

Si tratta, com'è facile intuire, di un vero e proprio capovolgimento dell'ideologia liberale. Taluni hanno individuato idealmente nel 1898 la fine di tale epoca per la processualciviltistica<sup>34</sup>. In quell'anno, infatti, entra in vigore la *Z.P.O.* austriaca, che Klein aveva elaborato e impostato proprio sull'idea della funzione sociale del processo civile<sup>35</sup> e costituirà il modello di riferimento per molti legislatori europei durante il ventesimo secolo, così come il codice napoleonico lo era stato per il diciannovesimo<sup>36</sup>. In proposito, tuttavia, occorre intendersi.

In effetti, è proprio a Franz Klein che viene riconosciuto il merito di aver iniziato a guardare alla controversia giudiziaria come ad un «problema sociale» (*soziale Übel*)<sup>37</sup>, perché fa perdere tempo e denaro, fomenta odio e ira fra le parti litiganti e genera passioni fatali per la convivenza sociale<sup>38</sup>, e di aver maturato la convin-

*Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Berlin, 1888, p. 127 ss., spec. p. 154; Id., *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888, p. 17 ss.; K. HELLWIG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, II, Leipzig, 1909, p. 40 ss.; Id., *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1912, p. 402 s. e p. 438; A. HEGLER, *Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht*, Tübingen-Leipzig, 1903, p. 161; K. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, I, Leipzig, 1902, p. 350; W. KISCH, *Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses*, in *Judicium* I (1928/29), p. 1 ss., spec. p. 5, che parla di «*Prozess als soziale Tatsache*»; K. GRÜNBERG, *Der sozialpolitische Gehalt der österreichischen Zivilprozessgesetzgebung*, in *GZ*, 1900, p. 65 ss.; nella dottrina italiana, M. PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, I, 1, Torino, 1864, p. 5 ss.; L. MATTIROLI, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, I, Torino, 1902, p. 20 ss.; *Istituzioni di diritto giudiziario civile italiano*, 2ª ed., Torino, 1899, p. 161; G. SAREDO, *Introduzione allo studio della procedura civile e dell'ordinamento giudiziario. Prohusione letta nella Regia Università di Roma, nell'inaugurazione del Corso di procedura civile il 23 novembre 1872*, in Id., *Istituzioni di procedura civile precedute dall'esposizione dell'ordinamento giudiziario italiano*, Firenze, 1873, p. 6 ss. e p. 18, dove il rilievo per cui «ogni processo è un male – un male per l'individuo, un male per la società», in quanto «tocca non solamente l'interesse privato, ma altresì l'ordine pubblico, l'interesse sociale»; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, Torino, 1889, p. 1 ss.; Id., *Lo Stato moderno e la giustizia*, Torino, 1885; Id., *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1929, p. 17; V. SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario dettate dal prof. Vincenzo Simoncelli nell'Università di Roma l'anno 1900-1901, raccolte da Ottorino Peironi*, Roma, 1901, p. 213 s.; A. RISPOLI, *Il rapporto giuridico processuale di cognizione*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 84 (1910), p. 229 ss.; G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 65 s., che riprende, quasi alla lettera, le parole di A. Wach; E. REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, p. 53 ss.; A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, 1906, p. 27 ss.

33 Così P. Grossi, *Il diritto nella storia dell'unità d'Italia*, in [www.linzei.it](http://www.linzei.it), p. 14 del testo.

34 C.H. van Rhee, *Introduction*, in C.H. van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerp-Oxford, 2005, p. 10 s.; Id., *The Influence of the French Code de Procedure Civile (1806) in 19th Century Europe*, in *De la Commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, Paris, 2006, p. 129 ss.

35 P. Oberhammer-T. Domej, *Germany, Switzerland, Austria (ca. 1800-2005)*, in Ch. Van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, Antwerp-Oxford, 2005, p. 118 ss.; P. Böhm, *Die österreichischen Justizgesetze von 1885/1886*, cit., p. 63.

36 C.H. van Rhee, *Introduction*, in Ch. Van Rhee (ed.), *European Traditions in Civil Procedure*, cit., p. 11.

37 Su questo v., in particolare, F. Klein-F. Engel, *Der Zivilprozess Österreichs*, cit., p. 280; Id., *Pro futuro*, cit., p. 39. V. anche H. W. Fasching, *Die Modernisierung des zivilrechtlichen Streitverfahrens*, in Union Internationale des Magistrats, *II<sup>o</sup> Congrès International*, La Haye, 1963, p. 27 ss.; W. Kralik, *Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der ZPO von 1895*, in *Forschungsband Franz Klein (1854-1926), Lebens und Wirken*, a cura di H. Hofmeister, Wien, 1988, p. 89 ss.; A. Chizzini, *Franz Klein e i patres della procedura civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 739 ss., spec. p. 740 s.; Id., *Franz Klein, la codificazione sociale e la procedura civile in Italia*, in *Pensiero e azione nella storia del processo civile*, *Studi*, cit., p. 100 s.; M. Marinelli, *La concezione del diritto e del processo di Franz Klein nella Vienna fin de siècle*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 771 ss., spec. p. 778 ss.; N. Trocker, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, p. 31 ss., spec. p. 68 s.; N. Picardi, *Le riforme processuali e sociali*, cit., p. 3 ss.

38 Così R. Sprung, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, cit., p. 27; v. anche N. Picardi, *Le riforme processuali e sociali*, cit., p. 3 ss.; W.H. Rechberger, *Die Ideen Franz Kleins*, cit., p. 102 ss.; N. Trocker, *La concezione del processo di Franz Klein*, cit., p. 44 ss.; P. Böhm, *Parteiautonomie versus Richtermacht: Die Verantwortung für die Programmierung der Verfahrensablaufs*, in M. Marinelli-E.M. Bajons-P. Böhm, *Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins*, Wien, 2015, p. 149 ss., spec. p. 153 ss.; K.W. Nörr, *Gegenwart und Zukunft in der Gedankenwelt Franz Kleins*, *ivi*, p. 18 ss. Per la critica di questa impostazione v. F. Cipriani, *Nel centenario*, cit., p. 977, per il quale il processo non può essere considerato un «male sociale», «fonte (addirittura) di 'ferite per il corpo della società'», quanto, piuttosto, «lo strumento col quale si rende giustizia in questo mondo». «Quanto poi all'incidenza che ogni processo o la massa dei processi avrebbe sull'economia nazionale – continua C. – a me sembra che le preoccupazioni di Klein siano per lo meno eccessive... anzitutto perché il processo, non essendo un sequestro, implica solo di rado il blocco dei beni in discussione; poi perché il valore delle cause civili, di norma più che modesto, non sembra tale da incidere addirittura sull'economia nazionale; indi

zione che le controversie costituiscono impedimenti al corretto funzionamento dell'economia e quindi vi sia la necessità che esse siano risolte nel più breve tempo possibile, senza spreco di tempo, di denaro e di attività, anche quando le stesse parti non abbiano un interesse a ciò<sup>39</sup>.

Il «nocciolo» del suo ragionamento era proprio l'idea della *Sozialfunktion* del processo civile, che, evidentemente, era stata influenzata dall'insegnamento di Anton Menger e dalla sua «*soziale Rechtslehre*», anche se essa si presenta ben diversa da quella mengeriana<sup>40</sup>, perché dei tre significati di «funzione sociale» del processo civile, che sopra abbiamo individuato, assume soprattutto la prima e la terza, in misura minore la seconda, ovvero quella più innovativa e che più stava a cuore a Menger, fondata sull'obiettivo dell'uguaglianza sostanziale<sup>41</sup> e della sostituzione dello Stato liberale-borghese con quello socialista o democratico-popolare (*volkstümlicher Arbeitsstaat*)<sup>42</sup>. Ma senza dubbio condivideva con Menger la convinzione che per realizzare le nuove idee sul processo occorressero sia le modifiche legislative<sup>43</sup>, sia il contributo della dottrina giuridica<sup>44</sup>.

Due sono gli elementi sui quali l'idea della *Sozialfunktion* di Klein si basa: a) la convinzione che la composizione della singola controversia non sia l'unico scopo del processo civile (a differenza di quel che portava a ritenere l'idea liberale), ma essa serve anche a perseguire il benessere comune, sociale appunto (*Wohlfahrtsfunktion*); b) la rilevanza economica che assume per la società il contenzioso civile, e dunque la necessità che il processo civile vada guardato anche da un'angolazione economicistica e alla luce di una valutazione costi-benefici<sup>45</sup>.

A dire la verità, questi due elementi erano già emersi in precedenza anche presso la dottrina austriaca, come ha evidenziato Rainer Sprung<sup>46</sup>. In particolare, Franz von Zeiller, il padre del codice civile austriaco

perché nessuno Stato è mai fallito per motivi processuali; infine perché abbiamo buone prove che, per nostra fortuna, la ricchezza di uno Stato e di un popolo non dipende dalla velocità dei processi civili».

- 39 V., in proposito, le riflessioni esposte in F. Klein, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse. Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 9. November 1901*, Dresden, 1901, ristampa Frankfurt a.M., 1958, p. 20 ss.; F. Klein-F. Engel, *Der Zivilprozess*, cit., p. 193 ss. e p. 202 ss. Su questo profilo del pensiero kleiniano v. soprattutto J. Esser, *Franz Klein als Rechtssoziologie – Die Überwindung des dogmatischen Schuldenkens im Prozesswerk Franz Kleins*, in *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung 1898-1948*, Wien, 1948, p. 35 ss., spec. p. 41 ss.; F. Baur, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozess, einige aktuelle Bemerkungen zu dem so betitelten Vortrag von Franz Klein*, in *Juristische Blätter*, 92 (1970), p. 446 ss.; H. W. Fasching, *Die Modernisierung*, cit., p. 27 ss.
- 40 Infatti, osserva V. Denti, *La giustizia civile*, cit., p. 28: «non va trascurato che nella ideologia di Menger era presente un rigoroso socialismo di stato, che lo portava a divergere, nelle prospettive di fondo, dalla concezione di Klein, in quanto considerava la funzione del giudice e del processo come risolutori di conflitti una finzione borghese, a tutto vantaggio delle classi dominanti». In senso analogo F. Cipriani, *Nel centenario*, cit., p. 979, il quale conclude: «non sembra che Klein possa essere considerato un seguace di Menger, atteso che egli, rafforzando i poteri del giudice, non pensava soltanto o prevalentemente ai poveri, ma al processo *tout court*, ossia a tutti»; M. Marinelli, *La concezione del diritto e del processo*, cit., p. 778 ss., per il quale Klein non può definirsi un socialista, perché era un moderato. Anche N. Trocker, *La concezione del processo di Franz Klein*, cit., p. 68, osserva che alla base della concezione «sociale» del processo di Klein sta «il termine 'sozial', nel senso di 'gesellschaftlich' e aggiunge che esso, sul piano descrittivo, «allude al fatto che il processo è un fenomeno che riguarda la collettività (la *Gesellschaft*)», mentre, sul piano valutativo, indica la «destinazione funzionale dell'istituzione "processo" che non è (primariamente) quella di soddisfare il bisogno individuale di tutela nel singolo caso né quella di realizzare un astratto interesse pubblicistico al corretto funzionamento della giurisdizione». Secondo N. Picardi, *Le riforme processuali e sociali*, cit., p. 4, «certo nelle riforme kleiniane non mancarono influenze immediate del pensiero di Menger», ma l'opera di Klein «si colloca in una fase intermedia del percorso storico delineato dal suo maestro».
- 41 Secondo P. Nörr, *Gegenwart und Zukunft in der Gedankenwelt Franz Kleins*, in M. Marinelli-E. Bajons-P. Böhm (hrsg.) *Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins*, Wien, 2015, p. 15 ss., spec. p. 18 ss., si possono individuare ben quattro diversi significati dell'aggettivo «sociale» utilizzati da Klein: 1) «Sozial ist zum einen gleichbedeutend mit gesellschaftlich oder gemeinschaftlich im allgemeinsten Sinn des Wortes» («sociale» nel senso di attinente alla società o alla collettività); 2) «Sozial werden, zweitens, die Manifestationen des menschlichen Assoziationstrieb genannt, welchen Ursprungs und welcher Form auch immer» («sociale» nel senso di manifestazione dell'associazionismo umano); 3) «Als sozial wird, drittens, die Rücksichtnahme auf die benachteiligt-schwächeren Teile der Gesellschaft oder des Volkes bezeichnet, worin das Zurückbleiben hinter den anderen Teilen auch immer seinen Grund haben mag» («sociale» nel senso di attenzione per le persone deboli e svantaggiate); 4) «Sozial steht schließlich für alles, was dem Gemeinwesen zugutekommt, was im Dienste des Gemeinwohls steht und zu stehen hat» («sociale» nel senso di al servizio del bene comune).
- 42 A. Menger, *Lo Stato socialista*, trad. it. a cura di O. Lerda Olberg, Torino, 1905, p. 220 ss. Del resto, l'appellativo di «giurista socialista» era stato attribuito a Menger in senso dispregiativo da F. Engels e K. Kautsky in un famoso articolo (dal titolo, appunto, *Juristen-Socialismus*) del 1887 (nel n. 2) sulla rivista *Die Neue Zeit* (ora in K. Marx-F. Engels, *Werke*, XXI, Berlin, 1962, p. 491 ss.), per sottolineare che la concezione giuridica del socialismo era una versione fragile del socialismo. La formula «socialismo giuridico» si deve – come noto – ad A. Loria, *Socialismo giuridico*, in *La scienza del diritto privato*, A. I, fasc. IX, settembre 1893, p. 419 ss., dove la puntualizzazione che gli aderenti a questa nuova «scuola» «si propongono di ottenere cogli scritti e coll'opera una modificazione del diritto, la quale faccia ragione alle esigenze legittime dei volghi poveri e li tragga a meno sconsolati destini». Sulla posizione notevolmente critica nei confronti del «socialismo giuridico» che ebbero i marxisti v. V. Geratana, *Antonio Labriola di fronte al socialismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, n. 3-4 (1974-1975), tomo I, Milano, 1975, p. 55 ss.; G. Orrù, *'Idealismo' e 'realismo' nel Socialismo giuridico di Menger*, *ibidem*, p. 183 ss.; S. Cassese, *Socialismo giuridico e «diritto operaio»*. *La critica di Sergio Panunzio al Socialismo giuridico*, *ibidem*, p. 495 ss.
- 43 A. Menger, *Lo Stato socialista*, cit., p. 278.
- 44 A. Menger, *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, Wien-Leipzig, 1895, p. 6, dove si legge: «Die Aufgabe der legislativ-politischen Jurisprudenz besteht ... darin, den überlieferten Rechtsstoff mit den Zuständen der Gegenwart zu vergleichen und daraus zu schließen, welche Änderungen desselben in der Zukunft notwendig erscheinen».
- 45 Sulla continuità delle riforme kleiniane rispetto alla tradizione ed in particolare alle riforme «giuseppine» si sofferma R. Sprung, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, cit., p. 24 s.; Id., *Die Ausgangspositionen österreichischen Zivilprozessualistik und ihr Einfluss auf das deutsche Recht*, cit., p. 7 s.; ma v. anche F. Cipriani, *Nel centenario del Regolamento di Klein*, cit., p. 975; P. Böhm, *Zu den rechtstheoretischen Grundlagen*, cit., p. 191 ss.; A. Chizzini, *Franz Klein*, cit., p. 103 ss.
- 46 R. Sprung, *Le basi del diritto processuale austriaco*, cit., p. 32, per il quale il lavoro di Franz von Zeiller «costituisce il primo spiraglio di un pensiero

del 1811, aveva già esplicitato la *Wohlfahrtsfunktion* del processo in uno scritto del 1808<sup>47</sup>. Mentre, quanto all'opportunità di guardare al processo civile anche dal punto di vista economico, questo era un punto già evidenziato dallo stesso Menger<sup>48</sup>.

Il merito di Klein, dunque, non è di aver evidenziato questi due elementi, ma di aver fatto per la prima volta di questi due aspetti le basi di un nuovo modello processuale, trasfuso, poi, nel nuovo codice di procedura civile austriaco del 1895. La disciplina del processo civile austriaco, infatti, senza dubbio alcuno «è stata la prima fra quelle relative agli ordinamenti processuali moderni a basarsi effettivamente sul fatto che il processo è fenomeno sociale di massa e che deve essere regolamentato quale istituto di benessere»<sup>49</sup>.

## 5. IL MODELLO PROCESSUALE ISPIRATO ALLA SOZIALFUNKTION KLEINIANA

Ciò che più interessa in questa sede, tuttavia, è il modello processuale al quale si ispira Klein al fine di consentire il perseguimento della *Sozialfunktion*. Sarà a questo modello, infatti, che la dottrina processual-civilistica guarderà anche in futuro quando intenderà riaffermare o riproporre – anche in tempi recenti – la concezione sociale del processo, sia pure nel senso ampio sopra richiamato.

Nel biennio 1890-1891 il *Privatdozent* Franz Klein espone le sue idee sul processo civile in una serie di articoli, «brillanti e pioneristici»<sup>50</sup>, pubblicati sul *Juristen Blätter*, poi raccolti successivamente nella sua opera più famosa (*Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprozessreform in Österreich*)<sup>51</sup>. Scritti nei quali stigmatizza i mali del sistema processuale austriaco del tempo e individua gli strumenti per migliorarlo. Lo scopo dichiarato era di individuare regole processuali che consentissero uno svolgimento del processo veloce ed economico, basato sui fatti come accaduti nella realtà (vale a dire sulla “verità sostanziale”, contrapposta alla “verità formale”, la verità come indicata dalle parti). Di qui l'esaltazione dei principi di immediatezza, oralità, pubblicità e libero convincimento del giudice (*Prinzipien der Unmittelbarkeit, Mündlichkeit, Öffentlichkeit und freien Beweiswürdigung*)<sup>52</sup>. Per raggiungere un simile obiettivo i formalismi processuali dovevano essere superati e al giudice doveva essere riconosciuto un ruolo attivo e preponderante nella conduzione e nell'organizzazione dell'attività processuale<sup>53</sup>.

Ma quali sono le soluzioni tecniche che Klein propone nella ricostruzione del nuovo modello processuale?

Possiamo individuarle in quattro profili fondamentali.

Anzitutto, l'articolazione del processo in due fasi, una preparatoria scritta e una principale orale, che dovrebbe svolgersi, ove possibile, in un'unica udienza. In questo vi è il fondamento del famoso principio di oralità poi ripreso in Italia da Chiovenda e cioè l'idea che la trattazione del processo, per essere realmente celere, deve svolgersi in maniera orale e in pubblica udienza, attraverso un contatto diretto fra giudice e parti. Ovviamente perché quest'obiettivo si raggiunga è indispensabile che la fase preparatoria (scritta) riesca a definire al meglio la fissazione del *quod decidendum* e del *quod probandum* e comunque si abbia una prima fondamentale udienza nella quale il giudice, in collaborazione con le parti, definisce il materiale di causa.

Strettamente collegata a questo primo profilo è, poi, l'applicazione del principio di preclusione, vale a dire

---

che viene ad acquistare piena rilevanza soltanto dopo il 1890 nell'opera di codificazione di Franz Klein».

47 F. von Zeiller, *Grundsätze über die Haupteigenschaften einer Civil-Gerichtsordnung*, in *Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Oesterreichischen Erbstaaten*, 1808, n. 3, p. 133 ss.

48 A. Menger, *Lo Stato socialista*, cit., p. 262, che, di conseguenza, criticava l'idea di K. Marx che il diritto sia da considerare una “iperstruttura”, un “epifenomeno” della sottostante struttura economica.

49 Così ancora R. Sprung, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, cit., p. 38; v. anche H.W. Fasching, *Die Weiterentwicklung des österreichischen Zivilprozessrechts im Lichte der Ideen Franz Klein*, in Hofmeister (ed.), cit., p. 101 s. Per una diversa conclusione F. Cipriani, *Nel centenario del Regolamento*, cit., p. 977 ss.

50 Così N. Trocker, *La concezione del processo di Franz Klein*, cit., p. 31.

51 F. Klein, *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprozessreform in Österreich*, Wien-Leipzig, 1891. In proposito v. anche P. Calamandrei, *L'opera di Francesco Klein e il processo civile austriaco*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, p. 80 ss.; F. Menestrina, *Francesco Klein*, ivi, 1926, p. 270 ss.

52 W. Kralik, *Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins in der Zivilprozessordnung von 1895*, cit., p. 89 ss.

53 G. Semeraro, *Il processo civile austriaco ed il suo funzionamento*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1914, p. 513 ss.; R. Stürner, *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen – von Deutschland aus gesehen*, in W. Habscheid (ed.), cit., p. 19. V. anche R. Sprung, *Le basi del diritto processuale civile austriaco*, cit., p. 24 ss.; J. König, *La ZPO austriaca dopo la riforma del 1893*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, p. 712 ss.; C.H. van Rhee, *Introduction*, in C.H. Rhee (ed.), *European Traditions*, cit., p. 3 ss.; W.H. Rechberger, *Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa*, in *Ritsumeikan Law Review*, 25 (2008), p. 101 ss., spec. p. 102 ss.

del principio per cui determinate attività processuali non possono più essere compiute dopo che sia scaduto il termine fissato per esse<sup>54</sup>. In effetti, il principio di preclusione, già elaborato da von Bülow<sup>55</sup>, viene utilizzato in questo contesto come «espedito», al quale il legislatore processuale ricorre «al fine di rendere certo, ordinato e sollecito» il cammino del processo e la «certezza delle situazioni processuali»<sup>56</sup>. In base a tale «espedito», dunque, il mancato esercizio di una determinata attività processuale ad opera delle parti entro un termine stabilito o il compimento di attività incompatibili con la prima determina la perdita del potere di compiere tale attività<sup>57</sup>. L'unica possibilità che le parti hanno, una volta che siano decadute dal potere processuale, è la c.d. rimessione in termini, concessa solo laddove la decadenza sia dipesa da cause no imputabili alla volontà della stessa parte.

Sempre nell'ottica della concezione sociale del processo civile si pone anche l'ampliamento dei poteri (anche istruttori) del giudice della singola causa, nel quale si individua l'«organo statale, a servizio del diritto, del bene comune e della pace sociale»<sup>58</sup>. Al giudice, quindi, va riconosciuto non solo il potere di direzione materiale del processo, ma anche ampi poteri istruttori e – soprattutto – il potere di formarsi il proprio convincimento sulla base della libera valutazione delle risultanze probatorie (principio del c.d. libero convincimento del giudice), senza alcun vincolo derivante dalle c.d. prove legali. In altri termini, va di pari passo con la concezione della funzione sociale del processo civile anche la convinzione che il processo deve tendere a produrre decisioni giuste e fondate sull'accertamento tendenzialmente veritiero dei fatti di causa e quindi deve essere configurato in modo da consentire di raggiungere un tale obiettivo<sup>59</sup>.

## 6. LA DIMENSIONE ETICA DEL PROCESSO

Connessa alla concezione del processo in chiave sociale è anche l'affermazione di una dimensione etica del processo, che nella riflessione kleiniana assume un'importanza centrale.

Da questo punto di vista, il pensiero di Klein è fortemente influenzato dall'idea che una delle cause dell'eccessiva durata del processo sia da rinvenire nel comportamento non corretto delle parti e dei loro difensori. Non a caso il suo *Habilitationsschrift* del 1885 era dedicato proprio al problema degli atti processuali di parte «colpevoli»<sup>60</sup> ed in esso ampio spazio veniva dedicato proprio al tema della menzogna nel processo (*Lüge im Prozesse*) ed alla storia delle sue sanzioni<sup>61</sup>.

Egli era convinto, di conseguenza, che il successo della riforma del processo civile dipendesse proprio dalla prevenzione dei comportamenti processuali delle parti non corretti<sup>62</sup>.

Si comprende bene, perciò, l'importanza che assume – nell'ambito del modello processuale «sociale» – il principio di collaborazione fra le parti, da cui scaturisce anche l'obbligo di informazione reciproca<sup>63</sup>. In

54 F. Klein, *Die schuldhafte Parteihandlung*, Wien, 1885, p. 42 ss. e p. 145 ss.

55 O. von Bülow, *Civilprocessualische Fiktionen und Wahrheiten*, in *Arch. civ. Praxis*, 62 (1879), p. 1 ss., spec. p. 59 ss.

56 A. Attardi, voce *Preclusione (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 893 ss., spec. p. 896.

57 Ed esattamente rileverà Attardi, voce *Preclusione*, cit., p. 903, che, intesa nei termini in cui l'intendeva Chiovenda, la preclusione diventa sinonimo di «decadenza» e serve «a cogliere e a contrassegnare un fenomeno di portata generale quando si presenti nel processo», senza che questo ne giustifichi una diversa (ed autonoma) qualificazione, «a meno che non si ritenga – ed allora in via generale – che si debbano configurare (o costruire) istituti diversi in relazione alle finalità che uno stesso fatto giuridico possa raggiungere nei vari campi del diritto: idea questa che ovviamente non può essere condivisa». In proposito v. anche Tesoriere, *Contributo allo studio delle preclusioni nel processo civile*, Padova, 1983, p. 72 ss. D'altra parte – rileva ancora Attardi (*ivi*, p. 909) – anche in ambito strettamente processuale «il principio di preclusione non sarebbe riferibile all'intero campo nel quale si abbiano preclusioni, operando solo se – dalla previsione di una preclusione – discenda per le parti l'onere di cumulare le possibili deduzioni per l'accoglimento o il rigetto della domanda».

58 F. Klein, *Zeit- und Geistesströmungen*, cit., p. 18 ss. In proposito v. anche F. Baur, *Potere giudiziale e formalismo processuale civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1965, p. 1689 ss.

59 M. Taruffo, *L'istruzione probatoria*, in *La prova nel processo civile*, cit., p. 111 ss.

60 F. Klein, *Die schuldhafte Parteihandlung. Eine Untersuchung aus dem Civilprocessrechte*, Vienna, 1885, spec. p. 145 ss., sulla quale v. anche la recensione di R. von Canstein, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, 1886, p. 523 ss., spec. p. 527 (dove si legge: «*Fleiss und guten Willen hat, sich ein so undankbares Thema, wie es die schuldhafte Parteihandlung ist, gewählt hat*»).

61 F. Klein, *Die schuldhafte Parteihandlung*, cit., p. 107 ss.

62 Osserva F. Klein, *Pro futuro*, cit., p. 31: «*Zum attachment, der Personalhaft wegen contempt of court, die nach englischem Rechte auch in Civilsachen ... verhängt werden kann, dazu sind wir noch lange nicht reif. Wie die Erfahrung zeigt, übersteigen schon die Geldstrafen unserer Gerichtsordnungen das Maß dessen, was unsere Weichherzigkeit und Wehleidigkeit an strengen Proceßpflichten zu ertragen vermag*». In proposito v. anche H. Schima, *Die österreichische Zivilprozessordnung im Lichte neuerer Prozesstheorie*, in *Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung 1898-1948*, cit., p. 250 ss.; W. Kralik, *Die Verwirklichung der Ideen Franz Kleins*, cit., p. 89 ss.; P. Oberhammer, *Richtermacht, Wahrheitspflicht und Parteienvertretung*, in W. Kralik-W.H. Rechberger (a cura di), *Konfliktvermeidung und Konfliktregelung, Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen*, XII, Vienna, 1993, p. 31 ss., spec. p. 47 ss.

63 F. Klein, *Pro futuro*, cit., p. 36 ss.

proposito, l'attenzione di Klein è al processo civile inglese e agli strumenti di *discovery*, dai quali scaturisce un generale dovere di informazione e di rivelazione (*disclosure*) di ciascuna parte nei confronti dell'altra e un severo apparato di sanzioni. Così come – in altra direzione – il principio di collaborazione fra parti e giudice nella formazione del materiale di causa (*Kooperationsmaxime*), e ciò al fine di far emergere l'effettiva verità dei fatti rilevanti per la decisione<sup>64</sup>.

Parimenti si comprende la ragione per cui – al fine di rendere più cogente il dovere delle parti di comportarsi *correttamente* in giudizio – venga prevista l'introduzione nella disciplina del processo anche del «dovere di verità» delle parti rispetto alle loro allegazioni, nel quadro di una sostanziale «rigenerazione» delle situazioni soggettive nel contesto processuale<sup>65</sup>.

Non si può dire, tuttavia, che la «lotta» contro la menzogna processuale sia una novità del pensiero kleiniano e della sua idea del processo. Si tratta solo della presa d'atto della necessità che il *divieto di menzogna* processuale venga rafforzato trasformandolo in *positivo dovere di verità*<sup>66</sup>.

Sebbene – sul versante opposto – non manchino autorevoli prese di posizione decisamente contrarie al riconoscimento giuridico del dovere di verità<sup>67</sup>, a cominciare da quella di Adolf Wach, il quale – sul presupposto che scopo del processo non è l'accertamento della verità (materiale), essendo questo un risultato certamente desiderabile, ma meramente casuale<sup>68</sup> – stigmatizza le opinioni contrarie<sup>69</sup>. E sebbene auspichi il superamento del

64 F. Klein, *Pro futuro*, cit., p. 24 ss.; Id., *Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses*, Wien, 1900, p. 96 s. In proposito v. anche P. Böhm, *Parteiautonomie versus Richtermacht*, cit., p. 158 s.; N. Trocker, *La concezione del processo di Franz Klein*, cit., p. 48 ss.; W.H. Rechberger, *Die Ideen*, cit., p. 103 s.

65 Infatti, di «*gründliche Regeneration auch des subjektiven Momentes in den Rechtspflege bei Parteien, Parteienvertretern und Gericht anschliesst*» parla P. Böhm, *Zu den rechtstheoretischen Grundlagen der Rechtspolitik Franz Kleins*, in *Forschungsband Franz Klein*, p. 191 ss.; v. anche Id., *Der Streit um die Verhandlungsmaxime. Zum Einfluss der Verfahrenstheorie des 19. Jahrhunderts auf das gegenwärtige Prozessverständnis*, in *Jus Commune VII*, Frankfurt a.M., 1978, p. 136 ss., spec. p. 152 ss.

66 Parlando della menzogna nel processo, Klein osserva – attraverso un'ampia analisi storica – come il divieto di menzogna nel processo (*Lügenverbot*) costituisca una componente costante nello sviluppo della legislazione processuale austriaca e che, di conseguenza, la codificazione giuseppina del 1781, nel prevedere una serie di conseguenze per la parte che avesse agito o resistito in giudizio «con manifesta ingiustizia o per mera petulanza» si poneva in perfetta continuità con il passato. Nel § 409 dell'*A.G.O.* si legge: «Quando al Giudice risulterà dall'Attitazione della causa, oppure dall'interposto Appello, o Revisione, che una Parte, o l'altra abbia agito con manifesta ingiustizia, o per mera petulanza, egli dovrà condannare la Parte colpevole, ed il Patrocinatore di essa in pena pecuniaria, o corporale a misura delle circostanze». Sui doveri delle parti nelle allegazioni fattuali v., in particolare, i §§ 3 e 5 dell'*A.G.O.* V. anche il § 11, dove si legge che «Le circostanze di fatto esposte dall'una delle Parti a suo favore, alle quali l'avversario non avrà contraddetto espressamente, e particolarmente nell'atto susseguente, si avranno per vere nella definizione della causa». Identiche previsioni si ritrovano nella *Westgalizische Gerichtsordnung* del 1797. E F. Klein, *Die schuldhaftige*, cit., p. 108 s., osserva che in entrambe le Ordinanze si ritrova il divieto di menzogna nel processo e si riconosce il dovere di verità delle parti, al punto che il diritto processuale austriaco potrebbe rappresentare il modello di riferimento delle future riforme («*beide Gerichtsordnungen verbietet Lüge, anerkennen die Wahrheitspflicht der Parteien als Rechtspflicht ... Das österreichische Prozessrecht konnte hierin das Muster jeder künftigen Rechtsbildung abgeben*»). In precedenza, nello stesso senso, e cioè che il divieto di menzogna, presente nell'*A.G.O.* giuseppina, andasse interpretato come «dovere giuridico di verità» anche A. Menger, *Die Lehre von den Streitparteien im österreichischen Civilprozess*, in *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, VII, Wien, 1880, p. 647 ss., spec. p. 653 s. In proposito v. anche, a proposito del tema della buona fede processuale, K. Schneider, *Treu und Glauben im Zivilprozeß und der Streit über die Prozessleitung. Ein Beitrag zur Beantwortung der Prozessleitungsfrage*, München, 1903, p. 7 ss.; Id., *Die Lüge im Zivilprozeß, in Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, 1 (1909), p. 393 ss., spec. p. 408 ss.; e l'ampio saggio di K.H. Görres, *Über das Verschulden im Prozesse (Culpa in processu)*, in *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, 34 (1905), p. 1 ss.; sul tema v. già, nella dottrina austriaca, J. Truttermann, *Bona fides im Civilprozeß. Ein Beitrag zur Lehre von der Herstellung der Urtheilsgrundlage*, München, 1892, spec. p. 73 ss.

67 Sebbene non si neghi il dovere morale per le parti di comportarsi correttamente in giudizio: v., in particolare, G. Spindler, *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess*, Hamburg, 1927, p. 14; H. Titze, *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess, in Festschrift für F. Schlegelberger zum 60. Geburtstag*, Berlin, 1936, p. 165; E. Wildermuth, *Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Düsseldorf, 1938, p. 34; G. Wurzer, *Die Lüge im Prozesse*, in *Z.Z.P.* 48 (1920), p. 463 ss., spec. p. 464; E. Heinitz, *Richtertag und Anwaltsstag*, in *Deutsche Juristen-Zeitschrift*, 1913, c. 993 ss., spec. c. 995; R. Schmidt, *Über Hellwigs Schrift "Die Lüge im Prozess"*, cit., c. 39 ss.

68 A. Wach, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung gehalten vor praktischen Juristen im Frühjahr 1879*, 2. Aufl., Bonn, 1896, p. 199: «*die Feststellung der Wahrheit ist ... nicht das Ziel des Civilprocesses und kann es nicht sein. Sie ist sein erwünschtes, aber nicht verbürgtes Resultat*»; solo nei processi inquisitori l'accertamento della «verità materiale» costituisce lo scopo del processo («*Die materielle Wahrheit ist als Prozesszweck nur denkbar in einem Officialverfahren, in einem Prozesse, der zur erschöpfenden Rekonstruktion des Thatbestandes nicht nur die Handhabe bietet, sondern die "freie Forschungsmaxime" als amtliche Verpflichtung der staatlichen Organe aufstellt*»); nei processi improntati al principio dispositivo, invece, la sentenza deve essere fondata solo su ciò che allegano e provano in giudizio («*Der civilprocessuale Beweis ist Parteienbeweis; die Parteien liefern dem Richter das Beweismaterial (indici fit probation), wie sie die Beweisthemata in ihren Behauptungen liefern. Der Beweis untersteht der Verhandlungsmaxime und dem Zweiparteienverhältniss. Aus jener folgt, dass die Vollständigkeit der Urtheilsgrundlage nicht verbürgt ist, aus diesem folgt die Vertheilung der Beweislast und der Beweise mit allen ihren hochwichtigen, die amtliche Feststellung des wahren Sachverhaltes ausschliessenden Eigenthümlichkeiten*»: *ivi*, p. 202-203). Per una posizione sostanzialmente identica circa il problema dell'accertamento della verità dei fatti come risultato meramente eventuale del processo v. anche O. von Bülow, *Das Geständnisrecht. Ein Beitrag zur Allgemeinen Theorie der Rechtshandlungen*, Freiburg-Leipzig-Tübingen, 1899, p. 245; M. Pagenstecher, *Zur Lehre von der materielles Rechtskraft*, Berlin, 1905, p. 179 ss. e p. 217. In argomento rinviamo al nostro *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, p. 221 ss. E' in questo contest, infatti, che si profila anche l'equiparazione delle *Tatsachenbehauptungen* a vere e proprie *Willenserklärungen*: v., per tutti, A. Wach, *Defensionspflicht und Klagerecht*, in *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, VI (1879), p. 515 ss., spec. p. 555 ss.; Id., *Vorträge*, cit., p. 60 ss.; Id., *Das Geständnis*, in *A.c.P.*, 1907, p. 1 ss., spec. p. 137; J. Kohler, *Der Prozess als Rechtsverhältniss*, Mannheim, 1888, p. 34; F. Stein, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des Konkursrechts*, Tübingen, 1924, p. 163.

69 A. Wach, *Grundfragen und Reform des Zivilprocesses*, Berlin, 1914, p. 28 ss.: «*Solche [die Wahrheitspflicht] wird behauptet. Aber es besteht dem Richter gegenüber wie keine Erscheinungs-, so keine Aussage- noch Wahrheitspflicht; dem Gegner gegenüber zwar Erklärungs-, aber nicht Wahrheitspflicht*» (p. 31); ne deriva che «*Die Wahrheitspflicht der Partei ist eine freie Erfindung ideologischer oder phraseologischer Theorie*» (p. 32). V. anche dello stesso A. Wach, *Defensionspflicht und Klagerecht*, cit., p. 547. In termini non dissimili, come abbiamo visto, anche R. Schmidt, *Über*

«falso formalismo» nelle attività processuali, anche a prezzo di un ridimensionamento del principio dispositivo in sede probatoria (*Verhandlungsmaxime*)<sup>(70)</sup>, aggiunge anche che, laddove una disposizione che imponesse il dovere di verità alle parti fosse stata introdotta, essa si sarebbe posta comunque in contrasto proprio con il principio dispositivo, con la signoria delle parti sul processo<sup>71</sup>, con l'essenza più profonda del processo civile<sup>72</sup>.

## 7. PREMESSE ALLA «FUNZIONE SOCIALE» DEL PROCESSO: LE TEORIE PUBBLICISTICHE SULL'AZIONE E SUL RAPPORTO GIURIDICO PROCESSUALE

Ovviamente, il percorso che porterà dal codice liberale-napoleonico alla *Z.P.O.* austriaca e dunque al primo codice «sociale» verrà favorito dall'emergere, nel corso della prima metà del XIX secolo e soprattutto nella dottrina tedesca, delle teorie pubblicistiche sull'azione e sul rapporto giuridico processuale, che costituiscono senza dubbio i «pinnacoli gotici di astratta costruzione» intorno ai quali si sarebbe sviluppata la riflessione dottrinale di quegli anni e avrebbero preso corpo la trasformazione della «procedura civile» in «diritto processuale civile»<sup>73</sup>, con la conseguente evoluzione dello studioso di questa materia da «bracciante della giurisprudenza»<sup>74</sup> a sofisticato architetto di un compiuto sistema processuale.

Non bisogna dimenticare, infatti, che prima di arrivare alla compiuta elaborazione di Klein sulla *Sozialfunktion* del processo civile vie era già stata, nel 1856-1857, la famosa polemica Windschedi-Muther sulla natura dell'azione. Si era già affermata, cioè, l'idea che l'*actio* non potesse più essere intesa come «pretesa» (*Anspruch*) nei confronti dell'obbligato rispetto al diritto fatto valere in giudizio, ma come diritto soggettivo pubblico nei confronti dello Stato che deve concedere la tutela giuridica del diritto soggettivo privato violato.

Di conseguenza, partendo dalla nota formula di Celso, si arriva a ritenere che essa non escluda affatto la possibilità che all'azione si dia un contenuto autonomo dal diritto soggettivo sostanziale e che essa stessa venga ricostruita – in quanto «espressione» e non «emanazione» del *jus civile* (come rilevava Windscheid: «*die Actio ist anstatt des Rechtes; sie ist nicht ein Ausfluss des Rechtes*») (75) – come vero e proprio diritto, sia pure di natura sussidiaria, in quanto tendente all'attuazione di un altro diritto<sup>76</sup>, un «diritto alal difesa processuale»

Hellwigs Schrift “*Die Lüge im Prozess*”, cit., c. 39 ss.

- 70 A. Wach, *Grundfragen und Reform*, cit., p. 1 ss., p. 14 ss. e p. 17 ss.; su cui v. anche la recensione di P. Calamandrei, *Questioni fondamentali e riforma del processo civile*, in *Il diritto commerciale*, 1914, p. 507 ss., ora in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, I, Napoli, 1965, p. 55 ss., da cui si cita.
- 71 In proposito, v. A. Wach, *Vorträge über die Reichscivilprozessordnung*, cit., p. 39 ss., dove la determinazione del principio dispositivo «*nur negativ ...: kein Prozessbeginn ohne Parteiantrag, keine Prozessfortsetzung wider Parteiwillen, keine Octroyirung processuale oder materieller Vortheile, keine Officialbeschaffung von Processstoff*»; nel senso del contrasto del *Wahrheitspflicht* con il *Verhandlungsmaxime*, con la disciplina sulla confessione (*Geständnisrecht*) e con il sistema dell'onere della prova (*Beweislastsystem*) A. Philipsborn, *Wahrheitspflicht, Prozessbetrug und Prozessschikane*, cit., p. 193 s.; M. Grünhut, *Zur Lehre vom Prozessbetrug*, in *Rhein. Zeitung*, 1913, p. 127 ss., spec. p. 132.
- 72 A. Wach, *Grundfragen und Reform*, cit., p. 31 ss.: «*Und die Zivilpartei sollte rechtlich verpflichtet sein, um der Wahrheit ... willen als Zeuge in eigener Sache gegen ihr eigenes Fleisch zu wüten? Wer das behauptet, ermangelt der tieferen Einsicht in das Wesen des Zivilprozesses*» (p. 35).
- 73 Per usare la bella immagine di P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, p. 42.
- 74 Per riprendere un'espressione di Carlo Lessona riportata da F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., p. 47.
- 75 B. Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, p. 4, che prosegue: «*man kann eine Actio haben, ohne ein Recht zu haben, und keine Actio, wenn Einem ein Recht zusteht*». Ma v. anche M. Wlassak, *Actio*, in A.F. Pauly-G. Wissowa, *Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, I, Stuttgart, 1893, c. 303 ss.; e ancora H. Degenkolb *Einlassungszwang und Urteilsnorm. Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Anerkennungsklagen*, Leipzig, 1877, rist. Aalen, 1969, p. 5 s.; Id., *Die Lehre vom Prozessrechtsverhältniss*, in *A.c.P.*, 103 (1908), p. 385 ss., il quale riprende la definizione del processo come «*öffentlich-rechtlichen Prozessverhältniss*» già elaborata da Oskar von Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868, p. 2 ss.; Id., *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts. Betrachtungen aus Anlass von Richard Schmidt Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, in *Z.Z.P.*, 27 (1900), p. 201 ss., spec. p. 202-204; su questa ricostruzione del fenomeno processuale v. anche A. Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrecht*, I, Leipzig, 1885, p. 35 ss. e p. 39 ss., e poi, come noto, G. Chiovenda, *Principii*, cit., p. 845 ss.; Id., *Istituzioni*, cit., I, p. 47 ss.; Id., *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Saggi di diritto processuale civile*, rist., II, Milano, 1993, p. 375 ss.; Id., *Del sistema degli studi del processo civile*, ivi, I, p. 227 ss.; E. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 100 ss.; A. Segni, *Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, I, p. 74 ss. Su questa teorizzazione v. anche M. Ricca Barberis, *Due concetti infelici: «negozio» e «rapporto processuale»*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, II, p. 191 ss.; Id., *Progresso e regresso intorno ai concetti di negozio e rapporto processuale*, ivi, 1931, I, p. 170; S. Satta, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 32 ss.; L.P. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione*, Padova, 1970, p. 48 ss.; M. Taruffo, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, p. 1133ss.; G. Tarello, *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, a cura di R. Guastini e G. Rebuffa, Bologna, 1989, p. 23 ss. e p. 137 ss.
- 76 G. Chiovenda, *Principii*, cit., p. 29 ss.; su questo fenomeno di «separazione», ormai considerato un dato indiscutibile nell'ambito della tradizione giuridica continentale, v. anche W. Heckel, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970, p. 5 ss.; Zöllner, *Materielles Recht und Prozessrecht*, in *Arch. civ. Praxis*, n. 190 (1990), p. 471 ss., spec. p. 473. Lo stesso Chiovenda rileverà che «questo concetto dell'autonomia dell'azione, se fu messo in evidenza dalle polemiche sull'*actio*, fu però dal Wach utilizzato e sviluppato, prima come caposaldo del suo trattato ..., indi come argomento della monografia sull'azione di accertamento» (*Adolfo Wach*, cit., I, p. 265). Anche F. Menestrina, *Adolfo Wach*, in *Nss. Dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 1074 ss., osserva che egli «portò definitivamente lo studio del problema processuale su una base di diritto pubblico, con piena affermazione dell'autonomia del processo di fronte al diritto soggettivo che ne forma l'oggetto».

(«*Recht auf zivilprozessualen Schutz*»)<sup>77</sup> di natura pubblicistica, distinto dall'«oggetto materiale» della controversia («*materielle Streitgegenstandstheorien*»)<sup>78</sup>. Profilo ben evidenziato da Alessandro Pekelis quando scrive che «se nella teoria dell'azione il Savigny è sostanzialmente rimasto monista, negando all'azione la qualità di diritto autonomo, i processualisti posteriori, nel creare il dualismo dei due diritti soggettivi indipendenti, quello materiale e quello processuale, hanno in sostanza seguito quel dualistico ordine di idee che ha ispirato il passo ... [di] Savigny intorno alla coesistenza equivalente del diritto popolare e del diritto legislativo»<sup>79</sup>.

Si apriva così la strada alla netta distinzione fra «pretesa» (*Anspruch*), come potere giuridico sostanziale ad ottenere mediante il giudizio il compimento dell'atto o l'omissione prescritti dalla norma sostanziale, e *actio* in senso processuale (o potere processuale di agire)<sup>80</sup> ovvero potere di «perseguire per modo di dire e non per modo di fare»<sup>81</sup>, e dunque non identificabile con il diritto soggettivo sostanziale: l'*humus* ideale per la definitiva separazione scientifica fra «diritto sostanziale» e «processuale» e la riconduzione di quest'ultimo, pur nell'«intreccio continuo dell'interesse generale e dell'interesse individuale», agli ambiti del «diritto pubblico»<sup>82</sup>.

In questa direzione, come si sa, si mosse anche la teoria dell'azione in senso astratto (l'*abstrakte publicistische Klagrecht*, elaborata in Germania da Degenkolb), la quale, affermando la piena autonomia del diritto processuale da quello sostanziale, poneva l'accento sul profilo pubblicistico dei rapporti fra le parti e il giudice.

E a valle di questa riflessione si era anche avuta l'elaborazione, sempre da parte della dottrina tedesca, della nozione di rapporto giuridico processuale, sebbene si registrasse una contrapposizione fra chi vedeva nel processo un rapporto giuridico pubblico originato dalla domanda giudiziale e concluso dalla sentenza (von Bülow) e chi, invece, era convinto che alla base del processo vi siano due rapporti giuridici, quello delle parti fra di loro e quello fra le parti e il giudice (Wach).

Si deve soprattutto a queste teorie (quella dell'azione astratta di natura pubblicistica e del rapporto giuridico processuale pubblico) – di derivazione dalla dottrina tedesca – il merito di aver sottolineato la natura pubblica degli scopi del processo civile, riconducendoli all'attuazione della legge generale ed astratta al caso concreto e alla realizzazione della giustizia sostanziale. Una simile impostazione, oltre a offrire una valida base per il riconoscimento della funzione strumentale del processo, influì anche sugli studiosi di ascendenza liberale, che riconobbero, accanto all'interesse individualistico della tutela del diritto soggettivo, anche quello pubblicistico all'attuazione del diritto obiettivo come scopo del processo<sup>83</sup>.

## 8. LA DIFFUSIONE DELLE IDEE SULLA SOZIALFUNKTION DEL PROCESSO

E' indubbio che le idee sulla «funzione sociale» del processo civile, elaborate da Klein, ebbero molto

77 Così A. Wach, *Der Feststellungsanspruch. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, in *Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Bernard Windscheid zum 22.12.1888*, Leipzig, 1888, p. 73 ss. Non a caso F. Menestrina, *Adolf Wach*, cit., p. 1074, sottolineerà che proprio A. Wach «portò definitivamente lo studio del problema processuale su una base di diritto pubblico, con piena affermazione dell'autonomia del processo di fronte al diritto soggettivo che ne forma l'oggetto».

78 Alla base della ricostruzione di B. Windscheid, *Die Actio des römischen Civilrechts*, cit., p. 5 ss.; sulla stessa lunghezza d'onda F. Lent, *Die Gesetzkonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, Leipzig, 1916, rist., Aalen, 1970, p. 9 ss.; Id., in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, II, p. 315 ss., spec. p. 323, per il quale «*Gegenstand der Entscheidung und Rechtskraft ist ein bestimmtes konkretes materielles Recht*»; A. Blomeyer, *Zum Urteilgegenstand im Leistungsprozess*, in *Festschrift für F. Lent*, München-Berlin, 1957, p. 43 ss., spec. p. 51 ss.; più di recente, per la *neuere materiellrechtliche Theorien*, A. Georgiades, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, München, 1967, p. 163 ss. e p. 247 ss.; W. Henckel, *Parteilehre und Streitgegenstand*, Heidelberg, 1961, p. 272 ss.; P. Arens, *Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen*, in *A.c.P.*, 1970, p. 392 ss.; B. Rimmelspacher, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme*, Göttingen, 1970, p. 16 ss. e p. 168 ss.

79 A. Pekelis, voce *Azione (teoria moderna)*, in *Nss. Dig. it.*, II, Torino, 1968, p. 29 ss., spec. p. 38; la voce pubblicata nel 1968 è la stessa già pubblicata da Pekelis nel *Nuovo Dig. it.* nel 1937.

80 Ancora B. Windscheid, *Die Actio*, cit., p. 6: «*Die Actio ist also anstatt des Anspruches*». In proposito v. che B. Biondi, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, in *Conferenze per il XV centenario delle Pandette*, Milano, 1931, p. 135 ss. e A. Pekelis, voce *Azione (teoria moderna)*, cit., p. 33.

81 Così A. Pekelis, voce *Azione (teoria moderna)*, cit., p. 33: «ad un certo momento, l'energico e potente agire del singolo, la sua *actio* diventa *nihil aliud quam* (ed è quel processo di trasformazione che potrebbe spiegare questa forma polemica della definizione celsiana), nient'altro che *ius «iudicio» persequendi*, la possibilità di perseguire a mezzo del giudice, cioè un perseguire per modo di dire e non per modo di fare».

82 G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 102; in proposito v. anche F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 216, dove la netta affermazione per cui «il processo civile non si fa mai nell'interesse delle parti», in quanto «l'interesse delle parti è un mezzo per il quale lo scopo pubblico del processo si attua»; ma v. anche R. Orestano, voce *Azione*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 785 ss., il quale evidenzia come proprio in questo periodo «l'elaborazione del *diritto privato*, inteso come sistema dei diritti soggettivi, e quella del *diritto pubblico*, inteso come l'insieme delle norme di organizzazione dell'ordinamento politico, cominciarono ad andare ciascuna per la propria strada, facendo capo a fondazioni diverse, l'una basandosi sugli attributi *originari* della persona, l'altra sugli attributi *originari* dello Stato e della sovranità»; A. Proto Pisani, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in *Quad. fiorentini*, n. 28 (1999), I, p. 713 ss.

83 A. Pekelis, voce *Azione (teoria moderna)*, cit., p. 32.

influenza in Europa per un lungo periodo di tempo. Dapprima, l'influenza più significativa si ebbe in Germania, dove, accanto a interventi favorevoli alla nuova impostazione<sup>84</sup>, si ebbero anche – come abbiamo visto – autorevoli prese di posizione decisamente contrarie<sup>85</sup>. Sebbene alla fine la direzione seguita anche dal legislatore tedesco fu proprio quella indicata da Klein<sup>86</sup>.

Presto, però, l'influenza si estese anche al resto d'Europa: dai Paesi Bassi, alla Scandinavia, alla Grecia. E, ovviamente, anche all'Italia, dove la dottrina presto si interessò alle nuove idee e al nuovo modello processuale, talvolta indirettamente, per il tramite della dottrina tedesca<sup>87</sup>.

In Italia, infatti, fra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, si registra una forte reazione alle idee sul processo civile fino ad allora prevalenti e di derivazione francese e un'adesione sempre più convinta in parte alle idee di derivazione germanica sul rapporto giuridico processuale e in parte a quelle kleiniane. Come è stato autorevolmente rilevato, sul finire del XIX secolo la processualistica italiana aveva di fronte a sé due serie alternative. O rinunciare «a un suo ruolo autonomo, a un suo coinvolgimento nella dinamica evolutiva dell'ordinamento giuridico»<sup>88</sup> e adagiarsi nella «misera condizione»<sup>89</sup> della scuola esegetica, che aveva il suo massimo esponente nella figura di Luigi Mattiolo, ma che annoverava personalità come Borsari, Ricci, Gargiulo e Cuzzi, e nell'ambito della quale «la Francia era, in linea di scienza giuridica, la nostra fornitrice esclusiva»<sup>90</sup>. Oppure, «scrollata[s] di dosso il pesante fardello dell'esegesi»<sup>91</sup>, aprirsi alle novità che venivano dalla processual-pandettistica tedesca, nonostante che «per gli italiani di quelle generazioni valeva il mortificante ostacolo candidamente confessato dai glossatori: *graecum est, non legitur*» e «le opere dei tedeschi erano tesori nascosti»<sup>92</sup>.

Nella scelta fra queste due alternative e nel prevalere della seconda l'incidenza di Chiovenda (e del suo maestro, Vittorio Scialoja) fu decisiva. Egli, «*dominus* incontrastato della procedura civile italiana»<sup>93</sup>, che – come sottolineerà Carnelutti al momento della morte – «non fu, purtroppo, ma avrebbe voluto e dovuto essere il Klein italiano»<sup>94</sup>, nei suoi scritti del tempo guarda con molto favore alla nuova *Z.P.O.* austriaca e all'impostazione che la sorreggeva<sup>95</sup>. Ed anzi – lo noterà Giovanni Tarello molto tempo dopo – «in Italia la fortuna della riforma austriaca si identifica con l'opera di Giuseppe Chiovenda e con la fortuna di quest'ultima»<sup>96</sup>.

84 V., ad es., O. Bähr, *Die neuen österreichischen Civilprozess-Gesetzentwürfe*, in *Z.Z.P.*, 19 (1894), p. 79.

85 V., in proposito, R. Schmidt, *Über Hellwigs Schrift "Die Lüge im Prozess"*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1909, c. 39 ss., in chiara polemica con quanto aveva scritto K. Hellwig, *Die Lüge im Prozess*, in *Die Woche*, 40 (1908), p. 1715 ss.; in proposito v. la replica di K. Hellwig, *Die Lüge im Prozesse*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, n. 3 (1909), c. 162 s.; G. Zani, *La mala fede nel processo civile*, cit., p. 152 ss.; sul complessivo dibattito circa l'opportunità di introdurre le modifiche ispirate alle idee kleiniane v. anche A. Wach, *Die Mündlichkeit in österreichischen Civilprozess-Entwurf*, Wien, 1895, p. 17 ss. Per le «riserve» che Wach manifestava nei confronti del codice kleiniano (e delle idee del suo autore) v. – oltre a quanto lo stesso A. scrisse sul progetto di riforma – F. Menestrina, *Adolf Wach*, cit., p. 1074; C. Consolo, *Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, in *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895, in Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di N. Picardi e A. Giuliani, Milano, 2004, p. XXXVII ss., spec. p. XLVII. Nei confronti del modello kleiniano v. anche lo scetticismo di F. Stein, *Die Reform des Zivilprozesses*, in *Der Zivilprozess, Rechtslehre, Rechtsvergleich, Gesetzesreform*, Mannheim, 1922, p. 55 ss.

86 V., in proposito, R. Sprung, *Die Ausgangspositionen*, cit., p. 7 ss.; J. Damrau, *Der Einfluss der Ideen Franz Kleins auf den deutschen Zivilprozess*, in *Forschungsband Franz Klein*, cit., p. 157 ss., spec. p. 166 ss.; W. Jelinek, *Einflüsse des österreichischen Zivilprozessrechts auf andere Rechtsordnungen*, in W.J. Habscheid (a cura di), *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Bielefeld, 1991, p. 41 ss., spec. p. 56 ss.; P. Gottwald, *Die österreichische Zivilprozessordnung aus deutscher Sicht*, in P.G. Mayr (a cura di), *100 Jahre österreichische Zivilprozessgesetze*, Vienna, 1998, p. 179 ss.; W.H. Rechberger, *Die Ideen Franz Kleins und ihre Bedeutung für die Entwicklung des Zivilprozessrechts in Europa*, in *Ritsumeikan Law Review*, 25 (2008), p. 101 ss., spec. p. 104 ss.

87 S. Chiarloni, *Civil Justice and its Paradoxes: An Italian Perspective*, in A. Zuckerman-S. Chiarloni-P. Gottwald, *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford, 1999, p. 263 ss., spec. p. 265 s.; M. Cappelletti-J. Perillo, *Civil Procedure in Italy*, The Hague, 1965, p. 174 s.

88 Così P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 7, con riferimento all'atteggiamento psicologico del giurista esegetico.

89 Così si esprime, a proposito della scuola esegetica, G. Chiovenda, *Lodovico Mortara*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 100.

90 F. Carnelutti, *Scuola italiana del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, p. 238; ma v. già Id., *Metodi e risultati degli studi sul processo in Italia*, in *Foro it.*, 1939, IV, p. 73 ss., dove – dopo aver distinto fra periodo «esegetico» e periodo «sistematico», con riferimento a quest'ultimo individua due fasi: una prima, nell'ambito della quale vengono elaborate «alcune teorie particolari», come quella di Carlo Lessona sulle prove e di Lodovico Mortara sulla giurisdizione; e una seconda fase, quella di Chiovenda, che introduce in Italia per la prima volta i «grandi problemi della scienza del processo: l'autonomia dell'azione, il valore della cosa giudicata, la natura della sentenza, la concezione del processo come rapporto tra soggetti».

91 P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 12.

92 F. Carnelutti, *Scuola italiana*, cit., p. 238. V. anche Al. Rocco, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, p. 303; più di recente G. Tarello, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale*, in *Dottrina del processo civile*, a cura di R. Guastini e G. Rebuffa, Bologna, 1980, p. 119 ss.; Id., *La "scuola dell'esegesi" e la sua diffusione in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano, 1969, p. 274 ss.

93 Così, con riferimento a Chiovenda, F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., p. 3.

94 F. Carnelutti, *Addio Chiovenda*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, p. 121.

95 V. B. König, *Die österreichische Zivilprozessordnung und das Königreich Italien*, in *JBl*, 1981, p. 587; in precedenza, N. Alcalá-Zamora y Castillo, *La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda*, in *Rev. Der. Proc.*, Buenos Aires, 1947, I, p. 389 ss.

96 G. Tarello, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto di secolo* (1977), in *Dottrine del processo civile*, a cura di R. Guastini e G. Rebuffa, Bologna, 1989, p. 23.



In proposito, un punto merita di essere opportunamente chiarito. Spesso si sostiene, infatti, che il superamento della scuola esegetica alla nuova scuola processualcivilistica avvenga esclusivamente sul piano metodologico: dall'esegesi si passa all'esame funzionale degli istituti processuali e poi alla ricostruzione sistematica. In realtà, a ben vedere, la novità del metodo è una conseguenza del nuovo modo di guardare al processo e di esaltarne la funzione pubblicistico-sociale, nella acquisita consapevolezza che «nei rapporti tra la parte e il giudice si ripresenta il più vasto problema dei rapporti tra il cittadino e lo Stato»<sup>97</sup>.

## 9. LE REAZIONI DELLA DOTTRINA ITALIANA ALL'INIZIO DEL XX SECOLO

Nel modo con cui la dottrina del tempo reagisce all'impostazione puramente liberale sul processo civile, spingendo per una "curvatura" pubblicistica e sociale della stessa, possiamo distinguere due atteggiamenti diversi.

Un primo, di impostazione più pragmatica, guarda all'affermazione dell'impostazione pubblicistica del processo civile nell'ottica di una migliore affermazione della giustizia sostanziale e non formale fra le parti e al superamento, in sede processuale, delle loro disuguaglianze economiche e sociali (e in questo primo orientamento possiamo ricomprendere Mortara, Lessona e, soprattutto con riferimento agli scritti giovanili, Redenti). In questo caso l'attenzione si rivolge solo ad alcuni aspetti del modello processuale ispirato alla funzione sociale e, più in particolare, alla funzione del giudice all'interno del processo con specifico riferimento alle controversie che riguardino le classi sociali dei non abbienti o comunque più deboli.

Il secondo atteggiamento, invece, di impostazione sistematica, valorizza soprattutto la funzione pubblicistica e sociale del processo civile nell'ottica della costruzione di un modello ideale di processo che potesse sostituire quello di tipo liberale, nell'ambito del quale, tuttavia, flebile e di facciata appare il riferimento al perseguimento dell'uguaglianza sostanziale. Ciò nella convinzione – molto forte in un'epoca, come quella degli inizi del XIX secolo, di forte individualismo – che non possa essere attribuito al giudice e al processo civile il compito di contribuire a risolvere determinati problemi sociali, né che le questioni sociali possano influenzare la disciplina processuale<sup>98</sup>.

Ed è l'impostazione – di cui vi è traccia in qualche processualista «minore» di ascendenza accentuatamente liberale<sup>99</sup> – che caratterizzerà soprattutto l'opera di Chioyenda, poi seguita dalla maggioranza della processualcivilistica di quei decenni e dei decenni successivi. In questo caso, effettivamente, l'attenzione è rivolta all'intero modello processuale elaborato da Klein e l'obiettivo che questa dottrina si prefigge è l'introduzione – mediante una complessiva riforma del c.p.c. del 1865 – di tale modello come modello generale utilizzabile per tutte le controversie.

## 10. L'IMPOSTAZIONE «PRAGMATICA»: MORTARA, LESSONA, REDENTI

Come già detto, ancor prima che Chioyenda comparisse da protagonista sulla scena della processualistica italiana, le tendenze ad una ricostruzione sociale e pubblicistica del processo civile erano già emerse, seguendo percorsi ben diversi da quelli della trasposizione o dell'«assorbimento» (per dirla con Satta)<sup>100</sup> dei risultati raggiunti dalla nuova dottrina tedesca e prodotti dagli insegnamenti di Klein.

Ci si riferisce, anzitutto, alla ricostruzione del processo civile che Lodovico Mortara aveva offerto sia

97 Così P. Calamandrei, *Lodovico Mortara*, in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, p. 211, secondo il quale «il merito della nuova scuola processualistica non è stato tanto quello di aver abbandonato per la ricostruzione degli istituti quel metodo esegetico, che può aver tuttora, e potrà avere nell'avvenire, la sua funzione, quanto quello di aver illuminato un aspetto del diritto processuale che la scuola esegetica aveva del tutto trascurato, cioè l'aspetto di ordine pubblico e, si potrebbe dire, di ordine costituzionale, che si scopre in tutte le norme del processo».

98 Significativo, al riguardo, quanto scrive U. Cao, *Esigenze sociali e individualismo nel processo civile*, in *Scritti giuridici per G. Chironi*, Torino, 1915, p. 41 ss., spec. p. 72, dove anche la significativa invocazione «restiamo fedeli al principio della libertà!». Osserva M. Cappelletti, *Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*, in Id., *Giustizia e società*, cit., p. 38, in nota 48, che «l'ingenuità dell'impostazione del Cao sembra oggi quasi risibile, se non fosse per il fatto che la sua invocazione ... aveva già allora troppo smaccato sapore di giustificazione del privilegio».

99 U. Cao, *Esigenze sociali*, cit., p. 42 ss.; Id., *Per la riforma del processo civile. Ricerche di sistema e tentativi di applicazione*, Cagliari, 1912, p. 35 ss., dove anche ampie critiche alla riforma austriaca del 1898. In proposito v. anche G. Monteleone, *Ricordo di Umberto Cao*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 931 ss.

100 S. Satta, voce *Diritto processuale civile*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 1100 ss., spec. p. 1102.

nei *Principi di procedura civile*<sup>101</sup>, che nel primo volume del *Commentario* dedicato interamente all'esposizione della «teoria e sistema della giurisdizione civile».

Mortara, che – come osservò Calamandrei – allo studio del processo civile era arrivato «non saltandovi dal diritto privato, ma scendendovi dal diritto costituzionale»<sup>102</sup>, aveva già espresso le sue idee a favore del perseguimento dell'uguaglianza sostanziale nella prolusione pisana del gennaio 1889, significativamente intitolata *La lotta per l'uguaglianza*. In quella sede, infatti, egli aveva già rilevato che «l'uguaglianza di diritto non contiene l'uguaglianza di fatto. Anzi il principio della uguaglianza di diritto non ha valore pratico se non in quanto suppone le disuguaglianze di fatto che nell'ordine di natura sono inevitabili. Ma l'uguaglianza di diritto applicata ad uno stato di disuguaglianza di fatto stabilisce una necessaria *tendenza* alla diminuzione di quest'ultima ed una necessaria *aspirazione* al suo totale cancellamento»<sup>103</sup>. Di conseguenza, «l'uguaglianza di diritto degli uomini non è ... una utopia, ma un fatto reale»<sup>104</sup>, da cui «vedremo esserne scaturita la nozione dello Stato non più come fine a sé stesso, ma come strumento al fine della società, che è poi quello dell'individuo»<sup>105</sup>.

Idee, queste, che come si vedrà – sulla base dell'espressa costituzionalizzazione di tale principio nell'art. 3 della Carta costituzionale del 1948 – saranno riprese e rilanciate dai sostenitori della tesi della funzione sociale del processo civile come strumento di realizzazione della giustizia sostanziale.

Egli parte dall'idea costituzionale della funzione giurisdizionale come «garanzia del diritto obbiettivo, ottenuta mediante la difesa dei diritti subbiettivi»<sup>106</sup>. La funzione della giurisdizione – secondo Mortara – non è altro che «la difesa del diritto obbiettivo, in virtù della quale ottengono protezione le facoltà soggettive al medesimo conformi», mentre «non è corretto il dire, come pur si suole da molti, che la difesa di queste facoltà, cioè dei diritti subbiettivi, è il suo scopo unico o per lo meno principale»<sup>107</sup>.

Sulla base di queste premesse, Mortara arriva a ripensare il processo civile in una chiave squisitamente pubblicistica e sociale: dall'azione al rapporto giuridico processuale di diritto pubblico, avulso dal rapporto sostanziale, al ruolo del giudice chiamato ad applicare la norma giuridica al caso concreto. Ed è significativo, in proposito, il parallelismo che è stato avanzato (da Tarello)<sup>108</sup> fra l'impostazione di Mortara e alcuni orientamenti, in particolare di Bülow, che nello stesso torno di tempo andavano diffondendosi nella dottrina tedesca, parallelismo probabilmente giustificato dal fatto che entrambi si rifacevano – sia pure per strade diverse – alla teoria dei diritti soggettivi pubblici di Gerber e Laband<sup>109</sup>. E dunque, a ben riflettere e senza la necessità di riproporre la sterile discussione sulla più esatta collocazione di Mortara come ultimo esponente della scuola esegetica o come primo di quella sistematica<sup>110</sup>, per una strada diversa da quella che poi seguirà Chiovenda era già entrata nella riflessione della nostra dottrina sul processo civile l'idea che in esso vi fosse ben più della sola difesa dei diritti soggettivi privati.

Lungo il medesimo percorso si muove anche il suo allievo Carlo Lessona, che espone le sue idee in

101 L. Mortara, *Principi di procedura civile*, Firenze, 1890.

102 P. Calamandrei, *Lodovico Mortara*, cit., p. 214, il quale aggiunge che Mortara cercò nel processo «non lo strumento per far vincere le cause ai litiganti, ma il mezzo per attuare lo scopo più augusto dello Stato di diritto, che è la giustizia».

103 L. Mortara, *La lotta per l'uguaglianza. Prolusione al Corso di Diritto costituzionale fatto per incarico nell'Università di Pisa* (14 gennaio 1889), in *Quaderni fiorentini*, 19 (1990), p. 145 ss., spec. p. 160 (corsivi nel testo). Per un'impostazione non dissimile v. U. Ferrone, *Il processo civile moderno (Fondamento, progresso, civiltà)*, Santa Maria Capua Vetere, 1912, p. 43 ss., sul quale v. anche la recensione di K. Schneider, in *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, 43 (1913), p. 147 ss.

104 L. Mortara, *La lotta*, cit., p. 160.

105 L. Mortara, *La lotta*, cit., p. 161.

106 L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, cit., p. 1 ss.; v. anche Id., *Lo Stato moderno e la giustizia*, Torino, 1885.

107 L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I, cit., p. 17; v. anche Id., *Commentario*, cit., IV, Milano, 1908, p. 168 s., dove la riaffermazione che il fine istituzionale del processo si rinviene nella «conservazione o difesa del diritto obbiettivo nell'occasione e con lo scopo immediato pratico di dichiarare e reintegrare il diritto subbiettivo di un litigante»; Id., *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1929, p. 17.

108 G. Tarello, *La riforma processuale in Italia*, cit., p. 50 ss.

109 Così G. Tarello, *La riforma*, cit., p. 51.

110 P. Calamandrei, *Lodovico Mortara* (1937), in *Opere giuridiche*, X, Napoli, 1978, p. 156 ss.; F. Carnelutti, *Scuola italiana del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, p. 233 ss.; S. Satta, *Attualità di Lodovico Mortara*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., p. 459 ss.; G. Tarello, *La riforma processuale*, cit., p. 50 ss.; F. Cipriani, *Le 'poche cose' e la lunga vita di Lodovico Mortara*, in *Quaderni fiorentini*, 19 (1990), p. 85 ss.; V. Denti, *Lodovico Mortara*, in *Giornata Lincea in ricordo di Lodovico Mortara*, Roma, 1998, p. 9 ss. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 61 ss.; N. Picardi, *Lodovico Mortara nel centenario del suo giuramento in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 354 ss.

proposito nella prolusione romana *I doveri sociali del diritto giudiziario civile* del 1897<sup>111</sup>, chiaramente ispirata alle idee del socialismo giuridico, che, tuttavia, nell'ambito della processualistica italiana ebbe pochi seguaci<sup>112</sup>, sebbene anche in Italia in quegli anni circoleranno le opere di Menger<sup>113</sup>.

Nella prolusione del 1897 egli si lamentò del fatto che la processualciviltistica del tempo «come non ha approfittato dei nuovi metodi di ricerca storica e positiva, così non ha posto mente ai suoi doveri sociali»<sup>114</sup>; quindi, passò ad esaminare i difetti del processo civile vigente nei confronti delle classi meno abbienti<sup>115</sup>, denunciando come «l'esercizio di molti, troppi diritti è impedito da quelle che mitemente si chiamano convenienze sociali e che con cruda verità devono chiamarsi ingiustizie sociali»<sup>116</sup> e individuando appositi «rimedi contro l'inferiorità di un litigante proposti nel giudizio»<sup>117</sup>. Tra i rimedi indicati vi era anche il ricorso alla giurisdizione d'equità dei probiviri per le controversie individuali di lavoro<sup>118</sup>, che gli apparve da subito come lo strumento più adatto non solo per sopperire alla disuguaglianza sostanziale fra le parti<sup>119</sup>, ma anche per consentire l'adattamento dell'ordinamento giuridico alle trasformazioni sociali<sup>120</sup>.

La medesima impostazione pragmatica o «empirica» (per riprendere le parole di Caprioli)<sup>121</sup> si rinviene nei lavori giovanili che Enrico Redenti<sup>122</sup> – prima dell'«incontro decisivo» con Chiovenda<sup>123</sup> – dedica allo studio della giurisdizione probivirale e del processo davanti ad esse applicabile<sup>124</sup>. Qui, infatti, Redenti rilevava come «alle controversie in materia di contratto di lavoro, controversie di limitato valore, in cui una e una sola delle parti è normalmente ignorante e senza mezzi, è effettivamente inadeguato il processo civile ordinario, così favorevole alla parte più facoltosa, lento, fatalmente aperto alle interminabili questioni *de jure apicibus*, appesantito ancor più dal sistema dei gravami». E lo era ancor più inadeguato per il fatto che – osservava ancora Redenti – «la prova dei fatti e la dimostrazione del diritto riescono in questa sede [nel rito ordinario] irraggiungibili per essa (che, di solito, perché oppressa, è attrice), per ciò che il contratto di lavoro è sempre sprovvisto di prove precostituite, spesso di qualsiasi prova ed è di solito rudimentale e non trova nel diritto scritto alcun regolamento speciale; mentre il giudice togato dall'altra parte è di solito digiuno di ogni nozione tecnica e di ogni conoscenza dell'ambiente»<sup>125</sup>. E dunque, quanto mai opportuna gli appariva la previsione (contenuta nell'art. 38 della legge sui probiviri del 1893, la n. 295) che introduceva – per la prima volta nell'ordinamento processuale e con specifico riferimento alle controversie in materia di rapporti di lavoro – ampi poteri istruttori al giudice, riconoscendogli la possibilità «ove lo ritenga necessario, [di] ordinare la esibizione di libretti di

111 C. Lessona, *I doveri sociali del diritto giudiziario*, Torino, 1897. In proposito v. M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia*, cit., p. 185; F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano, 1991, p. 98 ss.; Id., *Le peripezie di Carlo Lessona tra Mortara, Chiovenda e Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 754 ss. (poi in Id., *Scritti in onore dei patres*, Milano, 2006, p. 145 ss.); M. Sbriccoli, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, in *Quaderni fiorentini*, 3-4 (1976), p. 873, spec. p. 1023; P. Calamandrei, voce *Carlo Lessona*, in *Enc. italiana*, XX, Roma, 1933, p. 970.

112 Così M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia*, cit., p. 186, che richiama, oltre all'opera di C. Lessona, L. Mortara, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Torino, 1885 e Id., *Sui progetti di riforma dei processi civili*, Mantova, 1886; inoltre lo scritto successivo sulla riforma dei collegi probivirali, *Per la riforma della legge sui probiviri*, in *Giur. it.*, 1904, c. 29 ss. ed E. Redenti, *Sulla funzione delle magistrature industriali*, Introduzione al *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906, ora in *Scritti e discorsi di mezzo secolo*, II, Milano, 1962, p. 577 ss.

113 Va ricordato, infatti, che nel 1894 viene tradotto in Italia (a cura di G. Oberosler) *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen* con il titolo *Il diritto civile e il proletariato. Studio critico sul progetto di un codice civile per l'impero germanico* (Torino, 1894) e nel 1905, invece, l'opera *Neue Staatslehre* col titolo *Lo Stato socialista*, a cura di O. Lerda Olberg, Torino, 1905.

114 C. Lessona, *I doveri sociali*, cit., p. 2.

115 C. Lessona, *I doveri sociali*, cit., p. 75 ss.

116 C. Lessona, *I doveri sociali*, cit., p. 12.

117 C. Lessona, *I doveri sociali*, cit., p. 32 ss.

118 C. Lessona, *I doveri sociali*, cit., p. 52.

119 V. anche P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 46, in nota 30, e p. 101.

120 C. Lessona, *La giurisdizione dei probiviri rispetto al contratto collettivo di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p. 224 ss., dove parla anche di «giurisprudenza formatrice del diritto nuovo» (p. 230); v. anche Id., *Codice dei probiviri. Legge e regolamento sui probiviri nell'industria ... commentati coi lavori preparatori, con la legislazione, la dottrina e la giurisprudenza*, Firenze, 1894.

121 S. Caprioli, *Redenti giurista empirico*, in E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* (1906), rist., Torino, 1992, p. 3 ss.

122 E. Redenti, *Sulla funzione delle magistrature industriali*, Introduzione al *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906, ora in *Scritti e discorsi di mezzo secolo*, II, Milano, 1962, p. 577 ss. In proposito v. anche T. Carnacini, *La vita e le opere di Enrico Redenti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, p. 1 ss.; E. Grasso, *Metodo giuridico e scienza del processo nel pensiero di Enrico Redenti*, ivi, 1985, p. 24 ss.; U. Romagnoli, *Enrico Redenti: un giurista liberla-democratico e il diritto del lavoro*, ibidem, p. 49 ss.; Id., *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, 2009, p. 26 ss.; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 101, in nota 126; F. Cipriani, *Scritti in onore dei patres*, cit., p. 327 ss.

123 Così T. Carnacini, *La vita e le opere*, cit., p. 6. V. anche F. Cipriani, *Scritti in onore dei patres*, cit., p. 329 ss., secondo il quale «è evidente che Chiovenda e Redenti erano i due processualisti della grande e celebre scuola di Vittorio Scialoja».

124 V. anche A. Proto Pisani, *Il «rito speciale» previsto dalla L. 15 giugno 1893 n. 295*, in *Giornata lineea in ricordo di Enrico Redenti: il diritto del lavoro ai suoi primordi*, Roma, 1995, p. 68 ss.

125 E. Redenti, *Sulla funzione delle magistrature industriali*, cit., p. 618.

lavoro, di libri di maestranza, di registri o altri documenti, sentire i testimoni proposti dalle parti o chiamarne d'ufficio, interrogare persone pratiche della materia controversa e, ove occorra, procedere a qualche verifica sul luogo». Un'anticipazione di quel che avverrà nel 1973 con la riforma del processo del lavoro e la nuova formulazione dell'art. 421 c.p.c.

## 11. L'IMPOSTAZIONE «SISTEMATICA»: CHIOVENDA

Diversa, invece, la strada seguita da Chiovena e poi dai chiovendiani per superare l'impostazione individualistico-liberale e per affermare quella pubblicistico-sociale.

Anzitutto, egli è convinto della «grande importanza politico-sociale del processo» e del fatto che esso «è il campo in cui si rappresenta una delle scene più agitate e complesse della vita sociale»<sup>126</sup>. Ciò per varie ragioni: «per la funzione ch'esso ha di accertare e attuare la volontà della legge, per la molteplicità dei bisogni a cui provvede, a favore di individui d'ogni classe sociale; per gli interessi sopra cui passa, spianando la via della giustizia; per la lotta di pensiero che in esso si svolge; per il rapporto fra il potere pubblico e i cittadini che in esso vive».

Quanto al codice del 1865, esso gli appare fin da subito «un prodotto artificioso, un lavoro di mosaico», che risente troppo dell'influenza francese<sup>127</sup> e troppo arretrato rispetto alla legge processuale tedesca, ma soprattutto a quella austriaca, che «ci stupisce – osserva Chiovena – per la novità e l'arditezza dei suoi principi»<sup>128</sup>. E riprendendo alcune delle idee di Klein trasfuse nella Z.P.O. austriaca del 1898, sottolinea che «coll'idea che l'amministrazione della giustizia sia una funzione della sovranità, si viene formando lentamente la convinzione che il giudice come organo dello Stato non debba assistere passivamente alla lite, per pronunciare alla fine una sentenza, come l'automa eccitato dal peso della moneta cadente emette un dolce o un biglietto d'ingresso: ma debba partecipare alla lite come forza viva ed attiva»<sup>129</sup>. Vale a dire – aggiunge – che «lo Stato è interessato, non all'oggetto della lite, ma al modo in cui questa si svolge»<sup>130</sup>. Questo nuovo modo di guardare al processo – osserva ancora – impone «non solo una riforma politica del processo, ma una riforma del modo politico di considerarlo»<sup>131</sup>.

Si è rilevato, tuttavia, che quando Chiovena parla della funzione pubblica o sociale del processo ne dà una connotazione che non coincide con quella kleiniana, ma si avvicina di più a quella pure presente – come abbiamo visto – nell'impostazione liberale. E, sebbene si rinvenga nei suoi scritti l'accento a connessioni fra processo e problemi sociali, spesso si tratta di semplici, generici accenni<sup>132</sup>.

In effetti, sebbene talvolta si ritrovino nei suoi scritti accenni alla concezione sociale del processo inteso come strumento a sostegno dei più deboli, l'accusa di un'apertura di facciata ai problemi sociali del processo civile non sembra del tutto infondata se si guarda alle sue proposte di riforma. Egli registra che si

126 G. Chiovena, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno* (1907), in Id., *Saggi di diritto processuale civile*, I, rist., Milano, 1993, p. 79 ss., spec. p. 380. Chiovena tiene anche a puntualizzare (p. 379, in nota) che con questo lavoro, che riproduce il testo della conferenza tenuta presso il Circolo giuridico di Napoli l'11 marzo 1906, «iniziò la propaganda da me condotta nell'ultimo quarto di secolo per la riforma del processo civile italiano sulla base dell'oralità, dell'immediatezza e della concentrazione».

127 G. Chiovena, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, cit., p. 381.

128 G. Chiovena, *Le riforme processuali*, cit., p. 382. Il giudizio critico sul c.p.c. del 1865 si ritrova anche in Id., *Lo stato attuale del processo civile in Italia ed il progetto Orlando di riforme processuali*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, cit., p. 395 ss. Tuttavia, nel senso che questi giudizi negativi non fossero fondati v., più di recente, B. Cavallone, «Preferisco il cattivo processo attuale» (Chiovena, Mortara e il progetto Orlando), in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 1059 ss.; F. Cipriani, *Storie di processualisti e oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, 1991, p. 125 ss.; G. Monteleone, *Il codice di procedura civile italiano del 1865*, in *Il codice di procedura civile del Regno d'Italia*, cit., p. 9 ss.

129 G. Chiovena, *Le riforme processuali*, cit., p. 385.

130 G. Chiovena, *Le riforme processuali*, cit., p. 385.

131 G. Chiovena, *Le riforme processuali*, cit., p. 385.

132 V., ad es., G. Chiovena, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, cit., p. 380 e p. 390. Sottolineano come l'apertura di Chiovena verso i problemi sociali del processo fosse modesta V. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, cit., p. 14, il quale, sebbene rilevi che «Chiovena si dimostrava aperto verso quelle correnti che avevano trovato la loro maggiore espressione nell'opera del Menger», aggiunge anche che occorre chiedersi «perché i problemi impostati da Chiovena nel 1906 siano rimasti senza seguito nella scienza processualistica posteriore e, in primo luogo, nella produzione scientifica dello stesso» (p. 16); M. Taruffo, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovena*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, p. 1133 ss., spec. p. 1155 ss., dove il rilievo che «i riferimenti alle connessioni tra processo e problemi sociali [da parte di Chiovena] sono generici ed affrettati, quando non sono puramente retorici». In proposito v. anche F. Cipriani, *Storie di processualisti e oligarchi*, cit., p. 137; G. Tarello, *Il problema della riforma*, cit., p. 876 ss., secondo il quale al fondo delle affermazioni di Chiovena formulate nella conferenza del 1906 non vi sarebbe un'«apertura sociale», quanto, piuttosto, l'«espressione» e il «fiancheggiamento» di «istanze autoritarie da un lato, di ingombrante concettualismo dall'altro lato». Va anche osservato, tuttavia, che secondo lo stesso Tarello «la tendenza che aveva avuto nel Menger e nel Klein i più noti rappresentanti era, oltre che (e forse ancor più che) socialistica, statalistica; e all'aspetto statalistico di quella tendenza dottrinale – sempre secondo Tarello – ... si riferiva esclusivamente ... il Chiovena, in una operazione che voleva essere soprattutto di interpretazione storico-sistemica in funzione di una scelta politica che il teorico del processo voleva affidata ai giuristi e compiuta dai giuristi» (*Il problema della riforma*, cit., p. 78).

è avuta una «fioritura di scritti propugnanti la riforma sociale del processo, sul tono dato da quell'Antonio Menger, ch'è mancato ultimamente in Roma, alla scienza di cui era decoro»<sup>133</sup> ed avverte che in questa materia «sono facili gli entusiasmi». E guardando «freddamente e imparzialmente le questioni», rileva che, anzitutto, c'è un problema di «esagerazione delle tasse giudiziarie» da rimediare<sup>134</sup>. Ma soprattutto che «i problemi processuali s'impennano intorno a un punto fondamentale; al rapporto fra l'iniziativa del giudice e l'iniziativa delle parti». Da questo punto di vista, non esita a sottolineare che «la lite può diventare più o meno accessibile all'uomo debole ed incolto, secondo che il giudice ha mezzi maggiori o minori di venire in suo aiuto, di illuminarlo su quanto egli può fare per sua difesa, di correggerne gli errori»<sup>135</sup> e che «qui è la chiave delle riforme processuali, il segreto dell'adattamento del processo ai bisogni sociali: questo è il sommo problema che divide la dottrina moderna, e le moderne legislazioni»<sup>136</sup>.

Senonché, nell'esaminare il distacco del processo civile del tempo da questi obiettivi, si chiede: «come si comporta il processo civile riguardo agli umili, ai diseredati?». Osservando che la sola risposta del legislatore del tempo è stata l'istituzione delle giurie dei probiviri, delle quali, come abbiamo visto, si era occupato anche Lessona, ma aggiungendo che, sebbene si sia voluto ravvisare la ragion d'essere di questo istituto nella specialità dei rapporti di lavoro, «la sua vera ragion d'essere è la sfiducia della classe operaia nei giudici e nei giudizi borghesi»<sup>137</sup>. Del resto, che la soluzione adottata per il procedimento speciale davanti ai probiviri, nell'ambito del quale – come abbiamo visto – venivano riconosciuti ampi poteri anche istruttori al giudice, costituisse per Chiovena un modello al quale ispirarsi per la riforma generale anche del processo ordinario, emerge dalla considerazione espressa nei *Principii* secondo la quale la legge del 1893 «ha cercato di ottenere un processo veramente *orale* con la conseguente concentrazione di attività»<sup>138</sup>.

Chiovena espone in numerosi scritti, e soprattutto nei suoi *Principii di diritto processuale civile*, i principi ai quali dovrebbe ispirarsi il nuovo processo civile moderno, e cioè i principi dell'oralità, della concentrazione e della immediatezza. Ma si sforza anche di elaborare, nel *Progetto* del 1919, lo schema di un processo che desse attuazione ai principi teorizzati, capace, perciò, di dare vita ad «una riforma veramente radicale del processo civile»<sup>139</sup> ad una giustizia «economica, semplice e rapida», sotto la direzione e l'impulso dell'organo giurisdizionale<sup>140</sup>. Punto centrale del suo *Progetto*, infatti, è l'attuazione di un processo orale, concentrato e immediato, caratterizzato dall'attribuzione al giudice di una «posizione centrale d'organo pubblico *interessato a rendere giustizia nel modo migliore e più pronto possibile*»<sup>141</sup> e di ampi poteri sia di direzione che istruttori. In particolare, nell'art. 29 del suo *Progetto*, rubricato «Poteri dell'autorità giudiziaria» si ammette che il giudice possa «disporre quanto è necessario per chiarire la verità dei fatti e per assicurare alla causa una decisione conforme a giustizia», ma si aggiunge anche che egli «deve mantenere l'uguaglianza delle parti e vegliare perché l'istruzione della causa sia il più possibile celere ed economica»<sup>142</sup>.

Per meglio comprendere ciò conviene prendere le mosse dal dibattito, che proprio in quel periodo si animò, intorno all'influenza sul processo civile moderno dell'«idea romana» del processo, dibattito il cui avvio

133 Così G. Chiovena, *Le riforme processuali*, cit., p. 390.

134 G. Chiovena, *Le riforme processuali*, cit., p. 390.

135 G. Chiovena, *Le riforme processuali*, cit., p. 390.

136 G. Chiovena, *Le riforme processuali*, cit., p. 390.

137 G. Chiovena, *Le riforme processuali*, cit., p. 378.

138 G. Chiovena, *Principii*, cit., p. 718, dove (a p. 1326, in nota 1) aggiunge anche che «questo procedimento costituisce ormai un "tipo" a cui il nostro legislatore si è riferito nell'istituire nuove giurisdizioni speciali. In proposito v. anche G. Tesoriere, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi (I)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 1318 ss.; B. Cavallone, «Preferisco il cattivo processo attuale» (Chiovena, Mortara e il «progetto Orlando»), in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 1059, in nota 25.

139 G. Chiovena, *La riforma del procedimento civile*, cit., p. 9 ss.

140 Per l'influenza della concezione chiovendiana sulla dottrina e la legislazione successive v. V. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, cit., p. 13 s. e p. 123 ss.; N. Trocker, *Processo civile e Costituzione*, cit., p. 31 ss.; G. Tesoriere, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi (II)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 1576 ss.

141 Così G. Chiovena, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, in Id., *Saggi di diritto processuale civile*, II, rist., Milano, 1993, p. 1 ss., spec. p. 38 (il corsivo è nel testo). Qui si legge anche: «occorre dunque assicurare al giudice una posizione che lo renda partecipe attivo nel rapporto processuale e munirlo dell'autorità necessaria per esercitarvi la sua funzione. Conviene che il giudice sia posto in grado di dirigere convenientemente la lite, e di condurla verso la sua definizione colla maggiore celerità compatibile con una retta decisione» (ivi, p. 39).

142 *Progetto di riforma del procedimento civile*, in *Saggi*, cit., II, p. 113 ss., spec. p. 124.

tradizionalmente viene fatto risalire – come noto – alla prolusione parmense di Chiovenda del 1901<sup>143</sup>.

Il dibattito si nutre degli studi in argomento della dottrina tedesca (von Bülow, Briegleb, Bethmann-Hollweg, Wlassak, Wenger e, ovviamente, Wach, allievo di Briegleb) e degli insegnamenti di questa sulla necessità di ritornare al processo romano ed a quello medievale italiano, del quale vengono esaltati l'oralità e la semplificazione, particolarmente emergenti nei procedimenti sommari<sup>144</sup>, per superare le storture e le incrociature legate al formalismo della processualistica canonistica e germanistica dell'età comune.

Certo, si può vedere in ciò – come noterà amaramente più tardi Lodovico Mortara nelle sue *Pagine autobiografiche* – l'«invasione» da parte del «germanismo» anche del campo del diritto processuale civile, «come già aveva invaso e occupato quello del diritto materiale civile e commerciale»<sup>145</sup>. Sta di fatto che è difficile considerare la «rifondazione» culturale che da questa «invasione» deriva nel campo degli studi sul processo come una vicenda tutta italiana e non tener conto che essa, invece, si inserisce in un più ampio movimento culturale, i cui frutti maturi saranno l'affermarsi degli orientamenti pubblicistici in materia di azione e di rapporto processuale e della funzione sociale del processo.

Molteplici elementi inducono a ritenere che, al fondo di questo dibattito, vi sia la medesima influenza che per il diritto civile aveva avuto la lezione di von Savigny, non solo con la riscoperta delle fonti del diritto romano classico, ma anche con la concretizzazione dell'idea scialojana della «teoria utile» ovvero della teoria rivolta «all'utilità sociale»<sup>146</sup>, idea che si sostanzia anch'essa – come ci ricorda Francesco Carnelutti<sup>147</sup> – degli insegnamenti del Maestro tedesco. L'esaltazione dell'«idea romana» del processo, dunque, interessa – secondo i dettami propri della «scuola storica» del diritto<sup>148</sup> – non come «studio storico del diritto» (149) e dell'evoluzione del processo attraverso le varie epoche storiche, ma (come era avvenuto per il diritto civile) perché consente di esaltare le basi romanistiche degli istituti processuali<sup>150</sup>, di ricostruire – parafrasando il Maestro di Frankfurt – il «processo romano attuale», di «estrarre dai fatti le regole del divenire e così dell'essere del diritto» e «particolarmente quei concetti elementari o primi che chiamiamo *principi*»<sup>151</sup> e,

143 *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, ristampa, Milano, 1993, p. 181 ss. Le idee espresse nella prolusione parmense sono poi riprese, in seguito, in *Sulla influenza delle idee romane nella formazione dei processi civili moderni*, in *Saggi*, cit., III, p. 95 ss.; e in *L'idea romana nel processo civile moderno*, in *Saggi*, cit., III, p. 77 ss. In proposito v. anche B. Biondi, *Intorno alla romanità del processo civile moderno*, in *B.I.D.R.*, XLII, 1935, p. 356 ss. (ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1965, p. 368 ss.), il quale osserva: «sta di fatto che tutta la letteratura processualistica, dalla Glossa fino alla soglia delle moderne codificazioni, si fonda e ricorda sempre testi del *Corpus juris*; certo vengono generalizzati, intesi male, talvolta anche travisati; ma si procede sempre dai testi romani»; ed ancora (*ivi*, p. 413): «l'indagine conduce sempre verso lo stesso risultato: il processo comune e moderno nella sua impostazione e nei suoi istituti fondamentali è una derivazione diretta dal processo romano, sempreché con ciò intendiamo riferirci non al processo formulare, ma a quel processo *extra ordinem* che si conclude ed assesta legislativamente nel *Corpus juris*». V. anche, nella dottrina tedesca del tempo, R. Schott, *Römischer Zivilprozess und moderne Prozesswissenschaft*, München, 1904, p. 7 ss. Sull'influenza del germanesimo nell'Italia di fine '800 v. G. Cianferotti, *Germanesimo e Università in Italia alla fine dell'800. Il caso Camerino*, in *Studi senesi*, terza serie, XXXVIII (1988), p. 327 ss.; Id., *Università e scienza giuridica nell'Italia unita*, in *Aa.Vv., Università e scienza nazionale*, a cura di I. Porciani, Napoli, 2001, p. 19 ss.

144 V., in particolare, dapprima H. K. Briegleb, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig, 1859, p. 169 ss. e p. 375 ss.; Id., *Summatim cognoscere*, Erlangen, 1843; successivamente A. Wach, *Der Arrestprozess in seiner geschichtlichen Entwicklung*, I, *Der italienische Arrestprozess*, (Leipzig, 1868), rist., Aalen, 1973, p. 143 ss. Lungo la stessa traiettoria, in Italia, G. Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in Id., *Saggi di diritto processuale civile*, I, rist., Milano, 1993, p. 353 ss., spec. p. 363 ss.; Id., *Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva*, *ivi*, p. 121 ss., spec. p. 131 ss.

145 L. Mortara, *Pagine autobiografiche*, in S. Satta, *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, Padova, 1969, p. 34 ss.; il passo è ripreso anche da F. Cipriani, *Le dimissioni del professore Mortara e i «germanisti» del preside Scialoja*, in *Riv. dir. proc.*, 1990.

146 V. Scialoja, *Per un programma di studi del Circolo giuridico*, Roma, 1911, p. 5 s., dal quale trasse, poi, l'articolo *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 441 ss.

147 F. Carnelutti, *Arte nel diritto*. In memoria di Vittorio Scialoja, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, I, p. 3 ss., spec. p. 5, che richiama un passo del *Sistema* di Savigny (vol. I, p. 10).

148 Chiaramente esplicitati da F.C. von Savigny, in *über den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1815, I, p. 112 s.: «mentre la scuola non-storica sostiene che il diritto viene creato di volta in volta dall'arbitrio di persone cui compete il potere legislativo, indipendentemente da quello del tempo precedente, esso per la scuola storica è un'unità organica che si forma attraverso l'intero passato della nazione, nasce dall'intima essenza e dalla storia di questa, e non potrebbe essere diverso da quello che è». Sulla penetrazione del pensiero di Savigny nell'Italia unitaria v. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 7 ss.; L. Moscati, *Italianische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma, 2000, p. 174 ss.

149 Secondo la lucida impostazione di R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, II ed., Torino, 1963.

150 V. anche S. Riccobono, *Roma madre delle leggi*, in *B.I.D.R.*, n. 57-58, 1953, p. 5, che parla di «seconda vita del diritto romano». Nello stesso senso F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 11, per il quale, senza l'opera ricostruttiva dei «germanisti» «il meraviglioso ordinamento romano resterebbe un libro chiuso per noi».

151 F. Carnelutti, *Arte del diritto*, cit., p. 12. Come aveva già sottolineato F.C. Savigny, *Sistema*, trad. it. di V. Scialoja, I, p. 20 s., si rinviene «l'essenza del metodo sistematico nel riconoscimento e nell'esposizione dell'intimo legame o delle affinità, per cui i singoli concetti giuridici e le singole regole sono connesse in una grande unità». E ciò, del resto, in linea con l'idea fondamentale secondo cui, nell'interpretare la disciplina codicistica, si dovesse far emergere la ricostruzione dello «spirito» insito nella norma («*Rekonstruktion des dem Gesetz innewohnenden Gedankens*»: *ivi*, p. 220 ss.). In proposito v. anche F. Viola, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Edizioni Celup, Palermo, 1974, p. 23 ss.

utilizzando «l'abito del ragionare profondo»<sup>152</sup>, di impostare su tali «fondamenta» e «muri maestri» la costruzione di un rinnovato sistema processuale.

Ebbene, è in tale contesto che si afferma nella scienza processualistica italiana del tempo la consapevolezza che, ricercando nella «intimità della storia il sistema del diritto vivente»<sup>153</sup>, sia necessario riscoprire e recuperare l'autentica tradizione giustiniana delle azioni, la quale – nell'evoluzione della procedura civile romana – meglio aveva realizzato l'agognato connubio fra l'autorità dello Stato ed il potere di agire in giudizio del singolo, fra il profilo pubblicistico e quello privatistico della funzione giurisdizionale civile. Ed anzi, è proprio in questa riscoperta della tradizione romanistico-giustiniana che si afferma l'idea – ben evidenziata da Salvatore Satta – secondo cui «processo è il processo romano, che nasce, come è facile intendere, da tutti i presupposti giuridici, politici, filosofici che costituiscono dopo venti secoli i pilastri del diritto processuale civile: una specie di età dell'oro del diritto processuale in cui i suoi postulati si trovano naturalmente realizzati».

Nelle considerazioni che precedono possono vedersi le premesse teoriche della ricostruzione del ruolo dell'azione e della funzione pubblicistico-sociale del processo da parte della nostra dottrina.

In effetti, proprio nell'ottica del recupero della tradizione romanistica e di quella giustiniana in particolare, l'azione viene delineata come «un diritto contro l'avversario, consistente nel potere di produrre di fronte a questo, l'effetto giuridico dell'attuazione della legge»<sup>154</sup>. Viene a maturazione, cioè, il superamento (definitivo) dell'idea proto-liberale e «privatistica», alla base del codice di procedura civile del 1865<sup>155</sup>.

Nella nuova visione della funzione giurisdizionale questa non ha (non può avere) il solo scopo di difesa dei diritti soggettivi privati, ma vi è (primariamente) il ristabilimento del diritto oggettivo eventualmente violato («accertamento del diritto nel caso concreto») e della «pace sociale» turbata dalla violazione<sup>156</sup>. Osserva, infatti, Chiovenda nel suo studio sull'«idea romana del processo civile» che «occorsero poi più di mille anni, dopo lo stabilimento delle istituzioni germaniche e feudali, perché, col principio proclamato della rivoluzione francese, che la giurisdizione risiede esclusivamente nella sovranità, tornasse in onore il concetto romano della giurisdizione»<sup>157</sup> e dunque l'interesse dello Stato «non all'oggetto della lite, ma al modo in cui questa si svolge»<sup>158</sup>.

Centrale, nella ricostruzione dell'«idea romana» del processo e delle sue basi concettuali, è la ricorrente sottolineatura del suo caposaldo: la centralità del ruolo del giudice nella direzione dello svolgimento del giudizio, soprattutto nel processo giustiniano, nel quale la sostituzione della «difesa pubblica» o «sociale» dei diritti a quella «privata», «sempre incerta e insufficiente»<sup>159</sup>, giunge definitivamente a compimento.

Il giudice, nell'ambito di un processo incentrato sul contatto diretto e immediato con le parti, non può assumere una funzione meramente passiva, ma deve avere poteri di direzione della trattazione.

E questa fondamentale impostazione relativa al processo civile romano non avrebbe potuto non avere la sua rilevanza anche nella riflessione intorno alla «romanità» del processo civile moderno, dove proprio in quegli anni si consolida la convinzione che anche nel sistema processuale moderno non sia sufficiente avere un giudice che partecipa solo formalmente allo svolgimento del processo (*formelle Prozessleitung*), ma che ci sia la necessità, anche al fine di far coincidere la verità processuale con quella materiale, che egli partecipi alla formazione del materiale di causa (dell'«istituto giuridico» oggetto della controversia) mediante la cooperazione con le parti (*materielle Prozessleitung*), con la conseguente sostituzione dell'*Offizialmaxime* al *Parteidispositionsmaxime*<sup>160</sup>.

152 Così F. Serafini, *Del metodo degli studi giuridici in generale e del diritto romano in particolare*, Prolusione al corso di diritto romano nella R. Università di Roma il 25 novembre 1871, in *Opere minori*, a cura di E. Serafini, I, Modena, 1901, p. 203.

153 F. Calasso, *Storicità del diritto e scienza del diritto*, in *Storicità del diritto*, cit., p. 197.

154 G. Chiovenda, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in *Saggi di diritto processuale civile*, cit., I, ristampa, Milano, 1993, p. 197; Id., *Principii*, cit., p. XII.

155 In proposito v. C. Schwarzenberg, voce *Processo civile (storia del diritto)*, in *Nss. Dig. it.*, XX, Torino, 1966, p. 1119 ss., ma v. anche S. Satta, *Commemorazione del codice di procedura civile del 1865*, in *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, Padova, 1969, p. 92 ss.; M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia*, cit., p. 107 ss. e p. 151 ss.

156 Così V. Scialoja, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Scritti giuridici*, III, p. 7. O. von Bülow, *Gesetz und Richtermacht*, Leipzig, 1885 (rist. Aalen, 1972), trad. it. *Legge e ufficio del giudice*, a cura di P. Pasqualucci, in *Quad. fiorentini*, XXX (2001), p. 199 ss., spec. p. 227.

157 G. Chiovenda, *L'idea romana nel processo civile moderno*, in *Saggi di diritto processuale civile*, cit., I, p. 79.

158 Così ancora G. Chiovenda, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, in *Saggi di diritto processuale civile*, cit., I, p. 385.

159 V. Scialoja, *Procedura civile romana*, cit., p. 51 in nota 1.

160 G. Chiovenda, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile* (1902), in *Saggi*, cit., I, p. 181 ss.; Id., *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, ivi,

Impostazione, questa, pienamente in linea con quella di Klein, che, come abbiamo visto, arriva alle medesime conclusioni partendo dall'esaltazione della funzione sociale.

Ed in effetti proprio sull'oralità e sull'accrescimento dei poteri del giudice imposterà, come noto, il suo «apostolato»<sup>161</sup> Chiovena, chiaramente influenzato in questo proprio dalla legislazione processuale austriaca di Frank Klein<sup>162</sup>: «il rinnovato concetto della giurisdizione come funzione dello Stato, – rileverà – restituisc[e] al giudice nel processo moderno una posizione centrale di organo pubblico interessato a rendere giustizia nel modo migliore e più pronto possibile»<sup>163</sup>. Ed anzi – osserverà criticamente Giovanni Tarello – «in Italia la propaganda per il processo austriaco e per il potere direttivo del giudice inizia, per opera del Chiovena, prima che in Germania; comincia, inoltre, come operazione dottrinale, comincia paludata da vecchi abiti sistematici e dogmatici, e sotto un provinciale mantello di romanesimo ritrovato: in Italia il processo austriaco è propagandato, insomma, come aulico e romano realizzarsi nel sistema della perfezione dottrinale [...]. In un certo senso si può dire che, sin da questo momento, la tendenza autoritaria in Italia, sia che si riferisse al modello austriaco sia che restasse nel solco della dottrina germanica dell'età bismarckiana, optò per l'accentuazione dell'autorità della legge e l'individuazione nella legge dell'autorità dello Stato»<sup>164</sup>.

In realtà, era questa l'unica strada per conciliare la nuova impostazione pubblicistico-sociale con la tradizione liberale. La prospettiva del potenziamento dei poteri del giudice si muove, comunque, nella visione del giudice applicatore o attuatore della legge. Lo stesso Chiovena, infatti, sottolinea la pericolosità di «alcune più recenti dottrine che si ispirano al principio della maggior libertà del giudicante (così detta scuola di diritto *libero*): e che questa libertà esagerano fino al potere di correzione della legge»<sup>165</sup>.

## 12. LA DOTTRINA POST-CHIOVENDIANA

Gli insegnamenti chiovendiani, che pure furono accolti solo in parte nel codice del 1940<sup>166</sup>, non mancarono di influenzare gli orientamenti dottrinali del primo trentennio del secolo XX. Ed anzi – osserverà Calamandrei – in tutti i processualisti contemporanei era riconoscibile «l'orientamento sistematico che risale a Chiovena»<sup>167</sup>, sebbene molte erano le riserve sulle sue proposte di riforma, emerse dal Progetto del 1919.

In effetti, la sostanziale assimilazione fra funzione sociale del processo e sua connotazione pubblicistica (azione, rapporto giuridico processuale, scopo del processo, ruolo del giudice), che abbiamo visto emergere dall'impostazione sistematica chiovendiana si ritrova in gran parte della dottrina processualcivilistica del tempo (Betti, Carnelutti, Calamandrei, Segni, Galgano) e permeerà di sé anche la seconda generazione della processualcivilistica moderna (Cristofolini, Liebman, Allorio, Andrioli, Garbagnati)<sup>168</sup>.

In questa sede è sufficiente limitarsi ad alcuni esempi molto significativi.

Si pensi, ad es., ad Emilio Betti, il quale, pure, nelle sue *Notazioni autobiografiche* annoterà di aver frequentato per un mese, fra dicembre 1916 e gennaio 1917, 8la biblioteca di Chiovena, in via Brunetti, 47» e

I, p. 354 ss. Le tesi chiovendiane sull'oralità vennero poi riprese e rilanciate da A. Costa, *Oralità e scrittura nel processo civile*, Imola, 1917, p. 8 ss.; A. Segni, *La legislazione processuale di guerra e la riforma del processo civile*, in *Scritti giuridici*, Torino, 1965, I, p. 272 ss.; Id., *I tribunali del lavoro in Italia*, ivi, p. 451 ss.; Id., *Osservazioni sul progetto preliminare del Codice di procedura civile*, ivi, p. 356 ss.; Id., *Procedimento civile*, in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino, 1939, p. 539 ss.; P. Calamandrei, *Oralità nel processo*, in *Nuovo Dig. it.*, IX, Torino, 1939, p. 178 ss.; Id., *Le controversie del lavoro e l'oralità*, in *Foro it.*, 1934, IV, c. 130 ss.; Id., *Sul progetto preliminare Solmi. Relazione della Facoltà di Giurisprudenza di Firenze, stesa dall'autore il 28 luglio 1937*, in *Studi sul processo civile*, IV, Padova, 1939, p. 103 ss.

161 Così si esprime P. Calamandrei, *Note introduttive allo studio del Progetto Carnelutti*, in *Studi sul processo civile*, IV, Padova, 1939, p. 90.

162 Ancora G. Tarello, *Giuseppe Chiovena*, cit., p. 34 ss.

163 Così G. Chiovena, *Istituzioni*, p. 398 s.; v. anche Id., *Principii*, p. 686.

164 G. Tarello, *Giuseppe Chiovena*, cit., p. 35 s.

165 G. Chiovena, *Principii*, cit., p. 75.

166 E.T. Liebman, *Storiografia giuridica «manipolata»*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 100 ss., spec. p. 116 ss.; V. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, cit., p. 130 ss.; Id., *Chiovena e le riforme del processo civile*, in *Foro it.*, 1988, V, c. 347 ss.

167 P. Calamandrei, *Gli studi di diritto processuale in Italia negli ultimi trenta anni*, in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, p. 302; v. anche, nello stesso senso, E.T. Liebman, *Storiografia giuridica manipolata*, cit., p. 100 ss.

168 Per questa conclusione v. anche G. Tarello, *Francesco Carnelutti ed il progetto del 1926*, in Id., *Dottrine del processo civile*, cit., p. 219, in nota 10; A. Proto Pisani, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, cit., p. 724, rileva che «il sistema e il progetto di riforma di Chiovena esercitarono una grande influenza sulla dottrina formatasi dagli anni venti in poi: se si vanno a rileggere le annate della Rivista di diritto processuale dal 1924 in poi, o le monografie dei giovani Liebman, Costa, Andrioli, Carnacini, Allorio, Micheli, Garbagnati ecc. l'impostazione pubblicistica di Chiovena (e portata sino all'esasperazione nella versione accolta da Carnelutti) costituisce l'asse portante di tutti gli scritti dell'epoca».



che esso «fu un mese di ascesi dedicata allo studio di Briegleb e di altri autori introvabili (F. Klein, Bülow)»<sup>169</sup>.

Ebbene, si legge nel suo *Diritto processuale civile italiano* che il processo civile è «l'istituto destinato all'attuazione della legge per opera degli organi giurisdizionali in ordine a un concreto interesse che si pretende da esso protetto» e la «legge», della cui attuazione nel processo si tratta, altro non è «se non il diritto obbiettivo»<sup>170</sup>. E la questione se il processo civile serva all'attuazione del diritto in senso oggettivo o, piuttosto, alla difesa dei diritti soggettivi, secondo Betti è una questione che «non ha quella decisiva importanza che le si è voluta attribuire», perché «l'interesse delle parti non è che un mezzo, mercé il quale si raggiunge la finalità del processo, in quanto l'interesse privato in conflitto è messo a profitto quale congegno propulsore per soddisfare l'interesse pubblico all'attuazione della legge per la composizione del conflitto». Concludendo che il dare ragione a chi ce l'abbia dal punto di vista del diritto sostanziale «non è un interesse privato delle parti, ma un interesse pubblico della società intera»<sup>171</sup>. Né, d'altro canto, si può trascurare il fatto che pienamente coincidente con un'impostazione sociale e pubblicistica si presenta – sempre in Betti – la ricostruzione in chiave sanzionatoria della stessa funzione giurisdizionale<sup>172</sup>. Vale a dire la ricostruzione secondo cui la funzione giurisdizionale si incentrerebbe sull'applicazione della sanzione prevista dall'ordinamento per la violazione della norma sostanziale: solo attraverso l'intervento dello Stato e dei suoi organi giurisdizionali «il processo dà efficace garanzia di comporre la lite o di superare la resistenza opposta dal privato al privato, e così di raggiungere la sua finalità: portare, cioè, all'accertamento vincolante o alla forzata realizzazione del rapporto giuridico»<sup>173</sup>.

Oppure, si pensi alla concezione processuale seguita da Piero Calamandrei, che presenta numerose affinità con quella di Chiovenda sia laddove sottolinea che la concezione pubblicistica del processo rappresenta una conquista della moderna scienza processualistica<sup>174</sup>, sia laddove – parlando del «carattere sociale» del processo civile – osserva come con ciò «si vuol intendere l'antitesi di quella concezione strettamente individualistica che riduceva il processo a una accanita lotta di egoismi»<sup>175</sup> e la necessità che sia «praticamente operativo e garantito in ogni causa quel principio di uguaglianza delle parti che nel vecchio processo rimaneva assai spesso una enunciazione puramente teorica»<sup>176</sup>.

O ancora, si pensi a Francesco Carnelutti, il quale, sebbene non condividesse l'insistenza chiovendiana sul principio di oralità e ritenesse opportuno individuare la funzione del processo – invece che nella chiovendiana applicazione del diritto al caso concreto – nella eliminazione della lite fra privati (intesa come «contrasto effettivo di interessi regolati dal diritto»)<sup>177</sup>, riconosceva comunque la rilevanza pubblicistico-sociale del processo<sup>178</sup>, la funzione della giurisdizione come strumento di composizione della «lite»<sup>179</sup>, il ruolo «strumentale» dei privati ai fini del raggiungimento degli obiettivi pubblici («non il processo serve ai litiganti, ma i litiganti servono al

169 E. Betti, *Notazioni autobiografiche*, a cura di E. Mura, Padova, 2014, p. 18.

170 E. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, 2a ed., Roma, 1936, p. 4.

171 E. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 5.

172 E. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 7 ss.; Id., *Ragione e azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 205 ss.

173 E. Betti, *Diritto processuale civile italiano*, cit., p. 13.

174 P. Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2a ed., I, Padova, 1943, p. 167 ss. In proposito v. anche S. Satta, *Interpretazione di Calamandrei*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., p. 481.

175 P. Calamandrei, *Istituzioni*, cit., I, p. 224.

176 Così P. Calamandrei, *Istituzioni*, cit., I, p. 222, parlando del «carattere sociale del nuovo processo».

177 Così l'art. 87 del suo *Progetto di codice di procedura civile presentato alla Sottocommissione reale per la riforma del codice di procedura civile*, Padova, 1926, ma anche in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, p. 1 ss. In proposito v. anche le considerazioni critiche di P. Calamandrei, *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, p. 3 ss. e p. 89 ss.

Peraltro, nel senso che il Progetto della Sottocommissione fosse opera anche di Mortara, v. SRAFFA, *Recensione a Codice di procedura civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 481; R. ORIANI, *La perpetuo iurisdictionis*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 37.

178 V., in particolare, a proposito della natura pubblicistica del processo, P. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 72 ss. E difatti, rispondendo a Calamandrei, Carnelutti osserva che, riferendosi alla composizione della «lite», nell'individuare lo scopo del processo, non intendeva assegnare al processo «lo scopo di comporre la lite in modo pur che sia, ma di ottenere la giusta composizione» (così F. Carnelutti, *Impressioni sul Congresso internazionale di diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 345. Invece, nel senso che l'adozione del concetto di «lite», al posto di quello di azione, comporti necessariamente «un ampliamento del potere delle parti e una restrizione del ruolo del giudice», M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia*, cit., p. 187. In proposito v. anche E. Allorio, *Il processo civile nel pensiero di F. Carnelutti*, in *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato e altri studi*, II, Milano, 1957, p. 595 ss. E. Fazzalari, *L'opera scientifica di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 202 ss.

179 F. Carnelutti, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, p. 3 ss., ripubblicato in Id., *Studi di diritto processuale civile*, Padova, 1939, p. 333 ss.

processo»)¹⁸⁰ e quindi l'esigenza che in esso venisse attribuita una posizione di supremazia al giudice sia nella direzione materiale del processo, sia in materia di prove (come chiaramente emerge anche dal suo *Progetto del 1926*)¹⁸¹. E questo, nonostante che fosse del tutto estranea alla sua impostazione l'idea della funzione ausiliaria del giudice nei confronti del litigante socialmente debole.

L'unica voce «fuori dal coro» è quella di Salvatore Satta, il quale già nella prolusione padovana del 1936, significativamente intitolata *Orientamenti pubblicistici della scienza del processo*¹⁸², e poi in altri scritti successivi, stigmatizza proprio questi orientamenti e torna ad individuare nell'interesse della parte e quindi nell'interesse privatistico l'elemento essenziale del processo civile e nel «dar ragione a chi l'ha» il «solo scopo» del processo «da che mondo è mondo»¹⁸³. Attirandosi, così, l'accusa di Carnelutti di «nudismo processuale»¹⁸⁴ per aver cercato di liberarsi di ogni concetto ricevuto e quella di Cristofolini, suo allievo, di «nostalgia ritardataria»¹⁸⁵.

Al di là della posizione isolata di Satta, non v'è dubbio che – come ha osservato Andrea Proto Pisani – «il sistema e il progetto di riforma di Chiovenda esercitarono una grande influenza sulla dottrina formatasi dagli anni venti in poi» e che «se si vanno a rileggere le annate della Rivista di diritto processuale dal 1924 in poi, o le monografie dei giovani Liebman, Costa, Andrioli, Carnacini, Allorio, Micheli, Garbagnati ecc. l'impostazione pubblicistica di Chiovenda (e portata sino all'exasperazione nella versione accolta da Carnelutti) costituisce l'asse portante di tutti gli scritti dell'epoca»¹⁸⁶.

Prima di proseguire, tuttavia, una puntualizzazione s'impone. L'affermarsi dell'idea di funzione pubblicistico-sociale del processo civile, nel senso chiovendiano del concetto, non va fraintesa. Che il passaggio dalla visione liberale del processo civile a quella pubblicistico-sociale intervenuto sul finire del XIX secolo abbia favorito la «svolta pubblicistica» del successivo codice del 1940 è indubbio. Non altrettanto indubbio è che questo abbia determinato anche una svolta «autoritaria» nel nostro modello processuale, in linea con l'ideologia del regime fascista, come, invece, sostenuto anche autorevolmente da alcuni¹⁸⁷.

Come ha ben osservato Paolo Grossi, «il momento storico che corre tra le due guerre mondiali, un tempo abbastanza ridotto di circa venti trenta anni, soltanto per un analista superficiale può essere identificato col regime fascista»¹⁸⁸. Certamente, «il fascismo ci fu con la sua arroganza e con la costruzione di un sistema autoritario di potere», ma in quel periodo viene a maturazione «un grande movimento, che ha cominciato a percorrere società e cultura almeno dai primi anni del secolo». Viene a maturazione «una grande crisi»: «è in crisi l'edificio monoclasse dello Stato borghese, è in crisi il diritto edificato in funzione di quello Stato, è in crisi l'ideario giuridico intelligentemente ma artificiosamente apparecchiato a suo supporto»¹⁸⁹.

Solo ignorando quest'aspetto si può vedere nell'affermarsi della concezione pubblicistico-sociale del processo civile nel periodo fra le due guerre una sorta di anticipazione della «svolta» autoritaria.

Emblematica, da un tale punto di vista, è la differente posizione che la processualciviltà italiana assume nei confronti dell'ideologia autoritaria rispetto a quella tedesca. Infatti, intorno agli anni '30 in Germania

180 Così F. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1920, p. 142. In proposito v. anche F. Cipriani, *Francesco Carnelutti e la procedura civile*, in *Giusto proc. civ.i*, 2010, p. 326 ss.

181 Dove, peraltro, all'art. 28 compare anche il dovere delle parti «di affermare al giudice i fatti secondo la verità».

182 S. Satta, *Orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 32 ss.

183 Così S. Satta, *Storia e «pubblicizzazione» del processo*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 43 ss.; v. anche Id., *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, in *Foro it.*, 1937, IV, c. 276 ss.; Id., *La tutela del diritto nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 20 ss.

184 F. Carnelutti, *Recensione a Salvatore Satta, L'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 201.

185 G. Cristofolini, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 105 ss.; v. anche Id., *Contro i disorientamenti della scienza del processo*, *ibidem*, p. 282 ss.

186 A. Proto Pisani, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, cit., p. 724.

187 G. Tarello, *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*, in Id., *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna, 1989, p. 9 ss.; F. Cipriani, *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, 1992, *passim*; Id., *Il processo civile nello Stato democratico*, in Id., *Il processo civile e lo Stato democratico*, Napoli, 2006, p. 5 ss.; Id., *Pietro de Francisci e la procedura civile*, *ivi*, p. 245 ss.; Id., *Dalla svolta autoritaria di de Francisci al codice Grandi*, in Id., *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti, leggende, interpretazioni, documenti*, Napoli, 2007, p. 90 ss.; G. Monteleone, *Principi e ideologia nel processo civile: impressioni di un «revisionista»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 575 ss.; Id., *Sulla Relazione Pisanelli al Libro I del Codice di procedura civile del 1865*, cit., p. 529 ss.; A. Chizzini, *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, in Id., *Pensiero e azione*, cit., p. 155 ss., spec. p. 158, in nota 51.

188 P. Grossi, *Pagina introduttiva*, in *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, in *Quad. fiorentini*, 28 (1999), t. I, p. 2.

189 Sono ancora parole di P. Grossi, *Pagina introduttiva*, cit., p. 2.

si diffondono orientamenti che mirano ad attuare l'ideologia nazista anche nell'ambito del processo civile, proponendo, in primo momento, l'azzeramento dei diritti delle parti a vantaggio dello strapotere del giudice, quale espressione dello Stato nel processo<sup>190</sup>, e, in un secondo momento, ad una sorta di "amministrativizzazione" del processo civile, a risolverlo in una forma di giurisdizione volontaria<sup>191</sup>. In Italia, invece, i maggiori esponenti della dottrina italiana si oppongono recisamente all'importazione di queste teorie<sup>192</sup>, tenendo ferma un'impostazione di tipo non autoritario.

### 13. «FUNZIONE SOCIALE» E CODICE DI PROCEDURA CIVILE ITALIANO DEL 1940

In questo clima culturale, nel quale è ormai matura e diffusa la concezione pubblicistico-sociale del processo civile, nasce il codice del 1940, il quale – a differenza del precedente codice del 1865 – è impostato chiaramente alla concezione pubblicistico-sociale<sup>193</sup>, ma con molte soluzioni di compromesso, che lo allontanano sia dal *Progetto* chiovendiano<sup>194</sup>, sia dal modello «sociale» elaborato da Klein.

Un primo compromesso riguarda la posizione del giudice.

Anzitutto, la *Relazione* che l'accompagna, sottolinea a più riprese – al di là degli enunciati celebrativi al regime fascista – la sostituzione del «principio di autorità» a quello di libertà<sup>195</sup>. L'accoglimento della concezione pubblicistico-sociale del processo fa risultare del tutto inadeguato un sistema nel quale «il giudice assista spettatore impassibile, e talvolta impotente quasi fosse un arbitro in un campo ginnastico che si limita a segnare i punti»<sup>196</sup>. Di conseguenza, «il giudice anche nel processo civile dev'essere in ogni caso fornito dei poteri indispensabili per amministrare la giustizia in modo attivo, rapido e sicuro»<sup>197</sup>. Nonostante queste affermazioni, però, il codice procede alla «istituzione del giudice istruttore, al quale è affidata l'istruzione della causa e la direzione del processo, sebbene l'organo decidente non sia lui ma il collegio. Ciò che, inevitabilmente comporta una negazione di fatto dei principi chiovendiani dell'oralità, immediatezza e concentrazione»<sup>198</sup>.

Anche i suoi poteri istruttori vengono accresciuti, ma il principio generale resta quello della disponibilità delle prove in capo alle parti (art. 115). E ancora: viene affermato il principio del libero convincimento o «prudente apprezzamento» del giudice, ma questo vale «salvo che la legge disponga altrimenti» (e cioè, salve le ipotesi di prova legale) (art. 116).

Un'ulteriore soluzione compromissoria si ritrova nell'applicazione del principio di preclusione. Infatti, sebbene venga introdotto un sistema di preclusioni rigido di limitazione delle attività allegative e probatorie delle parti alla fase iniziale e preparatoria del processo, ma si ammette anche che tali preclusioni siano superabili nel corso del giudizio di primo grado e anche in appello a discrezione del giudice.

E la medesima impostazione compromissoria si ritrova nelle scelte che attengono alla dimensione etica

190 V., in proposito, P. Böhm, *Processo civile e ideologia nello Stato nazionalsocialista*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 621 ss.

191 V., in questo senso, Baumbach, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, in *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1938, p. 583 ss., il quale propone l'abolizione del processo civile contenzioso e la riconduzione di esso alla giurisdizione volontaria, e quindi ad un'attività giudiziale di tipo amministrativo, nell'ottica della visione del processo come strumento teso a ristabilire, mediante l'intervento del giudice, ordine e pace (*Ordnung und Schlichter ihrer Uneingkeit*). V. anche N. Trocker, *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, p. 64 ss. U. Davy, *Nationalismus und Recht: Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus*, 1990, p. 157 ss.

192 V., infatti, con riferimento alla proposta di Baumbach, P. Calamandrei, *Abolizione del processo civile?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, p. 336 ss.; Id., *La crisi del processo civile in Germania*, *ivi*, 1938, I, 130 ss.; 1939, I, p. 293 ss.; 1942, I, p. 279 ss. v. anche E. Allorio, *Giustizia e processo nel momento presente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 220 ss., spec. p. 230, in nota 1; Id., *Ufficio del giurista nello Stato autoritario*, in *Jus*, 1942, p. 274 ss., poi in Id., *Problemi di diritto*, III, *La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa e altri studi*, Milano, 1957, p. 163 ss.; A. Segni, *Alcuni orientamenti della dottrina processualistica germanica*, in *Riv. dir. comm.*, 1941, p. 77 ss. e in *Scritti giuridici*, I, p. 196 ss.; M. D'Amelio, *La vocazione del secolo XX alla codificazione*, in *Nuova Antologia*, 1937, fasc. marzo-aprile, p. 164 ss.

193 M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia*, cit., p. 113 ss. e p. 253 ss.; A. Proto Pisani, *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, p. 23 ss.; Id., *Il codice di procedura civile del 1940 tra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 73 ss.; Id., *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, cit., p. 713 ss., spec. p. 720 ss.

194 Sebbene nella *Relazione al c.p.c.* ci si riferisce alla «scuola sistematica fondata da Giuseppe Chiovenda» come a un modello di riferimento. In proposito, nel senso della dubbia attribuibilità della paternità chiovendiana del codice v. anche M. Taruffo, *La giustizia civile in Italia*, cit., p. 285; F. Cipriani, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Napoli, 2009, p. 89 ss., il quale parla – a proposito del codice del 1940 – di «leggenda del Codice chiovendiano».

195 *Relazione*, n. 16.

196 *Relazione*, n. 12.

197 *Relazione*, n. 12.

198 V. anche A. Proto Pisani, *I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2006*, in *Foro it.*, 2006, V, c. 375 s.

del processo. E' vero, infatti, che viene introdotto per le parti e i loro difensori il dovere di comportarsi «secondo lealtà e probità» (art. 88), ma non v'è traccia né del dovere di collaborazione, né di quello di verità (soggettiva). Senza considerare, peraltro, che per la violazione del dovere di cui all'art. 88 viene prevista la sola incidenza sulle spese processuali.

D'altro canto, anche la sottolineatura del «carattere sociale» del nuovo codice, che pure si ritrova nella *Relazione* (n. 18), si risolve nell'obiettivo di «avvicinamento della giustizia al popolo» e di «rendere il processo civile più popolare, cioè più vicino e più accessibile anche alle persone umili e non abbienti, a danno delle quali ricadono principalmente i costosi tecnicismi delle procedure troppo complicate». Senza che, però, nel codice si individuino misure specifiche che mirino all'affermazione dell'uguaglianza sostanziale fra le parti.

#### 14. LA RIFLESSIONE SULLA «FUNZIONE SOCIALE» DEL PROCESSO CIVILE NELLA SECONDA METÀ DEL XX SECOLO: «TUTELA DIFFERENZIATA» E «ACCESSO ALLA GIUSTIZIA»

Alla caduta del regime fascista non poteva non porsi il problema della sopravvivenza del codice del 1940. Si aprì, infatti, un ampio dibattito che vide la dottrina processualcivilistica compattamente schierata a favore della salvaguardia del codice, in quanto frutto di soluzioni tecniche che poco avevano a che fare con l'ideologia fascista e che, invece, molto risentivano degli insegnamenti chiovendiani e della sua concezione pubblicistico-sociale del processo. Di conseguenza, sebbene nel 1950 venne approvata una riforma del codice del 1940 che attenuava la rigidità – più apparente che reale – del sistema delle preclusioni al quale si era ispirato quest'ultimo, il modello processuale di riferimento continuò ad essere quello originario<sup>199</sup>.

Anche la dottrina processualcivilistica, tuttavia, non poteva non risentire della discussione che, a partire dagli anni '60, si aprì nel dibattito dei giuristi circa il più corretto metodo scientifico da seguire nell'approccio alla legislazione codicistica precedente alla Carta del '48 e all'affermarsi, nel secondo dopoguerra, del nuovo costituzionalismo novecentesco. E' l'epoca – come noto – dell'affermarsi dello «stato sociale di diritto» o *welfare state*, che mira a soppiantare il vecchio ideale ottocentesco dello Stato di diritto liberale-individualistico.

La concezione emergente da questo fondamentale sviluppo storico è che il vecchio ideale liberale dell'uguaglianza deve trasformarsi da istanza ad un'uguaglianza meramente formale in istanza ad un'uguaglianza sostanziale, come esplicitamente affermato dal 2° comma dell'art. 3 della nostra Carta costituzionale. Impostazione, questa, che inevitabilmente doveva produrre i suoi effetti anche sul modello di processo civile da seguire<sup>200</sup>. Questo sviluppo, infatti, comportava inevitabilmente «il passaggio dalla concezione del diritto e della giustizia come “mantenimento dell'ordine sociale”, a una concezione dinamica del diritto e della giustizia come postulazione di “mutamento sociale”»<sup>201</sup>. Si rilevava, in proposito, non solo che la legislazione processuale dovesse aprirsi alle istanze sociali, ma anche – sulla scia di una riflessione più ampia e di una netta contrapposizione al c.d. neopositivismo giuridico<sup>202</sup> – che l'analisi giuridica in generale, e quella processuale in particolare, non potesse essere immune da considerazioni di politica del diritto, fortemente sollecitate dai principi fondamentali della Carta costituzionale<sup>203</sup>.

Per lungo tempo ignorata (soprattutto dalla dottrina processualcivilistica), la Costituzione stimolò, in una parte consistente della civilprocessualistica italiana, un nuovo modo di intendere la funzione sociale del processo, più vicina alla seconda delle accezioni alle quali abbiamo fatto riferimento all'inizio, che sarebbe approdato, intorno agli anni '70 del XX secolo, al «nuovo verbo» della «*tutela giurisdizionale differenziata*».

199 A. Proto Pisani, *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice (Un bilancio e una proposta)*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 35 ss.

200 V., in maniera riassuntiva, M. Cappelletti, *Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 1381 ss., spec. p. 1420 ss. Il testo costituisce un'anticipazione parziale della voce *Giustizia* per l'*Enciclopedia del Novecento* dell'Istituto della Enciclopedia Italia Treccani.

201 M. Cappelletti, *Appunti per una fenomenologia*, cit., p. 1422 s.

202 V., in particolare, S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., p. 83 ss.; G.B. Ferri, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, p. 347 ss., spec. p. 372 ss.

203 V., ancora, M. Cappelletti, *Appunti per una fenomenologia*, cit., p. 1420 ss.; v. anche A. Proto Pisani, *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice*, cit., p. 45 ss.

Si andò diffondendo la convinzione, cioè, che il principio di uguaglianza sostanziale dell'art. 3, comma 2, Cost. e quello di effettività della tutela giurisdizionale, ricavabile dall'art. 24, comma 1, Cost., non solo tollerassero, ma addirittura imponessero al legislatore ordinario il ricorso a forme di «tutela giurisdizionale differenziata», adattate alle peculiarità sostanziali delle situazioni giuridiche tutelate<sup>204</sup>.

La finalità della «tutela differenziata» era, dunque, quella di favorire il concretizzarsi del principio di effettività della tutela giurisdizionale e di evitare che determinati interessi, stante la loro particolare natura, fossero irreparabilmente pregiudicati se costretti ad attendere i tempi (anche fisiologici) dell'ordinario processo a cognizione piena ed esauriente.

Sulla base di questa impostazione ideologica si spiega, in primo luogo, la scelta di prevedere riti speciali sommari con l'introduzione dello statuto dei lavoratori, diretti a favorire l'accelerazione della tutela giurisdizionale di quelle situazioni sostanziali che, per la loro particolare natura non tolleravano i tempi anche fisiologici della processo ordinario di cognizione (e si pensi alla fondamentale norma dell'art. 28 e al procedimento di repressione della condotta antisindacale).

In secondo luogo, si spiega sempre alla luce della medesima impostazione ideologica anche la scelta di approvare una riforma integrale del rito del lavoro nel 1973, improntandolo al modello chiovendiano dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza e – soprattutto – al riconoscimento di una posizione del giudice ben diversa da quella del rito ordinario (e basti considerare, in proposito, la previsione degli ampi poteri istruttori del giudice di cui all'art. 421, 2° comma) e alla previsione di varie disposizioni processuali che tendono a compensare la situazione sfavorevole in cui generalmente si trova la parte più debole, ossia il lavoratore. Sull'esempio del processo del lavoro anche altri settori specifici del contenzioso civile, nei quali emerge una evidente disparità socio-economica fra le parti del processo vengono sottoposti alla medesima disciplina processuale prevista per le controversie individuali di lavoro. E' quel che accade per le controversie agrarie e per quelle locatizie.

In terzo luogo, si spiega sempre alla luce della valorizzazione della dimensione costituzionale del principio di uguaglianza sostanziale fra le parti del processo l'apertura di una parte autorevole della dottrina italiana verso i problemi sociali e politici della giustizia civile in generale. Sono di questi anni, infatti, libri come *Giustizia e società* di Mauro Cappelletti, che viene pubblicato nel 1972, e *Processo civile e giustizia sociale* di Vittorio Denti, pubblicato nel 1971. In essi la concezione del processo civile come strumento di giustizia sociale viene orientata nella duplice direzione dell'analisi delle conseguenze negative che un'impostazione formalistica, vetero-liberale, della giustizia civile produce soprattutto per le classi meno abbienti e della necessità di realizzare riforme più incisive e più ampie, sulla scia degli insegnamenti kleiniani, che vengono nuovamente riproposti. Strettamente legato a questa linea ideologica e alla rivitalizzazione della dimensione sociale del processo, quale strumento di realizzazione del principio di uguaglianza sostanziale, è anche il movimento, tendenzialmente di portata mondiale, del c.d. *Accesso alla giustizia* (*Access to justice*)<sup>205</sup>, inteso a rendere effettivi i nuovi «diritti sociali» derivati dalle nuove Costituzioni e dalle Carte internazionali dei diritti dell'uomo, attraverso interventi di politica del diritto miranti ad attuare in tutti gli ordinamenti processuali contemporanei forme più efficaci: a) di assistenza giudiziaria per in non abbienti; b) di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi (come quelli dei consumatori o quelli attinenti alla protezione contro l'inquinamento dell'ambiente) riguardanti collettività o gruppi non organizzati o difficilmente organizzabili; c) di risoluzione alternativa delle controversie (*Alternative Dispute Resolution*) che realizzino forme di giustizia «coesistenziale»<sup>206</sup> basata sulla

204 A. Proto Pisani, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, 205 ss., per il quale la tutela c.d. differenziata serve ad assicurare «tutela giurisdizionale (effettiva) ad una serie di situazioni di vantaggio nuove a livello di diritto sostanziale». V. anche Id., *Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. e Giur.*, 1978, 534 ss.; Id., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 536 ss.; Id., *Ancora sulla c. d. tutela giurisdizionale differenziata*, in *Dir. e Giur.*, 1980, 751 ss.; L. Montesano, *Luci ed ombre in leggi e proposte di "tutela differenziata" nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 592 ss. Per l'identico problema con riferimento al processo amministrativo cfr. M. Nigro, *Trasformazioni dell'amministrazione e tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1980, 3 ss.; più recentemente S. Menchini, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 921 ss.; in senso critico, invece, Romeo, *Effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?*, ivi, 2004, 653 ss., spec. 677 ss.

205 M. Cappelletti (ed.), *The Florence access-to-justice project*, 4 voll., Milano-Alphen aan den Rijn, 1978-1979; Id. (a cura di), *Access to justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn-Bruxelles-Stuttgart-Firenze, 1981; Id.-B. Garth-N. Trocker, *Access to justice*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, XL (1976), p. 669 ss.

206 M. Cappelletti, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p. 49 ss., spec. p. 56 ss.; Id., *Giudici laici*, in *Riv. dir. proc.*,

conciliazione la mediazione e su criteri di equità sociale distributiva.

## 15. LA SOZIALFUNKTION DEL PROCESSO CIVILE ALL'ALBA DEL NUOVO MILLENNIO

La tendenza alla riaffermazione della funzione del processo civile quale strumento di abbattimento delle disuguaglianze sociali e l'esaltazione della sua dimensione «egualitaria» era destinata ad esaurirsi con la crisi del *welfare state* degli anni '80 del XX secolo e con la conseguente riduzione dell'interventismo statale al fine di assicurare il benessere sociale. Piuttosto, il diffondersi di politiche neoliberiste negli ultimi decenni del XX secolo e la conseguente riduzione degli investimenti statali anche nel settore della giustizia civile spostava sempre più l'attenzione verso la necessità di rendere più efficiente il funzionamento del processo civile. Va rafforzandosi, di conseguenza, la terza accezione del concetto di «funzione sociale» del processo che abbiamo evidenziato all'inizio del nostro discorso, e cioè quella che – già nel pensiero di Klein e di Menger – individuava nel processo civile un fattore di corretto funzionamento dell'economia della società.

Si spiegano in questo modo i numerosi e incisivi interventi riformatori che hanno interessato proprio sul finire del XX secolo molti ordinamenti processuali europei. E' significativo il fatto che tali interventi riformatori rispondono tutti a delle tendenze uniformi e ben precise, orientate sostanzialmente ad adeguare il processo civile al modello ispirato alla «funzione sociale», sul quale ci siamo già soffermati, e caratterizzate dall'accentuazione del ruolo del giudice nella direzione materiale del processo, dal rafforzamento del sistema di preclusioni, dall'implementazione di modalità di collaborazione fra giudice e parti, dall'introduzione di meccanismi diretti ad evitare forme di abuso processuale e dunque a rafforzare la dimensione etica del processo. E' il caso soprattutto della riforma inglese del 1998, di quella spagnola del 2000, di quella tedesca del 2001 e di quelle francesi attuate fra il 2002 e il 2007. In parte, ma con minore incisività, è anche il caso dei numerosi interventi riformatori che hanno riguardato il nostro processo civile.

Peraltro, nella stessa direzione «efficientista» sembra porsi anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, sia con la copiosa giurisprudenza sanzionatoria dell'irragionevole durata dei processi, sia con la tendenza, manifestata in più occasioni, a porre in stretto legame il diritto ad una ragionevole durata del processo e il ruolo attivo del giudice nella direzione del percorso processuale e ad evidenziare che la rimessione alle parti dell'iniziativa processuale non esime gli Stati dall'obbligo di garantire una durata ragionevole al processo predisponendo adeguati poteri del giudice funzionali a tale obiettivo.

## 16. UNA NUOVA PROSPETTIVA: LA «FUNZIONE SOCIALE» DEL PROCESSO CIVILE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DI GIUSTIZIA

Una prospettiva del tutto nuova di interpretazione della «funzione sociale» del processo civile, sempre legata, se si vuole, all'idea dello stretto collegamento fra efficienza del processo e corretto funzionamento dell'economia, è emersa e si va sempre più rafforzando per effetto della giurisprudenza della Corte europea di giustizia. Il riferimento, evidentemente, è alla tendenza della Corte sovranazionale ad intervenire in maniera sempre più incisiva sulla disciplina processuale interna agli Stati membri per adeguarla in via interpretativa alla tutela dei diritti di origine comunitaria e in questo modo rendere effettive le libertà fondamentali del Trattato dell'Unione<sup>207</sup>.

La Corte ha, infatti, da subito chiarito che la competenza in materia processuale riconosciuta agli ordinamenti nazionali non è, affatto, incondizionata<sup>208</sup>: essa sussiste intatta, invero, sino a che rispetti determinati criteri, o limiti, elaborati dalla stessa Corte nella sua giurisprudenza.

1979, p. 698 ss., spec. p. 707 ss.

207 Su questa prospettiva evolutiva rinvio ad A. Carratta, *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione europea e processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1400 ss.

208 Corte giust. 16 dicembre 1976, *Rewe*, in *Racc.*, 1976, p. 1989 ss. e la giurisprudenza successiva a tale pronuncia; da ultimo Corte giust., 14 marzo 2015, *Aziz*, in *www.curia.europa.eu*. Per altre indicazioni v. A. Carratta, *Le libertà fondamentali*, cit., p. 1400 ss.

In altri termini, l'esercizio da parte degli Stati membri dell'autonomia processuale è stato modulato, attraverso gli orientamenti forniti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in sede di sindacato dei mezzi processuali nazionali, sino a renderlo «servente»<sup>209</sup> rispetto al generale scopo di garantire effettività alle libertà fondamentali e alle disposizioni europee che le concretizzano, secondo un rapporto di sostanziale sussidiarietà. L'autonomia processuale è divenuta così uno «spazio lasciato alla disciplina processuale interna entro gli *standards* o i correttivi di derivazione comunitaria»<sup>210</sup>. Questi «correttivi» entrano in azione nei confronti del diritto processuale interno attraverso l'attività giudiziale: o della Corte di giustizia, per mezzo del rinvio pregiudiziale, o dei giudici interni, per mezzo della disapplicazione o dell'interpretazione conformatrice della norma processuale interna in contrasto con i principi di derivazione europea. Ciò con l'evidente finalità di evitare che l'autonomia degli Stati in materia processuale ostacoli la realizzazione degli obiettivi posti dal Trattato dell'Unione.

Ebbene, lo strumento che la Corte ha utilizzato per raggiungere tali obiettivi riprende ancora una volta l'idea centrale del modello processuale ispirato alla «funzione sociale» e cioè il riconoscimento di una posizione rafforzata del giudice all'interno del processo.

Basti pensare, in proposito, alla giurisprudenza della Corte europea favorevole a riconoscere in capo al giudice nazionale (ed a prescindere da quanto previsto dalla legislazione interna) un pressoché generale poter di rilevanza d'ufficio della nullità di clausole contrattuali in violazione dei diritti attribuiti ai consumatori dalla legislazione europea<sup>211</sup>. O a quella che – sempre in tema di tutela dei consumatori – ha ritenuto in contrasto con l'effettività della tutela giurisdizionale la norma processuale interna che neghi al giudice la possibilità di procedere ad un'istruttoria d'ufficio per accertare la natura abusiva della clausola contrattuale (sentenza *Pénzügyi Lizing*)<sup>212</sup>.

E' significativo il fatto che anche in questi casi l'esigenza di individuare adeguati strumenti processuali che consentano di rendere effettiva la tutela giurisdizionale viene soddisfatta mediante il richiamo di uno dei capisaldi del modello sociale di processo, e cioè il riconoscimento di più incisivi poteri anche istruttori al giudice.

## 17. L'EMERGERE DI TENDENZE «NEOPRIVATISTICHE»

Solo un accenno va fatto, in questa sede, ad alcune tendenze emerse sul finire del secolo XX soprattutto presso la dottrina italiana, ma non solo, che sono state efficacemente definite come «neoprivatistiche»<sup>213</sup>, perché finalizzate a riaffermare l'idea «privatistico-liberale» del processo ed a stigmatizzare come «autoritaria» qualsiasi soluzione diretta al rafforzamento dei poteri del giudice. Il riferimento è, evidentemente, alle posizioni espresse in Italia da Cipriani<sup>214</sup> e da Monteleone e, in Spagna, da Montero Aroca<sup>215</sup>.

In effetti si tratta di posizioni che sono rimaste molto isolate e che non sono riuscite nell'obiettivo che le animava, e cioè quello di superare l'impostazione ormai dominante sulla natura pubblicistica del processo

209 D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: paradise lost?*, Torino, 2009, p. 20.

210 S. Amadeo, *Norme comunitarie, posizioni giuridiche soggettive e giudizi interni*, Milano, 2002, p. 311.

211 In tal senso, Corte giust., 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98, *Océano Grupo Editorial*, in *Racc.*, p. 4941 ss.; v. anche il commento di A. Orestano, *Rilevabilità di ufficio della vessatorietà delle clausole*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 1179 ss.; Corte giust., 21 novembre 2002, causa C-473/00, *Cofidis*, in *Racc.*, p. 10875 ss.; Corte giust., 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español de Crédito*, in *Foro it.*, 2013, IV, c. 170 ss. Rinviamo ancora ad A. Carratta, *Le libertà fondamentali*, cit., p. 1401 ss.

212 Corte giust., 9 novembre 2010, causa C-137/08, *Pénzügyi Lizing*, in *Racc.*, p. 10847 ss.

213 J.C. Barbosa Moreira, *O neoprivatismo no proceso civil*, cit., p. 13 ss.; poi Id., *El neoprivatismo en el proceso civil*, in J. Montero Aroca (coord.), *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, 2006, p. 199 ss. Su queste tendenze v., sempre in senso critico, Oteiza, *El juez ante la tensión entre libertad e igualdad*, in *Rev. Der. Proc.*, 2002, num. Extraordinario, p. 220 ss.; J. Parra Quijano, *Racionalidad e ideologia en las pruebas de oficio*, Bogotá, 2004, p. 9 ss., p. 15 ss. e p. 51 ss.

214 V., in particolare, F. Cipriani, *Nel centenario del Regolamento di Klein*, cit., p. 969 ss.; Id., *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 1243 ss.; Id., *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 455 ss.; Id., *L'autoritarismo processuale e le prove documentali*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 289 ss., spec. p. 293 ss.

215 J. Montero Aroca, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*, in *Atti della XVII Giornata Ibero-americana di Diritto processuale*, II, San José, 2000, p. 285 ss.; Id., *El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria*, in *Rev. Iberoam. Der. Proc.*, 2004, n. 7, p. 15 ss. e in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 552 ss., con il titolo *Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria*, e con *Postilla* di G. Verde, *ivi*, p. 580 ss.; Id., *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, trad. it. di V. Bratelli e N. Magrino, Napoli, 2002, p. 58 ss. e p. 108 ss. (su questo v., criticamente, G. Verde, *Le ideologie del processo in un recente saggio*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 676 ss.).

civile e sulla sua funzione sociale e di riaffermare la vecchia impostazione liberale del processo come «cosa delle parti». Ciò non toglie, peraltro, che queste tendenze abbiano avuto, in un particolare momento storico del nostro Paese, ripercussioni (sia pure limitate) anche sul piano legislativo, se si pensa al modello che era alla base del c.d. processo societario, introdotto nel 2004, ma soppresso – dopo ripetuti interventi della Corte costituzionale – nel 2009, il quale sembrava ispirarsi proprio alla convinzione che il giudice dovesse assumere nel processo una posizione assolutamente residuale rispetto a quella delle parti.

Del resto, la più attenta dottrina si è impegnata a dimostrare come non esista alcuna reale connessione fra l'attribuzione al giudice di più incisivi poteri istruttori e l'adesione all'ideologia autoritaria e – al contrario – come non sussista parimenti alcuna connessione fra la supremazia nel processo delle parti e l'adesione all'ideologia democratica o comunque non autoritaria. E a riprova di ciò sta la circostanza che – come abbiamo visto – fra le tendenze in atto in molti degli ordinamenti processuali senz'altro predominante è quella di munire il giudice di più incisivi poteri istruttori, oltre che di maggiori poteri di direzione materiale del processo. Come è stato sottolineato – da Michele Taruffo – «l'aspetto più rilevante di questo fenomeno è che esso si manifesta in ordinamenti che sono indiscutibilmente democratici, e che sono rimasti democratici anche dopo aver conferito al giudice autonomi poteri di iniziativa istruttoria, con riforme che risalgono soprattutto alla seconda metà del secolo XX»<sup>216</sup>.

## 18. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La valorizzazione della funzione sociale del processo civile non solo ha comportato un decisivo mutamento nella concezione dell'istituto processuale, ma ha anche contribuito a cambiare lo stesso metodo di studio del diritto processuale civile. Un mutamento radicale, che inevitabilmente ha portato al superamento del metodo esegetico e all'affacciarsi di un nuovo metodo di guardare al diritto processuale civile, attraverso il quale si sono disgelati quei «fiori di ghiaccio», che – come notava sarcasticamente Musil nel suo *Uomo senza qualità* – «nascono così rigogliosi nelle teste dei sapienti di diritto»<sup>217</sup>. Questo metodo nuovo, infatti, ha portato a riconoscere che – per citare Klein – «lo squallido, arido, trascurato fenomeno della procedura civile, è invece intimamente legato ai grandi movimenti spirituali dei popoli, e che le sue svariate manifestazioni rappresentano documenti fra i più importanti della cultura umana»<sup>218</sup> e che – per richiamare le parole che Chiovenda utilizza richiamando Jhering e la sua *Lotta pel diritto* – il processo civile non costituisce altro che il «campo in cui si rappresenta una delle scene più agitate e complesse della vita sociale»<sup>219</sup>. E' la conseguenza più immediata dell'irrompere della socialità nella riflessione intorno al processo: come il diritto, anche il processo «non galleggia più, alto, al di sopra della società, ma vi si mescola perennemente, tendendo a registrare le istanze che dal basso si originano, circolano, reclamano accoglimento a livello ufficiale»<sup>220</sup>.

Se si vuole individuare un punto debole in questo nuovo approccio alla riflessione intorno al processo civile, probabilmente esso risiede nell'esaltazione del ruolo che può rivestire – nel correggere alcune storture, inefficienze o vere e proprie diseguaglianze sociali – lo strumento processuale e nell'ingenuità di ritenere che ciò possa avvenire semplicemente privilegiando alcune scelte processuali tecniche (a cominciare dall'accentuazione dei poteri del giudice) rispetto ad altre. L'esperienza del passato ci ha mostrato che questo costituisce solo una parte della soluzione del più complesso problema dei rapporti fra fenomeno giuridico e realtà sociale e del loro difficile governo.

216 M. Taruffo, *Sub art. 115*, in A. Carratta-M. Taruffo, *Poteri del giudice*, in *Comm. c.p.c.*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2011, p. 447 ss.; Id., *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in *La disponibilità della tutela giurisdizionale (cinquant'anni dopo)*, in *Quad. Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 101 ss., spec. p. 123. V. anche Id., *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 453 ss.; Id., *L'istruzione probatoria*, cit., p. 111 ss.; Id., *Procedura civile (codice di)*, cit., p. 663 ss.; in senso analogo N. Picardi, *Codice di procedura civile (linee delle riforme)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 219; P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2010, p. 244 ss.

217 R. Musil, *L'uomo senza qualità (Der Mann ohne Eigeneschaften)*, trad. di A. Rho e introduzione di C. Cases, Einaudi, Torino, 1957, ripubblicato nella collana *I meridiani*, Mondadori, Milano, 1998, p. 1877.

218 F. Klein, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*, Frankfurt a.M., 2. Aufl., 1958, p. 8, nella traduzione di M. Cappelletti, *Aspetti sociali e politici della procedura civile*, cit., p. 104.

219 G. Chiovenda, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, p. 380.

220 P. Grossi, *Diritto nella storia dell'unità d'Italia*, cit., p. 18, il quale aggiunge: «il diritto novecentesco recupera in fattualità, e si segnala nuovamente per la sua carnalità; mescolandosi con la società, che è fatta non di individui isolati e isolabili ma di nessi, di relazioni, di vincolazioni, recupera in socialità recando in sé una linea di tendenza valorizzante dimensioni prima rimosse, il 'sociale' e soprattutto il 'collettivo'».



# EXTENSÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA ÀS QUESTÕES PREJUDICIAIS: NOVAS TENDÊNCIAS EM PERSPECTIVA COMPARADA

**Antonio do Passo Cabral**

Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Livre-Docente pela Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito Processual pela UERJ, em cooperação com a Universidade de Munique, Alemanha (*Ludwig-Maximilians-Universität*). Mestre em Direito Público pela UERJ. Pós-doutorado na Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Professor Visitante nas Universidades de Passau (2015) e Kiel (2016, 2017), Alemanha, e na Universidade Ritsumeikan (Kyoto, Japão, 2018). Membro da *International Association of Procedural Law*, do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação de Juristas Brasil-Alemanha, e da *Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht*.

## 1. A INSUFICIÊNCIA DA DISCIPLINA TRADICIONAL DA COISA JULGADA

José Carlos Barbosa Moreira, o maior processualista brasileiro de todos os tempos, dedicou-se com afinco ao intrincado tema da coisa julgada. Vários de seus textos são leitura obrigatória para quem se aventura em estudar o assunto.<sup>1</sup> E até hoje, confrontados com inúmeros casos em que se debate sobre a coisa julgada, os estudantes e profissionais ainda se valem das suas lições.

Não obstante, os desafios são grandes. Depois de séculos de teorização, constatou-se que a coisa julgada não resolveu os problemas práticos a que destinada. Concebida para emprestar segurança jurídica às decisões de mérito, a *res iudicata* acabou-se perdendo em debates puramente teóricos, sem qualquer utilidade prática. De fato, apesar de tanta tinta gasta nos debates históricos, um abismo separa doutrina e jurisprudência. Grande parte dos estudos sobre a coisa julgada nos últimos 80 anos parece compilar os avanços do passado, com pouco ou nenhum caráter propositivo e sem voltar-se às necessidades práticas do presente.<sup>2</sup> Como lembra Nieva, as discussões teóricas apresentam muitas “abstrações dogmáticas” e “hipóteses de laboratório”, algumas sem sentido e outras mais refinadas, mas que sequer são aptas a resolver qualquer problema prático.<sup>3</sup>

Nesse cenário, uma série de casos enfrentados pelo processo contemporâneo precisa de tratamento adequado no campo das estabilidades, o que demonstra que necessitamos sim de alternativas porque o modelo atual da coisa julgada reconhecidamente está em crise em muitas partes do mundo.<sup>4</sup>

E inquietação generalizada com a coisa julgada, que já denominamos, parafraseando o célebre texto de Freud, de “mal-estar” na coisa julgada, foi percebida por alguns poucos setores doutrinários mas sobretudo na jurisprudência. Apesar de reconhecer que a coisa julgada deveria fornecer segurança e estabilidade dos atos processuais, iniciou-se uma verdadeira “rebelião” fulcrada no valor “justiça” e revelada pelo incômodo da petrificação de aberrações judiciais, erros tão graves que, tornados “imutáveis”, repugnavam o sentimento

1 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, ano 59, vol.416, jun, 1970; *Idem*, Coisa julgada e declaração. *Revista dos Tribunais*, ano 60, vol.429, julho, 1971; *Idem*, Condenação a fazer. Limites da coisa julgada e da execução. *Revista dos Tribunais*, ano 84, vol.711, jan, 1995; *Idem*, Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. *Revista Forense*, ano 101, vol.377, jan-fev, 2005; *Idem*, Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista de Processo*, ano IX, n.34, abr-jun, 1984; *Idem*, Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, ano 70, vol.246, abr-jun, 1974; Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, n.16, 1967.

2 Por essa razão, afirma João Conde Correia que: “Continuamos a lidar, basicamente, com os mesmos instrumentos teóricos de há cem anos atrás e nem o recurso ao direito comparado, sempre tão generoso, parece propiciar-nos as bases imprescindíveis à necessária rotura. Mesmo aí, salvo uma ou outra exceção, mais do que as ideias novas, abundam, sobretudo, as recompilações. Às vezes, parece mais tratar-se de história do direito do que de outra coisa qualquer”. CONDE, João Correia. *O ‘mito do caso julgado’ e a revisão propter nova*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010, p.16-17.

3 NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier, 2006, p.20, 46.

4 ANDOLINA, Italo. *Crisis of res iudicata and new techniques for dispute resolution: (self-standing anticipatory) provisional measures on the merits*. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, ano 13, 2008, p.19; RAITI, Giovanni. *The crisis of civil res iudicata in the EC legal system*. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, ano 13, 2008, p.23 ss.

de correção e justiça que todos nutrem em um ordenamento jurídico. Surgiram as teses da “relativização da coisa julgada inconstitucional”, que, partindo de casos patológicos (que não refletem a normalidade das hipóteses cotidianas), pretendiam consagrar técnica flexibilizadora que, sem justificação adequada e sem que critérios claros e seguros para a superação atípica, autoriza constantemente decisões arbitrárias para a quebra da *res iudicata* que podem levar a “desconsiderar” ou ignorar, quando não se o devesse fazer, uma estabilidade forte como a coisa julgada.<sup>5</sup>

Diante da insuficiência do modelo tradicional, e pela inadequação das teses de relativização para resolver-lhe os problemas, tentaremos expor algumas das novas tendências sobre o tema no direito comparado, especialmente sobre os limites objetivos da coisa julgada, remetendo o leitor para outro texto de maior fôlego.<sup>6</sup> Por fim, mostraremos como o novo Código de Processo Civil brasileiro evoluiu a respeito dos limites objetivos da coisa julgada.

## 2. OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA E SEUS PROBLEMAS PRÁTICOS

A tradição da teoria sobre os limites objetivos da coisa julgada transitou numa associação necessária da *res iudicata* com o “objeto do processo”, forte na processualística tedesca.<sup>7</sup> A partir da vitória da concepção unitária do objeto do processo, que igualava o *Streitgegenstand* ao pedido (excluindo qualquer parcela da causa de pedir), esta correlação da coisa julgada com o objeto do processo caminhou para a limitação objetiva da *res iudicata* ao dispositivo da sentença, o ponto onde o juiz respondia ao pedido, julgando-o efetivamente.<sup>8</sup>

Ficaria ao largo da disciplina da coisa julgada, e fora da vinculatividade dela decorrente, toda a “massa lógica” que precede a conclusão, vale dizer, todas as demais questões contidas na sentença, inclusive a fundamentação.<sup>9</sup> Os fatos analisados pelo juiz, bem como a resolução das questões de direito, a cognição e decisão sobre os argumentos das partes, sobre as questões preliminares e prejudiciais, tudo ficava à margem da indiscutibilidade, dentro da ideia de que o campo periférico de “questões-satélites” que pudessem ser úteis a outras lides futuras e deveriam estar abertas à rediscussão,<sup>10</sup> podendo ser novamente debatido e decidido em outro processo.<sup>11</sup>

Os problemas práticos dessa concepção surgem nas hipóteses em que o dispositivo não é muito claro ou quando não explicita efetivamente o conteúdo do comando, limitando-se a pronunciar, p.ex., que “julga procedente” o pedido. Isso é ainda mais relevante nas sentenças de improcedência, que somente rejeitam a pretensão sem incluir na fórmula do dispositivo os motivos para aquela específica conclusão.<sup>12</sup> Ou ainda nos casos em que o magistrado efetivamente decide *enquanto* fundamenta, apondo parcelas da sua conclusão onde

5 Confirmam-se minhas críticas às teses da “coisa julgada inconstitucional” em CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Jus Podivm, 2a ed., 2014, p.166 ss.

6 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. *Op.cit.*, *passim*.

7 STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen. Vorfrage und Präklusion auf der Grundlage des rechtlichen Gehörs und der Logik der Rechtssätze. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*. Wien: Manz, 2001, p.6.

8 Sobre a evolução dessa concepção, confirmam-se GAUL, Hans Friedhelm. *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand*. in JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (Orgs). *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*. Köln: Otto Schmidt, 1978, p.471 ss; PARRY, Adolfo E. *Limites objetivos de la cosa juzgada*. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t.29, jan-mar, 1943, p.856; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Questões prejudiciais e coisa julgada*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, n.16, 1967, p.217 ss; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil*. *Op.cit.*, p.31; NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.43; HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig: Deichert'sche, Parte I, 1912, p.791-792; BETTI, Emilio. *Cosa giudicata e ragione fatta valere*. *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1929, p.546; COUTURE, Eduardo J. *La cosa juzgada como presunción legal*. *Revista Jurídica*, ano 3, vol.17, set-out, 1955, p.19.

9 MENCHINI, Sergio. *Regiudicata civile. Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*. Torino: Utet, vol.XVI, 1997, p.434; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Coisa julgada, 'collateral estoppel' e eficácia preclusiva 'secundum eventum litis'*. *Revista dos Tribunais*, ano 75, vol.608, junho, 1986, p.26.

10 A expressão é de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Coisa julgada, 'collateral estoppel' e eficácia preclusiva 'secundum eventum litis'*. *Op.cit.*, p.28.

11 GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. Köln: Carl Heymanns, 13a ed., 2008, p.233.

12 HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozessrechts*. *Op.cit.*, p.793; GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. *Op.cit.*, p.235-236; POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck, 2009, p.282; LEIPOLD, Dieter. *Teilklagen und Rechtskraft*, in *Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, p.432-433; ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2a ed., 2009, p.245. Na Suíça, KUMMER, Max. *Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht*. Bern: Stämpfli, 1954, p.113; SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft – Ausgewählte Probleme. Ein Beitrag zum Verhältnis von materiellem Recht und Zivilprozessrecht*. Zürich: Schulthess, 2002, p.135-136; CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2009, p.201 ss.

formalmente está a motivação, sem “retomar” ou reproduzir as conclusões externadas ao redigir o dispositivo.

Ademais, vários inconvenientes práticos surgem da limitação da coisa julgada ao dispositivo também porque esta redução pode ocasionar contradição lógica entre diversas decisões estáveis, a qual dificilmente pode ser descrita como uma opção consciente de qualquer sistema que pretenda segurança, economia processual e confiança no Judiciário. São contrastes como esses que criavam certos desconfortos com a teorização tradicional acerca dos limites da coisa julgada.<sup>13</sup>

### 3. CRÍTICAS E PROPOSTAS GERAIS PARA REFORMULAÇÃO DOS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA

A limitação objetiva da coisa julgada, tal como prevista na literatura processual clássica e disciplinada em muitos dos códigos ocidentais, restringia a estabilidade processual às sentenças (e nem a todas elas, apenas as sentenças de mérito) e somente a alguns extratos do seu conteúdo. Ficavam fora da disciplina da coisa julgada várias outras questões que deveriam assumir alguma forma de estabilidade, problemas como a vinculatividade em processos futuros (sobretudo em causas conexas), de questões que foram objeto da cognição mas que não foram decididas, como as dúvidas sobre a preclusão de questões prévias (*Vorfragen*) e parcelas fracionáveis da discussão de mérito; o escasso tratamento das preclusões para o juiz; a ausência de disciplina teórica para os atos processuais omissivos e os efeitos preclusivos que geram; dentre outros.

Em meu entendimento, o modelo tradicional parte de uma abordagem que merece reparos: trata-se de um formato privatista, estático, cognitivista e fracionado.

É *privatista* porque a análise de tríplice identidade entre duas ou mais demandas (baseada no objeto desses processos: o *Streitgegenstand*), somada à limitação objetiva da *res iudicata* apenas ao dispositivo da sentença, reflete um sistema onde são os particulares que definem a estabilidade da sentença estatal: o que não é pedido não é julgado, e então não consta do dispositivo e não se torna imutável.<sup>14</sup>

De fato, se bem analisada, a limitação da coisa julgada a uma específica seção da sentença (o dispositivo) deriva de uma projeção da vontade dos litigantes; os limites objetivos da coisa julgada eram, em última análise, os limites colocados pelas partes no pedido (ainda que somados aos pedidos em ação declaratória incidental).<sup>15</sup>

Negligenciam-se outros interesses públicos relevantes num regime de estabilidade processual, tais como a harmonia entre julgados, a eficiência, igualdade, que fogem todos à esfera de disposição dos litigantes.

O sistema ortodoxo reflete também um formato *estático* porque a norma jurídica da sentença é vista como um conteúdo dado, aferida pela comparação entre elementos “prontos” dos dois processos (um cotejo estanque entre os dispositivos de duas sentenças ou dois *Streitgegenstände*). Esse modelo é fruto de uma concepção puramente objetivista do ordenamento jurídico em que a norma e o intérprete são apartados, com o conseqüente afastamento das regras do procedimento para sua “construção” e revelação. Nesse modelo, estuda-se apenas a estabilidade de um ato processual (a sentença), esquecendo-se que a decisão é posicionada no fim de uma cadeia de outros muitos atos, condicionada por tantas outras condutas, posições e situações jurídicas intermédias, cuja estabilidade também deveria ser incorporada ao exame da estabilidade do ato final. Trata-se de um parâmetro que esquece que o processo é um ambiente de diálogo, influência reflexiva e cooperação, marcado pelo contraditório entre todos os sujeitos, e não apenas a sede para o decreto solitário e isolado do soberano estatal. A estabilidade dos atos processuais não é apenas um mandamento do Estado,

13 Como percebeu MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. C.H.Beck, 10ª ed., 2010, p.372: “Nur die vom Gericht festgestellte Rechtsfolge erwächst in Rechtskraft, also das Ergebnis der Anwendung eines Rechtssatzes auf den der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalt. (...) Am Beispiel eines klageabweisenden Urteils lässt sich im Übrigen zeigen, dass die zuweilen geäußerte Meinung, nur der Tenor des Urteils erwachse in Rechtskraft, zumindest missverständlich ist. Denn der Tenor des klageabweisenden Urteils ist für sich genommen nichtssagend; um seinen eigentlichen Inhalt zu ermitteln, muss auf Tatbestand und Entscheidungsgründe gesehen werden. Aus ihnen ergibt sich die festgestellte Rechtsfolge, die rechtskräftig wird, nämlich dass das vom Kläger geltend gemachte Recht ihm nicht zusteht”. Também é a preocupação externada por RIMMELSPACHER, Bruno. *Materielle Rechtskraft und Gestaltungsrechte*. *Juristische Schulung*, ano 44, n.7, julho, 2004, p.565.

14 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. *Op.cit.*, p.431 ss.

15 THEODORO JR., Humberto. *Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória*. *Revista de Processo*, ano 21, n.81, jan-mar, 1996, p.89.

mas fruto de uma cadeia intersubjetiva, uma *interação* entre todos que deve ser estudada no tráfego jurídico.<sup>16</sup>

Assim, equivoca-se a análise tradicional quando compara os produtos finais dos dois processos como conteúdos prontos, tomando o resultado último do processo como norma (o *decisum*), esquecendo-se de incluir no objeto da estabilidade o *iter* precedente que originou a convicção do juiz e cada uma das conclusões dos demais sujeitos do processo, ou seja, a atividade das partes e o exercício de seus direitos fundamentais processuais, a ligação teleológico-estrutural entre os dois processos, bem como fatores externos e interferentes nas situações substanciais dos dois casos. Ficam, então, alheios aos critérios de identificação da coisa julgada e das preclusões certas perguntas fundamentais: o grau de convencimento atingido pelo magistrado, as relações preclusivas interprocessuais, a proteção da confiança e as expectativas legítimas que os atos de um processo (omissivos ou comissivos) possam ter gerado, com repercussão nos processos futuros, dentre outros.

Além de ser privatista e estático, o modelo tradicional é ainda *cognitivista e fracionado*. Cognitivista porque construído para o processo de conhecimento, retirando de suas considerações os atos judiciais praticados em outros tipos de processo que não o processo cognitivo, como a execução ou o processo cautelar. É fracionado vez que dissociado da teoria geral do processo pois separa, com radicalismo, a estabilidade dos atos das partes (submetidos à preclusão) e a estabilidade da sentença de mérito (submetida à disciplina da coisa julgada). Esta é uma visão apenas parcial do fenômeno das estabilidades processuais, que esquece de incluir neste espectro as estabilidades dos atos praticados por outros sujeitos que não o juiz. E, mesmo dentro dos atos judiciais, exclui ainda de sua abordagem as estabilidades de outras sentenças judiciais que não sejam sentenças de mérito; outros atos judiciais intermédios que não as sentenças, como as decisões interlocutórias, despachos; a estabilidade de certos pontos do contraditório que sejam exaustivamente debatidos, ainda que não decididos formalmente (a preclusão sobre as questões conhecidas mas não julgadas, p.ex.), dentre outros.

E o mais grave: o modelo clássico separa indevidamente a estabilidade da sentença (o ato jurisdicional por excelência), dos demais atos estatais como a lei e o ato administrativo, e por isso se afasta da teoria geral do processo. Ora, se a segurança jurídica é tema da teoria geral do direito, alguma nota comum deve haver na estabilidade dos atos do Estado como um todo, e se bem os analisamos, vemos que estes são, de regra, alteráveis e não imutáveis.<sup>17</sup>

Minha proposta é que as insuficiências teóricas e práticas da coisa julgada podem ser solucionadas pela formulação de um sistema mais abrangente e *dinâmico* das estabilidades.

Em relação aos limites objetivos, não se pode isolar o dispositivo da sentença, esquecendo todo o restante do ato sentencial (a fundamentação, p.ex.) e todos os demais atos processuais anteriores, que na sua interação recíproca de condicionamentos em contraditório, forjaram o debate daquele específico processo. A abordagem dinâmica que proponho pretende ser uma análise das estabilidades como *interações em cadeia*, baseando seus limites objetivos e temporais nas ligações argumentativas entre todos os atos processuais por meio do contraditório. Não cabe isolar um único ato ou conteúdo. Sugiro, então, uma desvinculação da coisa julgada do conceito de *Streitgegenstand*, e uma virada rumo à união de conteúdos do debate para verificar o que foi debatido e o que deve tornar-se estável.

E a abrangência objetiva das estabilidades processuais, se não deve estar vinculada ao conceito de “objeto do processo”, pode ter seu núcleo compreendido pelo conceito que propomos de *esquemas de agir argumentativo*, definindo-se o conteúdo do que deve tornar-se estável pelo exercício pleno e êquo do contraditório, da possibilidade de adotar uma determinada conduta e da previsibilidade de assunção do vínculo em processos futuros.

De outro lado, procuro demonstrar a possibilidade de um sistema *unificado e não exclusivamente cognitivo*

16 CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. *Op.cit.*, p.376 ss.

17 Por este motivo, defendemos o formato de segurança como continuidade jurídica. Cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. *Op.cit.*, p.322 ss.

das estabilidades, com inserção de finalidades publicistas conciliadas com a participação e iniciativa das partes, e que incorpore uma dimensão interprocessual, relevante por seus efeitos de emprestar coerência, harmonia e eficiência ao tráfego jurídico. Este sistema uniria os *diversos tipos de estabilidade* em torno do conceito de preclusão (esta sim – e não a coisa julgada – a estabilidade por excelência).

#### 4. NOVAS TENDÊNCIAS NO DIREITO COMPARADO

Nas últimas décadas, puderam ser observadas diversas reações contra a aceitação clássica de limitação da coisa julgada ao dispositivo na doutrina e na jurisprudência internacionais. Na doutrina e na jurisprudência internacionais,<sup>18</sup> verificamos várias teses que aceitam em alguma medida que a vinculatividade decorrente da coisa julgada atinja a fundamentação dos atos do processo. Algumas delas consistiram em reformular o conceito de objeto do processo; outras buscaram um conceito mais elástico de objeto do processo, passaram a propagar um retorno à vinculatividade das razões de decidir, movimento que tem influenciado inúmeras decisões de diversos tribunais na jurisprudência comparada. Vejamos algumas linhas desse movimento.<sup>19</sup>

##### 4.1. A TESE DE PETER BÖHM: O CONCEITO FINALÍSTICO DE OBJETO DO PROCESSO E A ESFERA JURÍDICA IMPACTADA

O primeiro grupo de teses que podem ser apontadas como uma reação à insuficiência prática, para o sistema de estabilidades, do isolamento da conclusão da decisão, compreende as tendências de ampliação ou alteração do objeto do processo de maneira a abarcar outros dados que tornassem o modelo mais aberto, flexível e abrangente de interesses públicos de harmonia sistêmica e economia processual.

Neste sentido, o professor vienense Peter Böhm desenvolveu sua aceitação do *Streitgegenstand* compreendido na perspectiva dos escopos pretendidos pelas partes e das consequências regulativas do processo. Para Böhm, tanto nas teses que isolam o objeto do processo (o objeto “unitário”, definido apenas como o pedido), como naquelas em que o *Streitgegenstand* é individualizado também pela causa de pedir, o problema é o mesmo: a definição puramente processual do que é “pedido”. Para Böhm, o objeto do processo não pode nem ser reduzido puramente ao pedido, nem tampouco basta incluir os fatos (a causa de pedir ou o “complexo de fatos”) nesta análise se, ainda assim, for mantida a ideia puramente processual de pedido.

Segundo o autor, a ponte de ligação entre o pedido e os fatos se constrói através da ligação substancial entre eles, que é caracterizada pelo “escopo processual” de efetivar o direito material.<sup>20</sup> Não se poderia olvidar a relação funcional entre direito e processo mas, por outro lado, não pode haver um confinamento do *Streitgegenstand* a elementos puramente civilísticos. Entra em cena seu conceito de *escopo da tutela jurídica* (*Rechtsschutzziel*) como maneira de ampliar e publicizar o objeto do processo.

Nessa linha, o objeto do processo deveria ser caracterizado por vários aspectos. O pedido é importante porque determina a forma e o conteúdo principal da prestação postulada. Mas o objeto do processo será identificado também – e sobretudo – pelas consequências ou efeitos jurídicos pretendidos (“escopo da tutela em sentido processual”); e pelas alegações sobre as consequências das normas jurídicas aplicáveis, que complementam o entendimento a respeito da causa de pedir e formam o “escopo da tutela em sentido material”.<sup>21</sup> Esses três componentes estariam relacionados numa simbiose funcional: os efeitos pretendidos são atuados através do meio processual (o pedido formalmente estruturado) e das alegadas consequências jurídicas que decorrem do direito material aplicável.<sup>22</sup>

18 Sem pretensão exaustiva, destacamos Japão, Áustria, Suíça, União Europeia, Brasil e os ordenamentos do *common law* como alguns, dentre outros, onde se vê grande evolução.

19 Para uma análise mais detalhada de direito comparado, confira-se CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. *Op.cit.*, p.179-264, 376-410.

20 BÖHM, Peter. *Die Ausrichtung des Streitgegenstands am Rechtsschutzziel*, in RECHBERGER, Walter H. e WELSER, Rudolf (Orgs.). *Festschrift für Kralik zum 65. Geburtstag*. Wien: Manz, 1986, p.109-110.

21 *Ibidem*, p.111-112, 121.

22 *Ibidem*, p.122.

Neste sentido, Böhm pretende alterar o conceito de objeto do processo, propondo que ele seja uma mistura do “objeto potencial do julgamento” (*potentielle Urteilsgegenstand*) com o “objeto da questão jurídica hipotética” (*hypothetischer Rechtsfragegegenstand*).<sup>23</sup>

O próprio autor afirma que sua teoria, forjando o objeto do processo na concepção de escopo da tutela, permitiria uma concepção mais estreita do *Streitgegenstand* do que a tese puramente processual, que identifica o objeto do processo no pedido. Böhm assevera que, ao invés de enxergar o pedido como sendo a prestação econômica, sua proposta de buscar os objetivos das partes (o escopo pretendido) envolveria também uma análise sobre se são idênticos os “âmbitos de regulação jurídica” postulados nos processos em exame. Assim, ao comparar dois ou mais processos, dever-se-ia perquirir se a função material-regulativa de um interfere na do outro. Duas demandas reivindicatórias, p.ex., teriam o mesmo escopo se versarem sobre o mesmo bem, ainda que baseadas em fatos diversos ou títulos diferentes.<sup>24</sup> Essa perspectiva seria mais adequada porque evita contradições, favorecendo segurança e a economia processual.<sup>25</sup>

Além dessas características, destacadas pelo próprio autor, em nosso sentir outras vantagens da tese de Böhm podem ser salientadas. A primeira delas é evitar uma abordagem puramente privatista do objeto do processo, um dos defeitos que vemos na doutrina clássica e que se reflete invariavelmente na disciplina das estabilidades.

Ademais, ao trabalhar a relação potencial que existe entre alegações e requerimentos das partes, o objeto do julgamento e as estabilidades processuais, Böhm ressalta a importância de compreender-se a conclusão e os argumentos no “conjunto da fundamentação”,<sup>26</sup> resgatando a importância das razões no modelo das estabilidades. Até porque, ao serem incluídos elementos teleológicos no objeto do processo, o critério de comparação deixa de ter como base uma pura “tríplice identidade”, mas sim o cotejo entre os escopos pretendidos em ambos os processos, compreendidos na ligação material anteriormente descrita.

Aliás, o conceito de “escopo da tutela”, ao ser empregado como parâmetro para definir a possibilidade de rediscussão de um conteúdo já estável, não poderia mesmo funcionar com projeções estáticas, com conceitos prontos e dados apriorísticos, como faz a concepção unitária do objeto do processo (objeto = pedido). Ao contrário, como esta determinação só pode ser aquilatada na ligação concreta entre os procedimentos, a concepção de Böhm apresenta uma *versão dinâmica do objeto do processo*, que admite a possibilidade da análise *ex post* do objeto do processo à luz do decurso e do desenvolvimento do procedimento,<sup>27</sup> algo que é essencial para as estabilidades processuais se as compreendemos como cadeia.

## 4.2. BRUNS E A INCLUSÃO DOS CONTRADIREITOS DO RÉU NO OBJETO DO PROCESSO. A INTERFERÊNCIA DAS CONDUTAS NA RELAÇÃO MATERIAL

Rudolf Bruns também expôs entendimento nesta linha de ampliação do objeto do processo. Para ele, o objeto não pode ser compreendido apenas pelo pedido, mas deve abranger um exame de três elementos: o bem jurídico pretendido, o prejuízo real ou potencial a este bem, assim como o comportamento que causa transtorno ou interferência na relação material.<sup>28</sup> Para ele, a teoria do *Streitgegenstand* constantemente quebra o elo que deveria existir entre os efeitos jurídicos pretendidos pelo autor e a *origem* destes efeitos (esta origem é o alegado comportamento do réu e suas posições jurídicas correspondentes).<sup>29</sup>

Além disso, segundo Bruns, o objeto do processo compreenderia toda a relação jurídica existente entre as partes, e por isso não pode corresponder apenas à violação alegada pelo autor, mas deve incorporar também as

23 *Ibidem*, p.112, 114.

24 *Ibidem*, p.116.

25 *Ibidem*, p.117-118.

26 *Ibidem*, p.114.

27 RECHBERGER, Walther H. e SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht*. Wien: Manz, 7ª ed., 2009, p.196; BÖHM, Peter. *Die Ausrichtung des Streitgegenstands am Rechtsschutzziel*. *Op.cit.*, p.122-123.

28 BRUNS, Rudolf. *Zivilprozessrecht*. Berlin: Franz Vahlen, 1968, p.212-214.

29 *Ibidem*, p.216-217.

posições jurídicas contrárias titularizadas pelo réu, seus *contradireitos*.<sup>30</sup> Claro que o réu pode optar estrategicamente por aduzi-los com o uso de mecanismos processuais “de ataque”, como uma reconvenção ou pedido contraposto, mas ainda que o faça como alegação de defesa, estas posições materiais de vantagem deveriam estar compreendidas no objeto do processo,<sup>31</sup> com evidentes repercussões sobre a estabilidade que a discussão sobre estes pontos assumirá em processos futuros.

Em nossa avaliação, a tese de Bruns, embora não tão elaborada quanto o pensamento de Böhm, tem o mérito de destacar a importância, para um sistema de estabilidades, de contextualizar os entrecruzamentos que o fluxo das relações jurídicas permite entre os bens e as pessoas, assim como as finalidades por elas pretendidas. Trata-se de enxergar toda a dinâmica das relações humanas tal como inseridas no tráfego jurídico, e perceber a interferência recíproca entre os comportamentos não apenas como interseções causais, mas em verdade como repercussões normativas em cadeia.

#### 4.3. A DEFINIÇÃO DE OBJETO DO PROCESSO DO TRIBUNAL DA UNIÃO EUROPEIA: A TESE DO “CENTRO DA DISCUSSÃO” E SUAS REPERCUSSÕES SOBRE A COISA JULGADA

Outra importante tentativa de resolver o problema das estabilidades pela modificação da compreensão do objeto do processo foi cunhada na jurisprudência do Tribunal da União Europeia. A evolução do tema naquela corte permite afirmar que hoje existe uma “concepção europeia” de objeto do processo diversa da tradição germânica do *Streitgegenstand*. Este conceito europeu de objeto do processo foi desenvolvido em três casos: *Gubisch* (de 1987), *Tatry* (julgado em 1994) e *Drouot Assurances* (1998), a partir dos quais o Tribunal de Justiça da União Europeia forjou sua “teoria do centro da discussão” ou do “ponto nuclear”. Vejamos as circunstâncias destes casos.

No caso *Gubisch v. Palumbo*,<sup>32</sup> uma empresa alemã (Gubisch Maschinenfabrik AG) processou um cidadão italiano (Guido Palumbo) na Alemanha, pedindo o pagamento de uma quantia em dinheiro em virtude do inadimplemento do réu. Pouco tempo depois, Palumbo processou a mesma empresa adversária, desta vez em Roma, postulando a declaração de ineficácia da oferta porque esta teria sido revogada antes de chegar ao seu destinatário. Neste segundo processo, alegou a ré Gubisch que haveria litispendência, objeção que foi rejeitada pelo tribunal italiano. Levada a discussão ao Tribunal Europeu, por interpretação do art.21 da Convenção Europeia sobre Competência Judiciária e Execução de Sentenças Estrangeiras (Bruxelas, 1968), decidiu-se que havia litispendência entre as duas causas porque o “centro da discussão”<sup>33</sup> dos dois processos era a ineficácia do mesmo contrato, ainda que não houvesse coincidência formal entre todos os elementos da demanda.<sup>34</sup> Note-se que a validade do contrato era apenas uma questão prejudicial no primeiro processo.<sup>35</sup>

No caso *Tatry v. Maciej Rataj*,<sup>36</sup> cuidava-se do transporte de óleo de soja realizado a bordo do navio Tatry, pertencente a uma empresa polonesa. O transporte da carga seria parcialmente realizado numa viagem do Brasil para o porto de Rotterdam, na Holanda, e depois parte do carregamento seguiria para Hamburgo, na Alemanha. Os donos da carga reclamaram com a empresa proprietária do navio porque, no curso da viagem, a carga teria sido contaminada por óleo diesel e hidrocarbonetos. Não se resolvendo o conflito, foi proposta uma demanda declaratória em Rotterdam, ajuizada pelo dono do navio contra alguns dos proprietários da carga contaminada, na qual se pedia a declaração de que não existia, naquele contrato, dever de

30 No Brasil, a tese foi defendida recentemente por DIDIER JR. Fredie. “Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência”, *Revista de Processo*, n.223, 2013, p.93 ss.

31 *Ibidem*, p.214-216.

32 C-144/86, j.08.12.1987.

33 A tradução inglesa menciona o termo *subject-matter*, que pode ser traduzido como “tema da discussão”. A tradução alemã fala em “ponto nuclear” (*Kernpunkt*), expressão popularizada na literatura. Em outros casos, como no caso Tatry, do qual trataremos em seguida, a corte fala, na tradução portuguesa, em “âmago” da discussão.

34 Confiram-se comentários de LEIPOLD, Dieter. *Wege zur Konzentration von Zivilprozessen*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999, p.18; OBERHAMMER, Paul. *Objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft: Bindung und Präklusion*. *Juristische Blätter*, ano 122, n.4, abr. 2000, p.216-218.

35 STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen. Vorfrage und Präklusion auf der Grundlage des rechtlichen Gehörs und der Logik der Rechtsätze. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*. Wien: Manz, 2001, p.24.

36 C-406/92, j.06 de dezembro de 1994.

garantia pela impureza ou poluição em razão do transporte. Posteriormente, um dos réus nesta demanda, por sua vez, ajuizou em Londres uma ação de sequestro do navio, pedindo ainda indenização por causa da poluição da carga, cuja culpa atribuía ao dono da embarcação.<sup>37</sup> O Tribunal Europeu decidiu que a questão da existência ou não da garantia e da responsabilidade pela pureza da carga durante o transporte estava no “ponto central” dos dois processos, reconhecendo a litispendência entre eles. E chegou a este entendimento mesmo tendo sido a primeira demanda formulada com um formato negativo (declaratória negativa) e a segunda com pedido positivo (condenatória). Para a corte, mesmo não havendo tríplice identidade, o pedido na segunda demanda seria consequência natural da decisão na primeira.

Por fim, no caso *Drouot Assurances SA v. CMI Industrial Sites e outro*,<sup>38</sup> a corte europeia avançou ainda sobre a questão dos limites subjetivos, afirmando que a identidade de partes deve ser compreendida como identidade de interesses materiais. Nesse diapasão, devem ser considerados como incluídos na esfera de estabilidade todos aqueles que foram atingidos pela vinculação, ainda que formalmente sejam sujeitos diversos.

Esta jurisprudência sobre o objeto do processo vem sendo mantida e reiterada em vários acórdãos posteriores,<sup>39</sup> o que nos permite afirmar sua consolidação. Já defendemos que esses precedentes, mesmo examinando a litispendência, poderiam ter suas conclusões estendidas à disciplina da coisa julgada, até porque litispendência e coisa julgada representam facetas de um mesmo objetivo processual, que é evitar a reprodução de atividades desnecessárias, a primeira relacionada com a simultaneidade de processos, a segunda com a retomada de discussão finda.<sup>40</sup> No mesmo sentido, em julgado posterior, o Tribunal da União Europeia decidiu hipótese referente à coisa julgada invocando justamente os precedentes anteriores que, apreciando casos de litispendência, desenvolveram a tese do “ponto central”.<sup>41</sup>

Da análise desses precedentes, a primeira e mais importante constatação é que o Tribunal Europeu desacoplou a teoria da litispendência e da coisa julgada do conceito de objeto do processo próprio da tradição romano-germânica,<sup>42</sup> com uma ampliação de seu conteúdo para o “perímetro” da pretensão.<sup>43</sup> Também se vê claramente, que, na visão da corte, mais importante para o tráfego jurídico é a *proibição de contradição* entre decisões, ressaltando-se os interesses públicos na harmonia sistêmica e economia de juízos.

Além disso, observa-se que a linha que perpassa a análise do Tribunal da União Europeia é a verificação do “escopo da tutela” como cerne do exame das estabilidades processuais,<sup>44</sup> com a análise da projeção das consequências pretendidas pelos litigantes nos dois processos. E a compatibilidade entre esses escopos deve ser

37 Na verdade, foram várias as demandas ajuizadas na Inglaterra e na Holanda a respeito do caso. A complexidade dos fatos nos faria perder o foco na questão central, pelo que remetemos o leitor às razões do próprio julgamento sobre os detalhes de todas as demandas.

38 C-351/96, j.19 de maio de 1998.

39 Vejamos-se os seguintes casos, onde a principiologia dos anteriores foi mencionada e endossada: *Purrucker v. Vallés Pérez* (C296/10, j.09 de novembro de 2010); *Roche Nederland BV e outro v. Frederick Primus e Milton Goldenberg* (C539/03, j.13 de julho de 2006); *Mærsk Olie & Gas A/S v. Firma M. de Haan en W. de Boer* (C39/02, j.14 de outubro de 2004); *Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl* (C-116/02, j.09 de dezembro de 2003); *Gantner Electronic GmbH v. Basch Exploitatie Maatschappij BV* (C-111/01, j.08 de maio de 2003); *Elsbeth Freifrau von Horn v. Kevin Cinnamon* (C-163/95, j.09 de outubro de 1997).

40 A similitude entre as duas exceções é salientada na doutrina. Cf. GAUL, Hans Friedhelm. *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand. Op.cit.*, p.513; CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada. Op.cit.*, p.82-83. Otto afirma que o *ne bis in idem*, por incorporar a técnica de um pressuposto processual negativo, complementa a exceção de litispendência. Cf.OTTO, Hansjörg. *Die Präklusion. Ein Beitrag zum Prozeßrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1970, p.85. A proximidade entre litispendência e coisa julgada também é destacada na jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol, como se vê nos seguintes casos: SSTS nº137/1997, 16 de janeiro de 1997; nº505/1993, 09 de fevereiro de 1993; nº18143/1994, 08 de julho de 1994; nº5277/1994, 08 de julho de 1994; nº5057/1998, 31 de junho de 1998; nº6858/1999, 02 de novembro de 1999; nº2413/2005, 19 de abril de 2005.

41 *Nipponkoa Insurance Co. (Europe) Ltd. v. Inter-Zuid Transport Bv*, j.19 de dezembro de 2013.

42 Leipold defende essa ruptura para a litispendência. LEIPOLD, Dieter. *Wege zur Konzentration von Zivilprozessen. Op.cit.*, p.20. Porém, podemos afirmar que o mesmo serve para a coisa julgada porque os exames da litispendência e da coisa julgada são os mesmos, historicamente nascidos do *ne bis in idem* e consistentes na análise da equivalência do objeto do processo. A única diferença do exame da litispendência e da coisa julgada diz respeito ao momento, por assim dizer, do término da discussão em um dos processos. Porém, no que tange ao objeto do processo, os exames são absolutamente idênticos, e portanto não se pode coerentemente defender que há um conceito de *Streitgegenstand* para fins de verificação de litispendência e outro para fins de analisar a coisa julgada.

43 *Gubisch v. Palumbo*, 8 de dezembro de 1987, causa 144/86; *Tatry v. Maciej Rataj*, 6 de dezembro de 1994, causa C-406/92; *Gantner v. Basch*, 8 de maio de 2003, causa C-111/01. Nestes casos o objeto do processo só é examinado para fins de determinar a litispendência comunitária para evitar julgamentos conflitantes que poderiam gerar a consequente negativa de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras nos termos da Convenção de Bruxelas, hoje art. 34, nº 3 Reg. /CE 44/2001. Não obstante, a jurisprudência iniciada em *Gubisch v. Palumbo* trouxe influência sobre a definição de objeto do processo também em nível nacional na Europa. Cf.ATTARDI, Aldo. *Prime considerazioni sulla nozione di litispendenza nella Convenzione di Bruxelles, in Studi in onore di Mandrioli*, Padova, 1995, p.1005 ss., 1012.

44 GOTTWALD, Peter. *Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge. in GOTTWALD, Peter; SCHWAB, Karl Heinz; GREGER, Reinhard. Dogmatischen Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa*. Bielefeld: Gieseking, 2000, p.91; RECHBERGER, Walther H. e SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht. Op.cit.*, p.199-201.



verificada através dos argumentos utilizados pelos sujeitos do processo para justificar seus objetivos.<sup>45</sup>

#### 4.4. A TEORIA DE ALBRECHT ZEUNER: A EXTENSÃO ÀS RAZÕES DE DECIDIR PELO NEXO LÓGICO-SUBSTANCIAL

Uma das mais bem estruturadas tentativas de fornecer aos limites objetivos da coisa julgada uma roupagem teórica mais adequada sem dúvida foi a tese de Albrecht Zeuner, a qual, embora em grande medida negligenciada no Brasil, vem ganhando renovada atenção doutrinária no estrangeiro.<sup>46</sup>

Em linhas gerais, Zeuner pugna por uma extensão da *res iudicata* às razões contidas na motivação da decisão final de mérito, bem como sua vinculatividade em processos sucessivos, em virtude de um nexo lógico-substancial entre os conteúdos de dois processos. O autor deseja, em primeiro lugar, superar a concepção tradicional de que a limitação objetiva da coisa julgada cobriria apenas o *Streitgegenstand*, ou seja, o pedido do autor, acrescido da demanda reconvenicional ou declaratória incidental (se houver).

Contra a tese convencional da limitação formalista da coisa julgada ao dispositivo, Zeuner defende que deveria haver vinculatividade da fundamentação em casos em que se observasse uma relação de *prejudicialidade-dependência* entre o conteúdo de dois ou mais processos, e não apenas uma relação lógico-formal, típica, p.ex., da tríplice identidade. A análise corresponderia a um passo além da ideia de prejudicialidade, admitindo que a extensão da coisa julgada pudesse derivar de uma “interdependência substancial” (*sachliche Zusammenhang*), isto é, uma “relação de conteúdo” (*inhaltliche Beziehung*) que revelasse a “interdependência teleológico-jurídica” (*rechtliche Sinnzusammenhang*) entre os objetos dos dois julgamentos.<sup>47</sup>

Segundo Zeuner, haveria esta interdependência se o *efeito jurídico* pretendido na segunda demanda atingisse a “esfera de regulamentação jurídica” certificada (declarada conclusivamente) no primeiro julgamento. Quando isso ocorresse, poderia ser visualizado um *vetor teleológico* entre os dois julgamentos.<sup>48</sup> A premissa zeuneriana, portanto, é de que cada processo tem um escopo que o caracteriza, que corresponde à tentativa de regulamentação de uma situação de direito material. A identificação deste “vetor teleológico” permitiria verificar a relação que se estabelece entre a regulamentação determinada no primeiro processo e outras pretensões exercidas em processos subsequentes. Veja-se, por conseguinte, que Zeuner tenta estabelecer um exame interprocessual das estabilidades.

Comparando-se estas esferas de regulamentação, quando a existência ou inexistência de uma consequência jurídica é afirmada em juízo, as regras da lógica excluiriam a possibilidade de que a mesma consequência, *ceteris paribus*, fosse infirmada em outra decisão em que devesse ser considerada como pressuposto, a não ser que tenha havido expressamente algum tipo de limitação ou restrição à declaração anterior.<sup>49</sup>

Para defender uma extensão objetiva dos limites da coisa julgada para além do pedido, e aplicar sua premissa de que deve haver vinculatividade quando se observar uma intensa proximidade entre as questões debatidas em dois ou mais procedimentos, Zeuner reacende a importância da motivação da decisão, pois a regulamentação pretendida em um processo só poderia ser revelada a partir dos argumentos lançados pelas partes e pelo juiz.<sup>50</sup>

Esta extensão aos motivos propugnada por Zeuner não seria ampla, mas “relativo-seletiva”, limitada aos motivos que “portem” elementos para verificar a esfera de regulamentação fixada na sentença, bem como aos fundamentos que possam indicar nexos lógicos com outros processos. Assim, Zeuner baseia-se na chamada

45 Essa tendência é percebida em outras cortes nacionais, como o Tribunal Federal suíço. Confira-se as seguintes decisões: BGE 112 II 272; BGE 119 II 90; BGE 121 III 477; BGE 123 III 19; BGE 125 III 242. Na doutrina, SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft...* Op.cit., p.155.

46 BONTÀ, Silvana dalla. *Eine „heilsame Unruhe“*. *Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Bestimmung der objektiven Grenzen der Rechtskraft in der jüngeren Rechtsprechung im Lichte der Thesen Zeuners*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 125, n.1, 2012; *Idem*, *Una “benefica inquietudine”*. *Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane. Il giusto processo civile*, n.3, jul-set, 2011. Diz-se renovada esta abordagem porque já alguns outros textos, como veremos adiante, criticaram ou absorveram as ideias de Zeuner na Itália. Confira-se CAPONI, Remo. *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991, p.312, nota 6.

47 São muitas as expressões. Cf.ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. Op.cit., p. 30, 44, 51, 57.

48 *Ibidem*, p.44-45.

49 *Ibidem*, p.27.

50 *Ibidem*, p.28, 39, 175.

“teoria da fundamentação” (*Begründungstheorie*), pregando vinculação e estabilidade apenas dos motivos que sejam aptos a evidenciar a relação de interdependência teleológica (*Sinnzusammenhang*) entre os processos.<sup>51</sup>

Assim, p.ex., imagine-se uma demanda reivindicatória em que o autor alega que o réu está na posse de um bem que lhe pertence; a demanda é julgada improcedente, sob o argumento de que o autor não é proprietário do bem reivindicado. Ao autor fica preclusa a possibilidade de repropor a demanda, mesmo que novos fatos surgirem, p.ex., ainda que o réu tenha assumido a posse direta do bem *após* a coisa julgada no primeiro processo. A justificativa para esta impossibilidade é que a questão da posse do réu sobre o bem não foi uma razão determinante para a conclusão do primeiro processo. Em tendo sido a questão sobre a propriedade do autor aquela que foi argumentativamente relevante para a regulação do primeiro processo, a segunda demanda, mesmo com a alegação nova sobre a posse, não seria admissível porque as razões para a rejeição da pretensão, que se limitavam às considerações sobre a propriedade, mantiveram-se inalteradas.

#### 4.5. A ACEITAÇÃO DA VINCULATIVIDADE DA MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA NA JURISPRUDÊNCIA COMPARADA

A tese de Zeuner foi rejeitada, em grande parte, pela jurisprudência<sup>52</sup> e pela doutrina<sup>53</sup> germânicas, que reafirmam os limites objetivos da coisa julgada com a aplicação do efeito positivo nos estreitos limites da prejudicialidade.<sup>54</sup> O mesmo pode ser observado na doutrina de tradição latina, na qual raramente se encontram referências à tese de Zeuner.

Contudo, apesar da rejeição da extensão da coisa julgada à motivação na doutrina prevalente em muitos países, a tendência proposta por Zeuner pode ser mais e mais observada na jurisprudência comparada ao redor do mundo. Faremos breve relato nos próximos itens.

##### 4.5.1. A jurisprudência austríaca dos “casos especiais de prejudicialidade” (*Sonderfall-Judikatur*)

A jurisprudência austríaca, em tendência iniciada há décadas no *Oberste Gerichtshof* (OGH), admite a vinculação às questões prejudiciais quando, nos processos posteriores, verificarem-se hipóteses em que haja uma conexão de dependência lógica entre as questões contidas nos dois processos.

Segundo a corte, a limitação objetiva da coisa julgada nos termos clássicos – chamada de eficácia direta da coisa julgada (*unmittelbare Rechtskraftwirkung*) – seria aplicável apenas aos casos de objeto idêntico. De outro lado, quando os processos possuírem objetos diferentes, muitas sentenças do OGH admitem vinculação das razões por conta de uma “eficácia indireta”, que ocorreria em função de um nexo conteudístico (*inhaltliche Bindungswirkung*) entre as demandas nos casos em que se verifique uma “especial prejudicialidade”, daí então o nome pelo qual conhecida a doutrina: “*Sonderfall der Präjudizialität*”.<sup>55</sup> Tal prejudicialidade seria observada

51 DIETRICH, Peter. *Zur materiellen Rechtskraft eines klagabweisenden Urteils*. *Op.cit.*, p.201 ss; CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*. Padova: Cedam, vol.I, 1985, p.500 ss; PETERS, Egbert. *Zur Rechtskraftlehre Zeuners*. *Zeitschrift für Zivilprozess*, ano 76, n.4, 1963, p.231, 233, 237-238; BONTÀ, Silvana dalla. *Una “benefica inquietudine”*. *Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*. *Op.cit.*, p.900. Zeuner, portanto, não retoma a tese de Savigny de que a coisa julgada deveria estender-se a todas as razões do julgamento. ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*. *Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozeß*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1959, p. 57, 173.

52 A jurisprudência somente admitiu a tese zeuneriana em alguns poucos casos isolados, casos que são antigos e nos quais, talvez pela proximidade com a edição da tese de Zeuner, até seu trabalho é citado, afirmando a corte que o julgamento inibitório seria um “pressuposto” do processo de ressarcimento dos danos e então haveria uma continuação teleológica sancionatória da regulamentação anteriormente estabelecida. Algo similar também foi admitido nos casos de ação para obrigação de não fazer e posterior ressarcimento. Cf.BGHZ 42, 340 (352), decisão comentada depois pelo próprio ZEUNER, Albrecht. *Zur Rechtskraftwirkung des Unterlassungsurteils für den nachfolgenden Schadensersatzprozeß – BGHZ 42, 340*. *Juristische Schulung*, n.4, 1966, p.147 ss. No mais, é predominante a rejeição à tese zeuneriana.

53 É raro, historicamente, apoio à tese de Zeuner, como se vê, p.ex., em BLOMEYER, Arwed. *Zivilproßrecht. Erkenntnisverfahren*. *Op.cit.*, p.490 ss; MARTENS, Joachim. *Rechtskraft und materielles Recht*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 79, n.5-6, 1966, p.441.

54 Contra Zeuner, por todos, Cf.JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck, 29ª ed., 2007, p.203. Na jurisprudência, Cf.BGHZ, 35, 338; BGH, in NJW 1993, p.2684-2685; BGH, in NJW, 1993, p.3204-3206. Na Espanha, confirmam-se as críticas de NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. *Op.cit.*, p.124.

55 OGH, 1 Ob 576/92, j. 14.07.1992: “*Das trafe auch in der Tat zu, doch spricht das Gericht zweiter Instanz mit dieser Argumentation nicht etwa das Wiederholungsverbot (ne bis in idem) der materiellen Rechtskraft, sondern deren Bindungswirkung an, die sich dahin äußert, daß das Gericht zwar über das zweite Begehren mit Sachentscheidung abzusprechen, dabei aber die rechtskräftige Entscheidung zugrundelegen hat. Die Bindungswirkung einer gerichtlichen Entscheidung ist dann anzunehmen, wenn zwar die Identität der Begehren – wie etwa im vorliegenden Fall – zu verneinen ist, aber gewisse Fälle der Präjudizialität vorliegen. Hauptfall der Bindungswirkung ist es, wenn der rechtskräftig entschiedene Anspruch für den neuen Anspruch Vorfrage (bedingendes Rechtsverhältnis) ist, also der Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung zum Tatbestand der mit neuer Klage begehrten Rechtsfolge gehört. Ein Sonderfall der Präjudizialität liegt vor, wenn die beiden Begehren nur deshalb miteinander unvereinbar sind, weil durch die Vorentscheidung die anspruchsbegründenden Voraussetzungen für das neue Begehren verneint wurden, wenn also*

quando as questões resolvidas no primeiro processo penetrassem na *fattispecie* constitutiva dos fatos alegados no segundo processo.<sup>56</sup>

Mas a jurisprudência austríaca admite a aplicação da vinculatividade das razões da sentença também em outros casos, nos quais duas demandas possuam uma questão prévia (*anspruchsbegründende Voraussetzung*) comum, e seus objetos sejam aproximados por um nexo lógico-substancial estreito o suficiente para justificar a assunção das conclusões do primeiro processo para o segundo para promover a certeza, segurança jurídica e harmonia entre os julgamentos.<sup>57</sup> Assim ocorreria, p.ex., com a questão prejudicial (*Vorfrage*) conhecida no primeiro processo: se esta questão estiver relacionada com as consequências jurídicas do segundo processo, há que se reconhecer a vinculação porque os efeitos pretendidos, de acordo com o direito material, derivam das conclusões do primeiro processo.

Para que possa ser reconhecida a vinculação das questões prejudiciais, e na tentativa de racionalizar a aplicação da tese, a jurisprudência identificou e desenvolveu certos critérios. O primeiro deles diz respeito à *natureza das questões* prévias: elas têm que ser *decisivas* para o processo posterior; e o segundo critério diz respeito ao *escopo regulativo* dos dois processos. Falemos destes dois balizamentos.

O conceito de questão *decisiva*, segundo a jurisprudência austríaca, parte do grau de influência que estas questões teriam na decisão do segundo processo. Neste diapasão, uma questão prévia será decisiva quando sua repercussão no segundo processo for *direta, importante, e exaurida*. *Direta* será a repercussão quando a questão prejudicial decidida no primeiro processo for *pressuposto lógico* para a construção do raciocínio no segundo processo. *Importante* será a questão se houver uma *dependência típica* desta para o raciocínio no segundo processo. Neste ponto, deve ser empreendido um exame da questão vista abstratamente, isto é, se o interesse material no segundo processo é ou não *tipicamente dependente* da questão resolvida no processo anterior. Mas também deverá ser considerada “importante” uma questão quando, no primeiro processo, as partes *concentraram sua atenção* sobre aquele ponto do debate, isto é, impende haver também um exame dinâmico da energia que as partes dispensaram àquele estrato específico da discussão. Trata-se, então, de verificar também a questão tal como concretamente debatida. Isso porque toda questão discutida possui, em relação à questão principal, um *potencial de tipificação* que, se for apenas em fraca medida implementado, pode gerar um indício de que as partes não conferiram àquele ponto do debate uma devida importância, podendo ter havido algum déficit de contraditório. Por fim, além de ser direta e importante, só será considerada *esgotada* ou *exaurida* a questão quando concretamente (o grau de discussão efetivamente operado) puder ser considerado encerrado o debate para as finalidades pretendidas pelas partes nos dois processos.<sup>58</sup>

Esta última consideração nos leva ao segundo critério criado pelo OGH, que diz respeito à *ligação entre os escopos dos dois processos*. Trata-se de uma consideração não apenas das questões isoladamente consideradas, mas de sua acomodação no tráfego jurídico, e portanto sua importância para os processos futuros a partir da sua *previsibilidade*. Na visão do tribunal austríaco, para que as partes não sejam surpreendidas por uma extensão da vinculatividade da coisa julgada a pontos da decisão inesperados, a questão prejudicial não pode assumir, na segunda litigância, um significado diverso do que possuía no primeiro processo. Todavia, mantido o significado processual da discussão anterior, há a pressuposição de que as partes teriam tido

ein im Gesetz begründeter Sachzusammenhang zwischen beiden Begehren besteht und dieser inhaltliche Zusammenhang so eng ist, daß die Gebote der Rechtssicherheit und der Entscheidungsharmonie eine widersprechende Beantwortung derselben, in beiden Fällen entscheidende Rechtsfrage nicht gestatten. Nach den den soeben zitierten Entscheidungen zugrundeliegenden Sachverhalten war im früheren Verfahren stets ein bestimmtes Rechtsverhältnis als Ganzes Entscheidungsgegenstand; aus diesem Rechtsverhältnis ohne Sachverhaltsänderung abgeleitete Folgerungen bildeten sodann den Gegenstand der Entscheidung im späteren Verfahren. In solchen Fällen wird neues Vorbringen zu einem nicht geänderten Sachverhalt durch die Bindungswirkung ausgeschlossen”. Confiram-se também OGH, 9 Ob 501/95, j.11.01.1995; ÖGH, 8 ObA 291/95, j.18.01.1996; OGH, 4 Ob 1660/95, j.24.10.1995; OGH, 5 Ob 502/96, j.27.02.1996; OGH, 5 Ob 2152/96y, j.29.10.1996; OGH, 7 Ob 334/97m, j.11.11.1997; OGH, 5 Ob 12/99x, j.09.02.1999; OGH, 6 Ob 59/99s, j.20.05.1999; OGH, 7 Ob 184/99f, j.13.10.1999; OGH, 5 Ob 123/00z, j.26.09.2000; OGH, 6 Ob 130/01p, j.21.06.2001; OGH, 5 Ob 205/01k, j.29.01.2002.

56 OGH 12 abril de 1989, 3 Ob 11/89, 53: “*der Hauptfall [der gewissen Prejudizialität] ist gegeben, wenn der rechtskräftig entschiedene Anspruch überhaupt Vorfrage (bedingendes Rechtsverhältnis) für den neuen Anspruch ist, also der Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung zum Tatbestand der mit der neuen Klage begehrten Rechtsfolge gehört*”. Na literatura italiana, há referência em BONTÀ, Silvana dalla. *Eine „heilsame Unruhe“*. *Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Bestimmung der objektiven Grenzen der Rechtskraft in der jüngeren Rechtsprechung im Lichte der Thesen Zeuners*, *Op.cit.*, p.105 ss.

57 Dentre outros, os casos já citados OGH, 5 Ob 12/99x, j.09.02.1999; OGH, 6 Ob 59/99s, j.20.05.1999. Na doutrina, Cf.STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.56; FASCHING, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*. Wien: Manz, 2a ed., 1990, p.767-768.

58 STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.57-58.

oportunidade de exercer seu contraditório na plenitude das faculdades que ele compreende (argumentos, alegações, provas etc.).

O critério para identificar quando essa possibilidade ocorreria deve ser a *superposição representativa dos escopos dos dois processos*, isto é, ambos os procedimentos sob análise devem possuir uma relação de conteúdo em que a esfera jurídica decorrente dos efeitos estáveis do primeiro julgamento possa ser, total ou parcialmente, atingida pela decisão potencial no segundo julgamento.

A jurisprudência sempre ressalva, na linha do que Zeuner também destacava, que não se trata de uma genérica extensão aos motivos, mas só àqueles que sejam determinantes por portarem aspectos essenciais e necessários à conclusão. Mesmo assim, a tendência jurisprudencial austríaca recebeu duras críticas da literatura especializada em seu país.<sup>59</sup> As objeções tratam, sobretudo, da suposta imprecisão terminológica e da falta de clareza da tese, mas deixam transparecer um apego aos traços clássicos do processo civil tedesco, como o conceito de objeto do processo e a disciplina tradicional dos limites objetivos da coisa julgada.<sup>60</sup>

Porém, a tese aplicada pelos tribunais austríacos é relevante porque resgata a extensão desta vinculatividade às razões, algo que a doutrina tradicional nunca aceitou na Áustria e nos demais países de linhagem romano-germânica. E corresponde, à evidência, a uma aproximação com as ideias de Zeuner sobre a superposição das esferas regulativas dos dois procedimentos.<sup>61</sup>

#### 4.5.2. A jurisprudência japonesa: a boa-fé e a redefinição dos limites objetivos da coisa julgada

No Japão, logo após a edição da tese de Zeuner, alguns autores, como Uemura e Shindo, publicaram textos aderindo à ampliação da coisa julgada às razões de decidir.<sup>62</sup> Mas foi a partir de certas decisões das cortes nipônicas, aceitando a vinculatividade das razões de decidir em casos futuros (mesmo quando o objeto do processo não é idêntico), que a maior parte do desenvolvimento do tema pôde ganhar força no Japão.

Embora com alguma resistência inicial, a tese de Shindo da vinculação das prejudiciais com base no princípio da boa-fé foi progressivamente ganhando a adesão de tribunais regionais, como os de Tóquio e Hiroshima.<sup>63</sup> Na jurisprudência dos tribunais de superposição, o *leading case* na matéria – julgado pelo *Tribunal Superior* japonês do fim dos anos 70 – tratava de uma sentença de improcedência do pedido de registro da propriedade no cartório de imóveis.<sup>64</sup> Negada a propriedade, decidiu-se que a sentença vincularia um segundo processo em que se pleiteasse a retificação da inscrição, ainda que apresentado este pedido com base num título diverso. Na visão da corte, a repositura da demanda, pelo mesmo autor, representaria uma violação à boa-fé porque o mesmo “escopo” teria sido perseguido em ambos os processos, ainda mais se, pela leitura dos fundamentos da decisão no primeiro processo, ficasse evidenciado que a situação substancial teria sido solucionada “em sua totalidade”.<sup>65</sup>

Note-se que diferença desta abordagem para aquelas anteriormente destacadas é que os tribunais japoneses utilizam o princípio da boa-fé como base para justificar o vínculo das partes em processos sucessivos.

59 RECHBERGER, Walter H. *Rechtssicherheit, Entscheidungsharmonie und Bindung an Vorfrageentscheidungen. Überlegungen zu den objektiven Grenzen der Rechtskraft im österreichischen Zivilprozeßrecht*, in HELDRICH, Andreas e UCHIDA, Takeyoshi. *Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag*. Tokyo: Seibundo, 1996, p.479, 483-488; OBERHAMMER, Paul. *Objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft: Bindung und Präklusion*. *Op.cit.*, p.206 ss.

60 De fato, talvez deva ser de concordar parcialmente com autores como Oberhammer, que afirmam que denominar de “caso especial de prejudicialidade” o efeito vinculativo das razões significa desconsiderar que tais efeitos são compreendidos na disciplina da coisa julgada e das preclusões (na esfera do seu efeito negativo). Em nada ajudaria, portanto, a introdução de um novo nome; pelo contrário, haveria confusão taxinômica em razão de duas nomenclaturas para um mesmo fenômeno. OBERHAMMER, Paul. *Objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft: Bindung und Präklusion*. *Op.cit.*, p.207-208.

61 STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen*. *Op.cit.*, p.61-62, 70.

62 KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, p.63 ss; YOSHIMURA, Tokushige. *Die Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – aus der Sicht des collateral estoppel*, in BAUMGÄRTEL, Gottfried (Org.). *Grundprobleme des Zivilprozeßrechts. Japanische Veröffentlichungen in deutscher und englischer Sprache*. Berlin: Carl Heymanns, 1976, p.240 e notas 2-3.

63 YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafterstreckung*. Freiburg i.Breisgau: Universitäts Verlag, Dissertation, 1981, p.131-152.

64 OGH, 30 de setembro de 1976, *Minshu*, vol. 30, n.8, p.799, cujo conteúdo foi predominantemente aplicado pelos tribunais inferiores: OGH, 24 de março de 1977, *Kinyu Shoji Hanrei*, n. 548, p.39; OGH, 19 de janeiro de 1984, *Hanrei Jiho*, n. 1105, p.48; LG Tokio, 30 de março de 1987, *Hanrei Jiho*, n.º 1263, p.23; LG Osaka, 13 de novembro de 1986, *Hanrei Times*, n.629, p.204; LG Tokio, 12 de novembro de 1986, *Hanrei Jiho*, n.1215, p.135; LG Tokio, 26 de agosto de 1985, *Hanrei Jiho*, n.1200, p.84, todas decisões consultadas *apud* KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.80 ss e notas.

65 OGH, 30 de setembro de 1976.

A doutrina, a partir da solidificação destas premissas, passou a identificar uma “eficácia de exclusão”, produzida pela coisa julgada anterior, e que ocorreria quando, no curso do processo, as partes tenham dado a entender que manteriam um determinado comportamento no futuro, afirmando ou silenciando a respeito de certas circunstâncias e com isso produzindo uma expectativa nos demais sujeitos. A boa-fé e a proteção da confiança legítima gerariam estabilidade e impediriam contradições posteriores.<sup>66</sup>

É de observar que, assim, a jurisprudência japonesa, e em certa medida também a jurisprudência austríaca, ambas se aproximam das soluções anglo-americanas do *estoppel* e do *abuse of process*,<sup>67</sup> na linha da tese de Shindo sobre a vinculatividade dos “pontos controvertidos”. Todavia, lidam os japoneses com outros institutos para considerar haver uma tal estabilidade: ao invés da coisa julgada ou das preclusões, usam a boa-fé e a proteção da confiança.<sup>68</sup>

Embora com a mesma intenção por nós compartilhada, de tentar uma conformação conjunta das estabilidades processuais num sistema único e coerente, resgatando também a importância das razões, o único reparo que a formulação japonesa talvez mereça é a desnecessidade de recorrer a institutos do direito civil para solucionar o problema da vinculação processual. Em nossa opinião, a preclusão basta para estes fins.

#### 4.5.3. A doutrina e a jurisprudência suíças: o vínculo das prejudiciais por redução teleológica

Este retorno às razões para verificarmos a vinculatividade dos atos processuais pode ser observado também na jurisprudência suíça. Segundo os tribunais helvéticos, muitas sentenças inibitórias (para cessação de violações), ou que deliberam sobre obrigações de não fazer, contêm uma declaração sobre a existência da conduta, e estas conclusões sobre a efetiva ocorrência do comportamento ilícito seriam vinculantes para processos sucessivos.<sup>69</sup>

Também o mesmo vem sendo decidido nos casos de contratos com conteúdo sinalagmático. Segundo os tribunais, o legislador civil suíço pretende preservar o equilíbrio das prestações e, se o processo serve ao direito material, não poderia gerar a ruptura desse balanceamento pretendido pelas regras substanciais.<sup>70</sup>

A doutrina, no mesmo sentido, afirma que o princípio tradicional de que a coisa julgada não cobre os motivos deveria ser tratado sob novas luzes. Essa limitação deveria ser entendida sob uma *redução teleológica*, ou seja, com o uso de técnicas de interpretação finalística para evitar resultados sistemicamente impraticáveis.<sup>71</sup> Assim, nos casos em que a aplicação tradicional dos limites objetivos pudesse gerar consequências insustentáveis no campo do direito material, deveria haver a correção hermenêutica das regras legais para que o sinalagma contratual não fosse fulminado pela incidência da limitação objetiva da coisa julgada.

Note-se, ainda uma vez aqui, uma preocupação com o tráfego jurídico, com as relações interprocessuais no sistema das estabilidades, e não apenas com uma visão isolacionista de um só processo (ou de apenas um de seus atos processuais, como a sentença).

## 5. OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015: QUEBRANDO UM PARADIGMA HISTÓRICO

No que se refere aos limites objetivos da coisa julgada, o CPC/2015 inovou intensamente em relação

66 Fala a doutrina japonesa numa *Abschneidungswirkung*, uma “eficácia de exclusão” que estenderia os limites objetivos da coisa julgada para além do *Streitgegenstand*, mais ampla e abrangente de toda a “massa fática do processo” (*Verfahrenstatsachenmasse*). Esta eficácia compreenderia também as omissões (os fatos “calados”) de modo a precluir as alegações em processos futuros. Portanto, no momento da propositura, as partes poderiam prever o vínculo do julgamento apenas numa “medida mínima”. Só no processo sucessivo que o alcance da vinculação poderia ser verificado ao ser analisado pelo juiz a *Abschneidungswirkung*. Cf. KOSHIYAMA. *Rechtswirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. *Op.cit.*, p.83 e ss.

67 YOSHIMURA, Tokushige. *Die Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – aus der Sicht des collateral estoppel*. *Op.cit.*, p.241, 250.

68 Diferença salientada na doutrina. Cf. YOSHIMURA, Tokushige. *Die Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – aus der Sicht des collateral estoppel*. *Op.cit.*, p.240 e notas 2-3.

69 BGE, 121, III, p.474 ss, especialmente p.479. Na doutrina, SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft – Ausgewählte Probleme. Ein Beitrag zum Verhältnis von materiellem Recht und Zivilprozessrecht*. Zürich: Schulthess, 2002, p.120 ss.

70 *Ibidem*, p.71 ss.

71 Encontra-se esta interpretação em SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft...Op.cit.*, p.92-93; BONTÀ, Silvana dalla. *Eine „heilsame Unruhe“: Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Bestimmung der objektiven Grenzen der Rechtskraft in der jüngeren Rechtsprechung im Lichte der Thesen Zeuners*, *Op.cit.*, p.111 ss.

à legislação anterior. O modelo Código anterior (agora revogado) seguia a tradição europeia de relacionar a abrangência da coisa julgada ao dispositivo da sentença. Essa limitação da coisa julgada ao dispositivo da sentença derivava da concepção de que o objeto do processo (o “mérito”) equivale ao *pedido* ou à “questão principal”, a matéria que será decidida *principaliter*. Se o pedido é a questão principal, que efetivamente será *julgada*, e se somente haveria necessidade de tornar estável o resultado do *juízo*, a coisa julgada deveria cobrir apenas o dispositivo, *locus* onde o pedido é julgado. Não seriam abrangidas pela coisa julgada todas as demais questões contidas na decisão, inclusive a motivação, os fatos analisados pelo juiz, a cognição e resolução das questões e o enfrentamento analítico dos argumentos das partes.

Os limites objetivos da coisa julgada deixavam de fora todas as questões anteriores ao mérito (questões “prévias”), aquelas conhecidas pelo juízo antes de chegar à solução da questão principal. Em relação às questões prejudiciais, aquelas cuja solução condicionará o pronunciamento sobre outra questão,<sup>72</sup> por não serem efetivamente *decididas*, mas apenas *conhecidas* de modo incidental (*incidenter tantum*) como itinerário lógico para o juiz chegar à questão principal, não eram abrangidas pela coisa julgada, salvo se a parte fizesse uso da ação declaratória incidental para transformá-las em questões principais (formulando pedido a seu respeito), com o que seriam efetivamente julgadas e posicionadas no dispositivo da sentença, estendendo a elas a força da coisa julgada.

Pois este cenário foi alterado parcialmente pelo novo CPC aprovado em 2015.

### 5.1. A EXTENSÃO DA COISA JULGADA ÀS QUESTÕES PREJUDICIAIS. DESNECESSIDADE DE AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL

O CPC/2015 expressamente permite a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais no seu art.503, sendo desnecessário que se ajuíze ação declaratória incidental para esta finalidade. O Código estabelece, contudo, alguns pressupostos, dos quais trataremos no próximo tópico.

### 5.2. PRESSUPOSTOS PARA A EXTENSÃO DA COISA JULGADA ÀS QUESTÕES PREJUDICIAIS

O art.503 do CPC/2015 permite a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, estabelecendo, todavia, alguns pressupostos para que isso ocorra. Alguém poderia imaginar que, se existe razão para que estes pressupostos sejam exigidos para que a coisa julgada atinja as prejudiciais, também deveriam nortear a formação da coisa julgada em geral, isto é, para a questão principal (efetivamente pedida).

Os pressupostos do art.503 são *cumulativos*. Primeiramente, o *caput* do art.503 do CPC/2015 exige que a questão prejudicial tenha sido decidida “expressamente”. A lógica do novo Código, portanto, é que não se possa atribuir força de coisa julgada às questões sobre as quais o juízo tenha se omitido em decidir. Afinal de contas, não há coisa julgada sobre “coisa não julgada”.

Em seguida, o art.503 §1º estabelece outros três pressupostos: a dependência do julgamento do mérito da solução da questão prejudicial (inciso I); ter havido contraditório prévio e efetivo (inciso II); que o juízo tenha competência em razão da matéria e da pessoa para decidir a questão se esta fosse pedida como questão principal (inciso III). E o art.503 §2º exige que não tenha havido restrições probatórias e limitações à cognição que pudessem reduzir ou violar o contraditório durante o processo.

Os dispositivos são muito interessantes e significam uma importante evolução no tema dos limites objetivos da coisa julgada por aprimorar o impacto sistêmico da coisa julgada para reduzir discussões já travadas em outros processos. Os pressupostos previstos na lei são claros e de aplicação razoavelmente fácil, portanto de simples implementação prática.

O segundo pressuposto diz respeito à *dependência* do julgamento de mérito (a apreciação da questão principal) da solução a respeito da questão prejudicial (art.503 §1º, I do novo CPC). Portanto, não basta

72 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Questões prejudiciais e questões preliminares”, in *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p.83.

tratar-se de questão incidental ou prévia. Deve-se considerar não uma dependência típica (o exame da questão vista abstratamente, isto é, se o interesse material correspondente à questão de mérito é composto pela *fattis-pecie* da prejudicial), mas sim a *dependência lógica*: a questão prejudicial deve ser um passo não só relevante mas *necessário* para a construção do raciocínio do juízo para concluir a respeito do pedido.

A terceira exigência legal é ter havido *contraditório prévio e efetivo a respeito da prejudicial* (art.503 §1º, II). Trata-se de dispositivo de grande avanço científico. O contraditório, além de ser uma pedra de toque do processo contemporâneo, é também o ponto nodal de qualquer sistema de estabilidades. De fato, como já sustentamos desde a primeira edição, tendo havido uma oportunidade de debater ampla e efetivamente um tema no processo judicial, não se justifica a repetição da discussão. Assim, o contraditório passa a ser compreendido como um dos principais vetores para a formação de qualquer estabilidade processual, e também da coisa julgada. Portanto, se a prejudicial foi alegada em poucas linhas pelo autor, não foi abordada pelo réu em seus arrazoados, tampouco houve consideração desta questão por parte do juiz, não se pode falar que tenha havido contraditório efetivo, compreendido o contraditório como possibilidade de exercício do direito de influir, condicionar eficaz e colaborativamente a formação da decisão.<sup>73</sup>

Com este propósito, a lei exclui expressamente a extensão da coisa julgada às prejudiciais quando tiver havido revelia. Trata-se de uma postura excessivamente protetiva do legislador, pressupondo que, em caso de revelia, não terá havido contraditório efetivo. Assim não pensamos. É possível que, mesmo havendo revelia, o processo tenha transcorrido com exercício de contraditório. É que o contraditório, no que se refere ao direito de expressão (um de seus consectários), é uma *faculdade* das partes. Por exemplo, a não apresentação da contestação é uma possibilidade aberta, legítima, de atuação processual, podendo ser vista como uma omissão voluntária do réu, que pode ser considerada sim exercício do contraditório. Nessa perspectiva, em tendo sido alegada de maneira detalhada e cuidadosa pelo autor (com ênfase), e considerada analiticamente pelo juiz na sentença, a prejudicial poderia ser atingida pela coisa julgada a despeito da revelia.

Todavia, e não obstante nosso entendimento pessoal, o CPC/2015 foi claro em vedar a extensão da *res iudicata* neste caso. Portanto, diante da proibição expressa da lei, devemos reconhecer *de lege lata* que, em caso de revelia, não poderá ser formada coisa julgada sobre a prejudicial, o que não exclui que, nessa hipótese, possa formar-se sobre a prejudicial algum outro tipo de estabilidade mais fraca que a coisa julgada, como p. ex. a preclusão.

A quarta exigência do CPC/2015 para a extensão da coisa julgada às prejudiciais é que o juízo tenha competência, em razão da matéria e da pessoa, para decidir a questão se esta fosse pedida como questão principal (art.503 §1º, III). Só quando o juízo for competente para decidir ambas as questões (tanto a prejudicial como a principal, isto é, o mérito) é que estará cumprida a exigência legal. A referência aos critérios de fixação de competência em razão da matéria e da pessoa remete às hipóteses em que o legislador entende pertinente atribuir competência a um juízo para julgar certas matérias (*ratione materiae*) ou questões que envolvam específicos sujeitos (*ratione personae*). O pressuposto é muito importante porque, caso assim não fosse estabelecido no CPC, poder-se-ia formar coisa julgada sobre uma questão prejudicial debatida amplamente e em contraditório perante um juízo incompetente para apreciar aquela mesma questão *principaliter*, o que poderia ser usado como forma de burlar a lei. Exemplo seria a definição do *status familiae* para fins de concessão de benefícios previdenciários e assistenciais pelo juiz federal. A questão prejudicial sobre haver casamento ou união estável, para concluir sobre a concessão de uma pensão por morte, não poderia fazer coisa julgada porque, em razão da matéria, competiria ao juízo estadual, e não ao federal, julgar a questão isoladamente. Outro exemplo é da prejudicial de inconstitucionalidade de uma norma, para a qual o único tribunal brasileiro competente para decidi-la como questão principal é o STF. Seria impensável que qualquer outro juízo, apreciando a prejudicial, pudesse reconhecer a inconstitucionalidade com força de coisa julgada.

Além disso, há ainda um quinto pressuposto: o art.503 §2º do CPC exige que, para a extensão da coisa julgada à prejudicial, não tenha havido restrições probatórias e limitações à cognição que pudessem reduzir

73 CABRAL, Antonio do Passo. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. *Rivista Di Diritto Processuale*, n.2, 2005, p.449-464.

ou violar o contraditório durante o processo. A norma é excelente e vai ao encontro da mais moderna doutrina e jurisprudência sobre o tema ao redor do mundo. Mais uma vez, deve-se repisar que o contraditório é o vetor principal para justificar a formação de uma estabilidade processual sobre qualquer conteúdo dos atos do processo. Assim, para que a coisa julgada cubra a prejudicial, o procedimento não pode obstaculizar pelo menos uma oportunidade ampla e equa de exercício do contraditório.

E normalmente estes obstáculos vêm de limitações cognitivas e probatórias. Diante dessas limitações, o debate demonstra-se frágil e talvez nem se possa afirmar ter havido contraditório efetivo, como exigido pelo art.503 §1º, II. Em procedimentos de cognição sumária (p.ex., nas medidas de urgência) ou limitada (ações de desapropriação, consignação em pagamento etc), a redução de aprofundamento cognitivo e a limitação das questões que podem ser arguidas pelas partes e conhecidas pelo juiz diminuem a força da coisa julgada.

É o que ocorre se, na ação de desapropriação, houver discussão prejudicial sobre a validade do decreto expropriatório. Tal questão, ainda que debatida e decidida, não poderá ser acobertada pela coisa julgada. O mesmo ocorre quando os procedimentos não admitem todos os meios de prova que poderiam levar à mais ampla discussão de uma determinada questão. São exemplos o mandado de segurança e os procedimentos dos juizados especiais, com limitações à prova testemunhal e pericial, e as questões de “alta indagação” no inventário, aquelas que não podem ser provadas só por documentos (art.612 do CPC).

Essas restrições à prova e à cognição podem vir não apenas da lei, mas também de convenções processuais (art.190). Toda vez que o negócio jurídico processual, p.ex., excluir questões ou meios de prova do procedimento, a compensação do sistema é não autorizar a formação da estabilidade (no caso, não haverá coisa julgada).<sup>74</sup>

Andou bem o legislador em restringir a formação da coisa julgada à prejudicial em casos em que tais limitações cognitivas e probatórias se nos apresentem, porque, pelo déficit de contraditório, há possibilidade de que, se a mesma questão prejudicial fosse discutida em outro procedimento mais completo, com cognição mais aprofundada, sem limitações às alegações e à produção de prova, outra poderia ser a conclusão a respeito do tema. E assim seria errado estabilizar a prejudicial, impedindo sua rediscussão em outro processo em que não houvesse tais restrições. Não se justifica, nesse quadro, extensão da coisa julgada às prejudiciais.

### 5.3. DESNECESSIDADE DE PEDIDO EM AÇÃO DECLARATÓRIA INCIDENTAL PARA A EXTENSÃO DA COISA JULGADA ÀS PREJUDICIAIS

Devemos ressaltar que, quando preenchidos os pressupostos previstos nos parágrafos primeiro e segundo do art.503, as prejudiciais poderão ser acobertadas pela coisa julgada *sem necessidade de pedido ou provocação específica*. Impende destacar também que a extensão de coisa julgada às prejudiciais também *independe de ação declaratória incidental*.

De outra parte, a extensão da coisa julgada às prejudiciais independe de manifestação específica no dispositivo da decisão. Basta que as condições legais estejam observadas para que a coisa julgada cubra a prejudicial exaustivamente debatida e resolvida, ainda que topograficamente posicionada no corpo da fundamentação.

Deve-se ressaltar ainda que o vínculo da questão prejudicial será limitado ao debate específico e ao fundamento expressamente examinado pelo juiz (art.503 §1º). Se p.ex. afirmada a validade de cláusula contratual, rejeitando-se um determinado fundamento (alegação de nulidade em virtude de erro), a mesma questão poderia ser ventilada em outro processo sob alegação de nulidade da mesma cláusula contratual por outro fundamento não considerado pelo juiz.

Por fim, deve-se salientar que a extensão da coisa julgada às prejudiciais muda a lógica do que significa vitória e derrota no processo. Tradicionalmente, a sucumbência era verificada pela derrota no que se refere ao pedido principal. Na sistemática do CPC/2015, ainda que vencedor em relação ao pedido (e portanto não podendo ser considerado sucumbente), é possível que a derrota no que tange à prejudicial possa ser

74 CABRAL, Antonio do Passo. Comentário, in ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 3a ed., 2016, p.1436.



ainda mais deletéria para a parte. A vitória e derrota num processo passarão a compreender algo mais que a mera sucumbência.

Muda também o interesse recursal: o vencedor na lide, vendo julgado procedente seu pedido, mesmo assim pode ter interesse em apelar da sentença para desfazer o entendimento sobre uma prejudicial sobre a qual o juízo concluiu em seu desfavor, evitando que aquela questão seja incorporada em outros processos (efeito positivo da coisa julgada).

## 6. CONCLUSÃO

O presente ensaio quis tão somente apresentar as últimas tendências doutrinárias e jurisprudenciais, numa perspectiva comparada, e divulgar, para o público estrangeiro, como o novo Código de Processo Civil brasileiro avançou no tratamento do tema.

Muito mais há ainda por fazer. O sistema das estabilidades processuais merece ser estudado sob novas luzes. Caberá às novas gerações de juristas interpretar criticamente seus sistemas jurídicos, a fim de que a coisa julgada e seus limites sirvam à segurança jurídica sem descuidar de outros valores como eficiência, isonomia, coerência etc. Nessa análise, as lições do professor José Carlos Barbosa Moreira são e serão sempre importante ponto de partida.

## 7. BIBLIOGRAFIA

ADOLPHSEN, Jens. *Zivilprozessrecht*. Baden-Baden: Nomos, 2ª ed., 2009.

ANDOLINA, Italo. *Crisis of res iudicata and new techniques for dispute resolution: (self-standing anticipatory) provisional measures on the merits*. *Zeitschrift für Zivilprozess International*, ano 13, 2008.

ATTARDI, Aldo. *Prime considerazioni sulla nozione di litispendenza nella Convenzione di Bruxelles*, in *Studi in onore di Mandrioli*, Padova, 1995.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, ano 59, vol.416, jun, 1970.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada e declaração. *Revista dos Tribunais*, ano 60, vol.429, julho, 1971.

\_\_\_\_\_. Condenação a fazer. Limites da coisa julgada e da execução. *Revista dos Tribunais*, ano 84, vol.711, jan, 1995.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material. *Revista Forense*, ano 101, vol.377, jan-fev, 2005.

\_\_\_\_\_. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *Revista de Processo*, ano IX, n.34, abr-jun, 1984.

\_\_\_\_\_. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, ano 70, vol.246, abr-jun, 1974.

\_\_\_\_\_. Questões prejudiciais e coisa julgada. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*, n.16, 1967.

BETTI, Emilio. *Cosa giudicata e ragione fatta valere*. *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 1929.

BLOMEYER, Arwed. *Zivilproßrecht. Erkenntnisverfahren*. Berlin: Duncker & Humblodt, 2a ed., 1985.

BÖHM, Peter. *Die Ausrichtung des Streitgegenstands am Rechtsschutzziel*, in RECHBERGER, Walter H. e WELSER, Rudolf (Orgs.). *Festschrift für Kralik zum 65. Geburtstag*. Wien: Manz, 1986.

BONTÀ, Silvana dalla. *Eine „heilsame Unruhe“*. *Rechtsvergleichende Anmerkungen zur Bestimmung der objektiven Grenzen der Rechtskraft in der jüngeren Rechtsprechung im Lichte der Thesen Zeuners*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 125, n.1, 2012

\_\_\_\_\_. *Una "benefica inquietudine"*. *Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane. Il giusto processo civile*, n.3, jul-set, 2011.

BRUNS, Rudolf. *Zivilprozessrecht*. Berlin: Franz Vahlen, 1968.

CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: Jus Podivm, 2ª ed., 2014.

\_\_\_\_\_. Comentário. in ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 3ª ed., 2016.

\_\_\_\_\_. *Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito*. *Rivista Di Diritto Processuale*, n.2, 2005.

CALAZA LÓPEZ, Sonia. *La cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2009.

CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milano: Giuffrè, 1991.

CONDE, João Correia. *O 'mito do caso julgado' e a revisão propter nova*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

CONSOLO, Claudio. *Il cumulo condizionale di domande*. Padova: Cedam, vol.I, 1985.

- COUTURE, Eduardo J. *La cosa juzgada como presunción legal*. *Revista Jurídica*, ano 3, vol.17, set-out, 1955.
- DIDIER JR. Fredie. “Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência”, *Revista de Processo*, n.223, 2013.
- DIETRICH, Peter. *Zur materiellen Rechtskraft eines klagabweisenden Urteils*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 93, n.1, 1980.
- FASCHING, Hans W. *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts*. Wien: Manz, 2a ed., 1990.
- GAUL, Hans Friedhelm. *Die Entwicklung der Rechtskraftlehre seit Savigny und der heutige Stand*, in JAKOBS, Horst Heinrich; KNOBBE-KEUK, Brigitte; PICKER, Eduard; WILHELM, Jan (Orgs). *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*. Köln: Otto Schmidt, 1978.
- GOTTWALD, Peter. *Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge*. in GOTTWALD, Peter; SCHWAB, Karl Heinz; GREGER, Reinhard. *Dogmatischen Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa*. Bielefeld: Gieseking, 2000.
- GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. Köln: Carl Heymanns, 13ª ed., 2008.
- HELLWIG, Konrad. *System des deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig: Deichert'sche, Parte I, 1912.
- JAUERNIG, Othmar. *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck, 29ª ed., 2007.
- KOSHIYAMA, Kazuhiro. *Rechtskraftwirkungen und Urteilsanerkennung nach amerikanischem, deutschem und japanischem Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.
- KUMMER, Max. *Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht*. Bern: Stämpfli, 1954.
- LEIPOLD, Dieter. *Teilklagen und Rechtskraft*, in *Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Wege zur Konzentration von Zivilprozessen*. Berlin: Walter de Gruyter, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Coisa julgada, ‘collateral estoppel’ e eficácia preclusiva ‘secundum eventum litis’. *Revista dos Tribunais*, ano 75, vol.608, junho, 1986.
- MARTENS, Joachim. *Rechtskraft und materielles Recht*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 79, n.5-6, 1966.
- MENCHINI, Sergio. *Regiudicata civile. Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile*, Torino: Utet, vol.XVI, 1997.
- MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. C.H.Beck, 10ª ed., 2010.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier, 2006.
- OBERHAMMER, Paul. *Objektiven Grenzen der materiellen Rechtskraft: Bindung und Präkclusion*. *Juristische Blätter*, ano 122, n.4, abr. 2000.
- OTTO, Hansjörg. *Die Präkclusion. Ein Beitrag zum Prozeßrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1970.
- PARRY, Adolfo E. *Limites objetivos de la cosa juzgada*. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t.29, jan-mar, 1943.
- PETERS, Egbert. *Zur Rechtskraftlehre Zeuners*. *Zeitschrift für Zivilprozeß*, ano 76, n.4, 1963.
- POHLMANN, Petra. *Zivilprozessrecht*. München: C.H.Beck, 2009.
- RAITI, Giovanni. *The crisis of civil res iudicata in the EC legal system*. *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, ano 13, 2008.
- RECHBERGER, Walter H. *Rechtsicherheit, Entscheidungsharmonie und Bindung an Vorfrageentscheidungen. Überlegungen zu den objektiven Grenzen der Rechtskraft im österreichischen Zivilprozessrecht*, in HELDRICH, Andreas e UCHIDA, Takeyoshi. *Festschrift für Hideo Nakamura zum 70. Geburtstag*. Tokyo: Seibundo, 1996.
- RECHBERGER, Walther H. e SIMOTTA, Daphne-Ariane. *Zivilprozessrecht*. Wien: Manz, 7ª ed., 2009.
- RIMMELSPACHER, Bruno. *Materielle Rechtskraft und Gestaltungsrechte*. *Juristische Schulung*, ano 44, n.7, julho, 2004.
- SCHWANDER, Daniel. *Die objektive Reichweite der materiellen Rechtskraft – Ausgewählte Probleme. Ein Beitrag zum Verhältnis von materiellem Recht und Zivilprozessrecht*. Zürich: Schulthess, 2002.
- STROHMAYER, Peter. *Urteilswirkungen. Vorfrage und Präkclusion auf der Grundlage des rechtlichen Gehörs und der Logik der Rechtssätze. Ein Beitrag zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*. Wien: Manz, 2001.
- THEODORO JR., Humberto. *Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória*. *Revista de Processo*, ano 21, n.81, jan-mar, 1996.
- YOSHIMURA, Tokushige. *Die Bindungswirkung der Entscheidungsgründe – aus der Sicht des collateral estoppel*, in BAUMGÄRTEL, Gottfried (Org.). *Grundprobleme des Zivilprozessrechts. Japanische Veröffentlichungen in deutscher und englischer Sprache*. Berlin: Carl Heymanns, 1976.
- YOSHINO, Shozaburo. *Zur Lehre der Rechtskrafterstreckung: rechtsvergleichende Bemerkungen*. Freiburg i.Breisgau: Universitäts Verlag, Dissertation, 1981.
- ZEUNER, Albrecht. *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozeß*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1959.
- \_\_\_\_\_. *Zur Rechtskraftwirkung des Unterlassungsurteils für den nachfolgenden Schadensersatzprozeß – BGHZ 42, 340*. *Juristische Schulung*, n.4, 1966.

# LE PROSPETTIVE DI RIFORMA DELL'AZIONE DI CLASSE ITALIANA: UNA NUOVA ROTTA DA TRACCIARE FRA L'ATTRAZIONE PER L'ESPERIENZA STATUNITENSE E LA VIA "BRASILIANA" SUGGERITA DAL LEGISLATORE EUROPEO

Beatrice Zuffi

SOMMARIO: 1. L'azione di classe italiana nel panorama comparatistico dei modelli di *collective redress*. – 2. La decennale esperienza applicativa dell'art. 140-bis c.cons. e la recente stagione di fruttuosa raccolta delle adesioni quale momento cruciale per una valutazione del rimedio. – 3. La proposta di direttiva sulle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e l'avvicinamento dell'esperienza brasiliana. – 4. I moti vagamente convergenti delle riforme annunciate in Italia e negli U.S.A.: il progetto approvato alla Camera e ora all'esame del Senato (col numero 844), gli emendamenti alla *rule 23* entrati in vigore il 1° dicembre 2018 e quelli in discussione nell'ambito del *bill H.R. 985, Fairness in Class action Litigation Act 2017*. – 5. Le possibili evoluzioni della disciplina interna alla luce delle descritte prospettive di riforma.

## 1. L'AZIONE DI CLASSE ITALIANA NEL PANORAMA COMPARATISTICO DEI MODELLI DI COLLECTIVE REDRESS

Il presente lavoro intende offrire uno spunto di riflessione e valutazione critica sull'esperienza che l'ordinamento italiano ha maturato in relazione all'azione risarcitoria di classe introdotta ormai un decennio fa <sup>(1)</sup>, sia dall'angolo visuale interno, per verificare se i prefissati obiettivi di potenziamento nella protezione dei soggetti deboli del mercato e di effettività nell'accesso alla tutela giurisdizionale siano stati raggiunti, sia in chiave comparatistica, per raffrontare gli esiti così raggiunti con quelli attinti in altri ordinamenti, che hanno adottato espedienti giustiziali collettivi simili o tutt'affatto diversi. Non si mancherà di dar conto poi di alcune prospettive, che *de iure condendo* potrebbero presto determinare nuove ed interessanti evoluzioni normative nel settore.

E' innanzitutto utile collocare il rimedio contemplato dell'art. 140-*bis* c.cons. nel contesto dei tre principali modelli di *collective redress* che il panorama continentale e mondiale propone, ossia:

quello statunitense della *class action*, in relazione al quale la legittimazione è diffusa tra tutti i soggetti lesi dal comportamento o dall'illecito plurioffensivo, ma è in concreto riconosciuta in capo al singolo che si attiva e viene ritenuto idoneo, una volta che, riscontrati i requisiti legali, la classe sia dalla Corte certificata per l'esercizio di uno dei tre tipi di azioni ammesse, con conseguente efficacia vincolante del giudicato per tutti i *class members* (salva possibilità di *opt-out* solo nella terza categoria di azione, non *mandatory*) <sup>(2)</sup>;

1 Come noto, il rimedio è stato introdotto in Italia con la legge finanziaria per l'anno 2008 (l. 24 dicembre 2007 n. 244), che ha inserito nel codice del consumo l'art. 140-*bis*. La concreta applicabilità di tale norma — in origine fissata per il 1° gennaio 2009 — fu dapprima procrastinata di centottanta giorni (dall'art. 19, c. 1, d.l. 30 dicembre 2008 n. 207, c.d. « decreto mille-proroghe », conv., con modif., in l. 27 febbraio 2009 n. 14) e poi di nuovo rimandata (con il raddoppio dell'originario termine di un anno dall'entrata in vigore della legge finanziaria: cfr. art. 23, c. 16, d.l. 1° luglio 2009 n. 78, conv., con modif., in l. 3 agosto 2009 n. 102), per essere da ultimo superata dalla riscrittura operata dall'art. 49, c. 1, l. 23 luglio 2009 n. 99. L'art. 140-*bis* c. cons., così innovato nei contenuti e nella rubrica (Azione di classe), è entrato in vigore il 1° gennaio 2010 ed è stato poi ancora ritoccato dal d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, conv., con modif., in l. 24 marzo 2012 n. 27 (c.d. « decreto sulle liberalizzazioni »). Per rif. bibliografici v. Zuffi, *sub art. 140-bis cod. cons.*, in *Aa.Vv., Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, V ed., Milano, 2018, 950 ss.

2 Nell'ordinamento statunitense l'istituto guadagnò per la prima volta autonomia foggia (rispetto ad altre figure conosciute in passato dal diritto inglese, quale la *representative suit*) con la *rule 23*, introdotta dalla riforma dell'ordinamento processuale federale del 1938. Non potendo in questa sede soffermarsi sulle tappe evolutive di tale disciplina (soggetta a importanti modifiche nel 1966, nel 1995, nel 2005, e come vedremo, da ultimo, nel 2018), giova in sintesi estrema ricordare che in base ad essa ciascun appartenente alla classe può assumere l'iniziativa: ma è solo uno, il *class representative*, che di fatto assume in giudizio il ruolo di attore processuale, assistito dall'avvocato ritenuto più idoneo (*class counsel*). L'ammissibilità dell'azione di classe è vagliata dal giudice statunitense, il quale deve *in limine litis* deliberare la sussistenza dei requisiti della *numerosity* (ossia di un numero consistente di potenziali attori, tale da giustificare l'instaurazione del processo collettivo), della *commonality* (cioè della comunanza e della pregnanza di alcune questioni di fatto o di diritto rispetto alla totalità delle cause potenzialmente rappresentate) e della *typicality* (ovvero della riconducibilità delle pretese azionate dall'attore rappresentativo allo schema comune sotteso alla *class action*). La corte, ove riscontri siffatti requisiti, e prima di autorizzare la procedibilità in forma aggregata delle pretese seriali (con l'emanazione di un *order* di *certification*), deve comunque appurare che l'attore e il suo avvocato siano in grado di rappresentare la classe con lealtà e nel modo più confacente agli interessi di tutti i membri.

quello delle azioni collettive rappresentative esperibili solo da organi pubblici, associazioni, enti esponenziali, che caratterizza il sistema brasiliano delle *ações civis publicas* e delle *ações populares* <sup>(3)</sup>, ma si rinviene anche in Spagna <sup>(4)</sup>, Portogallo <sup>(5)</sup>, Danimarca <sup>(6)</sup>, Finlandia <sup>(7)</sup>, Olanda <sup>(8)</sup> e Francia, pur dopo l'intro-

Uno snodo cruciale della regolamentazione è rappresentato dal fatto che gli effetti del giudicato che pone capo alla *class action* si estendono automaticamente a tutti i membri della classe rappresentata, quale che sia l'esito della lite. Tuttavia, a seconda del tipo di *class action* certificato – i modelli sono tre, potendo l'autorizzazione alla trattazione aggregata delle cause seriali derivare: dall'esigenza di evitare il pericolo di giudicati individuali contrastanti ovvero di pregiudizio alle ragioni soddisfatti di tutti gli eventuali vincitori (*rule 23.b1*); dalla necessità di evitare o inibire gli effetti negativi della condotta della controparte (*declaratory or injunctive class action: rule 23.b2*; sul reale contenuto di queste azioni, cfr. Dondi, *Funzione remedial delle injunctive class actions*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 245; Trocker, *Il processo civile e le controversie soggettivamente complesse. Class actions negli USA. E in Europa?*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, II, Napoli, 2009, 1255); infine, dall'opportunità di promuovere la condanna al risarcimento per la lesione di una massa di diritti rispetto ai quali le questioni comuni siano prevalenti su quelle individuali, di modo che l'azione di classe risulti il rimedio processuale più consono alla composizione giudiziale dell'insieme delle controversie (*damages class action: rule 23.b3*) – diverse sono la procedura di notificazione e la coerenza della regola di efficacia *ultra partes* della cosa giudicata: mentre i primi due schemi di azioni (dette anche *mandatory*) non prevedono rigorose regole di notificazione ai membri della classe, assoggettati inderogabilmente all'estensione del giudicato, per la terza tipologia di azione si impone all'attore di fornire la *best notice practicable*, nonché avvisi individuali a tutti gli appartenenti alla classe identificabili con un ragionevole sforzo, onde consentire a costoro di esercitare il c.d. «*opt-out right*», vale a dire la facoltà di sottrarsi agli effetti del *dictum* giudiziale, che altrimenti diverrà per essi incontrovertibile.

Oltre che dall'applicazione di queste regole di base, la funzionalità dell'istituto delle *class actions* discende, sul piano pratico, dal regime delle spese e dalla vocazione imprenditoriale che la classe forense ha sviluppato negli Stati Uniti: la circostanza che, in caso di accoglimento della *class action*, il compenso del difensore – ricompreso, quale importo da lui distraibile, all'interno della somma liquidata a favore della classe (*rule 23.h*): *amplius*, Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 132 ss.) – sia fatto gravare sul convenuto, in un sistema che pone comunque a carico della parte vittoriosa l'onorario del proprio avvocato, ha fatto sì che sia quest'ultimo, più che il cliente titolare del diritto leso, a valutare l'opportunità di avviare l'azione di classe, in quanto solo lui, avvalendosi del complesso organizzato di mezzi e persone di uno studio di grandi dimensioni, è in grado di valutare le *chances* di vittoria dell'iniziativa collettiva e, prospettandone il successo, di sostenere gli ingenti costi che essa comporta (Consolo, *Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 653).

Nell'impossibilità di citare qui l'enorme mole di scritti sull'argomento, si rinvia alla più recente manualistica statunitense: Rubenstein-Conte-Newberg, *Newberg on class actions*, Thompson Reuters, 2018; Mc Laughlin, *Mc Laughlin on class actions: law and practice*, Thompson Reuters, 2018; Klonoff, *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*, West Academic, 2017. Il modello delle *class action* è stato mutuato in numerosi altri ordinamenti: rif. in Zuffi in Consolo-Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012, 26 ss.

- 3 In Brasile esistono due tipi di azioni collettive: quelle strutturate per la protezione dei diritti collettivi e diffusi (che sono contemplate nella legge dell'azione civile pubblica 24 luglio 1985 n. 7347) e quelle dirette a tutelare i diritti individuali omogenei (che trovano collocazione nel codice di difesa del consumatore ossia nella l. 11 settembre 1990 n. 8078). In particolare, nella disciplina contemplata dal codice di difesa del consumatore la legittimazione all'esercizio di azioni dirette ad ottenere la riparazione dei danni personalmente subiti da più consumatori o vittime di infortuni di consumo per la lesione di interessi o diritti individuali omogenei è riconosciuta ad alcuni soggetti, quali il pubblico ministero, determinati organi pubblici e associazioni precostituite per legge. Sul tema si rinvia alla lettura degli ampi e acuti studi che la Prof.ssa Pellegrini Grinover ci ha lasciato e cui si vuole tributare qui onore: Id., *Il nuovo processo brasiliano del consumatore*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 1057 ss., spec. 1065; Id.-Landoni Sosa, *Codice modello di processi collettivi per iberoamerica (esposizione di motivi)*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 561 ss.; Id., *Uno sguardo comparativo su altre esperienze nei paesi di civil law*, in Beria di Argentine C. (a cura di), *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*, Milano, 2011, 61 ss.; Id., *Miti e realtà sul giudicato: una riflessione italo-brasiliana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 147 ss., spec. 154 ss.). La regola più importante e che costituisce la cifra distintiva del sistema brasiliano è, comunque, quella per cui l'accoglimento della domanda collettiva dà luogo ad una condanna generica, limitata all'accertamento della responsabilità del convenuto per i danni causati alla pluralità dei consumatori, che è in grado di esplicitare un'efficacia *erga omnes in utilibus* per tutti i titolari dei diritti lesi (su tali temi, v., *amplius*, Zufelato, *Coisa julgada coletiva*, São Paulo, 2011, e Arruda Alvim Bamwiler, *Appunti sulle azioni collettive in Brasile: presente e futuro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 515 ss.).
- 4 Vedi gli artt. 11 e 15 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 7 gennaio 2000, i quali elencano gli enti legittimati all'esercizio delle azioni per la tutela di interessi diffusi o collettivi facenti capo ad una pluralità di consumatori. Le azioni a tutela di interessi collettivi possono avere natura sia risarcitoria che inibitoria: nel relativo processo è peraltro consentito ai singoli consumatori di intervenire e di assumere così il ruolo di parti formali, potendo svolgere attività difensiva e di impugnazione in via autonoma rispetto all'associazione proponente. Qualora sia stata richiesta una condanna pecuniaria all'esecuzione di un obbligo di fare, non fare o di consegnare una cosa, la sentenza di accoglimento determinerà individualmente i consumatori e gli utenti beneficiari. Laddove la determinazione individuale non sia possibile, la sentenza stabilirà i dati, le caratteristiche ed i requisiti che i singoli devono possedere per poter ottenere la prestazione dovuta ovvero per poter iniziare (o intervenire nel) procedimento esecutivo che si renda necessario (v. art. 221.1.1 *LEC*). Maggiori rif. in: Gascon Inchausti, *Le "transazioni collettive": la disciplina spagnola e quella francese*, in Aa.Vv., *La conciliazione collettiva*, a cura di Gitti-Giussani, Milano, 2009, 267 ss.; Armaiz Serrano-Feliu Rey, *Class actions: l'esperienza spagnola*, in *Cont. Imp. Eur.*, 2011, 43 ss.; Bellido Penadés, *Apuntes sobre la protección jurisdiccional civil de los intereses colectivos de los consumidores en derecho italiano y en derecho español (Estudio comparado)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).
- 5 Con la *Lei* del 31 agosto 1995, n. 83 si è data peraltro piena attuazione all'art. 52 della Costituzione, come modificato dalla legge costituzionale n. 1/98 del 1989, il quale riconosce a tutti i cittadini il diritto di promuovere, personalmente o attraverso associazioni, azioni popolari per la repressione degli illeciti contro la salute pubblica, l'ambiente, la qualità della vita e il patrimonio culturale, eventualmente anche mediante la riparazione delle lesioni arrecate. Sono titolari del *dereito procedimental de participação popular* e del *dereito de acção popular* i singoli cittadini nel pieno godimento dei diritti politici e civili, nonché le fondazioni e le associazioni di categoria preposte alla difesa degli interessi menzionati nell'art. 52 Cost., oltre a quelli inerenti la protezione del consumo di beni e servizi. La sentenza di condanna produce effetti non solo per le parti in causa, ma anche per tutti i terzi interessati che non abbiano esercitato il *dereito de exclusao*. Leggi *amplius*, D'Oliveira Martins, *Class Actions in Portogallo: alcuni aspetti*, in *Cont. Imp. Eur.*, 2011, 58 ss.
- 6 L'art. 254 del codice di rito danese, applicabile dal 1° gennaio 2008, prevede infatti le c.d. azioni comuni, promuovibili dal Garante dei Consumatori, in nome e per conto dei singoli che lamentino la lesione di situazioni giuridiche omologhe sulla base dei medesimi presupposti di fatto e di diritto. Va detto però che tale disciplina presenta indubbi punti di contaminazione col modello statunitense perché all'interno del gruppo dei consumatori deve essere nominato il rappresentante-tipo (da individuarsi nell'ente pubblico preposto alla tutela degli interessi lesi solo nelle azioni caratterizzate da *opt-out*). L'azione comune è sottoposta ad un previo controllo della corte, che deve considerarla la modalità più appropriata, anche sotto il profilo dell'economia processuale, per la definizione dello specifico contenzioso di massa dedotto. Va però precisato che, a seguito di una riforma introdotta nel 2007 per le pretese di importo inferiore a 2.000 DKK, opera automaticamente un meccanismo di *opt-out*.
- 7 La legge n. 444/2007, entrata in vigore il 1° ottobre 2007, contempla l'esperibilità di azioni di gruppo esercitabili da parte dell'*Ombudsman* per la tutela di pretese avanzate dai consumatori registrati nei riguardi del medesimo convenuto e fondate sulle stesse circostanze di fatto e/o diritto.
- 8 L'art. 3:305 del *Woetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, come modificato dalla Legge sulla legittimazione di alcune persone giuridiche ad azionare diritti dei terzi, del 1994, riconosce a determinate associazioni, società ed enti pubblici il diritto di promuovere un'azione legale a tutela degli interessi diffusi dei propri associati (non però a fini riparatori delle lesioni eventualmente subite). Dal 16 luglio 2005 è divenuta operativa anche la Legge sulla transazione collettiva (*Wet collectieve afwikkeling massaschade*, che ha modificato gli artt. 7:907-910 del codice civile e 1013-1018 del codice di procedura civile) per la determinazione transattiva del risarcimento del danno in caso di illeciti pluri-offensivi, ove si dispone che l'accordo eventualmente raggiunto tra l'associazione rappresentativa del gruppo e l'altra parte, qualora omologato, sia vincolante per tutti i soggetti danneggiati che non abbiano esercitato l'*opt-out right*. Leggi *amplius* Weber-Van Bohm, *Dutch Treat: the Dutch Collective Settlement of Mass Damage Act*

duzione dell'*action de groupe* <sup>(9)</sup>;

quello dell'accentramento decisorio delle questioni comuni rispetto a plurime cause individuali "seriali" pendenti, che è ben rappresentato dallo schema del "processo modello" tedesco (*Musterverfahren*) proponibile per le cause risarcitorie per violazioni degli obblighi informativi sugli investimenti finanziari <sup>(10)</sup>, ma è presente anche in Inghilterra nella regolamentazione della *Group litigation* <sup>(11)</sup>, nella disciplina statunitense della *Multidistrict Litigation* <sup>(12)</sup> e in quella brasiliana del c.d. *incidente de resolução de demandas repetitivas* <sup>(13)</sup>.

(WCAM 2005), in *Cont. Imp. Eur.*, 2011, 69 ss.

- 9 Il rimedio, introdotto con la l. 17 marzo 2014 n. 2014-344 (c.d. «*Loi Hamon*»), è disciplinato agli artt. L 423-1 ss. e, per la parte regolamentare (inserita dal decreto 24 settembre 2014 n. 2014-1081, entrato in vigore il 1° ottobre 2014), agli artt. R 423-1 ss., nel libro IV del *code de la consommation*. Esso va ad accostarsi all'*action en représentation conjointe*, prevista dalla l. 18 gennaio 1992 n. 92-60 e riversata dalla l. 27 luglio 1993 n. 93-949 nel codice del consumo (ove tuttora è contemplata agli artt. L 422-1 ss.), che, essendo promuovibile esclusivamente dalle associazioni accreditate e riconosciute, operanti a livello nazionale, in relazione ai pregiudizi causati a plurimi consumatori dal medesimo comportamento dell'imprenditore/professionista, non ha mai dato i risultati sperati, poiché — in ossequio all'inventario divieto di *plaider par procureur* — esige il previo conferimento di mandati da parte dei consumatori lesi e non consente il ricorso ai media per sollecitarne la raccolta. La nuova *action de groupe*, invece, pur essendo riservata all'iniziativa delle associazioni accreditate, non richiede che queste siano previamente investite del potere di agire in nome e per conto dei danneggiati e facilita l'aggregazione della classe, apprestando così una più efficace tutela collettiva risarcitoria-riparatoria. La normativa introdotta oltreper il 2014 presenta notevoli punti di contatto — in *primis* quello di esigere l'*opt-in* dei singoli *class members* — con l'azione di classe prevista all'art. 140-bis c. cons. italiano, rispetto alla quale reca però una disciplina assai più articolata (e differente nel dettaglio). Va però detto che in Francia, a valle del discreto bilancio tratto dopo i primi due anni di applicazione (in *inc-conso.fr*), il raggio operativo del rimedio è stato esteso, dall'art. 184 l. 26 gennaio 2016 n. 2016-41, all'ambito sanitario, ove le associazioni accreditate degli utenti possono agire per risarcimenti collettivi con le modalità precisate nel decreto 26 settembre 2016 n. 2016-1249. Inoltre, il titolo V della l. 18 novembre 2016 n. 2016-1547, dedicata alla «*modernisation de la justice du XXI siècle*», ha creato un quadro legale comune per le azioni di gruppo giudiziarie, amministrative e in materia di discriminazione (la cui base procedurale è delineata nel decreto 6 maggio 2017 n. 2017-888). Per una disamina più puntuale leggi Zuffi, *La bonne nouvelle. La Francia si dota finalmente di una tutela collettiva risarcitoria-riparatoria a fronte di pregiudizi materiali di massa svincolata dal previo conferimento di formali mandati da parte dei consumatori lesi*, in *Int'l Lis*, 2014, n. 3, 138 ss.).
- 10 Il 16 agosto 2005 è stata approvata la nuova procedura per la tutela dei diritti degli investitori (*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*: v. Stürmer, *Model case proceedings in the capital markets- tentative steps towards group litigation in Germany*, 26 CLQ, 2007, 250 ss.; Tamm, *La tutela collettiva nel diritto processuale tedesco*, in *Cont. Impr. Eur.*, 2011, 34 ss.). Questa normativa (dapprima destinata a cessare il 31 ottobre 2012, poi prorogata sino al 1° novembre 2020, con alcuni ritocchi migliorativi) si applica alle sole cause di risarcimento del danno da informazioni false, ingannevoli o reticenti su prodotti finanziari, oppure da inadempimento degli obblighi contrattuali sottesi alle offerte pubbliche di valori mobiliari. Essa prevede che la procedura per la c.d. «azione-modello» (*Musterverfahren*) sia attivata su istanza della parte interessata, che deve indicare, oltre agli elementi identificativi (oggettivi: *petitum* e *causa petendi*) della domanda e ai mezzi di prova di cui la parte intende avvalersi, anche le controversie pendenti dinanzi il tribunale adito la cui decisione dipende dalla soluzione di identiche (rilevanti) questioni di fatto o di diritto. Se il giudice ritiene sussistenti i requisiti previsti dalla legge, provvede all'iscrizione della domanda in un apposito registro, pubblicato nella Gazzetta federale tedesca elettronica, onde consentire la devoluzione, insieme alla prima iscritta, di tutte le controversie pendenti con il medesimo oggetto alla cognizione della corte d'appello (*Oberlandesgericht*) entro un termine di 4 mesi. Dopo l'eventuale ordinanza di rinvio, il giudice di primo grado sospende d'ufficio tutti i procedimenti avanti a sé pendenti con lo stesso *petitum* in attesa della sentenza dell'*Oberlandesgericht*, che innanzitutto identificherà l'azione modello tra quelle iscritte nel registro e poi deciderà (nel contraddittorio instaurato tra l'attore e il convenuto modello, più i terzi intervenienti) sulla questione comune con effetto vincolante per i singoli processi sospesi. L'ordinanza della corte d'appello, che ha natura incidentale, non statuisce sulle spese del giudizio, di modo che su di esse (oltre che sulle istanze e questioni strettamente individuali di ciascuna lite) dovrà pronunciarsi successivamente il giudice di primo grado (Poncibò, *La controriforma delle class actions*, in *Danno e Resp.*, 2006, 133). Il legislatore tedesco ha optato, dunque, per una soluzione rigida, che, pur non ammettendo un'indiscriminata estensione *ultra partes* degli effetti del giudicato collettivo, impone ai contendenti delle liti iscritte nel registro che vogliono sottrarsi alla definizione adottata sulla questione comune di abbandonare *in toto* la controversia (Consolo-Rizzardo, *Class actions "fuori dagli USA": qualcosa si muove anche alle nostre (ex-) frontiere settentrionali almeno quanto al "case management"*, in *Int'l Lis*, 2006, n. 1, 41).
- 11 Introdotta con la riforma delle *Civil Procedure Rules* del 2000 (cfr. Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: a Comparative Perspective*, Oxford-Portland, Oregon, 2004, 67; Andrews, *Multi-party Proceedings in England: Representative and Group Actions*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001, 249 ss.; Consolo-Rizzardo, *Class actions*, cit., 37 ss.). Le disposizioni all'uopo dettate, concentrate nella *Part 19, section III*, consentono, in presenza di questioni di fatto o di diritto comuni a un cospicuo numero di cause, l'emissione (anche d'ufficio) di un *order* che identifica il complesso delle controversie aggregate (*group litigation*) da sottoporre alla cognizione di un'unica autorità giudiziaria (l'elenco degli *orders* emanati è consultabile all'indirizzo <https://www.gov.uk/guidance/group-litigation-orders>). Presso quest'ultima, detta *management court*, è poi costituito un registro, in cui potranno essere iscritte tutte le cause riconducibili al gruppo: solo rispetto alle parti di cui alle liti iscritte al momento dell'adozione del provvedimento finale potranno prodursi gli effetti vincolanti del giudicato di massa (gli aspetti particolari relativi a ogni singola causa saranno infatti considerati in separati «processi di completamento», nell'ambito dei quali si dispiegherà l'effetto conformativo della pronuncia della *management court*). A differenza di quanto accade negli Stati Uniti, in Inghilterra vige pertanto un autentico regime di *opt-in*, in cui non si assiste ad alcuna estensione automatica degli effetti della sentenza resa nel processo collettivo a coloro che ne siano rimasti estranei: ciò si spiega per il fatto che non si dà corso ad alcun «giudizio rappresentativo» (Consolo-Rizzardo, *Class actions*, cit., 39; peraltro, consonantemente a quanto accade negli USA, al giudice inglese sono attribuiti amplissimi poteri discrezionali nella gestione del processo collettivo, il che fa dell'istituto della *group litigation* uno strumento alquanto duttile: molto dipende dalle valutazioni di opportunità suggerite dal caso concreto).
- 12 In base al 28 *U.S. Code*, § 1407, entrato in vigore nel 1968, «*When civil actions involving one or more common questions of fact are pending in different districts, such actions may be transferred to any district for coordinated or consolidated pretrial proceedings. Such transfers shall be made by the judicial panel on multidistrict litigation authorized by this section upon its determination that transfers for such proceedings will be for the convenience of parties and witnesses and will promote the just and efficient conduct of such actions. Each action so transferred shall be remanded by the panel at or before the conclusion of such pretrial proceedings to the district from which it was transferred unless it shall have been previously terminated [...]*». I «trasferimenti» in parola sono disposti, d'ufficio o su istanza di parte, da un collegio («*the MDL Panel*»), composto da 7 giudici dei circuiti federali e dei distretti di corte nominati dal *Chief Justice*: fino a che la *translatio* non viene pronunciata, le corti *a quo* conservano i loro poteri, tant'è che i provvedimenti eventualmente da esse emanati prima o nelle more della decisione sono efficaci a meno che non siano revocati dalla corte *ad quem* (Klonoff, *Class actions and other multi-party litigation*, cit., 462). Se il *Panel* riscontra l'esistenza di questioni di fatto comuni a plurimi procedimenti pendenti in differenti distretti federali e ritiene che la loro trattazione unitaria risponda a ragioni di efficienza e coordinamento decisorio, ne ordinerà il trasferimento presso la corte che reputa più adatta (e che sceglie in considerazione di vari fattori, quali il collegamento territoriale dei casi, la residenza o la sede delle parti o il domicilio dei testimoni, la necessità di dover raccogliere prove in un determinato luogo, il numero dei procedimenti interessati dalle questioni comuni pendenti davanti alle singole corti e, se del caso, il grado di avanzamento della *discovery*). Con il trasferimento la corte *a quo* perde il potere di decidere, che viene acquisito dalla corte *ad quem* in relazione, però, alla sola fase *pre-trial*: esaurito questo stadio, le singole cause devono essere rimesse dal *Panel* alle corti dinanzi alle quali erano state inizialmente incardinate. Va tuttavia considerato che nella stragrande maggioranza dei casi le parti raggiungono un accordo transattivo prima del *trial*, ragion per cui di solito non c'è alcuna «riassunzione» dei procedimenti dinanzi alle corti originariamente adite.
- 13 L'istituto è contemplato agli artt. 976-987 del *Novo Código de Processo Civil* del 2015 e prevede la possibilità, per il giudice, le parti, il p.m. o la

Come noto, l'azione di classe in Italia ha un ambito operativo che conosce vistosi limiti soggettivi e oggettivi, in quanto può essere promossa da ciascun consumatore che si ritenga leso dalla condotta addebitata all'impresa convenuta, «anche mediante associazioni, cui dà mandato o comitati cui partecipa», per la tutela risarcitoria o restitutoria di:

- diritti contrattuali di una pluralità di consumatori che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea (inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ex artt. 1341-1342 c.c.);
- diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei riguardi del produttore (anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale);
- diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali <sup>(14)</sup>.

La domanda di classe è sottoposta ad un vaglio preliminare di ammissibilità (volto a riscontrare la non manifesta infondatezza della domanda, l'assenza di conflitti di interessi, l'omogeneità dei diritti individuali dedotti, l'adeguatezza del proponente) <sup>(15)</sup>, superato positivamente il quale, conduce, in caso di accoglimento nel merito, ad una sentenza di condanna (piena o generica implementata del criterio di calcolo) al pagamento delle somme spettanti a colui che ha proposto la domanda e ai consumatori/utenti titolari dei diritti omogenei che abbiano depositato nei termini un'adesione (*opt-in*) <sup>(16)</sup>.

E' dunque possibile constatare come l'azione di classe italiana, pur con cautele, limiti e adattamenti, mutui lo schema “aggregato-soggettivo” che connota la *machinery* della *class action* statunitense – in cui il singolo soggetto leso assume a centro e motore della tutela invocata, in rappresentanza di un più ampio gruppo <sup>(17)</sup> –, consumando così un netto distacco dalla concezione “unitaria-oggettiva” insita nelle c.d. *Verbandsklagen*, ove i poteri di attivazione spettano soltanto ad enti esponenziali. Non va sottaciuto che dalla prassi applicativa dell'art. 140-*bis* c.cons. sino ad ora invalsa emerge il ruolo primario delle associazioni “mandatarie”, dato che la stragrande maggioranza delle azioni sono state avviate su loro iniziativa e con il dispiego dei mezzi organizzativi e tecnici di cui sono dotate <sup>(18)</sup>. Il modello aggregato non si deve, però, per questa ragione ritenere compromesso, poiché la rilevanza superindividuale degli interessi coinvolti può indurre il legislatore ad affiancare alla legittimazione diffusa una legittimazione per così dire “suppletiva” <sup>(19)</sup>, affidata a soggetti che in via istituzionale promuovono o difendono quegli interessi.

Volendo poi mettere in luce altri connotati salienti dell'espedito giustiziale previsto all'art. 140-*bis* c.cons. è opportuno segnalare che a differenza di quanto eccezionalmente ammesso in altre esperienze – alludo alla procedura semplificata dell'*action de groupe* francese, che configura un'ipotesi di liquidazione diretta estesa a tutti i componenti della classe ove questi siano individuabili *in limine litis* e abbiano avanzato *petita* uguali, salvo il loro diritto di accettare o meno tale *indemnisation* <sup>(20)</sup>, o alla previsione contenuta nella

---

*defensoria pública*, di chiedere al Presidente del Tribunale locale che, se in più procedimenti ricorre la medesima questione di diritto e una soluzione differenziata può recare pregiudizio all'uniformità nell'applicazione della legge («risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica»), della sua soluzione sia investito un collegio individuato con apposito regolamento interno. Ove l'istanza venga ammessa, tutti i procedimenti pendenti nel medesimo stato o regione e interessati dalla questione di diritto, sono sospesi (per la durata massima di 1 anno) in attesa della pronuncia del collegio, che è tenuto a «fixar a tese jurídica» e a decidere in concreto la causa in seno alla quale fu sollevata l'istanza («julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente»: art. 978, § unico). Il principio di diritto pronunciato in seno ad un *incidente de resolução de demandas repetitivas* dev'essere applicato da tutti i giudici e i tribunali dello stato o della regione, nei procedimenti in corso e in quelli futuri che siano interessati dalla stessa questione, a meno che non vi sia la possibilità di un *distinguishing* (v. art. 985, c. I e II e §§ 1 e 2). Vale la pena ricordare che su richiesta del Presidente del *Superior Tribunal de Justiça* o del *Supremo Tribunal Federal*, la sospensione può essere estesa a tutti i processi pendenti nel territorio nazionale vertenti sull'identica *quaestio iuris*.

14 V. *amplius* Zuffi, *La responsabilità civile da illeciti di massa e l'azione di classe*, in Aa.Vv., *Dialogo tra corti e nuove frontiere della responsabilità*, Padova, 2016, 852 ss.

15 Per una trattazione più analitica sul giudizio preliminare di ammissibilità e sulla pronuncia cui può dar luogo si rinvia a Zuffi, *sub art. 140-bis* cod. cons., cit., 1010 ss.

16 Zuffi, *sub art. 140-bis*, cit., 1041 ss.

17 Donzelli, voce *Interessi collettivi e diffusi*, *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2007, 3.

18 Consolo, in Consolo-Zuffi, *L'azione di classe*, cit., 109 ss.

19 Punzi, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di Lanfranchi, Torino, 2003, 22 ss.

20 Accanto alla procedura “ordinaria”, che prevede la raccolta delle adesioni in un termine stabilito dal *Tribunal de Grande instance* con la sentenza che dichiara ammissibile l'azione e determina la responsabilità del *professionnel* convenuto, è previsto anche un iter “semplificato”. Qualora siano conosciuti l'identità e il numero dei consumatori lesi e tali soggetti abbiano subito un pregiudizio della stessa entità, il giudice può infatti condannare il convenuto ad indennizzare direttamente ed individualmente tali soggetti entro un termine e con modalità che lui stesso determina (v. l'art. L. 423-10 del *code de la consommation*). Tale norma trova applicazione, dunque, allorché il gruppo dei consumatori risulti titolare di diritti omogenei anche sotto il profilo dei *petita* e la classe sia fin dall'inizio ben definita o definibile: la decisione sarà in questo caso comunicata a ciascun consumatore

nuova *sub-section 7* della *Section 47B* del *Competition Act 1998* inglese, secondo cui nelle cause collettive antitrust il giudice, in base alle valutazioni del caso singolo, può investire il *class representative* della facoltà di scegliere se condurre un procedimento *opt-in* o *opt-out* <sup>(21)</sup> – il nostro ordinamento non sembra voler aprire, neanche in via graduale o settoriale, ad ipotesi di estensione automatica del giudicato all'intera classe. La possibilità di fuggire *ex post* alla vincolatività della sentenza collettiva non è insomma ancora percepita come l'espedito tecnico bastevole a controbilanciare la compressione del diritto di difesa *ex art. 24* cost., neppure di fronte alla evidente ineffettività dei congegni *opt-in*, che limitano *ab origine* la portata dell'azione di classe e così ne riducono le esternalità positive in termini di economia processuale e di compensazione standardizzata rispetto alle miriadi di micro lesioni isoformi che non sono convenientemente azionabili in via individuale.

## 2. LA DECENNALE ESPERIENZA APPLICATIVA DELL'ART. 140-BIS C.CONS. E LA RECENTE STAGIONE DI FRUTTUOSA RACCOLTA DELLE ADESIONI QUALE MOMENTO CRUCIALE PER UNA VALUTAZIONE DEL RIMEDIO

In effetti, questi 10 anni di applicazione dell'art. 140-bis c.cons. non consentono di trarre un bilancio troppo entusiasmante nell'ottica del rafforzamento della tutela dei consumatori, che costituiva uno degli agognati *outcomes* dell'introduzione dell'istituto <sup>(22)</sup>. Ci sono state più declaratorie di inammissibilità che di ammissibilità <sup>(23)</sup> e il numero medio delle adesioni raccolte è risultato piuttosto scarso: anzi, addirittura esiguo

leso, nominativamente identificato, in modo che egli possa accettare o meno l'indennizzo entro un dato termine (si specifica, peraltro, che «l'acceptation de l'indemnisation dans les termes de la décision vaut mandat aux fins d'indemnisation au profit de l'association», mentre gli ulteriori profili formali e contenutistici di tale atto sono regolati agli artt. R423-9 ss.). Tuttavia, va sottolineato che la procedura non garantisce di attingere con rapidità la fase di liquidazione, poiché anche per essa l'informativa e la conseguente raccolta delle accettazioni possono aver luogo solo dopo la consumazione o l'esaurimento delle *voies de recours* (leggi Aubert de Vincelles-Sauphanor-Bruillaud, *Loi du 17 mars 2014: nouvelles mesures protectrices du consommateur*, *Dalloz* 2014, n. 15, 888). Alorché la sentenza non sia stata eseguita per tutti i consumatori, identificati nominativamente, che abbiano accettato l'indennizzo, il giudice potrà essere reinvestito della questione ai sensi dell'art. L. 423-12.

21 Il *Consumer Rights Act 2015* ha infatti emendato il *Competition Act* del 1998, introducendo, tra le altre cose, alcune norme volte a consentire la promozione di procedimenti risarcitori collettivi, che in sede preliminare il tribunale può decidere di trattare secondo il modello dell'*opt-in* o quello dell'*opt-out* (cfr. Mulheron, *The United Kingdom's New Opt-out Class Action*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2017, vol. 37, n. 4, 814 ss.).

22 Per una disamina delle ragioni che hanno determinato questo relativo insuccesso v. Zuffi, *sub art. 140-bis*, cit., 970 ss.

23 Allo stato, senza pretese di esaustività, si possono contare all'incirca 14 azioni di classe dichiarate inammissibili, mentre solo 11 hanno superato il "filtro" (escluse le domande che hanno attinto una pronuncia nel merito).

Per le pronunce di *assolutio ab instantia* v.: Trib. Torino, 4 giugno 2010 (R., *Codacons c. Imi San Paolo*), in *Corr. giur.*, 2010, 985 ss. e in *Giur.it.*, 2010, 2601 ss., confermata da C. App. Torino, 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 3530 e in *Corr. giur.*, 2011, 519 ss.; Trib. Roma, 25 marzo 2011, nn. 2784 e 2794, in *Foro it.*, 2011, I, 1189 (R., G., *Codacons c. Unicredit*; R., *Codacons c. Unicredit*); Trib. Torino, 7 aprile 2011 (D. F., *Codacons c. Banca popolare di Novara*), in *Giur. mer.*, 2012, 372 ss.; Trib. Roma, 11 aprile 2011 (M., B., V., *Codacons c. B.A.T. Italia S.p.A.*), in *Foro it.*, 2011, I, 3234 e in *Corr. Mer.*, 2012, 1172, confermata da C. App. Roma, 27 gennaio 2012, in Consolo-Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140-bis c.cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012 *appendice giurisprudenziale*, 501 ss.; Trib. Torino, 27 aprile 2011 (D. F., *Codacons c. Banca popolare di Novara*), in *Nuovo not. giur.*, 2011, 109; Trib. Firenze, 30 maggio 2011 (*De Z. c. Quadrifoglio S.p.A.*), in *www.neldiritto.it* (azione di classe promossa per la restituzione di parte della Tassa di Igiene Ambientale e per il risarcimento dei danni conseguenti all'omessa attività di trattamento antighiaccio e di sgombero delle strade che per contratto la società convenuta doveva svolgere il 17 dicembre 2010 nella città di Firenze, in occasione di un'abbondante – e prevista – nevicata); Trib. Roma, 20 settembre 2011 (*Comitato Pendolari FR 8° carrozza c. Trentitalia S.p.A.*), confermata da C. App. Roma, 28 novembre 2012, entrambe in *www.classactionromanetuno.org*; Trib. Torino, 31 ottobre 2011 (I., C., *ADOC c. Gruppo Torinese Trasporti S.p.A.*), confermata da C. App. Torino, 26 gennaio 2012, entrambe in Consolo-Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140-bis c.cons.*, cit., 467 ss. e 484 ss.; Trib. Milano, 8 novembre 2011 (D., *ADUC c. Microsoft S.r.l.*), in Consolo-Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140-bis c.cons.*, cit., 475 ss.; Trib. Roma, 25 giugno 2012 (*Ass. Federcons. Campania c. Ina Assitalia S.p.A.*); Trib. Milano, 8 novembre 2013 (*Ass. Altroconsumo in rappresentanza processuale di 16 utenti c. Trenord s.r.l.*), in *Giur. it.*, 2014, 603 ss. e in *Foro it.*, 2014, 274 ss. (azione promossa per il risarcimento dei danni patrimoniali e non causati agli abbonati al servizio ferroviario offerto dalla società convenuta nel periodo 9-19 dicembre 2012); Trib. Milano, 9 dicembre 2013 (*Codacons c. M.R. S.p.A.*), in *Foro it.*, 2014, I, 590 ss. (azione promossa su mandato di due genitori per danni derivanti dalla gestione del servizio di refezione scolastica nel Comune di Milano); Trib. Genova, 13 giugno 2014, in *www.osservatorioantitrust.eu* (azione di classe intentata dal Comitato "Tutela del risparmio – Banca CARIGE" c. Banca CARIGE S.p.A. per il risarcimento dei danni sofferti dai piccoli azionisti in conseguenza alle informazioniasseritamentecompleteo fuorvianti fornite dall'istituto convenuto sulla sua reale situazione economico-finanziaria).

Per le declaratorie di ammissibilità v.: Trib. Napoli, 9 dicembre 2011 (C., C., *Asso-Consum Onlus c. Banca della Campania S.p.A.*), in *www.ilcaso.it* e in Consolo-Zuffi, *L'azione di classe ex art. 140-bis c.cons.*, cit., 482 ss., confermata in sede di reclamo da C. App. Napoli, 29 giugno 2012; C. App. Torino, 23 settembre 2011 (G., L., S., *Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo*), in *Foro it.*, 2011, I, 3422 in riforma del provvedimento emesso da Trib. Torino, 28 aprile 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 1888 e in *Corr. giur.*, 2011, 1109; Trib. Roma, 27 aprile 2012 (R., *Codacons c. Policlinico univ. Agostino Gemelli*), in *www.sviluppoeconomico.gov.it*, confermata da C. App. Roma, 1° dicembre 2015; Trib. Roma, 2 maggio 2013 (C., D.Z. c. *Comune di Petacciato*) e Trib. Roma 2 maggio 2013 (C., D.P. c. *Comune di Montenero di Bisaccia*), in *www.sviluppoeconomico.gov.it* (quella intentata c. il comune di Montenero di Bisaccia è anche in *Foro it.*, 2014, I, 274 ss.): queste due ordinanze "gemelle" sono state adottate in relazione alle domande di classe proposte da alcuni cittadini residenti nei convenuti comuni del Molise per i danni conseguenti alla contaminazione dell'acqua immessa nelle reti idriche locali; C. App. Venezia, 17 giugno 2016, in riforma di Trib. Venezia, 12 gennaio 2016, in *Foro it.*, 2016, I, 1024 ss. (*Altroconsumo c. Volkswagen Aktiengesellschaft, Volkswagen Group Italia S.p.A.*); Trib. Milano, 10 novembre 2016, come integrata da successivo provvedimento del 10 aprile 2017, in *https://www.altroconsumo.it/info/ordinanza-tribunale-milano-samsung* (*Altroconsumo c. Samsung Electronics Italia S.p.A.*, con riguardo alla commercializzazione di alcuni modelli di smartphone e tablet); C. App. Torino, 17 novembre 2016, in *Foro it.*, 2016, 1017 ss., in riforma di Trib. Torino, 3 luglio 2015 (*Altroconsumo c. FCA Italy S.p.A., Fiat Chrysler Automobiles Italy S.p.A.*); Trib. Cagliari, 10 febbraio 2017, in *www.giustiziavivile.com* (*Adiconsum c. Abbanoa S.p.A.*, in relazione a scarsa qualità nell'erogazione del servizio di fornitura idrica per il Comune di Porto Torres); Trib. Venezia, 25 maggio 2017 (*Altroconsumo c. Volkswagen Aktiengesellschaft, Volkswagen Group Italia S.p.A.*), in *Foro it.*, I, 2439 ss.

in molti casi, soprattutto nelle azioni di classe avviate nel primo lustro <sup>(24)</sup>, alcune delle quali, pur concluse con un accoglimento di merito, hanno esitato condanne quasi irrисorie, capaci di dare soddisfazione ad un pugno di pretese risarcitorie, che ben avrebbero potuto essere trattate cumulativamente con i normali strumenti del processo consortile <sup>(25)</sup>. Nel 2017, tuttavia, vi è stato il primo reale successo dell'azione di classe con la sentenza che ha visto soccombere un'impresa di trasporti, chiamata a risarcire più di 3.000 utenti per alcuni disagi fatti patire ai propri passeggeri nel dicembre del 2012 <sup>(26)</sup>. La pronuncia è stata possibile grazie alla meritoria raccolta di adesioni condotta dalle associazioni coinvolte, che sono riuscite a far incetta di un nutrito pacchetto di atti di *opt-in*: un risultato ragguardevole, che cionondimeno avrebbe potuto essere ben superiore, non tanto se si fosse percorsa l'ardita – ma praticabile – soluzione interpretativa di riconoscere all'atto di citazione del proponente un effetto interruttivo (istantaneo) per i diritti di tutti i 6.000 aderenti (compresi quindi quelli che non avevano avuto l'accortezza di fare una diffida stragiudiziale nell'anno successivo ai disagi, lasciando così decorrere il termine *ex art. 2951 c.c.*) <sup>(27)</sup>, ma soprattutto se a monte fosse stato possibile prescindere dagli *opt-in* e ottenere una condanna per ognuno dei 670.000 utenti che si stimava essere stati lesi dal comportamento della convenuta.

Del resto, l'attuale congiuntura potrebbe essere davvero cruciale per una valutazione ponderata circa l'inerità o, viceversa, la proporzionalità del rimedio, perché risultano pendenti dinanzi i tribunali italiani altre azioni di classe “affollate”. In particolare:

- nelle cause collettive promosse contro alcune case automobilistiche per le pratiche commerciali scorrette inerenti il c.d. Dieselgate, che hanno – dopo alterne vicende – superato il filtro, sono attestate svariate decine di migliaia di adesioni <sup>(28)</sup>;
- rispetto all'azione intentata contro Facebook per le violazioni sul trattamento dei dati personali, che vede la prima udienza fissata nella primavera del 2019, sarebbero già pervenute 45.000 adesioni ed è probabile che altre se ne aggiungeranno, anche sulla scia della condanna inflitta al colosso del social network per 10 milioni di € dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato <sup>(29)</sup>.

- 24 Durante il primo quinquennio dall'entrata in vigore dell'art. 140-bis cod. cons. per le domande che avevano superato la fase di filtro le adesioni si erano limitate a poche decine (o addirittura unità): non solo a causa dell'obiettivo difficoltà di rinvenire consumatori e utenti disponibili a depositare un atto di adesione presso la cancelleria del tribunale adito, ma talvolta anche per il ricorso a qualche eccessivo formalismo da parte dei giudici: ad es., nel procedimento promosso da *G., L., S., Altroconsumo c. Intesa Sanpaolo*, erano pervenute 104 adesioni, ma il Tribunale di Torino ne ritenne ammissibili solo 3, perché le altre non erano state sottoscritte con firma autenticata nelle forme e dai soggetti previsti dal d.p.r. n. 445/2000 o comunque con modalità difformi da quelle prescritte nell'ord. del 24 maggio 2012. Le esperienze degli ultimi anni sono però migliori: v. *infra* nel testo.
- 25 V. Trib. Napoli, 18 febbraio 2013 (*acquirenti pacchetto turistico villaggio Zanzibar, Unione Nazionale consumatori c. Wecantour*), ove la condanna è stata emanata a favore di soli 4 turisti, a ciascuno dei quali è stata riconosciuta la somma di € 1.300; C. app. Milano, 26 agosto 2013, in *Foro it.*, 2013, 11, I, 3326, la quale (avallata poi da Cass. 31 gennaio 2018, n. 3120), in parziale riforma di Trib. Milano, 13 marzo 2012 (*Z., Codacons c. Voden Medical Instruments*), in *www.ilcaso.it*, ha condannato la società convenuta a rifondere all'attrice € 14,50, mentre ha rigettato la pretesa risarcitoria dell'unico altro consumatore aderente.
- 26 V. C. app. Milano 25 agosto 2017, n. 2828, in *Corr. giur.*, 2018, 243 ss., che ha condannato un'impresa pubblica di trasporti a risarcire a più di 3.000 utenti € 100 cad., per i danni patiti in relazione ad una serie di gravi disagi (ritardi, cancellazioni, trasferimenti in altri convogli, etc.) occorsi nel dicembre 2012 e derivanti dall'introduzione di un nuovo software per l'assegnazione e l'organizzazione dei turni del personale dipendente (circa 2.800 ferrovieri) in concomitanza con l'introduzione dell'orario invernale dei convogli e l'apertura di una nuova linea nella zona nord di Milano.
- 27 Nel caso di specie, grazie all'efficace campagna condotta dalle associazioni coinvolte, ed in particolare da Altroconsumo, erano state raccolte oltre 6.000 adesioni: un “pacchetto” piuttosto consistente. In relazione più o meno alla metà di esse, peraltro, la C. app. Milano ha ritenuto fondata l'eccezione di prescrizione sollevata dalla parte convenuta. Stante il considerevole lasso di tempo trascorso tra gli inadempimenti addebitati e la declaratoria di ammissibilità della domanda (sopraggiunta in sede di reclamo), era infatti accaduto che molti viaggiatori avevano posto in essere il primo atto interruttivo solo con il deposito dell'adesione e quindi ben al di là della scadenza del termine annuale previsto dall'art. 2951 c.c. per la prescrizione dei diritti in materia di trasporto. Molti utenti non avevano prudenzialmente intimato con lettera raccomandata alla società di trasporti di provvedere al risarcimento prima del 9-18 dicembre 2013 e così, in forza dell'ultimo periodo del c. 3 dell'art. 140-bis c.c., i loro diritti sono stati ritenuti estinti per prescrizione. Tuttavia, a parere di chi scrive, sarebbe possibile seguire una diversa lettura della norma appena cit., volta a differenziare tra i consumatori/utenti che aderiscono sin dalla costituzione in giudizio del proponente — per i quali l'effetto interruttivo istantaneo e quello permanente possono realmente considerarsi in maniera unitaria, poiché si producono ambedue al momento della notificazione della citazione — e coloro che aderiscono nel corso del processo — nei cui confronti invece l'effetto interruttivo istantaneo retroagisce al momento della notificazione della citazione del *class representative*, mentre quello sospensivo avrà decorrenza dal deposito degli atti di adesione: v. Zuffi, *Arriva la prima maxicondanna di classe, anche se i diritti di molti aderenti risultano prescritti... ma davvero la citazione notificata ex art. 140-bis c. cons. non ha effetto interruttivo istantaneo “collettivo”?*, in *Corr. giur.*, 2018, 247 ss., spec. 253 ss.).
- 28 21.031 sono quelle depositate per la causa contro F.C.A., mentre nell'azione contro Volkswagen sarebbero stati scaricati addirittura 90.000 moduli per l'*opt-in*.
- 29 Nella riunione del 29 novembre l'AGCM ha infatti chiuso l'istruttoria, avviata nel mese di aprile 2018, nei confronti di Facebook Ireland Ltd. e della sua controllante Facebook Inc., irrogando alle stesse sanzioni per complessivi 10 milioni di € per violazione degli artt. 21-22 e 24-25 c.cons.: alle due società è stato addebitato di indurre ingannevolmente gli utenti consumatori a registrarsi nella piattaforma Facebook, non informandoli adeguatamente e immediatamente, in fase di attivazione dell'account, dell'attività di raccolta, con intento commerciale, dei dati da loro forniti, nonché di attuare una pratica aggressiva, consistente nell'esercitare un indebito condizionamento nei confronti dei consumatori registrati, i quali subirebbero, senza espresso e preventivo consenso — quindi in modo inconsapevole e automatico — la trasmissione dei propri dati da Facebook a siti web/app di terzi, e viceversa, per finalità commerciali. In considerazione dei rilevanti effetti sui consumatori, l'Autorità ha altresì imposto alle compagnie, ai sensi dell'art. 27, c. 8, c.cons., l'obbligo di pubblicare una dichiarazione rettificativa sul sito *internet* e sull'App per informare i consumatori. Il



### 3. LA PROPOSTA DI DIRETTIVA SULLE AZIONI RAPPRESENTATIVE A TUTELA DEGLI INTERESSI COLLETTIVI DEI CONSUMATORI E IL SORPRENDENTE AVVICINAMENTO DELL'ESPERIENZA BRASILIANA

In proposito va peraltro fatto cenno ai nuovi scenari che potrebbero a breve dischiudersi su indicazione del legislatore europeo, il quale – dopo aver impresso un significativo moto propulsore nell'uniforme adozione di strumenti inibitori collettivi per la tutela dei consumatori all'interno dei singoli Stati membri – è finalmente in procinto di rompere gli indugi anche sul versante risarcitorio<sup>(30)</sup>. L'11 aprile del 2018 è stata infatti avanzata una proposta di direttiva che sospinge verso la previsione di azioni collettive, esperibili da enti pre-legittimati per l'ottenimento di provvedimenti «ingiuntivi» e riparatori in favore di consumatori e utenti<sup>(31)</sup>. Il risvolto più sorprendente della cit. proposta è che l'eventuale accertamento della violazione «seriale o massiva» commessa dal professionista esplicherebbe un'efficacia riflessa generalizzata *in utilibus* nei confronti dei consumatori ed utenti rimasti estranei al giudizio collettivo, riecheggiando le soluzioni ormai da tempo accolte nel sistema brasiliano<sup>(32)</sup>.

Più precisamente, gli Stati dell'Unione dovrebbero dotarsi di azioni:

- esperibili da parte di enti legittimati, designati anticipatamente o *ad hoc*, purché:
  - a) costituiti in conformità alla legge,

provvedimento e il testo della dichiarazione rettificativa sono reperibili all'indirizzo <http://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2018/12/Usodei-dati-degli-utenti-a-fini-commerciali-sanzioni-per-10-milioni-di-euro-a-Facebook>.

30 Dopo anni di consultazioni, libri verdi e bianchi (per rif. v. Zuffi, *sub art.* 140-*bis*, cit., 978), le istituzioni dell'UE sembrano ora seguire un ritmo più incalzante nel diviso obiettivo di uniformare le procedure di *collective redress*. Alla comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, adottata dalla Commissione l'11 giugno 2013 (COM(2013) 401 *final*, in *ec.europa.eu*), che muove esplicitamente «Verso un quadro orizzontale europeo per i ricorsi collettivi», è stata infatti unita la raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013 n. 2013/396/UE, con la quale veniva indicato il termine di due anni per la recezione da parte dei Paesi dell'Unione di alcuni principi comuni nella disciplina dei «meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione». Peraltro, come denunciato dalla Commissione europea nel *Report on the Implementation of the Collective Redress Mechanisms by Member States*, pubblicato il 26 gennaio 2018, l'effettivo impatto della cit. raccomandazione risulta piuttosto scarso, se non del tutto manchevole. Per tali ragioni, anche nel quadro del *New Deal per i consumatori* (cfr. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sul «Programma di lavoro della Commissione per il 2018. Un programma per un'Unione più unita, più forte e più democratica», COM(2017)650 *final*, 24 ottobre 2017, p. 8, in *ec.europa.eu*) sono stati annunciati nuovi interventi volti a rinfocolare le *guidelines* della predetta raccomandazione. In particolare, nei documenti pubblicati agli inizi del 2018 dalla Commissaria per la giustizia, i consumatori e la parità di genere, si era prospettata la necessità di adottare una direttiva (effettivamente presentata poco dopo: v. nota 31) volta ad attribuire, in tutta l'Unione europea, ad alcuni soggetti riconosciuti (come le associazioni), la facoltà di chiedere, mediante ricorso collettivo, il risarcimento o la riparazione, a nome e per conto di un gruppo di consumatori che sono stati lesi da pratiche commerciali illecite. La Commissione ha precisato che il modello scelto «ha solide garanzie e si differenzia nettamente dalle *class action* di tipo statunitense», in quanto volto a garantire che «i consumatori europei possano avvalersi appieno dei loro diritti e ottenere un risarcimento, evitando al contempo il rischio di uso abusivo o indebito». Tra le altre misure programmate, si è pure segnalata la previsione di sanzioni efficaci, proporzionate e persuasive per le «violazioni massive» dei diritti del consumatore (nello specifico, per le lesioni diffuse che colpiscono consumatori in più Stati membri, la sanzione massima applicabile dovrebbe essere pari al 4 per cento del volume d'affari annuo del professionista, ma gli Stati membri sono liberi di innalzare questo limite).

31 V. la proposta di dir. del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la dir. 2009/22/CE, COM(2018) 184 *final*. Con la sua adozione dovrebbe essere consentito «agli enti legittimati, che rappresentano gli interessi collettivi dei consumatori, di accedere, mediante azioni rappresentative, ai mezzi di tutela contro le violazioni delle disposizioni del diritto dell'Unione. Gli enti legittimati dovrebbero poter chiedere di far cessare o vietare una violazione, di far confermare l'avvenuta violazione e ottenere un risarcimento, ad esempio sotto forma di indennizzo, riparazione o riduzione del prezzo, a seconda di quanto previsto dalle legislazioni nazionali» (considerando n. 1). La proposta pare incentrata sulla necessità di «assicurare [...] equilibrio tra l'accesso alla giustizia e le garanzie procedurali contro l'abuso del contenzioso che potrebbe ostacolare indebitamente la capacità delle imprese di operare nel mercato interno. Onde prevenire l'abuso del ricorso ad azioni rappresentative, elementi quali i risarcimenti a carattere punitivo e l'assenza di termini di prescrizione della legittimazione ad agire per conto dei consumatori lesi dovrebbero essere evitati, mentre dovrebbero essere stabilite norme chiare su vari aspetti procedurali, quali la designazione degli enti legittimati, l'origine dei loro fondi e la natura delle informazioni richieste a sostegno dell'azione rappresentativa» (considerando n. 4). L'ambito di applicazione della dir. ne risulterebbe piuttosto esteso, poiché in base all'art. 2, § 1, essa riguarderebbe le azioni rappresentative intentate nei confronti di professionisti per violazioni nazionali e transnazionali delle disposizioni del diritto dell'Unione che ledono o possono ledere gli interessi collettivi dei consumatori. Come esplicitato nel considerando n. 6 essa «dovrebbe contemplare vari aspetti, quali la protezione dei dati personali, i servizi finanziari, i viaggi e il turismo, l'energia, le telecomunicazioni e l'ambiente [e] dovrebbe trattare le violazioni delle disposizioni del diritto dell'Unione che tutelano gli interessi dei consumatori, indipendentemente dal fatto che essi vengano denominati consumatori o viaggiatori, utenti, clienti, investitori finali, clienti al dettaglio o in altro modo nel relativo diritto dell'Unione. Al fine di garantire una risposta adeguata alle violazioni del diritto dell'Unione, la cui forma e il cui volume evolvono rapidamente, sarebbe opportuno considerare, ogni volta che viene adottato un nuovo atto dell'Unione in materia di tutela degli interessi collettivi dei consumatori, se modificare l'allegato alla presente direttiva in modo da farlo rientrare nel suo ambito di applicazione». Inoltre, nel considerando n. 7 si prospetta anche che, un anno dopo la sua entrata in vigore, la Commissione valuti se le norme dell'Unione relative ai diritti dei passeggeri nei settori del trasporto aereo e ferroviario offrono un congruo livello di protezione dei consumatori, comparabile a quello ivi previsto, per trarne le opportune conclusioni circa l'ambito di operatività della dir.

32 Ai sensi dell'art. 103, §§ 3 e 4 del *código de defesa do consumidor* brasiliano gli effetti della «cosa giudicata collettiva», ove favorevoli, si estendono a tutte le vittime dell'illecito accertato, mentre non saranno loro opponibili, se sfavorevoli. Nel caso di rigetto della domanda proposta per la tutela di interessi «collettivi e diffusi» vi sarà una limitata efficacia preclusiva nei riguardi degli altri soggetti co-legittimati, i quali non potranno riproporre la medesima azione, salvo che il rigetto non sia avvenuto per insufficienza o mancanza di prove (v. art. 81 *c.d.c.*). Questo limitato effetto negativo non si registra invece allorché l'azione concerna diritti individuali omogenei. In relazione a quest'ultimi l'art. 95 *c.d.c.* prevede che, in caso di fondatezza della domanda collettiva, sia emanata una «condanna generica» volta a fissare la responsabilità della parte convenuta. Ad essa dovrebbe seguire una liquidazione individuale nell'ambito di giudizi che i singoli soggetti lesi possono promuovere per la determinazione, nei loro confronti, del *cui* e del *quantum debeatur*. La liquidazione collettiva contemplata nell'art. 100 *c.d.c.* ha per scopo di definire il danno globale imputabile al responsabile e può essere richiesta da ciascuno dei soggetti legittimati *ex art.* 82 *c.d.c.* solo se è trascorso un anno senza che ci sia stata un'iniziativa in tal senso da parte dei singoli interessati.

- b) portatori di interesse legittimo all'osservanza delle norme a tutela dei consumatori,
- c) senza scopo di lucro <sup>(33)</sup>;
- volte a tutelare gli interessi collettivi di consumatori anche in materia di trasporto, energia, gas, telecomunicazioni, investimento finanziario <sup>(34)</sup>;
- in grado di esitare:
  - § provvedimenti “ingiuntivi” (senza necessità di mandato da parte dei singoli):
    - # provvisori tesi a far cessare/inibire la pratica contraria alle norme dell'UE;
    - # dichiarativi della violazione commessa e inibitori <sup>(35)</sup>;
  - § provvedimenti con finalità “risarcitoria”:
    - # condanna al ristoro o ad altri *petita* a favore dei danneggiati, quanto meno nelle ipotesi in cui questi siano identificabili o abbiano subito un nocumento modesto (in altri casi eventualmente su mandato dei consumatori);
    - # mera “decisione ricognitiva”, lasciando ai singoli l'iniziativa di procedimenti individuali liquidatori <sup>(36)</sup>.

Gli elementi che paiono contraddistinguere il modello risarcitorio collettivo proposto per l'uniformazione europea sono essenzialmente due:

- si dà per scontato che i relativi procedimenti soggiacciano ad una sorta di filtro, dato che gli enti legittimati, in base alla proposta di direttiva, sono tenuti a fornire «informazioni sufficienti a sostenere un'azione rappresentativa» in relazione alla descrizione del gruppo dei consumatori danneggiati e alle questioni di fatto e diritto e l'autorità adita «deve verificare fin dalle primissime fasi [...] se il caso si presti a formare oggetto di un'azione rappresentativa» <sup>(37)</sup>;
- altrettanto ovvia pare la scelta per l'*opt-in*, implicita nella stessa embrionale regolamentazione che addirittura lascia liberi i singoli ordinamenti municipali di esigere, per alcuni tipi di procedimenti, dei veri e propri mandati dei consumatori, ma essa si accompagna alla peculiare previsione per cui i provvedimenti definitivi (inclusi quelli «ingiuntivi» e di mera ricognizione) consentono di ritenere accertata «in maniera inconfutabile» l'esistenza della violazione ai fini di eventuali altre azioni risarcitorie nello stesso Stato (mentre danno luogo ad una presunzione relativa in altri Stati): i consumatori non direttamente coinvolti nel procedimento collettivo si avvantaggerebbero così di una presunzione *iuris et de iure* circa il comportamento *contra legem*

33 V. considerando n. 10 e artt. 4 e 5, § 1, della proposta di dir. Merita qui specificare che gli enti legittimati dovrebbero essere inseriti in un elenco accessibile al pubblico e che le organizzazioni di consumatori e gli organismi pubblici indipendenti dovrebbero essere senz'altro idonei ad esservi inseriti. Peraltro, tutti tali soggetti possono intentare azioni rappresentative «a condizione che sussista un nesso diretto tra gli obiettivi principali dell'ente e i diritti conferiti dalle norme dell'Unione di cui si lamenta la violazione e per i quali l'azione è esperita».

34 Si noti che la proposta di dir. rifugge dal fornire una definizione di interesse collettivi, limitandosi a qualificare tali quelli che fanno capo ad «un certo numero di consumatori»: art. 3, n. 3.

35 Secondo quanto previsto nel § 2 dell'art. 5 della proposta di dir., gli Stati membri dovrebbero garantire che gli enti legittimati abbiano il «diritto di intentare azioni rappresentative finalizzate ai seguenti provvedimenti: un decreto ingiuntivo come provvedimento provvisorio teso a far cessare la pratica o, se la pratica non è ancora stata messa in atto ma è imminente, proibirla; un decreto ingiuntivo volto ad accertare che la pratica costituisce una violazione della legge, e se necessario, a farla cessare o, se non ancora messa in atto ma imminente, a proibirla. Per avvalersi dell'azione ingiuntiva, gli enti legittimati non sono tenuti a ottenere il mandato dei singoli consumatori interessati o a fornire prova di effettive perdite o danni a carico dei consumatori interessati o dell'intenzione o della negligenza da parte del professionista». Nel successivo § 3 si prospetta pure la necessità che «gli enti legittimati siano autorizzati a intentare azioni rappresentative volte all'emanazione di provvedimenti tesi ad eliminare gli effetti perduranti della violazione. Tali provvedimenti sono chiesti sulla base di un'eventuale decisione definitiva che accerti che la pratica costituisce una violazione del diritto dell'Unione di cui all'allegato I che lede gli interessi collettivi dei consumatori, ivi compreso un decreto ingiuntivo definitivo di cui al § 2, lettera b)».

36 L'art. 6 recita precisamente che: «1. Ai fini dell'articolo 5, § 3, gli Stati membri garantiscono che gli enti legittimati abbiano diritto di intentare azioni rappresentative di natura risarcitoria, che obblighino il professionista a provvedere, tra l'altro, all'indennizzo, alla riparazione, alla sostituzione, alla riduzione del prezzo, alla risoluzione del contratto o al rimborso del prezzo pagato, a seconda dei casi. Uno Stato membro può richiedere il mandato dei singoli consumatori interessati prima di adottare una decisione ricognitiva o di emanare un decreto di risarcimento.

L'ente legittimato fornisce informazioni sufficienti, come previsto dalla legge nazionale, a supporto dell'azione, ivi compresa una descrizione dei consumatori interessati dall'azione e le questioni di fatto e di diritto da risolvere.

2. In deroga al § 1, gli Stati membri possono autorizzare un organo giurisdizionale o amministrativo ad emettere, invece di un decreto di risarcimento, una decisione ricognitiva concernente la responsabilità del professionista nei confronti dei consumatori danneggiati da una violazione del diritto dell'Unione di cui all'allegato I, in casi debitamente giustificati, laddove, in virtù delle caratteristiche del danno individuale ai consumatori interessati, la quantificazione del risarcimento individuale sia complessa.

3. Il § 2 non si applica ai casi, nei quali:

i consumatori interessati dalla violazione sono identificabili ed hanno subito danni comparabili provocati dalla stessa pratica relativa a un periodo di tempo o a un acquisto. In tali casi l'obbligo del mandato dei singoli consumatori interessati non costituisce condizione per avviare l'azione. Il risarcimento è destinato ai consumatori interessati;

i consumatori hanno subito una perdita di piccola entità e non sarebbe proporzionato ripartire il risarcimento tra loro. In questi casi, gli Stati membri garantiscono che il mandato dei singoli consumatori interessati non sia necessario. Il risarcimento è destinato a una finalità pubblica a servizio degli interessi collettivi dei consumatori.

4. Il risarcimento ottenuto con decisione definitiva in conformità ai paragrafi 1, 2 e 3 non pregiudica eventuali diritti supplementari di risarcimento riconosciuti ai consumatori interessati dal diritto nazionale o dell'Unione».

37 Leggi il considerando n. 18.

del professionista nei successivi giudizi individuali promossi (nello stesso Stato) per ottenere ristoro <sup>(38)</sup>.

Sembra dunque che la diffusa diffidenza verso la *class action* statunitense, abbia indotto l'Unione ad aggiustare il sestante verso una rotta più "latina" e inusitata: anche se nella proposta di dir. non si parla di efficacia *erga omnes* del giudicato collettivo e non si ragiona di una condanna generica spendibile nei procedimenti di liquidazione individuali – come avviene per le *ações del código de defesa do consumidor* brasiliano – il risultato pratico è analogo, perché la disciplina mira ad escludere che nei giudizi promossi dai singoli consumatori all'accertamento della violazione commessa da parte del professionista possa essere opposta una qualsiasi prova o argomentazione contraria.

#### 4. I MOTI VAGAMENTE CONVERGENTI DELLE RIFORME ANNUNCIATE IN ITALIA E NEGLI U.S.A.: IL PROGETTO APPROVATO ALLA CAMERA E ORA ALL'ESAME DEL SENATO (COL NUMERO 844), GLI EMENDAMENTI ALLA RULE 23 ENTRATI IN VIGORE IL 1° DICEMBRE 2018 E QUELLI IN DISCUSSIONE NELL'AMBITO DEL BILL H.R. 985 "FAIRNESS IN CLASS ACTION LITIGATION ACT 2017"

Al momento, peraltro, i nostri *conditores* – anche sulla scorta delle problematiche emerse nella prassi applicativa dell'art. 140-*bis* c.cons. – sembrano invece puntare convintamente la barra verso i lidi del Nord America, con un progetto di legge "recuperato" dalla scorsa legislatura e in discussione ora al Senato, dopo l'approvazione alla Camera <sup>(39)</sup>. La nuova disciplina, se varata, affrancherebbe l'azione di classe italiana dallo stretto ambito consumeristico in cui sin qui è stata costretta ad operare <sup>(40)</sup> e, pur rimanendo saldamente ancorata al paradigma *opt-in*, favorirebbe l'aggregazione delle pretese individuali e la loro soddisfazione concreta, predisponendo delle fasi di liquidazione ed esecuzione collettive, oltre che meccanismi incentivanti-remunerativi *ex latere actoris* di vaga ispirazione statunitense. Così:

- la legittimazione sarebbe riconosciuta, oltre che a ciascun componente della classe, anche alle associazioni o ai comitati che hanno come scopo la tutela dei diritti omogenei lesi <sup>(41)</sup>;
- la domanda, da rivolgere alla s.s. in materia di imprese, continuerebbe ad essere sottoposta a un giudizio preliminare di ammissibilità, ma risulterebbero lievemente ridotti i motivi di *absolutio ab instantia* <sup>(42)</sup>;
- verrebbero ampliate le occasioni di *opt-in*, essendo consentito aderire sia a valle dell'ordinanza di ammissibilità sia *post sententiam* <sup>(43)</sup>;
- dopo la sentenza di accoglimento, di condanna piena per l'attore titolare di uno dei diritti individuali

38 Secondo il fondamentale art. 10 della proposta di dir. «1. Gli Stati membri garantiscono che una violazione a danno di interessi collettivi dei consumatori, accertata con decisione definitiva di un organo giurisdizionale o amministrativo, incluso un decreto ingiuntivo definitivo di cui all'articolo 5, § 2, lettera b), sia ritenuta accertare in maniera inconfutabile l'esistenza di una violazione ai fini di eventuali altre azioni di natura risarcitoria innanzi ai loro organi giurisdizionali nazionali nei confronti dello stesso professionista per la stessa violazione.

2. Gli Stati membri garantiscono che una decisione definitiva di cui al § 1 presa in un altro Stato Membro sia considerata dai rispettivi organi giurisdizionali o amministrativi nazionali come una presunzione relativa dell'avvenuta violazione.

3. Gli Stati Membri garantiscono che una decisione ricognitiva definitiva di cui all'articolo 6, § 2, sia ritenuta accertare in maniera inconfutabile la responsabilità del professionista nei confronti dei consumatori lesi da una violazione ai fini di eventuali azioni di natura risarcitoria innanzi ai rispettivi organi giurisdizionali nazionali nei confronti dello stesso professionista per la stessa violazione. Gli Stati Membri garantiscono che per dette azioni di natura risarcitoria intentate individualmente dai consumatori siano disponibili procedure celeri e semplificate».

39 Il disegno di legge, intitolato «Disposizioni in materia di azione di classe» (vedilo in <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01074445.pdf>), è stato approvato alla Camera dei Deputati il 3 ottobre 2018 (col numero 791) ed è quindi stato trasmesso al Senato (col numero 844), ove è ora all'esame delle commissioni II (Giustizia) e X (Industria, Commercio), riunite. La proposta riprende pedissequamente quella che nella XVII legislatura aveva ottenuto la deliberazione (quasi unanime) di un ramo del Parlamento: il 3 giugno 2015 la Camera aveva infatti approvato (con 388 voti favorevoli su 389 presenti) un identico testo col n. 1335-3017-A, ma il disegno di legge era poi rimasto "insabbiato" al Senato (cui era stato sottoposto col n. 1950).

40 La proposta prevede l'abrogazione degli artt. 139, 140 e 140-*bis* c. cons. e l'introduzione di un nuovo titolo VIII-*bis* nel codice di procedura civile, nell'ambito del quale troverebbero collocazione due nuove figure generali di azione di classe (artt. 840 *bis* ss.) e di azione inibitoria collettiva (art. 840-*sexiesdecies*). Nel disegno dei *conditores*, la prima dovrebbe diventare un rimedio esperibile per qualunque lesione arrecata a diritti individuali omogenei dalla condotta lesiva di un'impresa o di un ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità, senza le limitazioni soggettive e le tipizzazioni oggettive previste nella normativa attualmente vigente.

41 Nella predetta proposta di legge scompaiono tutti i riferimenti ai consumatori e agli utenti e non si circoscrive in alcun modo il novero delle situazioni soggettive tutelabili: v. l'art. 840-*bis*, c. 1, secondo cui «I diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le disposizioni del presente titolo. A tale fine, un'associazione o un comitato che hanno come scopo la tutela dei predetti diritti o ciascun componente della classe possono agire nei confronti dell'autore delle condotte lesive per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni».

42 Cfr. l'art. 840-*ter*, ove l'adeguata rappresentatività risulta pretesa solo per l'associazione o il comitato.

43 Leggi gli artt. 840-*quinquies*, c. 1 e -*sexies*, c. 1, lett. e). L'adesione riceverebbe poi una regolamentazione assai più dettagliata e richiederebbe il versamento di un fondo spese all'art. 840-*septies*.

omogenei lesi e di condanna generica per il resto della classe, si aprirebbe la c.d. “procedura di adesione”, diretta dal giudice delegato e deputata alla raccolta delle adesioni, oltre che alla liquidazione delle somme o alla determinazione delle cose dovute a ciascun aderente <sup>(44)</sup>;

- per quanto concerne le spese del procedimento, il decreto emanato dal giudice delegato (titolo esecutivo) in accoglimento delle domande di adesione dovrebbe liquidare pure i compensi per il rappresentante comune e per i difensori della parte attrice <sup>(45)</sup>;
- l’impresa o l’ente condannato dovrebbero provvedere ad effettuare i versamenti dovuti in un conto corrente intestato alla procedura e vincolato all’ordine del giudice, il quale poi ordinerebbe il pagamento a favore di ciascun aderente sulla base di un «piano di riparto» <sup>(46)</sup>;
- in assenza di adempimento spontaneo il rappresentante comune potrebbe promuovere un procedimento di esecuzione forzata collettiva <sup>(47)</sup>;
- la procedura di adesione si chiuderebbe laddove le ripartizioni raggiungessero l’intero ammontare dei crediti degli aderenti oppure non fosse «possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese degli aderenti» <sup>(48)</sup>;
- sul versante degli accordi di natura transattiva, prima dell’emissione della sentenza, al tribunale sarebbe riconosciuta la facoltà di formulare una proposta, da pubblicare *on-line* (ove accettata dalle parti), in modo da consentire a ciascun aderente di “accedere” all’accordo concluso dalle parti; nella fase successiva per la liquidazione, invece, il rappresentante comune potrebbe predisporre con l’impresa o l’ente gestore solo uno schema di accordo, rispetto al quale ogni aderente sarebbe intitolato a muovere delle contestazioni; il giudice delegato, avuto riguardo agli interessi della classe, potrebbe poi autorizzare (o meno) il rappresentante comune alla stipula dell’accordo <sup>(49)</sup>.

In sintesi, verrebbero allora a delinearsi tre fasi nella procedura di classe (non più circoscritta al settore della tutela dei consumatori):

- 1) decisione sull’ammissibilità dell’azione (*certification*);
- 2) decisione sul merito della domanda (*decision on merits*);
- 3) liquidazione delle somme dovute (*distribution: claim administration process*), ove troverebbe attuazione anche un patto di quota-lite per gli avvocati della classe e il rappresentante comune.

Rimarrebbero comunque fermi i limiti insiti:

44 Previa presentazione, da parte del rappresentante comune nominato dal tribunale, di un «progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti», su cui leggi l’art. 840-*octies*.

45 Per importi ulteriori rispetto a quelli dovuti dall’impresa agli aderenti e calcolati sul valore complessivo di questi ultimi in misura decrescente rispetto al numero delle adesioni: v. art. 840-*novies*.

46 Leggi l’art. 840-*duodecies*.

47 Che potrebbe essere promosso dal rappresentante comune, limitatamente alle somme liquidate in favore dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei che non gli abbiano revocato il potere di rappresentanza: v. art. 840-*terdecies*.

48 V. art. 840-*quinqüesdecies*, c. 1, lett. b).

49 Cfr. artt. 840-*bis*, c. 5 e 840-*quaterdecies*. La prima norma intende regolare la particolare situazione che si dà nel caso in cui l’accordo transattivo o conciliativo raggiunto non sia sottoscritto da tutta la classe: non potendo essere pronunciata l’intera cessazione della materia del contendere, si dà modo a coloro che risultano estranei ad essa di coltivare il processo, che quindi non si chiude immantinenti, ma può proseguire con la loro costituzione. Se questa non avviene nei termini, si ha l’estinzione. L’eventuale sentenza pronunciata per i rapporti sostanziali oggetto dell’accordo transattivo/conciliativo raggiunto in appello non potrebbe però passare in giudicato ex art. 338 c.p.c., in quanto in relazione ad essi è intervenuta una cessazione della materia del contendere (peculiarmente “parziale”). Tale previsione va poi coordinata con il disposto dell’art. 840-*quaterdecies*, che sembra prendere in considerazione tre diverse ipotesi (che hanno comunque collocazione temporale differente nel procedimento: le prime due possono verificarsi, infatti, nella fase intermedia tra la declaratoria di ammissibilità e la sentenza; la terza nello stadio finale dedicato alla liquidazione avanti al giudice delegato). In particolare:

1) nel caso di proposta conciliativa giudiziale, questa viene inserita nell’area pubblica del portale telematico ed è comunicata per posta elettronica a ciascun aderente;

2) nell’eventualità di accordo raggiunto (probabilmente) *motu proprio* dalle parti, si prevede egualmente la pubblicazione telematica;

3) dopo che i proponenti hanno ottenuto la sentenza ex art. 840-*sexies* (loro favorevole), ma prima della pronuncia del decreto di liquidazione per gli aderenti, il rappresentante comune può stipulare uno “schema” di accordo con l’impresa convenuta, che deve essere inserito nel portale telematico affinché i membri della classe possano dichiarare di “accedervi” per eventualmente contestarne i contenuti, fornendo così al giudice deduzioni utili per valutare se autorizzare o meno il rappresentante comune a procedere alla conciliazione.

Da quanto premesso mi pare si possa dunque ricavare che in base alla proposta di legge:

a) le parti costituite (proponenti e convenuto) sono liberi di stipulare l’accordo transattivo che credono, ma questo non si estende automaticamente agli altri membri della classe, i quali sono altrettanto liberi di accettarne o respingerne i termini: nel secondo caso saranno però posti di fronte alla scelta di proseguire il processo (con l’onere di costituirsi) oppure di iniziare una nuova azione (individuale o collettiva);

b) dopo la pronuncia della sentenza ex art. 840-*sexies* l’iniziativa potrebbe essere assunta anche dal rappresentante comune, ma non è detto che la conciliazione sia autorizzata dal giudice e comunque, ove permessa, vincola l’attore e gli aderenti che l’abbiano accettata (*rectius*: non contestata);

c) la conciliazione, una volta siglata, sarebbe nuova fonte regolamentatrice dei rapporti sostanziali che ne siano oggetto, rispetto ai quali sia intervenuta (con i conseguenti effetti processuali) la cessazione della materia del contendere;

d) a seguito della transazione l’onere di costituzione, pena l’estinzione del processo di classe, sembra scattare solo in relazione a coloro che non abbiano aderito alla proposta conciliativa o che abbiano “contestato” lo schema di accordo.

- al sistema di *opt-in*;
- alla mancata previsione di strumenti di *discovery* <sup>(50)</sup>;
- all'assenza di un effetto interruttivo generalizzato sulla prescrizione ricollegato all'atto di citazione del proponente l'azione di classe <sup>(51)</sup>;
- e ulteriori aspetti riceverebbero una regolamentazione assai poco appagante <sup>(52)</sup>.

## 5. LE POSSIBILI EVOLUZIONI DELLA DISCIPLINA INTERNA ALLA LUCE DELLE DESCRITTE PROSPETTIVE DI RIFORMA

Per l'effetto di un ripensamento in atto da tempo sulla *Rule 23* l'ordinamento in cui ha avuto origine e più compiuta elaborazione l'azione di classe pare del resto interessato da un inesorabile movimento tettonico di avvicinamento alla sensibilità europea. Con gli *amendments* entrati in vigore il 1° dicembre 2018 risulta rafforzato il controllo delle corti sugli accordi transattivi e sulle procedure distributive e si cerca di prevenire le "obiezioni" abusivamente sollevate contro le proposte conciliative <sup>(53)</sup>. Ben più brusco rischia tuttavia di essere l'impatto di un'altra riforma che pende al Senato, dopo il voto positivo adottato dalla *House of Representatives* prima delle elezioni di *midterm*. Il *Bill* in questione, per la parte relativa alla *Fairness in Class Action Litigation* <sup>(54)</sup>, ove licenziato, potrebbe infatti minare alla base la stessa esperibilità delle *class actions*, poiché mira ad appesantire gli oneri gravanti sulla parte attrice in ordine ai *prerequisites* da soddisfare per la *certification* e a rendere assai più contenuto, tardo e incerto il ritorno economico dei *class counsel*, che, di fatto, finanziano e rendono possibile questo tipo di *litigation* <sup>(55)</sup>.

Per quanto vi siano stati degli abusi, lo strumento delle *class action* è negli U.S.A. un rimedio essenziale per garantire la tutela giurisdizionale (altrimenti di fatto inattuabile) per la lesione di miriadi di diritti omogenei che singolarmente hanno un valore trascurabile, nonché di interessi collettivi di rilievo costituzionale (*civil rights*), ma le principali proposte di modifica contenute nel progetto in discussione al *Senate* sembrano:

- 50 I c.d. *discovery devices*, attraverso i quali la parte convenuta è costretta ad informare l'avversario del materiale probatorio di cui dispone si sono rivelati, in effetti, molto proficui, se non essenziali, nella promozione e nell'istruzione di molte azioni di classe, in particolare, negli U.S.A., per i *big-cases* in materia di responsabilità da prodotto, nonché nel campo degli illeciti *antitrust* e di quelli commessi ai danni dei piccoli investitori ove l'asimmetria informativa tra i contendenti è ricorrente: leggi Trocker, *Class actions negli USA. E in Europa?*, in *Cont. Impr. Eur.*, 2009, 214 ss.; Zuffi, in Conso-Zuffi, *L'azione di classe*, cit., 261 ss. Sugli abusi occasionati dall'accesso alla *broad discovery* e sul conseguente moto "controrivoluzionario" che ha condotto la giurisprudenza statunitense a ripensare l'onere di allegazione negli atti introduttivi delle cause civili, con conseguente abbandono del c.d. *notice pleading* leggi *amplius* Dondi, *Riforma degli atti introduttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 434 ss., spec. 447 ss.; Dalla Bontà, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione*, Napoli, 2018, 224 ss.
- 51 L'art. 840-septies, c. 8, prevede infatti che la prescrizione sia interrotta dal momento di proposizione della singola domanda di adesione.
- 52 Per alcuni aspetti critici sia consentito rinviare a quanto osservato in relazione all'identico progetto di legge discusso nella precedente legislatura: v. Zuffi, *La giurisdizione in materia di servizi pubblici nel quadro dei rapporti tra azione di classe e ricorso per l'efficienza della P.A.*, in *Giur. it.*, 2016, 875 ss., spec. nt. 38.
- 53 Con le recentissime modifiche apportate alla *rule 23* su iniziativa dell'*US Judicial Conference's Committee* – approvate dalla *Supreme Court* il 26 aprile 2018 e poi adottate dal Congresso in base al c.d. *Rules Enabling Process* – sono state introdotte due principali novità. Si è innanzitutto inciso sulla disciplina delle rinunce e degli accordi transattivi, imponendo alle parti l'onere di fornire alla corte le informazioni sufficienti affinché essa possa valutare se le proposte eventualmente avanzate per tacitare la lite debbano essere notiziate alla classe. In pratica la notifica a tutti i *class members* sarà ordinata solo se risultano probabili l'approvazione del *proposal* e la *certification* della classe ai fini di una sentenza di cessazione della materia del contendere (v. *rule 23(e)(1)*). Vengono quindi circostanziati i fattori che la Corte deve prendere in considerazione per approvare la proposta transattiva (leggi *rule 23(e)(2)*). La novella pare così, da un lato, recepire testualmente la prassi di consentire proposte transattive non solo per classi già ammesse, ma anche prima della *certification*; dall'altro, costringere i giudici a soppesare i contenuti della proposta prima di ordinarne la notifica a tutti i soggetti interessati, in modo da imporre i costi solo laddove la proposta risponda ai requisiti di equità, ragionevolezza ed adeguatezza e sia relativa a pretese che soddisfino i *prerequisites* e sono riconducibili ai *types* della *rule 23(a)* e (b). In secondo luogo, i cit. *amendments* mirano ad inibire le tattiche "abusive" che potrebbero associarsi a certe *objections* sollevate dai *class members* (*in primis* dal *class representative* e/o dal *counsel*) in merito alle proposte transattive avanzate: si prevede che nell'opposizione sollevata sia specificato se essa concerne uno o più componenti della classe e su quali argomenti essa poggi e che nessun pagamento o altro beneficio potrà essere accordato in relazione alla rinuncia o al ritiro di un'*objection* o dell'appello, se non con l'approvazione della corte, la quale si pronuncerà dopo aver sentito le parti (leggi *rule 23(e)(5)*). V. Klonoff, *Class actions and other multi-party litigation*, cit., 9 ss.; Barkett, *The 2018 Amendments to the Federal Class Action Rule*, in <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/litigation/materials/2017-2018/2018-sac/written-materials/miami-class-actions-amendments-to-the-federal-class.pdf>.
- 54 Così è rubricato il *Title I* del progetto di legge H.R. 985, *Fairness in Class Action Litigation and Furthering Asbestos Claim Transparency Act of 2017*, approvato con emendamenti dalla *House of Representatives* il 9 settembre 2017 e trasmesso poi al Senato, dove sino ad ora non è stato oggetto di voto da parte del relativo *Judiciary Committee*. Gli scopi dichiaratamente perseguiti con il progetto di legge sono quelli di «(1) *assure fair and prompt recoveries for class members and multidistrict litigation plaintiffs with legitimate claims*; (2) *diminish abuses in class action and mass tort litigation that are undermining the integrity of the U.S. legal system*; and (3) *restore the intent of the framers of the United States Constitution by ensuring Federal court consideration of interstate controversies of national importance consistent with diversity jurisdiction principles*». La nuova geografia del Congresso dopo le elezioni del 6 novembre 2018 (alle quali, tra l'altro, il repubblicano firmatario della proposta, Bob Goodlatte, non si è ricandidato) rende tuttavia improbabile che i democratici lasceranno passare il *bill* alla Camera.
- 55 Leggi il *report* 115-25 steso dal *Judiciary Committee* nel corso del 115° *Congress*, ove si possono trovare anche le *dissenting views*, a partire da p. 45: <https://www.congress.gov/congressional-report/115th-congress/house-report/25/1?%7B%22search%22%3A%5B%22fairness+in+class+action+litigation%22%5D%7D&overview=closed>.

- da un lato, insinuare nella fase di *certification* una sorta di valutazione sulla fondatezza della domanda di classe, imponendo ai *class representative* impervi oneri allegativi e probatori (in particolare per le azioni di condanna derivanti da lesioni o danno patrimoniale sarebbe necessario provare l'identità delle lesioni patite dai *class member*, i quali dovrebbero inoltre essere puntualmente individuati in forza di criteri oggettivi) <sup>(56)</sup>, in chiara contrapposizione all'insegnamento sin qui prevalso per cui «*Rule 23 grants courts no license to engage in free-ranging merits inquiries at the certification stages*» <sup>(57)</sup>: tali rigorose condizioni (soprattutto se interpretate alla lettera) raramente (e con notevoli esborsi) potrebbero essere integrate prima del *trial*;
- dall'altro, rendere assai meno appetibile il ruolo del *class counsel*, che è di fatto il *deus ex machina* di questi espedienti processuali: è vero che le soluzioni offerte (pagamento delle *fee* solo dopo la distribuzione del ristoro ai *class member* e in giusta proporzione alla somma complessivamente erogata a favore della classe) paiono ispirate a criteri di equità e ragionevolezza <sup>(58)</sup>, ma va sottolineato che non contemplano eccezioni di buona fede e in un sistema imperniato sul c.d. *adversarial legalism* <sup>(59)</sup> rischiano di mettere a repentaglio la stessa fattibilità delle *class action*.

In conclusione, vale la pena osservare che qualora la cit. proposta di dir. COM(2018)184 dovesse essere varata, il Parlamento italiano, per darvi attuazione, dovrà integrare o modificare il progetto di legge sul nuovo modello generale di azione di classe (o comunque l'attuale art. 140-bis c.cons.), che in questa maniera conseguirebbe un'ulteriore mutazione, sotto vari, non secondari aspetti, per lo più nei termini di un'implementazione. Ad es. in punto di:

- legittimazione attiva, che non sembrerebbe poter essere riconosciuta anche in capo ai singoli consumatori <sup>(60)</sup>;
- legittimazione passiva, da estendere pure ai professionisti <sup>(61)</sup>;
- efficacia *ultra partes* delle decisioni favorevoli ai consumatori, in quanto i provvedimenti definitivi sulla violazione di diritti collettivi dovrebbero dar luogo a presunzioni assolute operanti nei giudizi risarcitori individuali;
- *disclosure*, poiché dovrebbe essere reso possibile per gli enti legittimati, in presenza «di fatti e prove ragionevolmente disponibili a supporto dell'azione collettiva», indicare «ulteriori elementi di prova sotto il

56 Se il *bill* diventasse legge, comporterebbe l'inserimento di una nuova s. 1716 nel capitolo 114 del 28 *U.S. Code*, dal seguente tenore: «(a) *In general.*—A Federal court shall not issue an order granting certification of a class action seeking monetary relief for personal injury or economic loss unless the party seeking to maintain such a class action affirmatively demonstrates that each proposed class member suffered the same type and scope of injury as the named class representative or representatives.

“(b) *Certification order.*—An order issued under Rule 23(c)(1) of the Federal Rules of Civil Procedure that certifies a class seeking monetary relief for personal injury or economic loss shall include a determination, based on a rigorous analysis of the evidence presented, that the requirement in subsection (a) of this section is satisfied». La s. 1718(a) prescriverebbe, inoltre, che: «A Federal court shall not issue an order granting certification of a class action seeking monetary relief unless the class is defined with reference to objective criteria and the party seeking to maintain such a class action affirmatively demonstrates that there is a reliable and administratively feasible mechanism (a) for the court to determine whether putative class members fall within the class definition and (b) for distributing directly to a substantial majority of class members any monetary relief secured for the class».

57 *Amgen v. Connecticut Retirement Plans and Trust Funds*, 133 S. Ct. 1184 (2013).

58 Il cit. disegno di legge contempla l'enucleazione, nella s. 1718(b), dei seguenti principi: «(1) *FEE DISTRIBUTION TIMING.*—In a class action seeking monetary relief, no attorneys' fees may be determined or paid pursuant to Rule 23(h) of the Federal Rules of Civil Procedure or otherwise until the distribution of any monetary recovery to class members has been completed.

“(2) *FEE DETERMINATIONS BASED ON MONETARY AWARDS.*—Unless otherwise specified by Federal statute, if a judgment or proposed settlement in a class action provides for a monetary recovery, the portion of any attorneys' fee award to class counsel that is attributed to the monetary recovery shall be limited to a reasonable percentage of any payments directly distributed to and received by class members. In no event shall the attorneys' fee award exceed the total amount of money directly distributed to and received by all class members.

“(3) *FEE DETERMINATIONS BASED ON EQUITABLE RELIEF.*—Unless otherwise specified by Federal statute, if a judgment or proposed settlement in a class action provides for equitable relief, the portion of any attorneys' fee award to class counsel that is attributed to the equitable relief shall be limited to a reasonable percentage of the value of the equitable relief, including any injunctive relief».

59 Leggi *amplius* Kagan, *La giustizia americana: come il contraddittorio fa il diritto*, Bologna, 2009, *passim*.

60 Dall'art. 4 e, soprattutto, dal considerando n. 10 della proposta di dir. (ove si legge che «le azioni rappresentative possono essere esperite solo dagli enti legittimati») si ricava la netta scelta dei *conditores* europei a favore del modello unitario-oggettivo di *collective redress*, che in effetti è già presente in molti ordinamenti dell'Unione ed è quello che rende possibile, anche ai paesi che ancora non si sono dotati di rimedi giustiziali collettivi, una più facile attuazione della dir. L'impatto che quest'ultima potrebbe avere sulla disciplina italiana dell'azione di classe ed in particolare sul profilo della legittimazione attiva, non è chiaro, poiché sebbene le menzionate previsioni sembrano escludere una legittimazione diffusa in capo ai singoli titolari dei diritti omogenei lesi dalla medesima condotta del professionista o dell'impresa, non sarebbe, a mio avviso, impossibile per il nostro ordinamento mantenere uno schema spurio e così continuare a consentire la promozione dell'azione collettiva risarcitoria anche ai singoli danneggiati. In questa prospettiva, però, dovrebbe probabilmente essere differenziato il regime di efficacia della sentenza di accoglimento, potendosi dispiegare l'efficacia di accertamento *ultra partes* descritta nell'art. 10 della proposta di dir. solo qualora l'iniziativa sia stata assunta da enti legittimati, mentre per le azioni intentate da un consumatore/utente il giudicato potrebbe essere invocato dai soli attori ed aderenti.

61 L'attuale disposto normativo dell'art. 140-bis c.cons. è sotto questo profilo deficitario, poiché menziona come possibile parte convenuta solamente l'impresa e il concessionario di servizi di pubblica utilità. In dottrina si è affermato che anche il professionista, in quanto ricompreso nella definizione di imprenditore di cui all'art. 3 c.cons., può essere evocato in giudizio con questo rimedio (rif. in Zuffi, *sub art.* 140-bis, cit., 994). In tal senso sembra del resto muovere la novella recata dal d.lgs. 21 febbraio 2014 n. 21, che, modificando l'art. 66 c. cons., ha reso esperibile, dal 13 giugno 2014, l'azione di classe anche per gli illeciti relativi a contratti conclusi (dopo tale data) tra un professionista e un consumatore *ex artt.* 48-67 c.cons.

controllo del convenuto» e chiedere all'organo giurisdizionale di ordinarne l'esibizione <sup>(62)</sup>;

- finanziamento, in quanto la proposta di dir. imporrebbe agli enti legittimati di dichiarare la fonte dei fondi utilizzati per la loro attività generale e per la singola azione, stabilendo poi dei limiti in relazione al finanziamento proveniente da terzi <sup>(63)</sup>;
- *tolling effect*, essendo gli Stati membri tenuti a garantire che l'azione collettiva comporti «la sospensione o l'interruzione dei termini di prescrizione applicabili a eventuali azioni di ricorso per i consumatori interessati» <sup>(64)</sup>;
- *fluid o cy-près recovery*: laddove il risarcimento ai consumatori risultasse «non proporzionato» in considerazione della piccola entità dei danni individualmente subiti, la somma dovuta dal convenuto responsabile della violazione accertata dovrebbe essere destinata ad «una finalità pubblica a servizio degli interessi collettivi dei consumatori» <sup>(65)</sup>.

62 V. l'art. 13 della proposta di dir.

63 Leggi l'art. 7 della proposta di dir.: il progetto di legge S. 844 si limita a prevedere il pagamento di una somma da parte degli aderenti, implicitamente presupponendo che i relativi introiti coprano i costi, ma tale disposizione non basterebbe ad attuare la dir.

64 Sebbene si creda che l'attuale tenore dell'art. 140-bis c.cons. consenta di riconoscere alla notificazione dell'atto introduttivo dell'azione di classe un generalizzato effetto interruttivo (istantaneo) rispetto ai diritti omogenei che poi vengano dedotti in giudizio dagli aderenti (leggi *supra* nota 27), non guasterebbe una previsione più chiara, che coinvolga anche l'effetto sospensivo. E questa potrebbe appunto arrivare con la recezione della dir. Come noto, negli U.S.A., nonostante il silenzio serbato sul tema dalla *rule 23*, le Corti hanno affermato la regola del c.d. *tolling effect* nel precedente *American Pipe and Const Co v. Utah*, 414 US 538, 551-56, 94 S Ct 756 (1974), precisando, poi, che essa si applica anche se la *class action* non viene certificata: v. *Haas v. Pittsburgh National Bank*, 526 F 2d 1083, 1097 3rd Circ (1975). Del resto anche in Francia si prevede che l'*action de groupe* (che ha connotati affatto simili alla nostra azione di classe) «sospenda» il corso del termine prescrizione in relazione ai diritti individuali riguardanti il ristoro dei danni derivanti dagli illeciti addebitati all'imprenditore o al professionista nella sentenza che ne accerti la responsabilità. L'interruzione permanente viene insomma ricollegata genericamente per tutti i componenti del gruppo alla proposizione della domanda collettiva, ma ovviamente si produrrà solo rispetto alle pretese risarcitorie/riparatorie che presentino i connotati indicati dal giudice nel provvedimento decisivo: la prescrizione ricomincerà a correre, per una durata non inferiore a 6 mesi, dalla data in cui la sentenza sarà divenuta definitiva (v. art. L423-20). Nulla di tutto questo è contemplato nel progetto di riforma ora all'esame del Senato, che anzi sul punto sembra «involutivo» rispetto a quanto previsto nell'art. 140-bis c.cons.: v. *supra*, nota 51.

65 V. l'art. 6, § 3, lett. (b) della proposta di dir.

## SULLA CITAZIONE DEI «PRECEDENTI» NEGLI SCRITTI FORENSI ITALIANI

Bruno Cavallone

Mi sembra che la nozione di «precedente» sia usata dagli avvocati italiani in termini alquanto vaghi. Dato per scontato, sia pure un po' semplicisticamente, che al nostro ordinamento e alla nostra tradizione sia estranea la figura del precedente «vincolante» (anche se in alcune recenti norme processuali, come l'art. 118 disp.att. c.p.c., «novellato» nel 2009, l'art. 360 *bis* c.p.c., introdotto dalla stessa riforma e l'art. 348 *ter* c.p.c., introdotto invece dalla riforma del 2012, si parla di «precedenti conformi» attribuendo indirettamente ad essi un'efficacia non meramente «persuasiva»), nei nostri scritti difensivi il termine è utilizzato relativamente poco, e genericamente, e si preferisce piuttosto parlare di orientamenti o insegnamenti «della giurisprudenza», soprattutto, anche se non esclusivamente, con riferimento alle pronunce della Corte di Cassazione. Che vengono citate quindi come opinioni particolarmente qualificate e autorevoli, alle quali si confida, o almeno si spera, che il giudice adito voglia uniformarsi.

Da questo punto di vista, la citazione del «precedente» non è qualitativamente diversa dalla citazione di un testo dottrinale. Salvo che i riferimenti alla dottrina come tale sono sempre stati, e stanno ulteriormente diventando molto meno frequenti per una serie eterogenea di ragioni. «A monte», si potrebbe ricordare l'anacronistico ma tuttora vigente divieto di inserire nella motivazione delle sentenze dei nostri giudici «ogni citazione di autori giuridici» (art. 118, comma 3°, disp. att. c.p.c.); o immaginare che un certo istinto «corporativo» dei magistrati li induca a privilegiare l'*auctoritas* di altri magistrati rispetto a quella dei «professori». Ma poi è la dottrina stessa che sembra ai nostri giorni voler abdicare alla propria funzione – che dovrebbe essere quella di insegnare qualche cosa, non solo agli studenti, ma anche agli avvocati e ai giudici – per ridursi a un ruolo meramente e umilmente esegetico dei *dicta* della giurisprudenza.

Peraltro, anche l'abbondanza di citazioni «di giurisprudenza», nelle nostre comparse, non si accompagna all'identificazione di questa o quella sentenza come «precedente» di per sé effettivamente significativo o addirittura determinante. Al contrario, l'avvocato, anche quando reperisce una pronuncia particolarmente attinente al caso in esame, e idonea a costituire un argomento centrale della difesa, si sforza di presentarla come la semplice esemplificazione di un orientamento «consolidato» (magari corredandone la citazione con qualche latinetto come *ex multis* o *ex plurimis*).

D'altra parte, questa più o meno involontaria svalutazione del singolo «precedente» – parlo per ora delle sentenze di cassazione – è dovuta anche e proprio alla produzione quantitativamente abnorme della nostra Corte Suprema. Come si sa, benché le cifre ricavabili dai ruoli, e poi diffusi dai *media*, siano state spesso innaturalmente gonfiate – anche per l'abitudine, invalsa almeno per molti anni, di assegnare numeri di ruolo diversi al ricorso principale e al ricorso incidentale relativi ad una medesima causa (in vistoso contrasto con il disposto degli artt. 333 e 335 c.p.c.), prassi ulteriormente distorsiva nei processi con pluralità di parti – non vi è dubbio che la elefantia proliferazione di decisioni della Corte (della quale non è ora il caso di esaminare le ragioni), provochi, o contribuisca a provocare, seri inconvenienti.

Uno di essi è la frequente divergenza tra decisioni rese da sezioni diverse della Corte, o anche da collegi diversi nell'ambito della stessa sezione: fenomeno al quale non sembrano portare rimedio sufficiente le previsioni del secondo e del terzo comma dell'art. 374 c.p.c., sia perché troppo spesso ci si dimentica di applicarle, sia perché anche una sentenza delle Sezioni Unite può essere contraddetta da altre successive decisioni delle stesse Sezioni, o addirittura di una sezione semplice.



Un altro inconveniente, rilevante proprio dall'angolo visuale dell'operatore pratico del processo, è la difficoltà di ricostruire compiutamente e attendibilmente lo stato della giurisprudenza della Corte Suprema relativamente alla questione di volta in volta in esame. Capita spesso, infatti, che nella motivazione di una sentenza venga citato (in senso conforme o difforme) un certo numero di decisioni precedenti (nel senso generico di «anteriori»), e che nella motivazione di un'altra sentenza relativa ad una controversia analoga, più o meno coeva, venga citata un'altra serie di decisioni, solo limitatamente sovrapponibile alla prima, o addirittura completamente diversa. L'impressione, in questi casi, è che la Corte stessa conosca poco la propria giurisprudenza.

Un terzo inconveniente è di natura cronologica, o per così dire bibliografica o archivistica. Ai nostri giorni, una sentenza degli anni '90 del ventesimo secolo viene spesso catalogata tra la «giurisprudenza risalente». Ma come?! Dimentichiamo pure che, nelle decisioni di certe Corti anglosassoni, può accadere di vedere citata come precedente una sentenza di due secoli prima; ed evitiamo pure di avvalerci dei soliti luoghi comuni sulla «irragionevole durata» dei nostri processi, e di rilevare che, di questo passo, «risalente», e quindi implicitamente obsoleto, potrebbe risultare anche un giudicato interno formatosi nella medesima controversia. Ma che un difensore debba scusarsi, o quasi vergognarsi, nel citare a favore della propria tesi una sentenza di venti o trent'anni prima, è certamente patologico.

A ciò probabilmente contribuiscono anche le limitazioni temporali delle nostre attuali banche dati rispetto alle lunghe proiezioni retrospettive consentite dai voluminosi e polverosi repertori cartacei che le hanno precedute. Come si sa, ormai esiste solo ciò che è anche reperibile in rete, ma per il giurista, sia teorico che pratico, si tratta di un'equazione aberrante, perché la vita del diritto, e soprattutto quella della giurisdizione, è fatta necessariamente, in larga misura, di sedimentazione delle esperienze, come è implicito nella nozione stessa di «giurisprudenza consolidata». Il famoso aforisma di Oliver Wendell Holmes, «*the life of the law has not been logic, it has been experience*», è valido anche in un sistema che ignora il concetto di *binding precedent*.

Da questo punto di vista – se mi è consentita una notazione lessicale – suona particolarmente impropria la definizione di «arresto» (goffo francesismo) che di questi tempi si suole attribuire alle decisioni più significative della Cassazione, o almeno a quelle che tali paiono di volta in volta all'interprete. A prescindere dall'assonanza penalistica, «arresto» fa pensare a un *dictum* definitivo, epocale, idoneo a troncane ogni ulteriore discussione sul tema, per molti anni a venire. Ma non si vede che cosa possa esserci di epocale in una decisione che – anche se non dovesse venire contraddetta da un *revirement* della settimana successiva – è comunque destinata all'obsolescenza entro un paio di decenni.

Molti di noi sono bersagliati – più e più volte nel corso della giornata, fatta eccezione solo per le festività – dall'afflusso, sui loro *computers*, o *tablets* o *i-phones*, di messaggi provenienti da un sito denominato *cassazione.net*, immediatamente duplicati e recanti la notizia di qualche «ultimissima» pronuncia della Corte nelle materie più disparate, dall'anatocismo alla sosta vietata, all'assegno divorzile, alle tariffe forensi, alla tassa sulla raccolta dei rifiuti. Che ci si debba rassegnare alla diffusione della giurisprudenza per via telematica, rinunciando alle nostre vecchie riviste e rassegne cartacee, è inevitabile. Ma forse bisognerebbe cercare di resistere a una distribuzione così violenta e schizofrenica, dove la decisione «precedente» e quella «sussequente» (per usare una suggestiva terminologia suggerita da Natalino Irti) si succedono con la velocità di due proiettili di *kalashnikov*.

Fin qui ho parlato quasi esclusivamente delle sentenze della Corte di Cassazione, ma certamente non deve essere trascurata la rilevanza dei precedenti cd. orizzontali, cioè delle decisioni di altri giudici di merito, diversi da quello effettivamente adito, o addirittura dello stesso organo giudiziario.

In primo luogo, ci sono materie, soprattutto processuali, che all'esame della Corte Suprema approdano solo raramente: così avviene, per esempio, per la disciplina dei procedimenti cautelari, data l'inammissibilità del ricorso avverso i provvedimenti resi in sede di reclamo; o per quella dell'istruzione probatoria, data la normale insindacabilità del giudizio di fatto. Qui gli unici «precedenti» utilizzabili provengono di solito, per l'appunto, da giudici di merito, e non pare che nell'uso forense ci si preoccupi di distinguere tra

l'autorità di una decisione di primo o unico grado, e quella di una decisione d'appello.

In secondo luogo, ci sono organi giudiziari – Tribunali e/o Corti di appello – alle cui decisioni si suole attribuire una particolare autorevolezza in determinate materie. Senza voler far torto ai principi costituzionali relativi all'uguaglianza dei giudici, si potrebbe ricordare esemplificativamente la giurisprudenza milanese in materia di diritto dell'impresa, o della proprietà intellettuale e industriale; o – se è consentita una sfumatura ironica – quella sarda in materia di usucapione, nelle tipiche liti tra il proprietario «continentale» di un fondo che non occupa quasi mai, e il pastore locale la cui famiglia ha pascolato «le greggi» sullo stesso fondo da tre o quattro generazioni.

In terzo luogo, l'uso di una sentenza di merito come «precedente specifico» può essere agevolato dal fatto che queste decisioni – nonostante gli odierni ossessivi *mantra* della sinteticità e della concisione negli atti giudiziari – includono una esposizione dei fatti di causa più analitica e intelligibile di quella delle sentenze di cassazione; e la giurisprudenza di merito è oggi reperibile in rete in misura molto maggiore di quella accessibile nelle remote ere cartacee.

Il terreno del «precedente orizzontale» può dunque talvolta rivelarsi, in concreto, più fertile di quello più strettamente «nomofilattico» delle massime, spesso ingannevolmente ripetitive, ricavate dalle sentenze della Corte Suprema.

# HOW TO HARMONIZE CIVIL PROCEDURAL LAW? A EUROPEAN PERSPECTIVE

## TRIBUTE TO THE LATE PROFESSOR ADA PELLEGRINI

**C.H. van Rhee**  
Maastricht University

The present contribution is a tribute to Professor Ada Pellegrini, who for many years was a central and much beloved colleague in the International Association of Procedural Law. The contribution provides a European perspective on the harmonisation of civil procedural law which may also be relevant for non-European jurisdictions.<sup>1</sup>

### (A) INTRODUCTION

In what manner can harmonization or at least a certain alignment (referred to as ‘approximation’ hereafter) of civil procedural law in the European Union best be achieved? And is such harmonization or approximation necessary? These are the two questions that will be addressed in the present contribution. The questions are obviously not new, but their relevance has remained ever since they were posed in the early 1990s within the framework of European cooperation by a working group chaired by Professor Marcel Storme from Ghent.<sup>2</sup> Currently, these questions are central in an initiative from the European Law Institute and UNIDROIT aimed at framing European Rules of Civil Procedure (see below).<sup>3</sup> This initiative takes the Principles of Transnational Civil Procedure of the American Law Institute and UNIDROIT as its starting point<sup>4</sup> and is expected to yield its results in 2019 with the publication of a final set of rules. These questions are also posed elsewhere, for example in two documents that were produced at the initiative of the European Parliament, both discussing the feasibility of approximation by way of common minimum standards of civil procedure.<sup>5</sup>

### (B) IS HARMONIZATION NECESSARY?

Amongst other reasons, harmonization or at least approximation of civil procedural law in the European Union is traditionally considered to be necessary in view of the fact that the EU does not have (and most likely does not want to have) a system of supra-national EU courts that hear cases concerning EU law on the merits and on an individual basis. If hearing such cases continues to be the task of the national courts within the EU, steps need to be taken in order to guarantee that the citizens of the EU can litigate before courts that provide justice in a manner that is comparable from the perspective of speed, efficiency, proportionality and costs, on the one hand, and fairness and quality, on the other. This is needed in order

1 The present contribution is a slightly adapted and updated version of my Approximation of civil procedural law in the European Union, in: B. Hess, & X. Kramer (eds.), *From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure* (Studies of the Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law; Vol. 8). Baden-Baden: Nomos / Hart, p. 63-75.

2 M. Storme (ed), *Approximation of Judiciary Law in the European Union/Rapprochement du Droit Judiciaire de l’Union européenne*, Kluwer, 1994.

3 See <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/civil-procedure/> (last consulted in September 2018).

4 ALI/UNIDROIT, *Principles of Transnational Civil Procedure*, CUP, 2006.

5 R. Maňko, *Europeanisation of Civil Procedure. Towards Common Minimum Standards? In-Depth Analysis*, EPRS, June 2015 (available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/559499/EPRS\\_IDA\(2015\)559499\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/559499/EPRS_IDA(2015)559499_EN.pdf), last consulted in September 2018), and M. Tuliacka, M. Sanz and R. Blomeyer, *Common Minimum Standards of Civil Procedure. European Added Value Assessment, Annex I*, April 2016 (available at [http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/105660/EPRS\\_CIVIL\\_PROCEDURE.pdf](http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/105660/EPRS_CIVIL_PROCEDURE.pdf), last consulted in September 2018).

to guarantee that EU substantive law is applied in a similar manner in all of the Member States where its enforcement through the courts is at issue.<sup>6</sup> Obviously, the same is true within the wider context of the creation of ‘an area of freedom, security and justice’ within the EU (on the political agenda since the late 1990s), in which judgments can move freely across the borders of the Member States. All this cannot be achieved by an approximation of procedural rules alone, but approximation of the rules, especially when carefully executed, may certainly help. Procedural differences may not have to be eliminated altogether, but the existing differences are, amongst other things, a threat to the functioning of the European internal market since, as stated, such differences may put into jeopardy the uniform application of European substantive law throughout the European Union. Differences in the manner in which European substantive law is enforced through the courts may result in a ‘compartmentalization’ of the market along the lines of the various Member States, undermining the whole idea of an internal market. And, within the wider context of the creation of an area of freedom, security and justice within the EU, such differences may also result in a lack of the necessary mutual trust in the judiciaries of the other Member States, and this may hinder the free movement of judgments across the borders of the Member States.

### (C) HOW SHOULD APPROXIMATION BE ACHIEVED?

This being said in the abstract, one should of course ask how an alignment of civil procedural law can be achieved in practice. Obviously, what is needed first of all is a horizontal approach to matters, in which procedural rules are drafted which apply generally and independently of the particular subject matter in a certain area of law (in our case private law) that is at stake. Therefore, Article 114 TFEU can most likely not be the basis of the approximation that is needed, since this article allows for a sectorial, vertical approach to matters where procedural rules are concerned, i.e. an approach where rules of procedure are provided that accompany a specific subject matter of substantive EU law aimed at establishing or ensuring the functioning of the internal market.<sup>7</sup> A horizontal approach to rules of civil procedure is currently only possible on the basis of Article 81 TFEU.<sup>8</sup> On the basis of this article, various directives and regulations have been drafted which apply in a general, horizontal manner (some of them are optional) but at the same time only address specific areas or elements of civil procedure (e.g. jurisdiction, service of documents, small claims litigation). This is maybe the most feasible option within the context of the existing EU legal and political order for procedural harmonization, but it obviously leads to fragmentation and incoherence (only certain areas or aspects of the relevant civil procedural law are harmonized); also given the fact that on the basis of Article 81 TFEU the EU lawmaking authorities can merely concentrate on matters having cross-border implications (and the latter phrase is rather narrowly interpreted in the various legal documents). This results, for example, in a situation in which national small claims litigation is potentially handled differently when compared to cross-border cases since these national cases do not fall within the ambit of the European Small Claims Regulation.<sup>9</sup> After all, the Small Claims Regulation may only be applied in cases in which at least one of the parties is domiciled or habitually resident in a Member State other than the Member State of the court or tribunal seized (i.e. the narrow definition of a cross-border case in the relevant Regulation).<sup>10</sup> Cases that do not qualify as such have to be litigated according to national procedural rules. This is not desirable, first of all since even purely national cases without cross-border implications in the narrow sense may influence the functioning of the internal market to a considerable extent. After all, companies might be tempted to take into consideration the features of the various national civil justice systems (i.e. how purely national cases are being litigated in these justice

6 That harmonization of substantive law (the following quotation talks about ‘unification’, but this is of no significance) may be endangered by differences in procedural law was already noticed by the late Cambridge Professor Gutteridge in 1946 (see the quotation in Storme, *supra* n. 1, at xiii: ‘[It is] obvious that no scheme of unification can be regarded as satisfactory if proceedings in one of the participating countries are more dilatory or more expensive than in others, or if the remedies afforded by the unified law are not the same ... if unification is to possess any real value it is essential that the unified rules should be applied in practice without any impediments created by procedural difficulties.’)

7 Cf. Mañko, *supra* n. 5, at 9-16, and Tulibacka, Sanz and Blomeyer, *supra* n. 5, at 57-61.

8 Former Article 65 of the Treaty Establishing the European Community.

9 Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European small claims procedure, OJ 2007, L 199.

10 Art. 3.

systems) in making decisions on their place of establishment or production or even on where to market their products within the European Union. That indeed features of national civil justice systems play a role in such decisions appears for example from research by Vogenauer and Hodges.<sup>11</sup> Furthermore, cases which do not qualify as cross-border cases in the narrow sense of the existing EU regulations may nevertheless also have their effects on the area of freedom, security and justice mentioned above which presupposes the mutual trust needed for the free movement of judgments. To quote from a study by Tulibacka and others, who advocate a less narrow interpretation of the phrase ‘matters having cross-border implications’ in Article 81 TFEU, ‘It is important for the general level of mutual trust between judicial authorities, and effective enforcement of decisions, for domestic procedures to be following procedural principles and standard[s] as robust in ensuring fairness as the principles and standards applicable to cross-border cases.’<sup>12</sup> However, the current opinion is that the EU is not competent to legislate in ‘purely national matters’ in the civil justice area and hence the narrow interpretation of ‘cross-border implications’. Given the possible implications of purely national cases for the functioning of the internal market and the area of freedom, security and justice, this should be reconsidered (although politically this issue might be difficult to address, to say the least).

#### (D) BEST PRACTICES?

According to some, one should move from common rules to best practices in order to address the problems I have just mentioned. According to one source, a ‘best practice’ can be defined as:

*A method or technique that has consistently shown results superior to those achieved with other means, and that is used as a benchmark.*<sup>13</sup>

This approach is to be welcomed, also because approximation of civil procedure in itself does not contain guarantees for the quality of the output of the civil procedural systems resulting from it. One of the aims of approximation should be the improvement of existing systems of civil procedure and setting benchmarks should be greeted as beneficial in attaining that aim. In an effort to harmonize or at least approximate civil procedure in the European Union these benchmarks should if possible not be seen as common minimum standards, but they should be set higher in order to introduce genuine best practices (and not ‘minimum’ best practices) on an EU-wide scale. The rather timid approach of, for example, the Storme report (see above) that provided rules that were acceptable in the then twelve Member States of the European Union and not aimed at major improvements of the existing civil justice systems should be avoided in current and new initiatives if one is aiming for more than the ‘status quo’ in the area of civil procedure.

Approximation of civil procedure through the use of best practices is, however, easier said than done. First of all, differences may exist across Europe in the understanding of what ‘best’ practices are (obviously, ‘best’ in itself is a subjective concept), and especially what they are in the field of civil procedure. At an abstract level, one may agree on what best practices in civil litigation are. Best practices in civil litigation are, for example, procedural practices that result in speed, efficiency, proportionality and moderate costs while safeguarding fairness and quality.<sup>14</sup> However, the problem starts when one tries to identify and describe the relevant best practices more specifically. This may be due to a number of reasons, a major one being different understandings of relevant concepts such as speed, efficiency, proportionality, moderate costs, fairness and quality in civil litigation across Europe as well as their relative weight in civil litigation. Fortunately, in this respect the various recommendations of the Council of Europe, the work of the European Commission for the Efficiency of Justice established by the Council of Europe (CEPEJ),<sup>15</sup> and the case law of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union (to name just

11 S. Vogenauer and C. Hodges (eds), *Civil Justice Systems in Europe. Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law*, Hart Publishing, 2011.

12 Tulibacka, Sanz and Blomeyer, *supra* n. 5, at 68.

13 See <http://www.businessdictionary.com/definition/best-practice.html> (last consulted in September 2018). See also C.E. Bogan and M.J. English, *Bench marking for Best Practices: Winning Through Innovative Adaptation*, McGraw-Hill, 1994.

14 Cf. *Principles of Transnational Civil Procedure*, e.g. Principle 14.

15 See [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/default_en.asp) (last consulted in September 2018).

a few) may be of considerable use. To give one example: the concept of reasonable time (speed) and its relationship with other key aspects of civil litigation has been clarified to a large extent by the case law of the European Court of Human Rights and this case law has been of primary importance in shaping ideas on the matter across Europe.

However, if best practices in civil litigation can be identified on the basis of the above and other sources, one is confronted with another problem: How should the best practices that have been identified be introduced in national court practice? In many jurisdictions, the civil procedure rules leave the judge limited discretion in the way a civil lawsuit develops, and only where the rules give the judge discretion may he or she opt for a best practice. So judges themselves can only take action to a certain degree.<sup>16</sup> In the majority of cases, the national lawmaker will have to take action, and coordinated action of national lawmakers across Europe will prove to be difficult. Such action may be dependent on the willingness to initiate national law reform projects in which European best practices are taken as a starting point. But even in an ideal world, where such coordinated action could be taken, additional problems would be encountered. The instrument of choice for the lawmaker when introducing best practices in civil litigation is the introduction or amendment of civil procedure rules and such rules are problematic in themselves: there is a danger that similar rules do not result in the alignment of the court practices that one wishes to realize. An interesting workshop on the role of the supreme courts in a selection of jurisdictions, which took place in Maastricht in February 2016,<sup>17</sup> provides a good example, both of the fact that ideas on best practices in litigation may differ across borders, and of the fact that similar rules do not result in similar outcomes in civil litigation.

It was stated in Maastricht that the role supreme courts play in national civil justice systems determines to a large extent finality in civil litigation. And this role is closely connected to ideas of fairness and quality. It was shown that even when we compare supreme courts that have similar historical roots, such as the French, Dutch and Italian supreme cassation courts, there are vast differences even though quality and fairness are shared benchmarks. It seems that in France and Italy the idea is that in order to guarantee quality and fairness there should be more or less unlimited access to the supreme cassation court (apparently considered a best practice in these jurisdictions),<sup>18</sup> whereas in the Netherlands it is thought that quality and fairness can be promoted only if the number of civil cassation appeals is limited, which means in actual practice that the Dutch court can better concentrate on its 'lawmaking function' than the Italian and French courts.<sup>19</sup> This results in major differences, for example in the type of judgments that are issued and the time needed to obtain such judgments. The fact that the three courts have much in common, and that they have comparable procedural rules to handle cassation appeals (at least to a certain extent), does not change this situation.

The conclusion may be that best practices are often hard to identify, may be different according to national preferences, and that their promotion by way of traditional civil procedure rules is hard to achieve even if these rules are similar across Europe. The latter is also the result of the fact that the relationship between the law, the rules of law, and reality is weaker than academic lawyers and the lawmaker often tend to believe. Approximated rules governing courts and their procedure helping to implement best practices may be a very pleasing read for the interested lawyer, but they guarantee little about actual court practice. This is a lesson we may learn from legal history. Already the Romans at the time of the Law of the Twelve Tables (450 BC) had discovered that it is not so much the rules that matter, but their interpretation and application.

16 Although the possibilities to take action within the context of existing procedural frameworks may not always be so limited. Some years ago, a Dutch commission for the reform of civil procedure came to the conclusion that the Dutch civil procedure rules only needed very minor changes in order to introduce a new procedural model with a strong judge, judicial case management and cooperation between the parties (the identified best practices). An important measure the commission prescribed was a change of attitude of those involved in litigation. Unfortunately, attitudes are hard to change, especially if this has to be done EU-wide and within the context of different procedural traditions. See W.D.H. Asser, H.A. Groen and J.B.M. Vranken (with the cooperation of I.N. Tzankova), *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele Herbezinning Nederlands Burgerlijk Procesrecht*, BJu, 2006.

17 The conference was organized by Pablo Bravo Hurtado within the context of his PhD research on a selection of Supreme Courts.

18 Papers presented by Elisabetta Silvestri (Pavia) and Frédérique Ferrand (Lyons).

19 Paper presented by the author of the present contribution.

## (E) HOW TO ACHIEVE CIVIL PROCEDURAL ALIGNMENT IN EUROPE?

So how should one proceed in Europe? I think a first step is an international discussion on the fundamentals of the civil process and the resulting best practices within circles of judges, practising lawyers, academics and other stakeholders. Fortunately, this discussion is already taking place at the international level, for example within the context of the International Association of Procedural Law<sup>20</sup> or the newly founded Max Planck Institute for International, European and Regulatory Procedural Law in Luxemburg.<sup>21</sup> Important reports have also been written, of which the ones by Mańko and Tulibacka and others are a good example (see citations in footnote 5). The starting point is of course that speed, efficiency, proportionality, moderate costs, fairness and quality should be guaranteed at the national level, but important questions remain, such as: How does this translate in the preferred position of the judge in the civil process and the role of the parties and their lawyers? How does this translate in rules governing evidence and interim measures? And how does this translate in rules governing the service of documents, to name just a few examples.

Currently, a selection of European proceduralists is involved in an effort by the European Law Institute and UNIDROIT to draft European Rules of Civil Procedure which can serve as a model in law reform at the national level in Europe. The approach is to provide a set of clearly phrased rules in English and French (and possibly in other European languages) that should be accompanied by short explanations. The author of the present contribution is, together with his colleague A. Uzelac from Zagreb, chair of the working group that has been entrusted with the task of drafting rules on the obligations of the parties, their lawyers and judges in the civil lawsuit.<sup>22</sup> The rules that have been discussed within the context of the working group so far can be grouped under five headings:

- I. General Part: Duty of Loyal Cooperation
- II. Planning and Management of the Procedure
- III. Determination of Facts
- IV. Determination of Law
- V. Duty to Promote Consensual Dispute Resolution

Although the rules need to remain confidential until later, it can be stated here that the level of detail of the suggested rules varies from more or less broad statements of principle in the general part to more or less detailed rules prescribing a certain type of conduct of one or more participants in the civil lawsuit in the subsequent parts (parties, lawyers, judges and sometimes other participants in the civil lawsuit). Many of these rules are phrased in a 'permissive' manner, using the verb 'may', in order to allow those who want to use the rules the necessary room for choice. Additionally, it is often indicated that the options that are mentioned are real options and that no exhaustive list is provided. This is also true where the rules formulate sanctions for non-compliance: again, the verb 'may' is used, and it is indicated that the list of sanctions is not meant to be exhaustive.

When developing rules for EU-wide consumption, various issues need to be focused on if one wants to achieve some kind of harmonization. Rules of procedure need to be skilfully drafted. Obviously these rules should be drafted in order to reflect best practices. However, even the best draftsmen and draftswomen cannot prevent that words can be interpreted in various ways, especially when the interpreters come from different procedural traditions, such as a Polish and an English interpreter, to give just one example. In order to avoid some of the obvious problems of interpretation, the rules need to be preceded by what the English CPR call an 'overriding objective'.<sup>23</sup> This overriding objective should be the yardstick in the

20 For its website, see <http://www.iapl.org/> (last consulted in September 2018).

21 Its website can be found at <http://www.mpi.lu/home/> (last consulted in September 2018).

22 Members of the working group are E. Jeuland (Paris), B. Karolczyk (Warsaw), W. Rechberger (Vienna), E. Silvestri (Pavia), J. Sorabji (London), M. Strandberg (Bergen).

23 The overriding objective of the English CPR can be found in Rule 1.1:

(1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost.

(2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable –

(a) ensuring that the parties are on an equal footing;

(b) saving expense;

interpretation of the rules at the national level. The overriding objective would, in my opinion, be the most important part of the European rules. It should indicate that interpretations of the rules which would, for example, lead to inefficiency or slowness are not allowed, and it should also address the aims one would like to achieve with civil litigation before the state courts. Furthermore, each section of the rules could contain a first part with statements of principle as regards the subject matter of the section, as is the case with the rules that have been formulated so far on the obligations of those participating in the civil lawsuit (Part I mentioned above). These statements may help the user put the more detailed rules that follow in the right perspective. And additionally, each individual rule should be accompanied by an explanatory note ('practice directions') which should, first and foremost, aim at avoiding different interpretations and applications of the rules in different jurisdictions.<sup>24</sup> In order to draft such notes sufficient comparative civil procedural knowledge should be present in the drafting group, which is something else than saying that the explanations should be 'comparative law dissertations'. Comparative law knowledge is necessary for indicating possible misunderstandings in the interpretation of the rules and for guaranteeing an interpretation that is more or less uniform. Obviously, the existence of an English and a French original text will also further this objective.

Ideally there should be a body that supervises the application of the rules and that is able to answer preliminary questions on interpretation, a role that should be comparable with that of the European Court of Justice. After all, it cannot be denied that the role played by this court in providing authoritative and binding interpretations of European law has been an important trigger for a harmonized interpretation of this law by national courts in the EU. The problem in this context is, however, that the European Rules of Civil Procedure aim (amongst other things) at law reform at the national level (they do not aim at matters having cross-border implications only), and according to the present interpretation of 'cross-border implications' this is an issue that cannot be regulated at the EU level.

## (F) BEYOND COMMON RULES AND TOWARDS BEST PRACTICES; EU JUSTICE SCOREBOARD

Let us now return to the statement that we need to move beyond common rules and towards best practices. It has been stated that best practices 'should give body to mutual trust and judicial cooperation, which can in turn feed the further development of the European civil procedure framework from the bottom up'. Does this go further than drafting rules and accompanying explanations that encompass best practices? It seems that indeed this is intended. One way to bypass rules and to concentrate on best practices directly would be to allow national civil justice systems to compete with each other in acquiring cases. This could allow market forces to decide on best practices in the area of civil procedure if indeed the specific features of national civil justice systems would make parties decide where to bring their case in court. This happened to a certain extent in medieval Europe, where the Romano-canonical model competed with the procedure of secular courts, and where the Romano-canonical model won the battle, partly as a result of a preference of litigants for the rational methods of proof it embodied.<sup>25</sup> However, whether such competition is possible between national courts on a European scale is doubtful, since under the present rules it would imply a choice of forum. After all, due to the rule that the court applies its own rules of procedure (*lex*

---

(c) dealing with the case in ways which are proportionate –

(i) to the amount of money involved;

(ii) to the importance of the case;

(iii) to the complexity of the issues; and

(iv) to the financial position of each party;

(d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly;

(e) allotting to it an appropriate share of the court's resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and

(f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders.

24 These explanations may be rather basic, e.g. what is the meaning of 'court' (an administrative entity (organizational unit) and not an individual court situated at a certain place) or 'sanctions' (not only fines or preclusions, but any means that result in negative consequences for a participant in the proceedings if he or she does not fulfil his or her obligations).

25 C.H. van Rhee, *Harmonisation of Civil Procedure: An Historical and Comparative Perspective*, in X.E. Kramer and C.H. van Rhee (eds), *Civil Litigation in a Globalising World*, T.M.C. Asser Press/Springer, 2012, 39.



*fori*), litigants can only choose a particular procedural model by choosing the particular court that uses that model. A choice of forum is only possible in a number of cases and often the rules on jurisdiction prescribe the use of a particular national court. As a result, competition between procedural models is not always possible and consequently the identification of best practices through competition between legal systems remains a theoretical option.

Whether in this context the EU Justice Scoreboard<sup>26</sup> may serve the European harmonization process is in my opinion debatable. The scoreboard copies data from the CEPEJ, and it is known that these data are sometimes problematic as regards their interpretation. It may even be the case that data on similar issues are not comparable since these data are provided by national ministries of justice or similar bodies, and the questions that are being asked by the CEPEJ may be interpreted differently at the national level (also for political reasons). Already at the level of the number of courts in the national legal orders, for example, difficulties have arisen: Are these numbers referring to courts as organizational units or to court locations? As long as these problems are not addressed, and as long as data are provided without any solid measures to change the national civil justice systems in the preferred direction (as stated, it is debatable whether the EU is competent in this area), nothing much may come from scoreboards. But maybe this is too bleak a view.

## (G) CONCLUSION

I would like to conclude this contribution with six statements:

1. Procedural harmonization or at least the alignment of national procedural legal orders (approximation) is important at the level of the EU as long as the EU does not have supra-national courts dealing with substantive EU law in individual cases. It is also important from the perspective of creating an area of freedom, security and justice.
2. The starting point of such harmonization or alignment (approximation) can be the identification of best practices which should not be interpreted as minimum standards but aim at high-quality civil litigation.
3. Such best practices should be identified and phrased at a sufficiently concrete level and need to be reflected in a set of European rules of procedure.
4. Since all rules need interpretation and application, there is a real danger that a set of procedural rules reflecting best practices will be interpreted in a different manner within the different Member States of the EU with different procedural traditions.
5. Therefore, it is necessary to take measures to prevent such different interpretations and applications, viz. a text in at least two languages, an overriding objective and clear explanations per rule taking into consideration comparative law findings. In addition, a body issuing preliminary rulings or similar authoritative interpretations of the rules may be essential for the uniform interpretation and application of the rules.
6. Unfortunately, much of this may not be possible within the context of existing EU legal framework. One of the measures to overcome the existing limitations is a different interpretation of the phrase 'cross-border implications' in Article 81 TFEU, as suggested by Tulibacka and others.

26 See [http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/scoreboard/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/scoreboard/index_en.htm) (last consulted in September 2018).

# CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A FUNÇÃO E O OBJETO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE – JUDICIAL REVIEW – NO BRASIL: UMA ANÁLISE À LUZ DO PENSAMENTO DE ADA PELLEGRINI GRINOVER

Camilo Zufelato<sup>1</sup>

## BREVE NOTA EXPLICATIVA

O presente texto foi escrito no ano de 2015, destinado a uma obra em homenagem à Ada Pellegrini Grinover que por razões que desconheço não veio a lume, de modo que o texto restou inédito. Independentemente disso, a partir da louvável iniciativa da presente homenagem a sua memória e também a de José Carlos Barbosa Moreira, que nos deixaram no ano de 2017, pareceu-me oportuno publicar este escrito.

Essa a razão pela qual quando o texto se refere à homenageada o tempo verbal está no presente; optei por não alterá-lo por duas razões: i) muitas referências dizem respeito ao pensamento de Ada Pellegrini Grinover, de modo que não me parece incorreto mantê-las no presente e não no passado; ii) e o mais importante, tentar com essa sutileza do uso do tempo verbal expressar a verdadeira força das ideias da Professora, que são a sua atualidade e indispensabilidade, e portanto a sua aplicabilidade no presente. Com isso, oxalá consigamos mantê-la um pouco mais entre nós.

## 1. SOBRE A HOMENAGEADA E A HOMENAGEM

É uma honra poder participar de obra em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. A Professora representa, para a comunidade jurídica nacional e também internacional, uma das figuras mais emblemáticas para o progresso da ciência do direito, especialmente porque é responsável por defender, no campo teórico, e também contribuir para que se implemente, no campo prático e na vida cotidiana dos jurisdicionados, a dimensão garantista da *tutela de direitos*, na busca incansável de um processo “justo”.

Nunca é demais lembrar que a Professora é artífice das grandes mudanças paradigmáticas, legislativas e doutrinárias, que nas últimas décadas o direito brasileiro experimentou e ainda vem experimentando. Ousada e de espírito inquieto e criativo, portadora de uma força de trabalho incansável, a genialidade de suas ideias, caracterizadas pela contemporaneidade das preocupações, repercute com pujança no âmbito doutrinário, legislativo e jurisprudencial.

Mas, além disso, laços de afeto e gratidão me ligam à homenageada. Como seu orientando de doutorado, devo à seriedade da Professora grande parte do meu crescimento acadêmico, e a amizade que hoje nos une permitiu-me conhecer mais de perto suas virtudes pessoais, o que só faz a admiração por ela crescer.

Por isso a homenagem é justíssima. E também muito oportuna do ponto de vista científico, pois se dedica a ressaltar as contribuições da Professora no campo dos processos coletivos e das políticas públicas, esses que são, pode-se assim dizer, dois dos seus mais recentes campos de interesse científico. E como sói ocorrer, sua atuação não se dá simplesmente no plano teórico: a Professora é eminentemente propositiva e prospectiva, e de suas reflexões acadêmicas sempre surgem propostas concretas, de modo especial Anteprojeto de Lei.

O tema que aqui será abordado, qual seja, o controle jurisdicional de políticas públicas, recebeu dela

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP – FDRP/USP. Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP – FD/USP, sob orientação de Ada Pellegrini Grinover.

tratamento pioneiro, que há tempos vem coordenando, juntamente com Kazuo Watanabe, no CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Pesquisas Judiciais – grupo de trabalho que já produziu um Anteprojeto de Lei sobre o assunto, no qual se pode observar os diversos pontos críticos do complexo tema.

O presente escrito abordará a *dimensão constitucional do tema*, para ressaltar uma característica central e emblemática no pensamento científico de Ada Pellegrini Grinover, qual seja, sua veia de constitucionalista, o que a faz conceber o direito processual a partir de uma dimensão garantista, fielmente alinhada aos preceitos e normas constitucionais. Para tanto, analisar-se-ão passagens clássicas de Ruy Barbosa com o fim de se caracterizar a *função* e o *objeto* presentes na origem brasileira na adoção do controle difuso de constitucionalidade, para então observar como a homenageada argutamente sustenta que as ações de controle jurisdicional de políticas públicas são, em essência, uma forma de realização de controle de constitucionalidade, mas de forma distinta daquela originalmente concebida e aplicada no início da vigência da Constituição de 1891, mas que até hoje está presente entre nós.

Por essa razão que a abordagem aqui empreendida pautar-se-á, basicamente, em obras da homenageada, a fim de ressaltar sua vertente constitucional, bem como em clássica obra de Ruy Barbosa sobre o tema.

A ideia é revelar como a *supremacia da Constituição* é o ponto convergente entre ambos, mas, processualmente, quando se realizada, junto ao Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade difuso, via ação de tutela de direitos e liberdades públicas, ou via controle de políticas públicas, há sensíveis alterações, especialmente quanto à sua função e ao seu objeto: *do individual para o coletivo, e da decretação de nulidade para a implementação prática de direitos*.

## 2. A RAIZ CONSTITUCIONAL DE ADA PELLEGRINI GRINOVER

Muito embora Ada Pellegrini Grinover seja notoriamente conhecida como processualista, com diversas obras e contribuições científicas e propostas legislativas no campo do direito processual civil e penal, há de se ressaltar que em realidade na sua trajetória acadêmica também dedicou grande atenção ao direito constitucional, desde os primeiros passos como professora, até os seus mais recentes escritos e reflexões, como é o caso, exatamente, do controle judicial de políticas públicas.

E mais: mesmo como processualista, a marca indelével de sua contribuição para esse ramo do conhecimento jurídico tem sido exatamente ressaltar a *dimensão constitucional do processo*, e com isso protagonizando a defesa e a implementação do garantismo processual, aderindo à instrumentalidade ética do processo.

A revelar a faceta constitucionalista de Ada Pellegrini Grinover, um depoimento dela própria é lapidar para esclarecer sua forte relação com o direito constitucional, desde o princípio de sua atuação acadêmica:

“Não é casual, nem irrefletida, esta visão do processo em sua unidade – unidade fundamental das diversas disciplinas processuais, no que guardam de comum; unidade constitucional dos distintos instrumentos processuais, estabelecidos e assegurados para a tutela dos direitos do homem.

Seja-me concedida uma breve incursão retrospectiva: a importância fundamental do direito constitucional para a formação jurídica, inculcada pelas lições de meu pai, Professor de Direito Constitucional na Universidade de Nápoles; o interesse pelo direito processual, com o mestrado e o doutorado na USP, o início da carreira docente, como assistente de Direito Constitucional, a convite de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na Faculdade Paulista de Direito; a livre-docência na USP, conquistada com uma tese de processo constitucional; a criação, no Departamento de Processo da USP, da disciplina Teoria Geral do Processo, como introdução unitária ao estudo dos diversos ramos do processo; o ensino da disciplina, no Curso diurno das Arcadas; a preparação, como Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, de nosso livro didático sobre a matéria; a regência da disciplina Liberdades Públicas no Curso de Pós-Graduação da FADUSP; o irreprimível interesse pelo processo penal, onde mais agudamente se põem a necessidade do enfoque do processo como instrumento de liberdade jurídica e a exigência de limites postos aos poderes repressivos do Estado, em nome da dignidade humana; o ensino do Processo Penal no 5º ano do Bacharelado; e, finalmente, os títulos quase concomitantes de Professor Adjunto pelos Departamentos de Direito do Estado e de Direito Processual da USP.

Assim moldado meu pensamento, assim plasmada minha personalidade, assim orientados meus estudos, a vocação pelo processo constitucional, unitariamente entendido, está hoje incoercivelmente consolidada e impregna as minhas reflexões.

É este ponto de vista, esta postura, esta concepção que transparecem dos estudos que, reunidos, vêm agora a lume e que, só por esse enfoque, podem merecer a atenção dos estudiosos. Porque somente assim considerado o processo se transforma, em sua unidade, de mero instrumento técnico, em instrumento ético e político de garantia de liberdades”.<sup>2</sup>

É notável que as influências do direito constitucional conformaram-lhe a visão de processualista. É a partir dessa ideia matriz que concebe o processo como instituição unitária, sustentando uma teoria geral do processo que reúne, especialmente a partir da Constituição, institutos, princípios, valores, etc., aplicáveis a toda e qualquer espécie processual.<sup>3</sup> Para Ada, o processo é visto como uma unidade fundamental, caracterizado como instrumento ético e político e garantidor de liberdades. O fundamento axiológico e normativo desse pensamento não é outro se não a Constituição.

As passagens abaixo transcritas são reveladoras da importância que o direito constitucional tem no pensamento e na obra da autora:

“Os estudos constitucionais do processo, em que as atenções se voltam para o dado jurídico-constitucional, como resultante das forças políticas e sociais de determinado momento histórico; a transformação do processo, de instrumento puramente técnico em instrumento ético e político de atuação da Justiça e de garantia da liberdade; a plena e total aderência do processo à realidade sócio-política a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos materiais. É assim que o eixo dos estudos dos novos processualistas das Arcadas se desloca para outros enfoques e posturas, rumo ao instrumentalismo substancial do processo e à efetividade da Justiça, quando todo o sistema processual passa a ser visto como instrumento para atingir os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, e a técnica processual, como meio para a obtenção de cada qual deles”.<sup>4</sup>

“A cada dia que passa, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do direito processual, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, já ensinava Liebman, que transforma o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia da liberdade”.<sup>5</sup>

Vale ainda notar que na pioneira e clássica obra *As garantias constitucionais do direito de ação*, de 1973, Ada une umbilicalmente o direito processual às garantias constitucionais, numa fase em que a quase totalidade dos processualistas pautavam suas análises em questões quase que exclusivamente técnicas e procedimentais. As passagens abaixo mostram as preocupações constitucionais no trato do processo:

“Na infinidade de leis fragmentárias e provisórias, o homem, saindo de experiências jusnaturalistas e positivistas e amadurecido nas devastações na nossa época, procura valores e normas superiores e relativamente imutáveis, mas não metafísicos e abstratos; e os encontra no recurso universal ao instituto da justiça constitucional. Ademais, a *justiça constitucional guarda, além de sentido filosófico, sentido social, no quadro da evolução do Direito do Estado moderno, como instrumento de equilíbrio de exigências contrastantes e como meio de atuação de fórmulas constitucionais*”.<sup>6</sup> (grifei)

“Mas, vasto é o campo abrangido pelo *direito processual constitucional*.

Nele há de se distinguir, inicialmente, entre tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo, de um lado, e a jurisdição constitucional de outro.

Entre os princípios fundamentais da organização judiciária, enquadram-se as normas constitucionais sobre

2 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 02-03. *Vide também* GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua Unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, o qual está, igualmente, prenhe de ensaios relacionando processo e Constituição.

3 CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2014, 30. ed.

4 Nota introdutória da obra GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. VII.

5 Trecho da seção *As garantias constitucionais do processo*, do escrito, *Defesa, contraditório, igualdade e par condicio na ótica do processo de estrutura cooperatária*, in: GRINOVER, *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*, op. cit., p. 15.

6 GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 01.

os órgãos jurisdicionais, sua competência e suas garantias; os princípios fundamentais do processo, no plano constitucional, englobam o direito de ação e a defesa e outros postulados que deste decorrem: o juiz natural, o contraditório, o princípio da iniciativa, os poderes e deveres do juiz e das partes, a assistência judiciária, etc. *A jurisdição constitucional, por sua vez, compreende o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração e a jurisdição constitucional das liberdades e dos atos da Administração e a jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais processuais (habeas corpus, mandado de segurança, ação popular)*.<sup>7</sup> (grifei)

No campo do devido processo legal, há ricas contribuições de Ada Pellegrini Grinover ao enfoque constitucional-garantista do direito processual, ainda antes da Constituição de 1988.

“Garantias das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do *devido processo legal*, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo.

Garantias, e não direitos, porquanto são de índole assecuratória, e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos e guardando com estes uma relação de instrumentalidade.

Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões”.<sup>8</sup>

“Desse modo, as garantias constitucionais do devido processo legal convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia da imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente”.<sup>9</sup>

E mesmo no campo dos processos coletivos, no qual Ada Pellegrini Grinover é a grande pioneira e expoente, não somente no Brasil como nos países de *civil law*,<sup>10</sup> – tema sobre o qual liderou grupo constituído por Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, em 1983, que redigiu a primeira versão do Anteprojeto de lei de ação civil pública -, a homenageada encontra fundamentos constitucionais para a tutela coletiva, como ela própria anota:

“Em segundo lugar, é digna de relevo a ideia de que as associações que atuassem na defesa de seus associados seriam, na verdade, investidas de legitimação ordinária, porquanto estariam perseguindo em juízo suas próprias finalidades institucionais e, conseqüentemente, interesses próprios. *Não é difícil chegar a essa conclusão, seja levando em conta as normas constitucionais que estimulam a solidariedade social também pelo reconhecimento de entidades associativas* (arts. 160, 176 e 153, § 28, da Constituição);”<sup>11</sup> (grifei)

Partindo do processo coletivo já bastante consolidado entre nós, da ideia de indivisibilidade de certos direitos, especialmente aqueles de segunda e terceira geração, e especialmente dos avanços alcançados no campo da eficácia dos direitos fundamentais, bem como do modelo de Estado Democrático de Direito concebido por uma Constituição repleta de garantias individuais e coletivas, se estava bem a meio caminho do tema da judicialização de políticas públicas.

7 GRINOVER, *As garantias constitucionais do direito de ação*, op. cit., p. 02.

8 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 07.

9 GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 08.

10 “Entre nós, o interesse pela matéria surgiu logo após, mediante três trabalhos doutrinários: foi pioneiro o de José Carlos Barbosa Moreira, preparado em Florença e publicado no Brasil, em 1977. Seguiu-se o de Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, consolidando palestras e conferências proferidas desde 1976. E, quase concomitantemente, o de Ada Pellegrini Grinover, que do segundo ainda não tivera conhecimento. O que demonstra, uma vez mais, a coincidência de esforços e a convergência de interesses, conquanto isoladamente manifestados, quando os tempos estão maduros para produzirem seus frutos. Multiplicaram-se, a partir daí, os trabalhos sobre o argumento, não se podendo olvidar, nessa sumária resenha, a importante monografia de Vincenzo Vigoriti, que surgiu na Itália, em 1979, nem o fato de a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo ter dedicado, em 1981, um inteiro semestre à matéria, integrante da disciplina ‘Processo constitucional’, dos cursos de Pós-Graduação.” GRINOVER, Ada Pellegrini (Coordenadora). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 02.

11 GRINOVER, *A tutela dos interesses difusos*, op. cit., p. 179.

A consolidação da ideia de direito processual constitucional, da qual Ada Pellegrini Grinover é a maior responsável no país, e a visão de processo como instrumento hábil para a efetivação de direitos e garantias fundamentais, aliadas à mutação do papel do Judiciário em face da omissão ou incorreção do Poder Público, apontava para um novo cenário na tutela de direitos.

Neste contexto, as políticas públicas são os vetores que conduzem o Estado à satisfação dos direitos fundamentais, previstos na Constituição, e na medida em que o judiciário controla essa atuação ou inação dos demais poderes, por meio do *judicial review*, está realizando, segundo a homenageada, controle de constitucionalidade.

Enfim, honrando sua raiz constitucional, Ada Pellegrini Grinover apontou uma vez mais, e com absoluto acerto, no sentido de potencializar a dimensão constitucional do processo, na qual esse é instrumento de efetivação de direitos e garantias fundamentais.

### 3. O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO FORMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O cerne do presente escrito é a seguinte passagem da homenageada:

“No Estado Democrático de Direito, o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa neutralização de sua atividade. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal. [...] *O controle de constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado*”.<sup>12</sup> (grifei)

Nessa passagem, anota Ada Pellegrini Grinover que o Judiciário, ao apreciar demanda na qual se discute certa política pública, em verdade realiza *controle de constitucionalidade* da ação ou inação dos poderes Legislativo e Executivo acerca dessa dada política, confrontando-a com os escopos do Estado segundo a dicção constitucional sobre o tema.

Eis o ponto central: nas ações de controle jurisdicional de políticas públicas ocorre *judicial review* da conduta dos outros poderes constituídos, portanto um verdadeiro controle de constitucionalidade.

Mas, a própria homenageada assevera que essa análise sobre a constitucionalidade da política pública – ou, mais comumente, da ausência ou imperfeição dela – não se opera num plano de confrontação direta e imediata; o contraste, se houver, deverá ser aferido em outro plano, mais delicado e complexo, analisando-se a própria política pública estatal (ou ausência dela) e os fins que a Constituição estipula para aquele direito fundamental a ser tutelado pela política pública.

O *modus operandi* desse tipo de controle de constitucionalidade é bastante diverso do clássico, e o *judicial review* ganha conotação mais ampla e complexa.

Como se verá, nessa forma de controle de constitucionalidade há a transmutação da ideia do processo como garantia de direitos individuais para a de controle de políticas públicas (um direito coletivo implementado pelo Estado).

#### 3.1. O CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE E A ADOÇÃO ORIGINÁRIA DO JUDICIAL REVIEW NO DIREITO BRASILEIRO: A OBRA DE RUY BARBOSA

Para poder notar as alterações de função e objeto no controle difuso de constitucionalidade brasileiro, com o advento do controle de judicial de políticas públicas, é necessário iniciar a partir da concepção original do *judicial review* no Brasil. Para tanto utilizar-se-á obra de seu maior expoente no país, Ruy Barbosa.<sup>13</sup>

12 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 125-150, p. 129.

13 BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Capital Federal Companhia Impressora, 1893.

Desde já é possível indicar que, mesmo com as distinções que há entre as duas formas de controle de constitucionalidade, existe entre elas uma base comum, que decorre da própria razão de ser do controle, ou seja, o *judicial review* concedido ao Poder Judiciário.

Nesse escrito, em que o Águia de Haia analisa hipótese concreta de atos do Poder Público emanados em abril de 1892 relativamente ao Estado de Sítio que ocorrera à época, em prejuízo às garantias individuais dos cidadãos envolvidos, dentre eles civis e militares, em flagrante desrespeito à Constituição Republicana de 1891, da qual Ruy Barbosa é o grande mentor. Para proceder à defesa dos cidadãos atingidos pelos atos de arbítrio do governo republicano, o insigne jurista – e ninguém melhor do que ele – faz extensa e profunda análise do modelo de controle de constitucionalidade instaurado pela Constituição de 1891 para extirpar qualquer dúvida sobre a possibilidade do Poder Judiciário (no caso, a Justiça Federal da época) analisar a constitucionalidade das medidas exaradas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Nesse sentido, tais fundamentos são verdadeiras lições acerca do modelo de controle de constitucionalidade que à época o Brasil acabara de adotar, sob fortíssima influência do pioneiro modelo norte-americano criado pelo juiz Marshall.

Nas passagens que se seguirão desta obra que é um dos marcos teóricos fundamentais do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, Ruy Barbosa analisa um caso concreto acerca da violação a um direito individual clássico de primeira geração: o direito à liberdade dos indivíduos envolvidos.

Primeiramente destaca-se um trecho no qual Ruy Barbosa aponta a origem norte-americana do modelo de controle adotado à época entre nós:

“Nesta excursão pelas novidades de um regimen inteiramente sem passado entre nós, atravez dos artificios, com que as conveniências e os infortúnios de uma epocha anormal lhe vão solapando o solo, e cavando-lhe mina a mina o esboroamento, nossa lampada de segurança será o direito americano, suas antecedentes, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha dele, e a propria lei nos poz nas mãos esse foco luminoso, prescrevendo, nos artigos orgânicos da justiça federal, que ‘os estatutos dos povos cultos, especialmente os que regem as relações jurídicas da Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de *common law* e *equity* serão subsidiarios da jurisprudencia e processo federal”.<sup>14</sup>

É bem interessante para a análise do controle de políticas públicas como o autor pontua que nossa ideia de democracia e controle de poder é muito baseada na ideia de autoridade legislativa – representação pelo voto –, ao passo que para os americanos o sistema político como um todo, inclusive o império da lei, está subordinado à *supremacia da Constituição*, que se impõe inclusive sobre os poderes Legislativo e Executivo. Este elemento de que a Constituição contém o *núcleo fundamental da democracia de um povo* é muito rico para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade via políticas públicas na medida em que o Judiciário deverá compatibilizar tais políticas com os escopos perseguidos pelo Estado:

“A nossa politica de phraseologia, a nossa ausencia de educação juridica, os vicios francezes de nossa disciplina intellectual levam-nos a confundir a nação com as assembléas representativas, e a usar indifferentemente da palavra *soberania*, quando nos referidos ao povo, ou quando nos referimos ao corpo legislativo. ‘A revolução avesou-nos ao despotismo das assembléas’ (dizia Laboulaye aos constituinte de 1871), ‘e apenas de hontem para cá é que se principia a falar, entre nós, em limites ao Estado. Si, entretanto, olharmos para a historia, veremos que o progresso da liberdade é simplesmente uma redução successiva do governo’. ‘Os franceses’ (poderíamos dizer os brasileiros) ‘vêm nas camaras a voz da nação; e, como nada póde coartar a vontade nacional, tambem nos parece que nada póde limitar a auctoridade legislativa das assembleias. Identificamos o mandatario e o mandante, deploravel confusão, que confisca a soberania nacional em proveito de alguns homens, entregando-lhes o paiz á mercê. Para os americanos, ao contrario, a soberania é inalienavel; os deputados têm apenas um poder subalterno e derivado; nunca lhes seria dado esquecer que o povo é o seu soberano, e que não lhes assiste direito nenhum de excederem o mandato por elle conferido. Esse mandato é a Constituição’. Numa palavra, conclue esse eminente espirito, ‘todo o systema politico dos americanos assenta no principio de que ha uma lei, a que o legislador está submetido. Essa lei, *dirigida contra a omnipotência das assembléas*, é a Constituição”.<sup>15</sup>

14 BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 15-16.

15 BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 27-28.

Enfim, para Ruy Barbosa, o grande mérito da adoção, dentre nós, do modelo de *judicial review*, é a contenção de abusos do poder Legislativo. Em boa medida, e acrescentando-se à fala de Ruy, nos tempos atuais e relativamente às políticas públicas, não só a inoperância do Legislativo mas também, e principalmente, a do Executivo, na omissão ou equívoco na implementação de políticas públicas:

“O merito capital da Constituição brasileira é ter aproveitado esta lição, buscando precaver-nos, pela transplantação da idéa americana, contra a tyrannia parlamentar, que os mais convencidos propugnadores do parlamentarismo constituinte confessam mais fatal aos direitos dos cidadãos do que qualquer outra tyrannia”.<sup>16</sup>

Vê-se claramente nesse controle a ideia de supremacia do Judiciário em face da sistemática constitucional:

“Fôra desse insulado, a idéia prima das federações é a limitação do poder legislativo pela Constituição e a expansão do poder judiciario como organ supremo da hermeneutica constitucional”.<sup>17</sup>

“Hamilton escrevia, na sua apologia immortal do regimen americano: ‘Se existe axioma politico irrefragavel, é o que prescreve ao poder judiciario extensão igual à do legislativo’. Com a mesma energia insiste Story neste dogma de politica constitucional, e, com elle, Kent, Hare, Cooley, todos esses luzeiros que illuminam a sciencia do direito federativo. E Tocqueville, cuja auctoridade não empallidece entre essas, diz: ‘O âmbito do poder judicial, no mundo politico, deve ser commensurado ao do poder electivo. Si estas duas coisas não andarem a par, o Estado acabará por cahir em anarchia, ou servidão’”.<sup>18</sup>

Não passou despercebido a Ruy Barbosa que nessa função de controladora do poder Legislativo, à magistratura deveria ser reconhecida legitimidade política para tanto. Valendo-se de uma passagem de Hamilton, defende que os tribunais devam ser considerados um “corpo intermediário entre o povo e a legislatura”, exatamente com a missão de controlá-la, sempre com base na Constituição. Essa visão é atualíssima e traz subsídios inclusive para fundamentar e legitimar, politicamente, o controle constitucional de políticas públicas:

“Dizem que o corpo legislativo é o juiz constitucional de seus proprios poderes, e que sua maneira de interpretar-os é obrigatoria para os outros ramos do governo. Mas podemos revidar que tal presumpção não é natural, desde que nenhuma clausula da Constituição deixa de inferil-a. Fôra suppor que a Constituição tivesse em mira habilitar os representantes do povo a substituírem *pela sua vontade* a de seus comittentes. *Muito mais razoavel será crer que ella contemplasse os tribunaes como um corpo intermediário ao povo e á legislatura, com o fim, entre outros, de prendel-a nos limites á sua auctoridade.* Interpretar as leis é jurisdicção propria e peculiar dos tribunaes. Uma Constituição é, de facto, e pelos juizes deve ser havida como a lei fundamental. *Aos juizes, portanto, compete verificar o pensamento della, assim como o dos actos legaes do corpo legislativo. Acontecendo haver desintelligencia irroconciliavel entre os dois, ha de necessariamente primar o de mais força; por outra: a Constituição deve prevalecer à lei, a intenção do povo á de seus agentes*”.<sup>19</sup> (grifei)

Especificamente sobre a função e o objeto do controle de constitucionalidade pelo *judicial review*, há na clássica obra de Ruy Barbosa alguns aspectos relativos ao modelo adotado pela Constituição de 1891 que parecem destoar daquele modelo de controle realizado na judicialização de políticas públicas.

O primeiro dado destoante tem a ver com o contexto político-econômico da época, que notadamente era liberal e que por isso se distancia bastante do perfil dirigista e social da Constituição de 1988.<sup>20</sup>

A partir dessa premissa liberal que está na base do pensamento de Ruy Barbosa e na adoção original do *judicial review* no Brasil, pode-se observar que há duas características básicas no modelo de controle difuso defendido por Ruy Barbosa: i) a inconstitucionalidade do ato legislativo deverá ter afetado um *direito individual subjetivo* – nunca é demais lembrar que no caso concreto sob análise do autor violou-se o direito liberal por excelência, a *liberdade* de seus consulentes – e; ii) daí decorre que haveria uma restrição quanto ao controle de atos dos demais poderes que tenham uma conotação que transcenda esses limites individuais subjetivos, como sói acontecer no controle de políticas públicas. Assim, o autor aponta a necessidade de uma certa limitação

16 BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 37-38.

17 BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 80.

18 BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 85.

19 BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 71.

20 “D’antes a função do liberalismo era demarcar limites à potestade dos reis. A função futura do verdadeiro liberalismo será limitar a discreção do parlamento.” BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 35.



da atuação jurisdicional em tema de questões que não envolvam direitos individuais.

Vejam os:

“A esfera do tribunal é unicamente decidir acerca dos *direitos individuais*, não investigar de que modo o executivo (ou seus funcionários) se desempenha de encargos commettidos á sua discreção [...]”

Nestes três lances resae varias vezes a noção de que os tribunales só não podem conhecer da inconstitucionalidade, imputada aos actos do poder executivo, quando esses actos se abrangem na categoria daquelles, que são confiados á sua discreção, e não interessam garantias individuais. Si entendem com essas garantias, e não se comprehendem na acção constitucionalmente discrecionaria do poder, esses actos constituem materia judicial. No caso contrario, são propriamente politicos”.<sup>21</sup> (grifei)

“Hare, no seu precioso curso de Constituição americana, examina uma serie de hypotheses, assinaladas todas pelo mesmo cunho: poderes de ordem essencialmente discrecionaria, taes como o do presidente em optar e intervir, com as forças da União, entre dois governos coexistentes e rivaes no mesmo Estado, ou o do Congresso em condemnar o governo de um Estado como não republicano, sob a faculdade, que, em termos indefinidos, lhe outorga o art. IV do pacto federal.

Toda a gente percebe que subordinar attribuições desta ordem á instancia revisora dos tribunales seria grosseiro contrasenso e rematada confusão. É irregular, ou desastrosa a declaração de guerra? Intempestiva, ou perigosa a mobilização da milicia? desigual, ou oppressiva a fixação dos tributos? Parcial, ou inepta a ingerencia federal nas luctas intestinas dos Estados? São questões de natureza opinativa, que se resolvem, não de accôrdo com regras preestabelecidas e formaes, mas segundo o critério da observação, da previdencia, da utilidade. São, portanto, questões de governo. Incumbem á esfera do administrador, do estadista. A justiça, porém, gyra unicamente no circulo das relações, acerca das quaes o dever e o direito se determinam pela vontade positiva da lei”.<sup>22</sup>

“O arbítrio, administrativo, ou legislativo, onde a Constituição o auctoriza, o arbitrio de cada função politica no circulo de si mesma, tem sempre o seu termo nos direitos individuais, ou collectivos, que a propria Constituição garante. ‘A materia de um pleito é politica e alheia ao dominio da justiça’, diz Pomeroy, ‘tão sómente quando envolve a existencia *de jure* de um governo, ou a legalidade de medidas *puramente governativas* (*purely governmental*)’. Mas, si o acto não prende *exclusivamente* com interesses politicos, si, de envolta com estes, ha *direitos individuais, de existencia constitucional, que elle atropella, a jurisdicção dos tribunales então é innegavel; por ella, de seu natural, abrange todo o campo das questões, onde se acharem fundamentalmente interessados o direito e a propriedade particulares*. Esta distincção, respeitando a circunferencia privativa a cada poder nas extremas de sua discreção legal, não permite que essa circunferencia alongue arbitrariamente o seu diâmetro, ou seu multiplique em pretensões excêntricas ao seu objecto”.<sup>23</sup> (grifei)

“Actos *politicos* do Congresso, ou do executivo, na accepção em que esse qualificativo traduz excepção á competencia da justiça, consideram-se aquelles, a respeito dos quaes a lei confiou a materia á discricção prudencial do poder, e o *exercício della* não lesa direitos constitucionais do individuo.

*Em prejuizo destes o direito constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes.*

[...] Numa palavra:

*A violação de garantias individuais, perpetrada á sombra de funções politicas, não é immune á acção dos tribunales.*

*A estes compete sempre verificar si a attribuição politica, invocada pelo excepcionante, abrange em seus limites a faculdade exercida”.<sup>24</sup>*

Em realidade, tendo em vista a ideologia política, social e jurídica da época, é claro que não poderia ser outra a solução em face do exercício do controle de constitucionalidade de atos normativos. A evolução da ciência jurídica, e especialmente a ideologia da Constituição de 1988 é que propiciaram a expansão da função e do objeto do controle de constitucionalidade em sede de políticas públicas.

21 BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 132-133.

22 BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 136-137.

23 BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 138-139.

24 BARBOSA, *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*, op. cit., p. 144.

Contudo, muito embora haja diferenças substanciais entre os dois momentos históricos, decorrentes dessa mudança de paradigma constitucional de 1891 a 1988, no cerne da questão há, em comum entre ambas, o fato de ser o Judiciário autorizado a controlar a constitucionalidade dos atos dos demais poderes como medida de contenção de forças e necessidade de salvaguardar e efetivar a tutela de direitos, e isso também pode ser observado nas referidas passagens de Ruy Barbosa.

### 3.2. O JUDICIAL REVIEW NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: ADA PELLEGRINI GRINOVER

O controle concreto de constitucionalidade via *judicial review*, conforme anotado no item anterior, passou por algumas mudanças, especialmente pós 1988, e, mesmo sem perder a sua essência de fazer com que o Judiciário anule os atos dos demais poderes que contrastem com a Constituição, se *expande* para permitir, além da mera nulidade, a *criação e a concretização da política pública* que a princípio caberia aos outros poderes.

Conforme também já referido (item 3), coube à Ada Pellegrini Grinover destacar que quando assim age o Judiciário faz controle de constitucionalidade da política pública – ou ausência dela.

Reconhecendo a origem norte-americana de nosso modelo de controle concreto, aduz a autora que:

“Mas já em 1891 os Estados Unidos da América haviam introduzido em seu sistema a *judicial review*, a partir do controle de constitucionalidade inaugurado pelo juiz Marshall no famoso caso Madison *versus* Marbury, em que se afirmou a supremacia da Constituição, a ser aferida em relação à lei, que poderia assim ser fulminada. E não será demasiado lembrar que o sistema constitucional brasileiro tem suas raízes no norte americano”.<sup>25</sup>

O mais importante de se destacar, contudo, é que a autora anota com proficiência a guinada política pela qual passou o Estado brasileiro, e as consequências jurídicas daí advindas:

“A transição entre o Estado liberal e o Estado social promove alteração substancial na concepção do Estado e de suas finalidades. Nesse quadro, o Estado existe para atender ao bem comum e, conseqüentemente, satisfazer direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social. Surge a segunda geração de direitos fundamentais – a dos direitos econômicos-sociais –, complementar à dos direitos de liberdade. *Agora, ao dever de abstenção do Estado substitui-se seu dever de um dare, facere e praestare, por intermédio de uma atuação positiva, que realmente permita a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos. E a função de controle do Poder Judiciário de amplia*”.<sup>26</sup> (grifei)

“Mas foi a Constituição de 1988 que trouxe a verdadeira guinada: em termos de ação popular, o art. 5º, inc. LXXIII, introduziu a seguinte redação: [...] Mas a Constituição de 1988 fez mais: *no art. 3º fixou os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*, da seguinte maneira: [...] E, para atingir esses objetivos fundamentais (aos quais se acresce o princípio da prevalência dos direitos humanos: art. 4º, II, da CF), o Estado tem que se organizar no *facere e praestare*, incidindo sobre a realidade social. É aí que o Estado Social de Direito transforma-se em *Estado Democrático de Direito*”.<sup>27</sup> (grifei)

Com esses preceitos Ada Pellegrini Grinover estabelece os fundamentos para sustentar a admissão do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil, com apoio em julgados paradigmáticos das Cortes Superiores, para a atuação do Judiciário em tema de políticas públicas: a garantia do mínimo existencial, a reserva do possível, a razoabilidade como ponto de adequação entre o fim buscado e as medidas empregadas, e as vias processuais adequadas para se buscar a implementação de políticas públicas.

Tendo em vista que *as políticas públicas são a forma de alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil*, o controle delas, realizado pelo Judiciário, não fere a tripartição dos poderes, nem são elas matéria que se albergam na redoma da antiga tese da inatingível discricionariedade administrativa.<sup>28</sup>

25 GRINOVER, *Controle jurisdicional de políticas públicas*, op. cit., p. 125.

26 GRINOVER, *Controle jurisdicional de políticas públicas*, op. cit., p. 126.

27 GRINOVER, *Controle jurisdicional de políticas públicas*, op. cit., p. 127-128.

28 “De mais a mais, a própria ideia de *soberania* do órgão legislativo ordinário está superada desde 1803, quando a Suprema Corte norte-americana, apreciando o célebre caso Marbury *versus* Madison, formulou a teoria da *judicial review*, pela qual se reconheceu competência ao Judiciário para invalidar os atos legislativos contrastantes com a Constituição”. GRINOVER, *Controle jurisdicional de políticas públicas*, op. cit., p. 169-170.

De fato se está diante de uma ampliação de poderes atribuídos ao Poder Judiciário, para alguns chamado de ativismo judicial,<sup>29</sup> que nos tempos atuais, e com vistas ao mister de efetivação dos direitos fundamentais, deverá assumir – não sem riscos de excesso no seu atuar, evidentemente – a responsabilidade na implementação de políticas públicas, o que se justifica também pela força normativa que se atribui aos preceitos principiológicos.

Interessante destacar que em passagem escrita logo após a edição da Constituição de 1988 Ada Pellegrini Grinover apontara exatamente a necessidade de um corpo de magistrados que tivesse uma atuação mais condizente com as garantias que a recém Constituição previa.

“[...] del quadro generale delle garanzie processuali civili nella nuova costituzione brasiliana, vi è ancora da aggungere che agli accresciuti poteri del giudice ed al suo ruolo di protagonista come arbitro di nuovi conflitti, non dovrà corrispondere, in Brasile, un eccessivo timore di un ipotetico ed improbabile governo di giudici. I soprusi e la prepotenza ci sono sempre pervenuti, in cinque secoli di storia, dal Potere esecutivo. E se il giudice brasiliano ha un difetto, è piuttosto quello della timidezza, e non di un’audacia eccessiva. Bisognerà, naturalmente, aperare un cambio di mentalità, sia del giudice (a cominciare dalla sua preparazione e dai criteri di selezione), sia dei diversi operatori del diritto, sia degli utenti stessi della giustizia”.<sup>30</sup> (grifei)

Isso se aplica de maneira perfeita à atuação dos juízes em demandas envolvendo políticas públicas, especialmente no que ainda hoje é bastante ineficiente mas já era indicado pela autora como relevante, ou seja, a mudança de mentalidade, inclusive a forma de preparação e critérios de seleção dos juízes.

No mais, há de se destacar que ocorreu uma forte mudança no âmbito dos direitos constitucionais, que evoluíram sensivelmente *do individual para o coletivo*, por força do modelo constitucional adotado, de maneira que hoje, além dos direitos individuais liberais – de primeira geração –, a Carta é igualmente rica de direitos sociais e transindividuais – segunda e terceira geração –, que dão um novo contorno à atuação jurisdicional e ao controle de constitucionalidade.

“Sem minimizar a importância das situações jurídicas estritamente individuais, o Direito moderno, notadamente no campo constitucional e processual, vem se desprendendo de uma atmosfera impregnada do liberalismo individualista para um ambiente marcado pela progressiva acentuação das exigências de ordem social”.<sup>31</sup>

E é claro que a estreita relação que deve haver entre direito e processo se manifesta fortemente nesse tema. Ao controlar a constitucionalidade de uma dada política pública, caberá ao juiz, caso verifique o desvio dos fins constitucionais na atuação ou omissão do poder público, deverá impor decisão tipicamente de tutela específica, determinando a concretização de meios que garantam, no plano prático, a satisfação do direito fundamental que está sendo violado.

#### 4. BREVE SÍNTESE CONCLUSIVA

É hora de concluir.

A obra de Ada Pellegrini Grinover é multifacetária, transitando, e mais do que isso, aproximando, fundindo, especialmente o direito processual e o direito constitucional, e fazendo surgir uma visão garantista e rica de interpretações principiológicas da atuação jurisdicional. É possível notar com clareza que a raiz constitucional da homenageada está presente e é o cerne das suas grandes contribuições ao processo.

O tema do controle de constitucionalidade se situa exatamente no epicentro das questões que ligam direito e processo, na medida em que a jurisdição, atuada por meio do processo, dá vida e corpo às normas constitucionais. O processo como instrumento de efetivação de direitos, nesse caso de direitos constitucionalmente reconhecidos.

29 “A expressão *ativismo judicial*, mais ligada à terminologia norte-americana, é empregada de diferentes maneiras. O núcleo central do conceito, entretanto, relaciona-se com a amplitude da intervenção do Judiciário no controle das políticas legislativas e executivas. V. Lawrence Baum, *A Suprema Corte Americana*, 1987, p. 17-19.” BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 7. ed., 2004, p. 127, nota 18.

30 *In: Le garanzie del processo civile nella nuova costituzione brasiliana*, in: GRINOVER, *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*, op. cit., p. 110.

31 GRINOVER, *Controle jurisdicional de políticas públicas*, op. cit., p. 140.

A forte tendência recente de judicialização das políticas públicas no Brasil é argutamente considerada por Ada Pellegrini Grinover uma forma de controle de constitucionalidade, de cunho concreto, por óbvio. É evidente que essa alteração demanda o reconhecimento de legitimidade ao Poder Judiciário para adentrar nesses temas.

A partir dessa observação da homenageada é possível anotar uma séria de peculiaridades dessa forma de controle concreto de constitucionalidade em relação ao tradicional e clássico controle difuso:

- i. o controle não se dá somente com base em direitos individuais, mas é próprio das políticas públicas a dimensão coletiva dos direitos violados;
- ii. o controle não se restringe a atos normativos emanados pelos poderes Legislativo e Executivo, mas especialmente sobre a ausência ou inadequações quanto a programas relacionados com direitos fundamentais constitucionalmente previstos;
- iii. o reconhecimento de inconstitucionalidade não implica a mera nulidade do ato impugnado, mas sim a necessidade de construção ou adequação da política pública violada pela inconstitucionalidade, seja por meio da constrição ao(s) poder(es) responsável(is), seja pelo próprio Poder Judiciário em comando de tutela específica;
- iv. nesse sentido, o controle de constitucionalidade por meio da judicialização de políticas públicas tem *função* de implementar, concretamente, direitos fundamentais, e não tão somente ver reconhecida a sua inconstitucionalidade, e *objeto* mais amplo do que a tradicional proteção judicial de direitos individuais, abarcando especialmente os direitos de índole coletiva, como devem ser prioritariamente tratadas as políticas públicas.

Exatamente por conta dessas alterações na função e no objeto do controle concreto de constitucionalidade, demandando uma intervenção processual mais efetiva, é que a figura de Ada Pellegrini Grinover destaca-se como uma das mais aptas à contribuir para a defesa e a consolidação desse novo paradigma do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, que muito depende da ciência processual para conformar da maneira mais eficiente e garantista possível a atuação do Judiciário, via *judicial review*, a consecução dos fins do Estado Democrático de Direito consagrados na Constituição de 1988.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA, Ruy. *Os actos inconstitucionais do congresso e do executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Capital Federal Companhia Impressora, 1893.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 7. ed., 2004.
- CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2014, 30. ed.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- \_\_\_\_\_. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- \_\_\_\_\_. *O processo em sua Unidade – II*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- \_\_\_\_\_. (Coordenadora). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- \_\_\_\_\_. *O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- \_\_\_\_\_. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coords.) *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 125-150.
- YARSHHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (Organizadores). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

# EL CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS EMITIDAS POR EL PODER JUDICIAL FEDERAL EN RELACIÓN A LOS LAUDOS ARBITRALES RESUELTOS POR LA COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO

Carina Gómez Fröde<sup>1</sup>



## PARA MIS QUERIDOS PROFESORES ADA PELLEGRINI GRINOVER Y JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Coyoacán, marzo, 2018

*“Se puede pasar fugazmente por la cátedra, sin que eso pruebe ningún llamado interior, se puede pasar por ella como una experiencia cualquiera de la vida, en la actitud del que busca y no encuentra su acomodo, pero durar en ella, envejecer en la cátedra, esa es la prueba definitiva. Sólo lo hacen los que sienten amor por la enseñanza, fervor por la tarea de modelar a la juventud. Sin ese amor, la larga permanencia sería una forma de esclavitud. Por ello son dignos de ser considerados como ejemplo, aquellos maestros a quienes ni la edad, ni la fatiga, ni la desilusión en la lucha, ni el éxito alcanzado en su profesión, han sido bastantes para alejarles de la cátedra.”*

*Ignacio Chávez* - Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México

Con gusto acepté participar en este merecido homenaje. Me vino a la memoria cuando yo le pedí a la Profesora Ada que escribiera para el homenaje a mi padre Cipriano Gómez Lara. Con esa gran personalidad y simpatía que irradiaba, Ada me mandó el siguiente relato que ahora tengo el gusto de compartirles:

*Estávamos, Cipriano, eu e alguns outros, no evento promovido num país situado na América do Sul ou Central, mas não na Capital e sim no interior. Perguntámo-nos incessantemente, Cipriano e eu, por que motivos arcanos a organização do evento tinha escolhido um lugarejo isolado, de nenhum atrativo, pobre e desolado, entre tantos*

<sup>1</sup> Carina Gómez Fröde es doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Es actualmente Directora General de Arbitraje Médico en la CONAMED. Fue jefa de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y Directora del Seminario de Derecho Procesal. Fundadora de la videoteca jurídica de dicha institución. Abogada postulante en derecho procesal familiar y autora entre otros de Derecho Procesal Familiar (Porrúa) y El arte cinematográfico para la enseñanza del derecho y de la teoría general del proceso (Tirant Lo Blanche). Es miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Vicepresidente por México, Centroamérica y el Caribe del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y Ex Presidente del Colegio Nacional de Profesores de Derecho Procesal.

*muito mais atraentes existentes no país. “Pela beleza da região”, foi a resposta, e nós tentávamos em vão descobrir essa beleza, enquanto só avistávamos uma planície monótona e desolada, com algumas montanhas perdidas ao longe e um arruamento com casas sem graça. “Há uma cidade muito bonita nas montanhas”, disseram, mas ninguém nos levou para lá nas horas que sobravam das atividades do evento. “Temos até um vulcão nas proximidades, lindo, lindo” e Cipriano, Karin e eu perguntamos se poderíamos visitá-lo. “Ah, a visita consta da programação oficial. Vamos levar todos os congressistas para lá e jantaremos num restaurante muito bonito, especializado nas trutas pescadas no rio próximo ao vulcão”. Menos mal, pensamos, vamos finalmente ver alguma coisa: as montanhas, o vulcão, o rio – e vamos nos regalar com as trutas recém pescadas.*

*Saimos todos, de ônibus, às 8 da noite. Já estava escuro, e andamos como 2 horas sem ver absolutamente nada, a não ser as curvas da estrada e uma ou outra casinha construída na beira. Sabíamos que estávamos em meio às montanhas, mas a paisagem era totalmente oculta, a não ser por algumas árvores que os faróis do ônibus iluminavam.*

*Chegamos, finalmente, a uma construção isolada e Cipriano me perguntou: será que o vulcão está iluminado. Oxalá, respondi, mas duvido muito. Não estava. Na escuridão de breu fomos encaminhados diretamente ao restaurante. Amplo, bonito – é verdade – mas um restaurante como tantos outros. Sentamos na mesma mesa, lado a lado, Cipriano, Karin e eu. “Agora, virão as trutas ...” comentei cheia de expectativas. Não havia truta alguma. Tratava-se de um self-service com comida bastante banal.*

*Servimo-nos e comemos. Ai, Cipriano, Karin e eu nos olhamos e desatamos a rir. “Mas por que nos trouxeram até aqui?”, “Para experimentar a comida de um self-service?”, “Duas horas de viagem para chegar a um self-service”, “Será que não haveria outro perto do hotel?”, “E agora ainda temos duas horas de viagem para voltar”. Ríamos sem parar e os organizadores vieram saber a razão de tanta alegria. “Programa de índio”, respondi, e eles não entenderam nada.*

*Gosto de lembrar de Cipriano assim, alegre, bem humorado, sabendo dar risada dos acontecimentos e da vida, disposto a qualquer sacrifício para dizer “presente”. E presente ele sempre estará entre nós e, sobretudo, na minha lembrança e no meu coração.*

Mis padres Cipriano y Karin, tuvieron la fortuna de entablar una gran amistad, tanto con Ada, como con el Profesor José Carlos Barbosa Moreira y su esposa Shilka. En las XI Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal celebradas en Río de Janeiro en el año de 1988 intercambiaban libros y experiencias de vida. Se reían a carcajadas cuando Shilka contaba cómo había conocido a su marido. Habían viajado por los Estados Unidos en un viaje de paseo, la mamá de José Carlos y un hermano de José Carlos. Durante el recorrido que había durado bastantes semanas, habían conocido y disfrutado a Shilka. Una vez de regreso en Brasil, los compañeros de viaje solían reunirse frecuentemente. En una ocasión, el hermano de José Carlos no pudo acudir con su madre a la cita y fue José Carlos quien decidió acompañarla, sin saber todavía que ese día conocería al amor de su vida.

## (THE FULFILLMENT OF SENTENCES ISSUED BY THE FEDERAL JUDICIAL POWER IN RELATION TO THE ARBITRAL AWARDS RESOLVED BY THE NATIONAL COMMISSION OF MEDICAL ARBITRATION)

RESUMEN	ABSTRACT
El propósito de este artículo es realizar una revisión de la impugnación ante los jueces federales contra los laudos arbitrales dictados por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico. Se exponen de manera sintética los argumentos más importantes para la emisión de nuevos laudos así como las razones por las cuáles, en muchos casos se ha sostenido el mismo criterio.	The purpose of this article is to conduct a review of the challenge before federal judges against the arbitration awards issued by Comisión Nacional de Arbitraje Médico. The most important arguments for the issuance of new awards are explained in a synthetic manner, as well as the reasons why in many cases the same criterion has been maintained.

**SUMARIO:** I.- INTRODUCCIÓN, II.- FALLECIMIENTO DE UN NIÑO POST-OPERADO DEL

CORAZÓN, III.- ABANDONO DE UN PACIENTE OPERADO DE ESPLENECTOMÍA, IV.- FALTA DE INFORMACIÓN AL PACIENTE DE LA COLOCACIÓN DE UN CATÉTER DOBLE J EN UN PROCEDIMIENTO DE LITOTRIPSIA, V.- RUPTURA DE UN LENTE INTRAOCULAR, VI.- SOBREDOSIFICACIÓN DE ANTICOAGULANTE, VII.- PÉRDIDA DE ÓRGANO DENTARIO, VIII.- TRATAMIENTO ODONTOLÓGICO, IX.- CONCLUSIONES

## I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos cinco años la Dirección General de Arbitraje de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico ha resuelto 338 arbitrajes médicos y ha emitido 159 laudos que decretaron mala práctica y 174 se emitieron sin mala práctica médica.

El criterio para determinar si existe o no mala praxis se establece mediante la celebración de Plenos o sesiones semanales en las que se reúnen médicos y abogados a efecto de discutir cada uno de los casos que son sometidos a arbitraje.

Una vez que las partes son notificadas legalmente del laudo emitido, éstas gozan de acuerdo a la Ley de Amparo con quince días hábiles para promover juicio de amparo, siempre y cuando consideren que han sido violentados derechos fundamentales contenidos en nuestra Carta Magna.

AÑO	LAUDOS EMITIDOS	AMPAROS PROMOVIDOS	PORCENTAJE DE INCONFORMIDAD
2013	92	13	14.1%
2014	55	14	25.4%
2015	37	9	24.3%
2016	83	12	14.4%
2017	71	7	9.8%
	<b>Total 338</b>	<b>55</b>	<b>16.2%</b>

En los últimos años nuestra preocupación mayor ha sido mejorar el contenido de nuestros laudos, hacer que el lenguaje médico pueda ser comprendido fácilmente por ambas partes y, sobre todo, que el laudo sea congruente, exhaustivo y con la suficiente motivación para que no quede duda de las razones por las cuales se concluye de una determinada manera y no de otra. El tratar de convencer a ambas partes de que nuestra resolución es justa y apegada a los principios de la Lex Artis es una tarea complicada y compleja. Ya lo decía Jürgen Habermas, el juez y filósofo alemán; ese es el reto mayor, es decir que ambas partes, incluso la que perdió acepte y comprenda las razones por las cuales, sus pretensiones no prosperaron o sus excepciones resultaron inoperantes. Muchas veces es necesario realizar abundantes consultas a bibliografía especializada, otras tantas no se cuenta con las pruebas suficientes para determinar de manera congruente el desarrollo del acto médico para así, disponer de mayores elementos para evaluarlo.

Durante los años 2016 y 2017 se interpusieron en contra de nuestros laudos 19 amparos. En 12 casos las instancias jurisdiccionales negaron los amparos a los quejosos, por tanto nuestros laudos adquirieron categoría de cosa juzgada. Sin embargo, en 7 amparos, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en cumplimiento a lo ordenado por los jueces, emitió nuevos laudos. No necesariamente en todos, se cambió el sentido, ni el criterio sostenido en el laudo primigenio, sin embargo es interesante revisar la forma en que se mejoraron las consideraciones para precisamente, hacer más convincente el resultado.

A continuación se relatan brevemente los siete casos, así como se analizan cuáles fueron los conceptos de violación esgrimidos por los quejosos, las razones por las cuales se les otorgó el amparo y la protección de la Justicia Federal, para al final, explicar en su parte conducente los fundamentos y las motivaciones que sirvieron para nuevamente resolver la controversia.

El análisis, la autocrítica siempre necesaria; nos ayuda a mejorar nuestros procesos de arbitraje, a poner mayor atención en la valoración de las pruebas ofrecidas por las partes, nos obliga a revisar las metodologías que utilizamos para llegar a conclusiones, a contar con mejores elementos de juicio en un futuro para lograr

ser más convincentes ante la sociedad y en particular frente a esas partes que tuvieron la convicción y la confianza de someterse al arbitraje, como la mejor forma para resolver su litigio.

## II. FALLECIMIENTO DE UN NIÑO POSTOPERADO DEL CORAZÓN

- a. La Conamed dictó laudo en el que condenó al hospital a pagar una indemnización al padre por el fallecimiento de su hija. El hospital promovió amparo aduciendo como conceptos de violación que dentro del expediente clínico se revelaban todas las atenciones médicas que se brindaron a la niña y que éstas siempre se realizaron en apego a los principios médicos y éticos de la práctica de la medicina humana.
- b. El Juez Federal otorgó el amparo y la protección de la Justicia Federal al quejoso ordenando a la Conamed dictar otro laudo en el cual se realizara una valoración de todas y cada una de las pruebas y se precisara de dónde emanaba la obligación de cuidados que debió haber cumplido el hospital demandado para evitar el fallecimiento de la niña.
- c. Esta Comisión en cumplimiento a la ejecutoria federal dictó nuevo laudo sin cambiar el sentido del laudo anterior, en el que se hicieron las siguientes consideraciones:

“De las valoraciones de las pruebas aportadas se concluyó que fueron suficientes para crear convicción en el sentido de que en el Servicio infantil, se omitió otorgar a la paciente la vigilancia médica estrecha y permanente que ameritaba su condición física, a pesar de que existía la indicación por la Unidad de Terapia Intensiva Pediátrica y que se requería la máxima diligencia en la atención en beneficio de la salud de esta menor; pues, no obstante de que en dicha Unidad se logró estabilizar a la paciente quien salió del estado de gravedad en el que se encontraba, presentando una evolución favorable, no se acreditó que una vez ingresada al Servicio mencionado, el personal a cargo de continuar la atención, actuara con la diligencia que el caso ameritaba, es decir, no se demostró el cuidado y la vigilancia estrecha indicada por la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos, lo cual atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se brindó la atención, permiten concluir que debido a las omisiones en la atención de la menor, el personal de salud del prestador del servicio no advirtió el momento en que la paciente presentó una complicación más, la cual no fue tratada en forma oportuna, lo que permitió su evolución a un estado de salud irrecuperable, pues se reportó su atención una vez que el cuadro se tornó irreversible (estado avanzado), existiendo datos de falla orgánica múltiple y falta de respuesta al tratamiento instaurado.

- d. El no advertir y atender de manera oportuna la evolución desfavorable de la paciente, permitió su evolución paulatina hasta agravarse, pues comprometió seriamente la función de distintos órganos, alcanzando el grado de choque refractario, esto significa que para llegar a dicho estado de gravedad la paciente cursó por las etapas previas de choque compensado y descompensado, en las cuales existía la posibilidad de recuperación de la enferma, empero no se demostró conducta médica alguna que acreditara la debida atención de la paciente, lo cual resultó determinante en este asunto, pues una vez que los pacientes evolucionan a choque irreversible, irremediablemente culminan con la muerte.

El citado incumplimiento de obligaciones de diligencia y medios, encuentra soporte en la literatura especializada, al establecer que ante la sospecha de situación de choque, debe adoptarse conducta médica en forma urgente, siendo el objetivo prioritario remontar la hipovolemia, garantizar una buena ventilación y oxigenación con soporte vital avanzado pediátrico, sin ignorar el tratamiento del agente etiológico y las posibilidades de intervención sobre la respuesta inflamatoria del huésped. La inmadurez (mayor a menor edad), supone menor reserva funcional por lo que hay que esperar fracaso orgánico precoz. La precocidad y contundencia de la intervención terapéutica es determinante en su evolución y pronóstico. Cada hora de demora en la instauración de medidas de reanimación incrementa la mortalidad un 50%.<sup>2</sup>

- e. El nuevo laudo sostuvo la condena hacia el hospital.

## III. ABANDONO DE UN PACIENTE OPERADO DE ESPLENECTOMÍA LE PROVOCÓ LA MUERTE

- a. La Comisión dictó laudo por el cual condenó a pagar a la sucesión del paciente fallecido un reembolso

2 Pérez R, Serrano O. Manejo inicial de la sepsis-shock séptico pediátrico. Bol Pediatr. 2006; 46(SUPL. 1), pp. 107-112.



por los gastos erogados, así como el pago de una indemnización. El médico interpuso amparo ante la justicia federal.

- b. Se otorgó amparo y protección de la justicia federal al quejoso: *...en virtud de que se advierte que efectivamente no está claro la relación causa efecto o nexo causal entre el incumplimiento de las obligaciones que se le imputa al hoy quejoso y la muerte del paciente. En efecto, la responsable estableció en su resolución que el aquí quejoso asumió el control del post operatorio, ya que así lo detalla la responsable al señalar textualmente en su resolución: no es obstáculo de lo anterior en que en el expediente por la atención del paciente se haya referido que fue atendido por un cirujano que no vino a juicio, en razón a que con el hoy demandado sin que fuera controvertido por las partes se acordó la atención y dio seguimiento o postoperatorio a la misma; por lo que en dicho supuesto opera la denominada representación aparente y por tanto debe responder civilmente por el acto médico quirúrgico y los efectos adversos indicados a lo largo del presente el laudo; lo que colocó al paciente en una situación de un riesgo creado que contribuyó al evento adverso que presentó el hoy finado... Sin embargo, bajo esa perspectiva de la representación aparente, no estableció en concreto qué conducta precisa y detallada es la que le imputa; para con ello colmar el “compromiso arbitral”, pues la responsable debió constreñirse a dejar establecido si el aquí quejoso había actuado con negligencia, impericia o dolo, en el punto de la representación aparente; de igual manera debió de explicar (si es que existe la conducta precisa) el por qué le pudiera imputar alguna conducta que precisamente fuera la causa del hecho de la muerte del paciente y argumentar de manera objetiva su efecto, un nexo causal que debe existir para atribuirle que fue la consecuencia del referido fallecimiento del paciente.. Lo anterior es así, pues si bien es cierto, la responsable establece diversas consideraciones que a su juicio determinan una mala praxis y abandono del paciente, también lo es que las mismas resultan ser ambiguas, es decir no son precisas en la conducta causal o nexo que se le reprocha al aquí quejoso al haber asumido el control post operatorio, pues la responsable se encontraba obligada a establecer con precisión en qué consisten esas conductas u omisiones que hayan sido precisamente la causa un nexo con la muerte de la persona fallecida, (determinando si efectivamente existe “negligencia, impericia o dolo en la atención postoperatoria proporcionada al paciente “como quedó señalado en el compromiso arbitral) ya que ello no está claro; sin pasar por alto que la propia responsable ubica al quejoso como el que asumió el control postoperatorio; es decir excluye la hipótesis del cirujano y de la ayudante del cirujano”.*
- c. Esta Comisión dictó nuevo laudo en el cual no cambió el sentido de la resolución, condenó al demandado al pago del reembolso exigido y a una indemnización; sin embargo en cumplimiento a la ejecutoria de amparo enfatizó lo siguiente: “No existen pruebas suficientes para establecer una representación aparente, ya que el único responsable de la atención médica lo fue el hoy demandado, ya que éste es el que único médico que aceptó la relación médico paciente y por lo mismo, el único responsable que elaboró la mayoría de las notas y recetas médicas que obran en el expediente.

La Guía de Práctica Clínica “Esplenectomía”, recomienda que deberá referirse a un enfermo candidato a esplenectomía electiva a un tercer nivel de atención cuando la unidad que brinda la atención médica no cuente con el personal especializado, equipo médico e insumos idóneos para realizar este procedimiento, como de igual forma cuando no cuente con Banco de Sangre certificado, unidad de radiodiagnóstico con ultrasonido y tomografía axial computarizada disponible 24 horas del día y Unidad de Cuidados Intensivos, o teniéndolo, no cuente con personal médico especializado en áreas de Hematología, Cirugía General, Anestesiología, Medicina Interna, Terapia Intensiva y Radiología. El paciente fue egresado por el demandado con un esquema antibiótico que no estaba recomendado por la literatura médica de la especialidad. Al egreso del paciente, no se documentó que se hayan dado las recomendaciones, cuidados y signos de alarma ante posibles complicaciones después de la realización de una esplenectomía.

El demandado no efectuó un seguimiento al post operatorio y abandonó al paciente, causándole con su abandono la muerte. Por lo anterior, apreciamos elementos de mala práctica por parte del demandado, al haber realizado un procedimiento de alto riesgo, como lo es la esplenectomía, en una institución hospitalaria que no contaba con el personal especializado, equipo médico e insumos idóneos para realizar el mismo, como de igual forma no contaba con Banco de Sangre certificado, unidad de radiodiagnóstico con ultrasonido y tomografía axial computarizada disponible 24 horas del día y Unidad de Cuidados Intensivos, como lo establece la Guía de Práctica Clínica “Esplenectomía”; no haber observado de forma puntual y correcta la Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012, Del expediente clínico, haber egresado al

paciente sin un manejo antibiótico sugerido por la *lex artis*, no haber documentado que le fueron explicados los cuidados y precauciones especiales que el paciente debía seguir en el post operatorio, como de igual forma no se documentó haberle señalado de forma puntual y específica los signos de alarma para identificar oportunamente complicaciones de la esplenectomía, y NO HABER DADO UN SEGUIMIENTO ESTRECHO AL POST OPERATORIO, lo que generó la muerte del paciente, en virtud de que permitió que se presentaran problemas infecciosos a nivel urinario, respiratorio, quirúrgico (dehiscencia de la herida) y probablemente a nivel de la cavidad abdominal (por la presencia de colección en el lecho esplénico), padecimientos que se hubieran controlado si no hubiese habido abandono por parte del demandado. En abundamiento de lo anterior, de acuerdo a lo que establece la *lex artis* y considerando el antecedente de esplenectomía, era necesario tener presentes las complicaciones<sup>3</sup> existentes en este tipo de pacientes por la ausencia del bazo, sobre todo en relación a las repercusiones inmunológicas que se presentan, mencionando que dentro de éstas se encuentran: el absceso subfrénico izquierdo, las neumopatías, hipertermia aislada, riesgo aumentado a las infecciones y sepsis fulminante, trombosis del sistema venoso profundo de miembros inferiores y trombosis del sistema venoso portal.

#### IV. FALTA DE INFORMACIÓN DE LA COLOCACIÓN DE UN CATÉTER DOBLE J EN PROCEDIMIENTO DE LITOTRIPSIA

- a. El quejoso promovió juicio de amparo en contra del laudo que absolvió al demandado de la pretensión exigida consistente en el pago de un reembolso por las cantidades erogadas ante otro facultativo, aduciendo que el médico demandado nunca le informó al paciente que le había colocado un catéter doble J.
- b. Se le concedió el amparo al quejoso para el efecto de que la CONAMED dictara otro laudo en el cual debía verificarse que las afirmaciones del prestador del servicio, en el sentido de haber informado al paciente del retiro del catéter, estuvieran corroboradas con alguna otra probanza. Es decir, al haber objetado el paciente las documentales ofrecidas por el médico; la CONAMED debía de haber adminiculado dichas documentales con otras probanzas y sin embargo les dio valor probatorio pleno, absolviendo al médico.
- c. Al dictarse el nuevo laudo se determinó lo que sigue: *“De la valoración a las constancias de atención, se tienen indicios de que el demandado informó al paciente la necesidad de extraer el catéter doble “J” con probable calificación en extremo vesical, la indicación de tratamiento médico en tanto decidía el paciente la aceptación del procedimiento, así también, que en el curso de dichas atenciones las molestias en el paciente se incrementaron; sin embargo, ante la mala práctica observada, dichos elementos resultan ineficaces para desvirtuar la mal praxis que le atribuye el hoy actor, al no haberle informado la necesidad de colocarle un catéter doble “J” con motivo del procedimiento de litotripsia que le practicó, no existiendo su autorización para ello, así tampoco una vez colocado demostró haberle informado el tiempo en que debía ser retirado, menos aún las complicaciones que podían derivarse de este tipo de tratamiento; lo que ocasionó que mediante la atención médico-quirúrgica de otro facultativo, tuviera que retirarse el multicitado catéter.”*
- d. Este arbitraje fue resuelto definitivamente ya que el médico demandado cubrió al paciente ante la CONAMED el reembolso que éste había exigido desde el principio del arbitraje.

#### V. ROTURA DE LENTE INTRAOCULAR

- a. El quejoso en su amparo esgrimió lo siguiente: *“Se causó daño al paciente y quedó demostrada la impericia del médico quien rompió el lente intraocular dentro de su ojo al someterse al procedimiento de facoemulsificación con colocación de lente intraocular como consecuencia del diagnóstico de catarata. El laudo está indebidamente fundado y motivado ya que le correspondía a la institución probar haber actuado con diligencia. En las notas no está señalado el método utilizado para la extracción del lente roto, además de que se le produjo un edema corneal y fue realizada por un médico residente en formación. Por eso procede otorgarme el amparo y que se dicte nuevo laudo en el que se ordene condenar al demandado al reembolso y a una indemnización”*.
- b. Se concedió el amparo al quejoso para el efecto de que la Conamed dicte nuevo laudo en el cual se considere

3 Ferraina, Pedro, Oría Alejandro, cols. Cirugía de Michans. Cap. 40 El Bazo. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. Argentina, 2002. Pp. 697-074

con plenitud de jurisdicción si hubo responsabilidad médica cuyos elementos a considerar son: 1.- el daño causado por el médico 2.- La afectación y la culpa del profesional 3.- El nexo causal entre ambas.

- c. Se dictó nuevo laudo sin cambiar el sentido del primer laudo. El hecho innegable de que el lente se rompió no implica que se hubiese producido un daño. Se trató de un riesgo inherente, hubo oportunidad de corregir el error. Se le otorga valor a una nota médica que demuestra que el paciente tuvo mejoría posterior a la colocación de nuevo lente. Entre los argumentos que se sostienen son los siguientes:
- 1) La aparición de edema corneal en grado variable tras la cirugía de catarata ocurre en aproximadamente el 53% de los pacientes, se considera como un riesgo inherente a todo procedimiento quirúrgico de la parte anterior del ojo, especialmente en la cirugía de catarata, independientemente de los factores de riesgo del paciente y los relacionados con la técnica quirúrgica.
  - 2) La ruptura del lente intraocular es una complicación previsible, más no evitable, rara, que puede ocurrir durante la cirugía, haciendo necesario una mayor manipulación de la córnea para extraerlo y reemplazarlo. Las causas no son fáciles de identificar, puede deberse tanto a la técnica empleada por el cirujano, como a la manufactura y características del lente. Lo que se ha comprobado que reduce el riesgo es el empleo de dispositivos inyectores que disminuyen la manipulación del lente, en el presente caso se utilizó un lente cuya presentación incluye el dispositivo en mención, además de la colocación de material viscoelástico,<sup>4</sup> es decir, hay evidencia de que se tomaron medidas de seguridad para tratar de evitar la complicación.
  - 3) Ante la ruptura del lente, el médico lo extrajo y colocó un lente monofocal, tal como lo describe en la hoja operatoria. Se colocó uno monofocal en lugar de un bifocal, ya que la ampliación de la incisión de la cirugía (para sacar el lente) generó una modificación de la córnea que no permitía la adecuada corrección de la visión con un lente bifocal.

En tal sentido, en el caso específico estamos hablando de dos riesgos inherentes durante la cirugía llevada a cabo: el edema corneal y la ruptura del lente; es decir, complicaciones que pueden presentarse a pesar de llevar a cabo una técnica o procedimiento diligente y por cirujanos experimentados, las cuales ocurren involuntariamente y a pesar de las medidas de seguridad.

- 4) Así, si bien es cierto que el paciente fue intervenido por un médico en formación (residente de Oftalmología en su cuarto y último año de especialización), las complicaciones inherentes al procedimiento con las que cursó (ruptura de lente y edema corneal) no devienen de mala práctica puesto que incluso en manos expertas, en contra de la voluntad y bajo la debida diligencia, pueden ocurrir en toda cirugía de catarata.
- 5) Más aún, la literatura señala acerca de la experiencia del cirujano como factor de riesgo para pérdida de células endoteliales de la córnea: es lógico sospechar que durante el periodo de aprendizaje de la cirugía con ultrasonidos, los factores que influyen en una mayor pérdida endotelial están incrementados. (el ultrasonido es una técnica de cirugía de catarata con más riesgo de lesión que la utilizada en el caso a estudio, es decir, la facoemulsificación). Durante la curva de aprendizaje esperamos encontrar un tiempo quirúrgico prolongado con un mayor consumo de solución de irrigación, así como el empleo de mayor potencia de ultrasonidos y un aumento de las maniobras intraoculares. Sin embargo, en un estudio que evaluó la pérdida endotelial inducida en la cirugía practicada por un residente junior (con un año de experiencia quirúrgica, en el que había realizado aproximadamente 100 cirugías) se encontró que había un 11,6% de pérdida; comparable al presentado en otros trabajos de cirujanos experimentados. (O'Brien, 2004).
- 6) Ponderando esto, no se puede tener por cierta la tesis de que el cirujano era imperito, pues cumplió incluso con las medidas de seguridad indicadas en la literatura especializada y, ante la ruptura del lente, solventó la situación con la colocación de otro, en beneficio del paciente.

El paciente presentó una disminución en la agudeza visual, como resultado del edema corneal secundario a la complicación esperada de la cirugía de catarata. Posterior a la cirugía presentó una agudeza visual a cuenta dedos, misma que mejoró posteriormente con trasplante de córnea. Sin embargo, se advierte una afección en su visión puesto que se reportó una agudeza visual de 20/60 al momento de su primera atención, tal como se refirió en la historia clínica, y se determinó una agudeza visual de 20/150 en la última constancia de atención. Toda vez los riesgos inherentes descritos, dicha afección no puede tenerse como secundaria a mala práctica en

4 O'Brien P, Fitzpatrick P, Kilmartin D, et al. Risk factors for endothelial cell loss after phacoemulsification surgery by a junior resident. *Journal of Cataract & Refractive Surgery*. 2004;30(4):839-843.

la atención oftalmológica del paciente, sino como proveniente de complicaciones propias de la cirugía que infortunadamente ocurrieron en este paciente, sin que fuera intención del cirujano dañarlo, sino como resultado de indeseables complicaciones, recordando que la medicina, si bien rigurosa, no es una ciencia exacta.

- 7) Finalmente, en ningún momento se determinó una ausencia o deficiencia de historia clínica, lo único que se señaló es que en la nota operatoria no se describe de manera detallada lo que ocurrió durante la cirugía, sin embargo, insistimos que sí se aprecian medidas para proteger la córnea durante la cirugía como lo son la colocación de un lente con dispositivo inyector y la colocación de viscoelástico. Si bien el paciente cursaba con una catarata densa (por la clasificación N3), se utilizó la técnica quirúrgica reportada como efectiva y con menores riesgos de lesión corneal.

Fue aplicable al caso la siguiente tesis:

Décima Época

Registro: 2002441

Instancia: Primera Sala

Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1

Materia(s): Civil

Tesis: 1a. XXV/2013 (10a.)

Página: 621

ACTO MÉDICO. MEJOR DECISIÓN POSIBLE PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MALA PRÁCTICA MÉDICA.

El médico, en principio, asume una obligación de actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica siendo, por consiguiente, deudor de una obligación de medios, por cuanto en su actividad se halla un elemento aleatorio. El médico no garantiza la curación del enfermo, pero sí el empleo de las técnicas adecuadas conforme al estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso. Consecuentemente, el médico cumple con su obligación cuando desarrolla o despliega el conjunto de curas y atenciones, en la fase diagnóstica, terapéutica y recuperatoria, que son exigibles a un profesional o especialista normal. En consecuencia, el médico debe adoptar, de forma continuada, decisiones trascendentes para la vida humana. En el curso del acto médico deben efectuarse una serie de elecciones alternativas, desde el momento en que se precisa indicar las exploraciones necesarias para llegar a un diagnóstico, hasta el de prescribir una concreta terapia, y todo ello en el ámbito de la duda razonable sobre la mejor decisión posible. Por lo tanto, después de analizar de manera sistemática el acto médico, para determinar la existencia de mala práctica médica, el juzgador está llamado a cuestionar si dentro de toda la gama de posibilidades, dadas las circunstancias del caso y el estado de la ciencia médica, la decisión tomada fue la mejor posible. *Amparo en revisión 117/2012. Agustín Pérez García y otros. 28 de noviembre de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González.*

## VI. SOBREDOSIFICACIÓN DE ANTICOAGULANTE

- a. La paciente se queja de que el laudo es incompleto porque solo obliga a pagar el daño civil contractual y no se condenó por los daños físicos y funcionales ocasionados por la sobredosificación de anticoagulante que le ocasionó daños en la salud como hemorragias, equimosis, dolor, insuficiencia venosa y merece una compensación e indemnización.
- b. La quejosa ganó el amparo ya que en el laudo no se concatenó ni precisó cuál fue el material probatorio analizado para llegar a sus conclusiones, en el sentido de que no procedía el pago de una indemnización. No se dijo si se trataba de pruebas plenas, semiplenas o indicios. De las fotografías exhibidas por la paciente se aprecia que sí se ocasionaron afectaciones en su cuerpo como equimosis y el laudo no valora si tales afectaciones fueron producto o no de mala praxis. En consecuencia se le otorgó a la quejosa el amparo a efecto de que la CONAMED dicte otro laudo en el cual valore en su conjunto los medios de convicción.
- c. Esta Comisión dictó nuevo laudo en el que se tomaron en cuenta las evidencias fotográficas exhibidas por la paciente en las cuales se muestra la presencia de equimosis recientes (rojo oscuro) en extremidades

inferiores, siendo el resultado del efecto de sobrecoagulación generada debido a la salida de hemoglobina del capilar y su acumulación en tejido conectivo por extravasación (*no por trauma*), sin embargo al momento de realizar la reversión de la anticoagulación se suspendió su efecto y el sangrado cesó, aunque la equimosis persista hasta que la sangre extravasada sufra todo el proceso natural de absorción, ello no es indicativo de la presencia de hemorragia activa o de secuelas.

Se determinó en la especie, que las fotografías aportadas por la paciente carecen de fecha, y a pesar de que dichas documentales no fueron objetadas en cuanto a su contenido ni valor probatorio, únicamente se convierten en elementos indiciarios, en virtud de que no es posible determinar el momento en que fueron tomadas, ni el tiempo preciso de evolución de las equimosis; pero en todo caso, aplicando un criterio de presunción tendrían de 0 a 3 días.

Se valoró además el reporte del médico cardiólogo quien hizo referencia a lo siguiente:

Que acudió la paciente a la consulta externa de Cardiología.

Que la paciente presentaba equimosis en varias partes del cuerpo, datos que correspondían clínicamente a una sobredosificación del anticoagulante que se suspendió inmediatamente, ministrando vitamina K debido al alto riesgo de una hemorragia intraparenquimatosa en órganos vitales.

Para el día siguiente se había revertido el efecto anticoagulante y el riesgo de hemorragia espontánea había desaparecido. Lo que permitió reinstalar el tratamiento anticoagulante a niveles terapéuticos.

En esos términos, con los elementos de prueba aportados por la paciente, no demuestran que la hemorragia cutánea que presentó la actora derivada de la sobreanticoagulación, se haya puesto en peligro su vida, ni la existencia de secuela alguna y por tanto no se puede afirmar que le hubiese causado un daño a la paciente.

Es decir, en la nota del (Cardiólogo del Hospital), refiere que la paciente si bien sufrió una sobreanticoagulación el riesgo desapareció. Ya que al aplicarle la vitamina K, se revirtió el riesgo por el problema vascular, con lo cual de igual forma se pudo desaparecer el hematoma o desaparecer en más días sin que ello haya significado riesgo alguno para la paciente.

La equimosis es la extravasación sanguínea que se produce en la piel (intradérmica), en el tejido subcutáneo subyacente o en ambos, puede tener un origen espontáneo por alteraciones en la hemostasia, en la hemorragia espontánea en donde no existe ruptura de los capilares. Las equimosis desaparecen sin dejar secuela alguna.<sup>5</sup> En tal inteligencia, en la especie, no se actualizó un daño emergente físico y funcional valuable, que le pueda ser atribuible o imputable al facultativo demandado, por lo que no se tuvo por acreditado el daño extra contractual y no hubo lugar a declarar la condena por dicho concepto.

Atendiendo a lo pactado por las partes en el compromiso arbitral y con fundamento en lo dispuesto (interpretado *contrario sensu*) en los artículos 1910, 1915, 2110, y demás relativos aplicables del Código Civil Federal, no ha lugar a dudas que: “Los daños y perjuicios deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.”, lo que en la especie no ocurrió. Por lo que, no hubo lugar a decretar la condena por la existencia de responsabilidad civil por daño físico y funcional valorable, extra contractual, a cargo del facultativo demandado, y por ende, tampoco ha lugar a declarar la existencia de la obligación.<sup>6</sup>

5 Jiménez, Tashira C, Lachiner S, Morales J.C. Revisión bibliográfica evaluación médico legal de las equimosis cutáneas. Vol. 33 (1), Marzo 2016. ISSN 1409-0015.

6 Vid.- Época: Octava Época. Registro: 216339. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo XI, Mayo de 1993. Materia(s): Civil. Página: 317. DAÑOS Y PERJUICIOS. EL DERECHO A ELLOS DEBE DEMOSTRARSE EN FORMA AUTÓNOMA AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION EN QUE SE FUNDEN, EN TANTO ESTA ÚLTIMA NO IMPLICA QUE NECESARIA E INDEFECTIBLEMENTE SE CAUSEN. Si bien conforme a lo dispuesto por el artículo 2110, del Código Civil, tales renglones deben ser el resultado del incumplimiento de una obligación, no puede sostenerse que ante tal supuesto el afectado forzosa y necesariamente sufra pérdida o menoscabo en su patrimonio o se vea privado de cualquier ganancia lícita de acuerdo con los artículos 2108 y 2109, del propio ordenamiento, pues casos habrá en que aún ante el deber incumplido ninguna afectación de aquellas índoles traiga consigo. De lo anterior se sigue que no basta con demostrar el extremo aludido para sostener que se materializaron los daños y perjuicios, que por lo mismo deben probarse en forma independiente, ya que sostener lo contrario conduciría a decretar una condena en forma automática aun en aquellos casos en que no se resintió ninguna de las afectaciones a que se hizo mérito. Tal es el sentido de la jurisprudencia que puede verse en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985. Cuarta Parte, página 357, y dice: “DAÑOS Y PERJUICIOS. CONDENA GENERICA. SEPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Nota: Este criterio ha integrado la jurisprudencia I.7o.C. J/9, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVII, junio de 2003, página 727, de rubro: “DAÑOS Y PERJUICIOS. EL DERECHO A ELLOS DEBE DEMOSTRARSE EN FORMA AUTÓNOMA AL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION EN QUE SE FUNDEN, EN TANTO ESTA

## VII. PÉRDIDA DE ÓRGANO DENTARIO

- a. La paciente esgrimió como concepto de violación que la CONAMED debió condenar al demandado a la reposición de la pieza dental y no al 10% (Diez por ciento) de indemnización por la pérdida del órgano dentario.
- b. Le fue concedido el amparo a la quejosa para que la CONAMED dicte otro laudo en el que “reitere las condiciones que no fueron materia de la concesión del amparo y resuelva lo concerniente a la pérdida del órgano dentario conforme al artículo cuarto transitorio del decreto por el que se reformó la Ley Federal del Trabajo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el treinta de noviembre de dos mil doce. La autoridad federal consideró que la tabla de valuación de incapacidades permanentes a que se refieren las citadas disposiciones legales establece en el apartado de cara:”<sup>289</sup>. Pérdida de uno o varios dientes: reposición.
- c. La Comisión dictó otro laudo en el cual hizo las siguientes consideraciones:
  - 1) Para efectos del cálculo indemnizatorio, resulta aplicable lo establecido en el segundo párrafo del citado artículo 1915 del Código Civil Federal, por lo que a efecto de compensar a la actora y tomando en cuenta el grado de responsabilidad de la demandada al incurrir en mala práctica por negligencia, atendiendo al derecho humano al resguardo de la persona en toda su extensión, bien sea en su aspecto físico como mental; a la naturaleza y extensión del daño producido (pérdida injustificada del órgano dental y consecuentemente, alteración en la función masticatoria), así como la edad de la paciente al momento de la atención reclamada; se consideró el 10% de indemnización, atendiendo al baremo contenido en la Ley Federal del Trabajo, Tabla de valuación de incapacidades permanentes, apartado 289.- *Pérdida de uno o varios dientes: reposición, el cual prevé porcentaje del 5% al 10%* de indemnización, en relación con el Artículo Cuarto Transitorio del Decreto por el que se reformó la Ley Federal del Trabajo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de noviembre de 2012.
  - 2) Al efecto, es menester aclarar que si bien es cierto que la disposición laboral refiere el término de reposición en el citado apartado 289, también lo es, que en la especie no existe la posibilidad material de reintegrar a la hoy actora su órgano dentario (al ser pieza única e irrepetible), de igual forma resulta imposible reponerlo, toda vez que en forma alguna se trata de un bien fungible que pueda sustituirse por otro de la misma especie y calidad; no obstante ello, es de señalarse que en términos de la *lex artis* odontológica, a fin de corregir la alteración masticatoria y la estética de la paciente, la opción que representa mayor beneficio para ésta, se refiere a la colocación de un implante y prótesis respectiva, también es cierto, que dicho tratamiento de igual forma representa posibles riesgos para la paciente, entre ellos, infección en el implante, rechazo del mismo, pérdida de hueso, rotura del implante; lo cual no puede dejar de observarse a fin de establecer el *quantum* indemnizatorio.
  - 3) De acuerdo con el artículo 485 de la citada ley laboral, la cantidad base para el pago de la indemnización, no puede ser inferior al salario mínimo, la Resolución del H. Consejo de Representantes de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de diciembre de 2015, fijó como salario mínimo general vigente en la República Mexicana, municipios y demarcaciones territoriales, a partir del 1° de enero de 2016, el de \$73.04 (Setenta y tres pesos 04/100 M. N.). De igual forma, resulta aplicable al presente asunto, en cuanto a la determinación del importe de la indemnización compensatoria, lo dispuesto en el Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo publicado en el Diario Oficial de la Federación del día miércoles 27 de enero de 2016. Así, el Valor Diario de la Unidad de Medida y Actualización (UMA) para 2017, establecido por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 10 de enero de 2017, vigente a partir del 1° de febrero de 2017, es de \$75.49 (Setenta y cinco pesos 49/100 M.N). Ahora bien, para el cálculo del 10% de porcentaje, el artículo 494 de la Ley Federal del Trabajo establece como la cantidad máxima a pagar el equivalente al importe de 1095 días de salario, luego entonces 1095 días de salario significa el 100% para el cálculo de las indemnizaciones. Correspondiendo al 10% un total de 109.5 días. Entonces, para obtener el cuádruplo a que se refiere el artículo 1915 del Código Civil Federal, se multiplica \$75.49 por cuatro, resultando la cantidad de \$301.96, lo que a su

---

ULTIMA NO IMPLICA QUE NECESARIA E INDEFECTIBLEMENTE SE CAUSEN.”

vez se multiplica por 109.5 días, de lo que se obtiene el total de \$33,064.62 (Treinta y tres mil sesenta y cuatro pesos 67/100 M.N.), cantidad indemnizatoria que debe pagar la demandada a la parte actora.

Para llegar a esta determinación se tomó en consideración el siguiente criterio:

**DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. CONCEPTO Y ALCANCE.** *El derecho a una reparación integral o justa indemnización es un derecho sustantivo cuya extensión debe tutelarse en favor de los gobernados, y no debe restringirse en forma innecesaria. Atendiendo a los criterios que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la reparación integral permite, en la medida de lo posible, anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que debió haber existido con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido, y de no ser esto posible, es procedente el pago de una indemnización justa como medida resarcitoria por los daños ocasionados, lo cual de ninguna manera debe implicar generar una ganancia a la víctima, sino otorgarle un resarcimiento adecuado. El derecho moderno de daños mira a la naturaleza y extensión del daño, a las víctimas y no a los victimarios. El daño causado es el que determina la indemnización. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado, de manera que las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores. No se pretende que la responsabilidad sea excesiva, ya que debe subordinarse a requisitos cualitativos. Una indemnización será excesiva cuando exceda del monto suficiente para compensar a la víctima. Sin embargo, limitar la responsabilidad fijando un techo cuantitativo implica marginar las circunstancias concretas del caso, el valor real de la reparación o de la salud deteriorada. Una indemnización no es justa cuando se le limita con topes o tarifas, cuando en lugar de ser el juez quien la cuantifique con base en criterios de razonabilidad, es el legislador quien, arbitrariamente, fija montos indemnizatorios, al margen del caso y su realidad. Sólo el juez, que conoce las particularidades del caso, puede cuantificar la indemnización con justicia y equidad.*<sup>7</sup> Amparo directo en revisión 1068/2011. Gastón Ramiro Ortiz Martínez. 19 de octubre de 2011. Cinco votos. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Secretaria: Rosa María Rojas Vértiz Contreras.

## VIII. TRATAMIENTO ODONTOLÓGICO

- a. La quejosa prestadora del servicio dental interpuso amparo en contra del laudo en virtud de que “no se encuentra debidamente acreditado que el paciente me hubiese pagado la cantidad de \$27,674 pesos. Tampoco debió haber tomado en cuenta un bono para que formara parte del reembolso, ya que dicha cantidad nunca fue desembolsada por el paciente.” Esgrime que la CONAMED no expuso de forma clara y precisa la forma en la cual cuantificó el monto de los honorarios por el tratamiento oral.
- b. El juez de amparo ordena a la CONAMED que dicte nuevo laudo en el cual justifique el monto real a pagar a la quejosa, sustentando si en verdad se pagaron las cantidades a que se refiere y no debe tomar en consideración el pago del bono aludido al no desprenderse de ese cupón de descuento intervención alguna de la quejosa.
- c. En acatamiento a lo ordenado por la jurisdicción federal, CONAMED dictó nuevo laudo en el cual se hizo una exacta valoración de los recibos y comprobantes ofrecidos como prueba por el paciente a efecto de justificar plenamente las cantidades a las que habrá de condenarse a la prestadora del servicio médico, sin embargo la CONAMED sostuvo el criterio de que la prestadora del servicio odontológico no se ajustó a la Lex Artis Ad Doc.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Época: Décima Época. Registro: 2001626. Instancia: Primera Sala. Tesis 1a. CXCIV/2012. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XII, Septiembre de 2012, Página: 502. Este criterio ha integrado la jurisprudencia 1a./J. 31/2017 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación del viernes 21 de abril de 2017 a las 10:25 horas y en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 41, Tomo I, abril de 2017, página 752, de título y subtítulo: “DERECHO FUNDAMENTAL A UNA REPARACIÓN INTEGRAL O JUSTA INDEMNIZACIÓN. CONCEPTO Y ALCANCE.”

<sup>8</sup> Aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado. <http://www.lexsanitaria.com/lex-artis-ad-hoc/>

# NOTE MINIME SULLA “CRISI” DELLA MOTIVAZIONE NEL SISTEMA PROCESSUALE CIVILE ITALIANO

**Carlo Rasia**

Professore aggregato dell'Università di Bologna

Sommario: 1. La discussione sulla crisi della motivazione della sentenza. – 2. Il dovere costituzionale di motivazione. – 3. La scomparsa della distinzione tra sentenza e ordinanza. – 4. La centralità del modello dell'art. 281-*sexies* c.p.c. – 5. La crisi dell'autosufficienza motivazionale. – 6. La sinteticità degli atti e dei provvedimenti. – 7. L'intensità del controllo motivazionale davanti alla Corte di cassazione. – 8. La funzione della sentenza influenza la sua struttura e il suo contenuto. – 9. La rilettura del sistema alla luce del canone di ragionevole durata. – 10. Flessibilità e semplificazione processuale e il ruolo del giudice. – 11. Verso un nuovo concetto di motivazione: la motivazione “elastica”.

– A seguito di alcune recenti riforme normative e di importanti decisioni della Corte suprema, la dottrina processualistica italiana ha iniziato animatamente a discutere intorno alla sorte da destinare alla motivazione nelle sentenze civili, domandandosi se sia corretto o meno parlare di una crisi dell'istituto<sup>(1)</sup>.

Già un paio d'anni fa, mi ero occupato del tema <sup>(2)</sup>, e mi ero accorto del suo interesse suscitato anche d'oltralpe <sup>(3)</sup>, tant'è che avevo delineato il verificarsi di una “crisi della motivazione” nell'ordinamento italiano quale nuovo e diverso fenomeno di “patologia giudiziaria”. Mi ero reso conto che i problemi endemici di mal-funzionamento della giustizia civile italiana, legati all'aumento generale del carico giudiziario, accompagnato da un'incombente necessità di risollevare la crescita economica del Paese senza l'impiego di nuove risorse, avevano indotto il legislatore a intervenire sulla fase decisoria del processo ed, in particolare, sul c.d. “collo di bottiglia” della sentenza, indicato come uno dei principali fattori della crisi della giustizia <sup>(4)</sup>.

Pareva ormai un'idea del passato ritenere la motivazione della sentenza come un simulacro processuale, un'inattaccabile suprema garanzia: anch'essa doveva essere sottoposta a modulazioni, restrizioni e, secondo alcuni, addirittura ad una potenziale eliminazione <sup>(5)</sup>.

L'idea di riconoscere un legame tra completezza argomentativa e correttezza della motivazione non risultava dunque più attuale ed era destinata al tramonto, poiché non giovava innanzitutto all'efficacia e ai tempi della giustizia.

Cercherò in questo scritto di dare conto di come l'ordinamento italiano ha cercato di soddisfare queste esigenze di semplificazione del momento decisorio, e alla luce di ciò cercherò di rispondere al quesito se la motivazione è davvero un istituto in crisi.

1 Di recente gli scritti di Maestri del diritto processuale come Vittorio Coesanti, *Note in tema di crisi e “rinascenza” della motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1399 ss. e Michele Taruffo, *Brevi note sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 621 ss.

2 V. Carlo Rasia, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016.

3 ()Per l'interesse suscitato, per esempio, nella dottrina brasiliana, v. Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Il principio del contraddittorio e il dovere di motivazione nel c.p.c. brasiliano del 2015*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 667 ss.

4 ()Così la risoluzione approvata dall'organo di vertice dei giudici italiani, il Consiglio superiore della magistratura, il 18 maggio 1988 sul tema «Misure per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile», in *Foro it.*, V, 1988, c. 260.

5 ()A fine del 2013, veniva infatti avanzata una proposta di legge governativa (fortunatamente ritirata dallo stesso governo), secondo cui il giudice avrebbe potuto definire i giudizi di primo grado mediante solo dispositivo corredato dall'indicazione dei fatti e delle norme che consentivano di delimitare l'oggetto dell'accertamento, riconoscendo alle parti il diritto di ottenere, “a richiesta” e previa anticipazione del contributo unificato per il giudizio d'appello (cioè la tassa che si paga all'inizio del procedimento al momento in cui si iscrive la causa a ruolo), la motivazione della decisione da impugnare. In sostanza, si cercava di innestare un nuovo modulo decisionale, potenzialmente senza la necessità del costruito motivazionale: tale modello, noto come della motivazione c.d. a richiesta, avrebbe evitato al giudice di stendere la motivazione, tutte le volte in cui la parte soccombente non avesse avuto l'intenzione di proporre appello.



– Nell’ordinamento italiano è ormai assodato che, in forza dell’art. 111 della Costituzione, la motivazione sia un elemento imprescindibile di ogni provvedimento giudiziario avente contenuto decisorio. Ciononostante, la Costituzione non dice come e in che misura il giudice debba costituire le proprie decisioni, né ci fornisce il canone attraverso il quale si può dire che egli abbia ben motivato.

Come ho anticipato tanto i contenuti quanto i modi che guidano la redazione della motivazione, sono stati oggetto di riforme legislative e di ripetuti interventi giurisprudenziali, i quali hanno riguardato al contempo la determinazione dei limiti del controllo da parte della Corte di cassazione sulla motivazione delle decisioni di merito<sup>(6)</sup>.

E’ dagli anni Novanta del secolo scorso che la struttura della motivazione ha cominciato a vedere sul piano normativo la nascita di diversi “moduli o modelli decisionali”, differenti a seconda del rito intrapreso e dell’esito del giudizio<sup>(7)</sup>.

In tale quadro abbiamo poi assistito alla dissoluzione della cultura sentenzia-centrica, formatasi intorno alla nota distinzione tra sentenza e ordinanza e, al contempo, abbiamo preso parte alla diffusione – in luogo della sentenza – dell’ordinanza con funzione decisoria (si pensi, alle ordinanze anticipatorie di condanna, alle decisioni sulla competenza, al procedimento sommario di cognizione, all’ordinanza come usuale conclusione del giudizio di cassazione, ecc.)<sup>(8)</sup>; si è favorito il potenziamento del principio di prevalenza della sostanza sulla forma<sup>(9)</sup>; si è fatta quindi avanti una nuova cultura del “fare sentenza”: si pensi al mutamento (dal piano analogico a quello informatico) degli strumenti utilizzati per la scrittura e la copia degli atti, all’emergere del rispetto del canone di sintesi e chiarezza nella redazione degli atti e dei provvedimenti<sup>(10)</sup>.

– Nonostante la diversità di forma, va tuttavia osservato che nei moduli decisori diversi da quello ordinario il contenuto della motivazione dell’ordinanza non si discosta, nella sostanza, da quello prescritto per la sentenza conclusiva del modello ordinario a cognizione piena.

Tradizionalmente, nelle tre tipologie dei provvedimenti giurisdizionale (sentenza, ordinanza e decreto), la forma della sentenza è prescritta per i provvedimenti che assolvevano alla tipica funzione decisoria sul merito o sul rito del giudizio, mentre le forme dell’ordinanza e del decreto sono per lo più previste per i provvedimenti con funzione ordinatoria interna al processo e, più precisamente, quelle dell’ordinanza quando il provvedimento presuppone lo svolgimento di un contraddittorio tra le parti e quelle del decreto nel caso opposto<sup>(11)</sup>.

La penna del legislatore ha invece compromesso la linearità del disegno originario utilizzando per fini decisori la forma dell’ordinanza al posto della sentenza, nell’intento di perseguire a volte esigenze semplificative, a volte di rispetto della ragionevole durata dei processi.

Si pensi, nel prima ottica, all’ordinanza anticipatoria di condanna dell’art. 186-*quater* c.p.c., visto che essa può essere potenzialmente sostitutiva di una sentenza definitiva<sup>(12)</sup>. Non diversamente è accaduto per l’ordinanza sulla sola competenza<sup>(13)</sup>.

6 Mi riferisco alla riforma avvenuta nel 2012 dell’art. 360, n. 5, c.p.c.

7 (Causa ne è stata anche la progressiva perdita di importanza del modello ordinario a cognizione piena a seguito di trattazione scritta.

8 Provvedimenti che nel prossimo paragrafo affronteremo più analiticamente.

9 In realtà, già con lo storico *arrêt* delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 2593 del 1953, lo stesso concetto di “sentenza” era stato esteso anche alla c.d. sentenza in senso sostanziale, alla quale era stato applicato il precetto costituzionale dell’obbligo motivazionale.

10 Si pensi, tra gli interventi recenti del legislatore in materia di processo telematico, all’art. 19, comma 1°, lett. a) della l. 6 agosto 2015, n. 132 (conv. al d.l. 27 giugno 2015, n. 83), in *Gazz. uff.*, 20 agosto 2015, n. 50, che ha introdotto all’art. 16-*bis* comma 9°-*octies* alla l. 17 dicembre 2012, n. 221 (l. di conversione del d.l. 18 ottobre 2012, n.179), che stabilisce espressamente che «gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica».

11 (Crisanto Mandrioli – Antonio Carratta, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 2018, p. 259 ss.

12 A seguito della riforma del 2005, l’ordinanza post-istruttoria diventa un vero e proprio provvedimento che aspira a diventare definitivo e non costituisce più solo l’alternativa “più economica” alla sentenza. V. Fabio Santangeli, *L’ordinanza successiva alla chiusura dell’istruzione*, Milano, 2001, p. 54 ss. Così oggi l’art. 186-*quater* c.p.c. prevede: «Esaurita l’istruzione, il giudice istruttore, su istanza della parte che ha proposto domanda di condanna al pagamento di somme ovvero alla consegna, o al rilascio di beni, può disporre con ordinanza il pagamento, ovvero la consegna o il rilascio, nei limiti per cui ritiene già raggiunta la prova. Con l’ordinanza il giudice provvede sulle spese processuali. L’ordinanza è titolo esecutivo. Se, dopo la pronuncia dell’ordinanza, il processo si estingue, l’ordinanza acquista l’efficacia della sentenza impugnabile sull’oggetto dell’istanza. L’ordinanza acquista l’efficacia della sentenza impugnabile sull’oggetto dell’istanza se la parte intimata non manifesta entro trenta giorni dalla sua pronuncia in udienza o dalla comunicazione, con ricorso notificato all’altra parte e depositato in cancelleria, la volontà che sia pronunciata la sentenza».

13 (Dopo la riforma del 2009, nel sostituire il termine “sentenza” con quello di “ordinanza”, l’art. 44 c.p.c. stabilisce che «L’ordinanza che, anche a norma degli articoli 39 e 40, dichiara l’incompetenza del giudice che l’ha pronunciata, se non è impugnata con la istanza di regolamento rende incontestabile l’incompetenza dichiarata [...]» E il distacco con il regime previgente si dissolverebbe ancora di più allorché, come emerge sul piano

Nel rispetto della prospettiva della ragione durata, il pensiero va invece all'ordinanza che conclude il procedimento sommario di cognizione ex art. 702-*bis* c.p.c., il quale, d'altra parte, a dispetto della denominazione, deve, per opinione diffusa, comunque consentire di procedere ad una cognizione piena dei fatti controversi<sup>(14)</sup>. Pure l'ordinanza di inammissibilità che il giudice di appello può pronunciare, in *limine litis*, nel contesto del c.d. "filtro" per manifesta infondatezza dell'impugnazione ex art. 348-*bis* c.p.c. non si deve allontanare sotto il profilo contenutistico dalla sentenza, anche perché essa non presuppone affatto, come pure taluno ha suggerito, una cognizione meramente cautelare e superficiale<sup>(15)</sup>.

Tale soluzione trova conferma nella modifica del 2016 del procedimento avanti la Corte di cassazione nella differente modulazione tra giudizi (una minoranza) che hanno valenza nomofilattica, destinati alla pubblica udienza e alla decisione con sentenza, e giudizi privi di tale carattere (il contenzioso più nutrito) destinati all'adunanza camerale non partecipata dalle parti e alla decisione con ordinanza<sup>(16)</sup>.

A fronte di tali esempi, è chiaro che la distinzione tra sentenza e ordinanza ha perso così tutto il suo antico sapore.

– Osservando i più recenti dati normativi emerge che il modello della decisione immediata a seguito di discussione orale ex art. 281-*sexies* c.p.c. ha poi preso il sopravvento, tant'è che il suo schema, pensato solo per il tribunale in composizione monocratica, è diventato uno strumento generale di ampia applicazione. Si pensi alla possibilità di applicarlo al processo di appello, al rito del lavoro disciplinato dall'art. 429 c.p.c. (ad eccezione dunque dei giudizi di particolare complessità e della fase di secondo grado), al rito locatizio e ai riti speciali<sup>(17)</sup>. In ultimo, anche alla stessa fase decisoria dinanzi al tribunale in composizione collegiale<sup>(18)</sup>.

Seguendo questo modello decisorio le parti discutono la causa oralmente in udienza, al termine della quale il giudice è tenuto a leggere (in udienza), insieme col dispositivo, anche «la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione» e non attendendo il deposito delle motivazioni ad un momento successivo.

E' evidente l'ottica di far scomparire la classica decisione a seguito di scambio di scritti delle parti e potenziare quella immediata con lettura integrale della sentenza a seguito di discussione orale delle parti.

– Le riforme legislative dell'ultimo decennio hanno però cambiato non solo lo scheletro dei vari modelli decisorii, ma anche l'estensione del contenuto dell'elemento motivazionale oggi non più composto da uno schema teso alla completezza e all'eleganza estetico-letteraria dell'argomentazione (in ossequio agli insegnamenti del filosofo e critico italiano Benedetto Croce), ma piuttosto alla sua concisione.

Vi sono alcune direttrici principali da segnalare.

Innanzitutto l'eliminazione nell'art. 132 c.p.c. tra i requisiti della sentenza dello «svolgimento del

giurisprudenziale (cfr. Cass., 30 ottobre 2013, n. 24509 (ord.), in *DeJure*), si è imposto l'usuale passaggio dalla trattazione alla fase decisoria tramite precisazione delle conclusioni e scambio degli scritti finali. La dottrina è giunta alla conclusione che, nonostante l'adozione dell'ordinanza, dunque la forma adottata resta meramente nominalistica (v., tra gli altri, Andrea Proto Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero* (note a prima lettura), in *Foro it.*, 2009, V, c. 224).

14 () Il rito sommario è stato introdotto dal legislatore nel 2009. Nonostante in letteratura non vi sia unanimità di vedute in ordine alla natura di questo procedimento ed in particolare alla sua cognizione, ritenuta da alcuni sommaria e da altri piena ma con istruzione sommaria, la miglior dottrina – qui condivisa – ha qualificato il procedimento in questione, come un procedimento speciale a cognizione piena (in quanto diverso da quello ordinario e volto ad assicurare una maggiore speditezza della trattazione), basato su forme processuali sommarie (cioè semplificate e rimesse alla discrezionalità del giudice), ma sempre comunque a cognizione piena (ossia tendente all'accertamento pieno con efficacia di giudicato). Così, Remo Caponi, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702-bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*, 2009; Giampiero Balena, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 329.

15 In dottrina alla tesi maggioritaria, qui condivisa, che riconosce che la "non ragionevole probabilità di accoglimento" stabilita dall'art. 348-*bis* c.p.c. (introdotto nel 2012) finisce con il coincidere con la "manifesta infondatezza" dell'impugnazione (Paolo Biavati, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2016, p. 476, parla di una sorta di «sintetico accertamento anticipato») si è contrapposta la tesi secondo cui la formula utilizzata dal legislatore è più ampia della semplice "manifesta infondatezza", la quale sicuramente vi rientra ma non l'esaurisce, per cui la valutazione dovrebbe coincidere con quella della inesistenza del *fumus boni iuris*, ossia di una valutazione di verosimiglianza non diversa da quella cautelare (v. Mauro Bove, *La pronuncia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli articoli 348-bis e 348-ter c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 393). Nel primo senso, sembra essere anche Cass., Sez. un., 2 febbraio 2016, n. 1914, in *Giur. it.*, 2016, c. 1371 ss., con nota di Antonio Carratta.

16 Sul nuovo procedimento per cassazione come emerso dalla riforma ad opera del d.l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito con modificazioni nella l. 25 ottobre 2016, n. 197, v. Andrea Panzarola, *La difesa scritta ed orale in Cassazione dopo il protocollo d'intesa Mascherin – Santacroce e la legge 25 ottobre 2016, n. 197*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 1061 ss.; Carmine Punzi, *La nuova stagione della corte di cassazione e il tramonto della pubblica udienza*, in *Riv. dir. proc.* 2017, p. 1 ss.; Paolo Biavati, *Brevi note sul nuovo procedimento in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1209 ss.

17 Si tratta dei casi di adozione obbligatoria di rito del lavoro previsti dal d.lgs. n. 150 del 2011 (artt. da 6 a 13) in alcuni riti speciali, come l'opposizione a sanzione amministrativa o le controversie agrarie.

18 () Modello introdotto dalla Legge di Stabilità del 2016.

processo» e la sostituzione del termine «motivi» con quello di «ragioni», modifiche che seppure irrilevanti sul piano pratico, manifestano la scelta legislativa per la *brevitas* – ovvero, come è stato detto, dell’auspicabile «asciutta completezza»<sup>(19)</sup> – delle decisioni civili.

In secondo luogo, è stato rafforzato – anche per il nutrito contributo della giurisprudenza della Suprema corte – il rinvio ai precedenti conformi, il quale è collocato nel più ampio contesto favorevole alla motivazione *per relationem* sia nella parte in fatto, che in diritto<sup>(20)</sup>.

Più di recente è emerso il fenomeno della motivazione c.d. “a collage”, ovvero del copia-incolla delle argomentazioni degli atti di parte, riconosciuto a chiare lettere dalle Sezioni unite della suprema Corte<sup>(21)</sup>. Il giudice può oggi evitare di spiegare i motivi per i quali abbia eventualmente condiviso i rilievi sostenuti da una delle parti, ma rimane necessario che alla fine esponga le ragioni della decisione. Pur condividendo la posizione della Cassazione, devo evidenziare quanto sia importante però che il giudicante faccia un uso “ben calibrato” di quest’ultima forma di motivazione, per scongiurare il rischio di ipertrofia delle sentenze, per superare i problemi interpretativi di documenti non più autosufficienti ed evitare, infine, il rischio di omissioni decisorie con conseguente nullità delle sentenze.

– In terzo luogo, attraverso il richiamo agli artt. 132 e 118 disp. att. c.p.c., si è fatto avanti il riconoscimento della necessità del rispetto del canone di sinteticità e chiarezza dei provvedimenti, in quanto tali norme, nell’invitare alla redazione di una sentenza sintetica, darebbero per presupposte analoghe caratteristiche anche negli atti processuali di parte<sup>(22)</sup>.

L’idea di fondo è che la sinteticità degli atti costituisce uno dei modi – e forse tra i più importanti – per arrivare ad una giustizia rapida ed efficace.

La Corte di cassazione con una sentenza del 2016 ha riconosciuto la sinteticità come «principio generale del diritto processuale» sia per gli atti che per i provvedimenti giudiziari seppure con una motivazione non pienamente condivisibile in quanto l’ha ricavato da una norma specifica del processo amministrativo<sup>(23)</sup>. Ad ogni modo, si potrà discutere se lo sforzo volto a creare un principio di sinteticità sia premiato o meno da successo, ma il tentativo va senz’altro segnalato stante il suo consolidarsi sia nel *soft law* dei protocolli sottoscritti dai rappresentanti degli organi forensi quelli giudiziari<sup>(24)</sup>, sia nella realizzazione di una disposizione *ad hoc* valevole per il (solo) processo telematico<sup>(25)</sup>. Aperto rimane al contempo il tema della determinazione

19 Come l’ha definita Natalinorliti, *Le due cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in Andrea Di Porto (a cura di), *La nuova cassazione civile*, Milano, 2017, p. 20.

20 Tradizionalmente, si ha motivazione “per relationem” quando su un punto decisivo il giudice non elabora una giustificazione autonoma e *ad hoc*, ma si serve del rinvio alla spiegazione contenuta in un altro atto o in un’altra sentenza. Bisogna distinguere tuttavia due ipotesi che coinvolgono distintamente, da un lato, la motivazione di fatto e, dall’altro, quella di diritto: la prima si verifica, per esempio, quando il giudice di secondo grado recepisce la ricostruzione dei fatti contenuta nella sentenza di primo grado impugnata davanti a lui; la seconda si riscontra quando il giudice rinvia alla giustificazione giuridica contenuta in una sentenza resa in un giudizio diverso o alla giurisprudenza in materia. Quanto alla prima ipotesi, essa di verifica con riferimento particolare ai rapporti tra la sentenza di appello e quella di primo grado o al rinvio ai provvedimenti endoprocessuali o ai risultati di una consulenza tecnica d’ufficio. Un’importante pronuncia della suprema Corte (Cass., 25 settembre 2002, n. 13937, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, p. 347 ss.), nel confermare la generale possibilità del rinvio *per relationem*, ne ha definito i contorni: qui la Corte ha precisato che la *relatio* deve riguardare atti ben individuati e conosciuti o conoscibili dalle parti: il rinvio va operato dunque in modo tale da rendere possibile ed agevole il controllo della motivazione “per relationem” ad altra sentenza ben identificata, non potendosi, al contrario, ritenersi valida una motivazione che si riferisce ad un rinvio «assolutamente generico ad atti neppure identificati nei loro estremi». Quanto alla motivazione “in diritto”, l’art. 118 disp. att. c.p.c., dà espressamente la facoltà (ma non l’obbligo) al giudice di fare riferimento nella motivazione «anche a precedenti conformi». Tuttavia la norma non brilla di chiarezza in quanto non c’è univocità di opinioni su cosa deve intendersi come “precedente” in un ordinamento – quale quello italiano – che non è fondato sul sistema dello “stare decisis” proprio dei paesi di *common law*. Vedi per più ampie considerazioni sul punto, Carlo Rasia, *La crisi della motivazione*, cit., p. 224 ss.

21 Si tratta di Cass., sez. un., 16 gennaio 2015, n. 642, in *Guida dir.*, 2015, n. 7, p. 40 ss. In dottrina, vedi Bruno Capponi, *La motivazione “laica, funzionalistica, disincentata”*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, p. 121 ss. e Carlo Rasia, *Dalla motivazione “per relationem” alla motivazione c.d. “collage”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 205 ss.

22 Mentre l’art. 132, comma 2°, n. 4 prevede che la sentenza debba, tra l’altro, contenere «la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione», l’art. 118 disp. att. c.p.c., nel definire la struttura-contenuto della parte motiva della sentenza, specifica che «la motivazione della sentenza di cui all’art. 132, comma 2°, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi».

23 V. Cass. 20 ottobre 2016, n. 21297, in *Pluris*, che ha dichiarato inammissibile un ricorso per cassazione lungo ben 251 pagine. Per una critica a tale decisione v. Carlo Rasia, *La motivazione elastica nel recente caleidoscopio normativo e giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 247 ss.

24 ()Quanto ai Protocolli forensi, spicca per la rilevanza sull’intero territorio nazionale, quello del dicembre 2015 tra Consiglio nazionale forense e Corte di cassazione sulla redazione dei ricorsi, su cui Federico Carpi, *La redazione del ricorso in cassazione in un recente protocollo*, in questa rivista, 2016, p. 359 ss. e Carmine Punzi, *Il principio di autosufficienza e il “protocollo d’intesa” sul ricorso in cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 585 ss.

25 Stiamo parlando del comma 9°-octies dell’art. 16-bis della l. 17 dicembre 2012, n. 221, che stabilisce che «gli atti di parte e i provvedimenti del giudice depositati con modalità telematiche sono redatti in maniera sintetica». Va detto che, nell’ordinamento italiano, la l. n. 228 del 24 dicembre 2012 ha previsto che tutti i depositi di atti giudiziari e di parte devono essere effettuati non attraverso la tradizione forma cartacea, ma in via telematica,

delle conseguenze della sua eventuale violazione, che non possono – a mio parere – certo tradursi nel rifiuto da parte del giudice di scrutinare nel merito un atto difensivo solo perché sovrabbondante <sup>(26)</sup>.

– In questo nuovo contesto compete un'importanza obiettivamente centrale, l'estensione del controllo motivazionale ad opera della suprema Corte da cui discende fatalmente la conformazione della parte motiva da parte dei giudici di merito, visto che questi ultimi dedicheranno alla stesura della motivazione tanta più attenzione quanto maggiore sarà la profondità di quel sindacato e viceversa

In tale ottica non deve destare meraviglia ed erapredibile che il legislatore, dopo aver cambiato forma e contenuto delle decisioni, completasse l'opera provvedendo a modificare anche l'intensità dell'oro controllo.

L'idea era che il sindacato motivazionale doveva diventare meno invasivo e adattarsi meglio ad una molteplicità di schemi motivazionali, che non erano sempre riconducibili ad un provvedimento-sentenza, ma che potevano avere ad oggetto anche un'ordinanza succintamente o sommariamente motivata.

Infatti, fino alla riforma del 2012, il ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. era consentito per «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo del giudizio». Il punto aveva sempre suscitato perplessità, perché si collegava al difficile problema della verifica del fatto e quindi, del rapporto fra fatto e diritto in Cassazione (di fronte alla quale, invece, solo quest'ultimo profilo poteva essere oggetto di discussione).

Il nuovo testo dell'art. 360, n. 5, c.p.c., nel prevedere l'impugnazione della sentenza solo per l'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti», richiede alcune attente osservazioni.

Innanzitutto il n. 5 dell'art. 360 c.p.c. non riguarda più il sindacato della motivazione ma introduce un nuovo vizio *in procedendo* sul “fatto”.

In secondo luogo, con la modifica normativa, viene evidentemente meno il controllo sul percorso motivazionale del giudice del grado precedente. Ciò non significa che sia escluso in cassazione qualsiasi controllo sulla motivazione. Resta, infatti, l'obbligo di indicare i motivi della decisione che discende dall'art. 111 della Costituzione, la cui violazione comporta nullità della sentenza. Ne consegue che il sindacato sulla motivazione della Cassazione va sollecitato e condotto oggi in riferimento al diverso n. 4 (e non più al n. 5) dell'art. 360 c.p.c. (*sub specie* di nullità della sentenza), senza però che sia più consentita la denuncia della insufficienza o della contraddittorietà della motivazione. Quest'ultima sarà dunque unicamente controllabile, secondo la giurisprudenza della suprema Corte, solo «se assente o meramente apparente o comunque quando gli argomenti addotti a giustificazione dell'apprezzamento fatturale risultano manifestamente e gravemente insufficienti o contraddittori» <sup>(27)</sup>.

Ma è evidente che il concetto della motivazione apparente si confonderà ben presto – ci sono già dei precedenti <sup>(28)</sup> – con quello della grave insufficienza motivazionale: la motivazione che “non spiega” dipende spesso da una notevole “carezza esplicativa” che rende la motivazione, appunto, insufficiente. Infatti, se poco spazio ermeneutico si può riconoscere alla mancanza grafica dei motivi, si può discutere, caso per caso, se una motivazione è gravemente incomprensibile o insufficiente, ovvero se due affermazioni sono fra loro del tutto assolutamente inconciliabili o meno.

Possiamo dire allora che la lettura della norma effettuata dalla suprema Corte attribuisce in fondo al giudice di legittimità solo maggiori margini di flessibilità rispetto al passato, cosicché le leve di comando del sindacato motivatorio restano saldamente e in modo (oggi ancora) più incisivo in mano alla Corte che ne può graduare l'intensità e dunque scegliere quali ricorsi o meno sindacare.

seppure allo stato, questo programma è solo in atto e riguarda solo i tribunali e le corti d'appello e i soli atti endoprocessuali (non quelli introduttivi del giudizio) e i documenti ad essi allegati.

26 Così come avviene nel (solo) processo amministrativo, come ha dimostrato la recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2852, in [www.dirittodeiservizi pubblici.it](http://www.dirittodeiservizi pubblici.it), 2017, che ha dichiarato non esaminabile, nella parte eccedente il limite, un ricorso di 124 pagine su un limite presidenziale di 33 pagine.

27 Così come affermato da Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053 in *Guida dir.*, 2014, n. 25, p. 12 ss. e della coeva Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8054.

28 V. Cass., 24 aprile 2015, n. 8412, in *Pluris*, richiamato da Bruno Sassani, *Variations sérieuses sul riesame della motivazione*, in *Studi Picardi*, III, Pisa, 2016, p. 2323 ss., specie nt. 24.

– I dati fin qui raccolti permettono di tracciare una visione funzionalistica ed elastica della motivazione, ben contrapposta a quella classica del passato definibile come istituzionale, creata cioè attorno ad un elaborato monostrutturale autonomo ed indipendente.

In altri termini, la motivazione della sentenza non deve essere più intesa quale componimento discorsivo autosufficiente, costruito in maniera completa, ma quale testo sintetico più asciutto e strettamente essenziale, funzionale più allo snellimento del lavoro del giudice che a rappresentare tutte le argomentazioni delle parti, con evidente assorbimento delle questioni già implicitamente decise.

Una motivazione dunque più aderente alla concretezza e alle stesse finalità del caso deciso, con gli opportuni specifici riferimenti all'iter logico-argomentativo che ha condotto alla decisione.

Ebbene, in una prospettiva di stampo funzionalista in cui la parte motiva varia a seconda dell'obiettivo che il giudice si propone di perseguire, varia anche l'intensità della funzione che essa svolge, la quale cambia attraverso il grado di giudizio considerato, passando dai giudici di merito a quelli di vertice, e, qui, a seconda dei compiti assolti dalla Corte suprema.

Il fine perseguito è dunque quello di una maggiore aderenza della redazione dei motivi alla funzione del singolo processo.

– Possiamo a questo punto affermare che la motivazione della decisione si inserisce a pieno titolo in un nuovo modo di intendere e gestire il processo e la giurisdizione, nel quale si risente dello sviluppo che il sistema della giustizia civile ha subito a seguito dell'introduzione del principio di ragionevole durata.

Il richiamo a tale principio come canone interpretativo pone in luce la necessità di elaborare dei concetti giuridico-processuali in grado di creare un ponte tra la prospettiva del singolo processo e quella dell'organizzazione delle risorse dell'amministrazione della giustizia, che ha ad oggetto la gestione dell'insieme dei processi.

E' già da tempo emersa in dottrina e ribadita in giurisprudenza<sup>(29)</sup>, l'idea che la giurisdizione debba essere intesa come servizio alla collettività da rendere con effettività e tempestività al fine di realizzare il diritto della parte ad avere una valida decisione nel merito in tempi ragionevoli. Una risorsa, quella della giurisdizione, definita apertamente non illimitata, che si deve realizzare attraverso il canone del giusto processo regolato dalla legge, la quale ne deve assicurare la ragionevole durata.

Dietro quest'ultimo concetto vi è la nozione centrale di "tempo", come una delle risorse della giustizia, anch'essa limitata, che deve essere ottimizzata tra attività processuali che si attuano nel rispetto di intervalli prefissati, che mirano, da un lato, ad assicurare il diritto di difesa, e dall'altro, a garantire una sollecita trattazione del caso.

Il principio del giusto processo, però, non si esplicita nella sola durata ragionevole dello stesso, ma deve evitare di ostacolare l'applicazione degli altri valori in cui pure si sostanzia il processo equo, quali il diritto di difesa, il contraddittorio, e, in definitiva, il diritto ad un giudizio giusto. A questi si deve aggiungere anche il rispetto dell'obbligo motivazionale che – non è un caso, a mio parere – si trova nella stessa disposizione costituzionale (l'art. 111 della Costituzione) della ragionevole durata<sup>(30)</sup>.

Al fine di contemperare tutti questi diritti costituzionalmente garantiti facendo fronte alla tensione che tra questi si crea, l'unico modo per imporre soluzioni concordanti risulta quello di calibrare il "ragionevole impiego delle risorse".

Dunque si può intendere il principio di ragionevole durata come principio del ragionevole e proporzionato impiego delle risorse rispetto ad un dato processo<sup>(31)</sup>. Ciò si traduce nel fatto che il giudice, nel dedicare tutto il tempo e le energie necessarie per una decisione seria, deve eliminare tutti gli incumbenti inutili e improduttivi.

29 V. di recente, Cass., sez. un., 5 gennaio 2016, n. 29, in *Pluris*.

30 Stabilisce l'art. 111 cost. che: «(1) La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. (2) Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. [...] (6) Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati».

31 Sul punto, cfr. RemoCaponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 403.

Non è possibile però stabilire a priori cosa possa essere superfluo e che cosa no: il vero equilibrio va rintracciato nella dimensione del singolo processo.

In questo quadro generale, si colloca anche l'obbligo motivazionale, del suo profilo funzionale, la tendenza alla sua concisione, la nuova intensità del suo controllo.

Non è da sottovalutare poi il fatto che, a seconda del tipo di motivazione, cambieranno per le parti le modalità di instaurare il processo di impugnazione, profilo sul quale bisognerà maggiormente riflettere.

– Mi sembra che il tema della motivazione della sentenza, così come emerge dalle riforme legislative e dalle interpretazioni giurisprudenziali recenti, costituisca in modo chiaro un esempio di convergenza normativa di due piani: quello della flessibilità e quello della semplificazione processuale. Con ciò intendendo, nel primo caso la scelta del giudice del modulo da adottare, mentre nel secondo caso, la scelta della modalità redazionale del contenuto della sentenza nell'ottica della concisione, della sintesi e oggi anche della chiarezza dell'esposizione.

In coerenza con questo approccio "funzionalista" sta l'idea di fondo che l'unico vero limite previsto a pena di nullità della motivazione è l'esposizione da parte del giudice dell'iter logico-giuridico seguito per spiegare la propria decisione.

Tale approccio mi permette di riflettere sulle modalità di esercizio dei poteri del giudice e sul difficile rapporto fra giudizio e decisione.

Il giudice è libero di procedere nel modo redazionale che ritiene più opportuno in relazione all'oggetto della lite lui sottoposta, facendo rinvio anche ad elementi (di fatto e di diritto) esterni al documento-sentenza.

Egli sarà libero di seguire la strada più adatta, seppure sarà opportuno che la decisione avvenga possibilmente con la collaborazione delle parti, nel rispetto del principio del contraddittorio. Si tratta di un risultato che, anche sulla scorta delle suggestioni comparatistiche, viene perseguito mediante l'adozione del modello (di derivazione anglosassone) del c.d. "case management" giudiziale.

Secondo tale ultima nozione, il giudice deve, da un lato, dirigere il processo, ma dall'altro guidarlo con un corretto impiego delle scarse risorse giurisdizionali disponibili: non solo dunque come fosse un abile pilota, ma anche come esperto organizzatore che sa bilanciare la complessità del caso, con il tempo che egli vi può dedicare tenendo conto degli altri procedimenti che gli sono affidati sul ruolo. In questo senso, egli non solo saprà governare al meglio la singola causa, ma saprà trovare l'equilibrio fra quel processo e il complesso dell'attività giurisdizionale di un dato organo, con beneficio per l'intero servizio pubblico della giustizia.

Ed è inevitabile che, di conseguenza, il valore di questa capacità dovrà essere anche uno degli indici per la valutazione professionale del singolo magistrato, profilo oggi non considerato dalla normativa vigente.

– Delineo delle considerazioni conclusive.

Arrivati a questo punto, rimane solo da sciogliere un quesito che ci eravamo posti nella premessa a questa indagine: quello di capire se è il concetto di motivazione ad essere in crisi e se esso stia scomparendo o, mi permetto di avanzare una tesi, se stia nascendo una nuova nozione di motivazione.

Penso di aver dimostrato che se, da un lato, è solo il concetto classico di motivazione autosufficiente ed indipendente ad entrare in crisi sia rispetto alla struttura che al contenuto, dall'altro, si sta facendo avanti un nuova nozione di motivazione, meno autosufficiente, ma più diversificata, variabile a seconda dei modelli decisori, ove – si ripete – l'unico minimo comune denominatore che deve sempre essere messo in luce dal giudice è l'illustrazione dell'iter logico-giuridico che fonda la propria decisione.

Ciò è il riflesso di un sistema processuale contemporaneo nel quale, a fronte di una carenza di risorse, si assiste ad una sensibile riduzione di utilizzo di nozioni fisse e preconfezionate, così come di riti rigidi e non modulabili<sup>(32)</sup>. Qui il processo non può più essere inteso come uno schema unico e totalmente prevedibile,

32 (32) Si veda, a tal proposito, la previsione del nuovo art. 183-bis c.p.c. che permette il passaggio dal rito ordinario a quello sommario ogni qualvolta il giudice valuta la complessità della lite, diversamente dalla scelta delle parti. In sostanza, a causa semplice corrisponde il rito sommario; a causa complessa quello ordinario.

ma deve rivolgersi alle peculiarità di ogni singolo caso concreto, deve essere dunque flessibile e semplificato, in modo tale da trattare la lite nelle modalità più convenienti in rapporto alle energie giudiziarie disponibili.

Nello stesso senso, non è più pensabile che le motivazioni delle decisioni siano sempre uguali nella struttura e nel contenuto, non avendo tutte, in particolar modo sotto il profilo funzionale, il medesimo valore per la collettività. Il fine perseguito è dunque quello di una maggiore aderenza della redazione dei motivi alla funzione del singolo processo.

Anche la giurisprudenza di Lussemburgo va in questo senso ovvero nell'ottica della maggiore aderenza della redazione della motivazione alla funzione del singolo processo <sup>(33)</sup>.

La motivazione diventa dunque l'ultima tappa della flessibilità processuale.

Ecco perché mi sembra opportuno parlare oggi di "motivazione elastica" della decisione.

Tuttavia è evidente che l'elasticità del rito e la pluralità di alternative pone il problema della compressione della difesa delle parti e della lesione del principio di uguaglianza. Infatti, mentre un sistema rigido implica una tendenziale coincidenza di risposte a fronte di situazioni identiche, l'esistenza di scelte decisorie diverse comporta una maggiore differenziazione: ma il problema è solo apparente poiché, è giusto sottolinearlo, ogni caso ha la sua storia e ciò non si può trascurare anche nella redazione dei motivi della decisione.

La giurisprudenza dunque ha già tutti gli elementi normativi per fare un buon lavoro. In questa ottica penso che il cittadino potrà aspettarsi ancora oggi una decisione chiara, precisa e logicamente argomentata, nonostante l'esito della lite, sempre però che il giudice sia in grado di fare un uso sapiente di questa maggiore semplificazione e della più ampia elasticità normativa.

Cosa manca dunque oggi?

Un recente rapporto della Commissione europea del 11 aprile 2016 sullo stato della giustizia negli Stati membri evidenzia che mancano negli ordinamenti nazionali norme che definiscono i requisiti specifici in termini di struttura, mancano modelli che facilitino la redazione delle decisioni, difettano disposizioni che sviluppino uno stile a favore di un linguaggio chiaro e conciso <sup>(34)</sup>.

In questa direzione sono stati fatti in Italia alcuni passi avanti, non dal legislatore, ma ad opera degli stessi operatori giudiziari tramite quelle forme di "soft law" (si pensi al recente protocollo Consiglio nazionale forense -Cassazione in materia di sinteticità degli atti) che facilitano la collaborazione tra magistratura e avvocatura. Tuttavia molto rimane da fare, soprattutto nell'elaborazione di modelli che facilitino la redazione dei motivi e nella predisposizione di norme in materia di stile.

A conclusione, la strada è pertanto ancora lunga e forse quella intrapresa della flessibilità e della semplificazione dei modelli, accompagnata da una leale collaborazione degli operatori della giustizia, appare, in un'epoca di *spending review*, l'unica seriamente percorribile.

33 Si tratta di Corte giustizia dell'Unione europea, 6 settembre 2012, c-619/10, *Trade Agency Ltd c. Seramico Investments Ltd*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), punto 60, secondo cui «la portata dell'obbligo di motivazione può variare a seconda della natura della decisione giudiziaria di cui trattasi, e deve essere analizzata in relazione al procedimento considerato nel suo complesso e sulla base dell'insieme delle circostanze pertinenti, tenendo conto delle garanzie procedurali da cui tale decisione è contornata, al fine di verificare se queste ultime garantiscano agli interessati la possibilità di proporre ricorso contro detta decisione in maniera utile ed effettiva».

34 Si tratta della Comunicazione (2016) n. 199 dell'11 aprile 2016, *final*, denominata «Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni – Quadro di valutazione Ue della giustizia 2016», in <http://ec.europa.eu>. V. specialmente p. 42.

# A INSTRUMENTALIDADE METODOLÓGICA DO PROCESSO

Carlos Alberto de Salles<sup>1</sup>

Sumário: 1. A metodologia do Direito Processual Civil na obra de Ada Pellegrini Grinover e de José Carlos Barbosa Moreira; 2. A efetividade da tutela jurisdicional como horizonte metodológico do processo; 3. A instrumentalidade do processo; 4. A designação *instrumentalidade finalista*; 5. A instrumentalidade metodológica; 5.1. Uma nova forma de abordagem; 5.2. A redefinição do objeto em estudos de Direito Processual; 6. Conclusões; 7. Bibliografia.

## 1. A METODOLOGIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL NA OBRA DE ADA PELLEGRINI GRINOVER E DE JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

*Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira* não chegaram a ter uma pauta comum de estudos em Direito Processual, infelizmente, deve-se dizer. Residiram por toda a vida em cidades e atuaram em universidades diferentes. Professora Ada Pellegrini nasceu na Itália, em Nápoles, tendo, em 1951, vindo para o Brasil com a família e se radicado em São Paulo, onde se formou em Direito e tornou-se professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.<sup>2</sup> O Professor Barbosa Moreira nasceu no Rio de Janeiro, onde estudou na Faculdade Nacional de Direito da UFRJ, à sua época designada Universidade de Brasil, tornando-se professor da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ.<sup>3</sup>

Tiveram em comum, entretanto, o fato de serem da mesma geração. Professor José Carlos nasceu em 1931, Professora Ada, em 1933. Quis o destino que nos deixassem no mesmo ano, com a diferença de pouco mais de um mês, em julho e agosto de 2017. Assim, o fato de os dois professores não terem trabalhado conjuntamente não impediu que tivéssemos uma grande proximidade de pensamento. Filhos da mesma geração, suas obras reagiram aos mesmos problemas de nosso Direito Processual e foram embebidas nos mesmos debates e tendências que marcaram sua evolução. Esse fato, confirma a oportunidade deste livro, juntando a reverência a obras produzidas em paralelo, mas com muitos pontos em comum.

Neste artigo, optou-se por tratar da questão da metodologia do Direito Processual.

Essa questão, embora poucas vezes tenha sido explicitada nas obras dos dois professores, seguramente, foi uma preocupação presente em suas produções acadêmicas e constitui importante contribuição ao Direito Processual Civil brasileiro. Destaque-se, a propósito, que a Professora Ada Pellegrini, de maneira bastante pioneira, evidenciou a necessidade de uma *leitura constitucional do processo*,<sup>4</sup> mesmo sob a égide da Carta de 1967, reformada em 1969, ainda de escasso garantismo processual. O Professor Barbosa Moreira foi um pioneiro no debate e na consolidação do conceito da *efetividade do processo* no Brasil.<sup>5</sup> Em especial, o tema que dá título a este

1 Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestre, Doutor e Livre-docente pela USP. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2 Para um interessante relato histórico, vide as autobiografias da homenageada *A menina e a Guerra* (Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001), *A garota de São Paulo* (São Paulo: ARX, 2004), *A professora da USP* (Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011).

3 Para um relato biográfico do Professor Barbosa Moreira, v. CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Homenagem. In FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 09/12 (reprodução de discurso proferido por ocasião da aposentadoria do professor homenageado da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ).

4 Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973; também da autora, *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushastsky, 1975.

5 Sobre o tema v. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27/42; também, do mesmo autor, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. In: *Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17/29.



artigo foi abraçado e desenvolvido pela Professora Ada Pellegrini, a partir de uma proposta do autor deste artigo.<sup>6</sup>

Este trabalho para bem contemplar os homenageados coloca em perspectiva dois temas anteriormente trabalhados pelo autor do presente artigo, o sentido da *efetividade da tutela jurisdicional*<sup>7</sup> e a proposta de uma *instrumentalidade metodológica do processo*,<sup>8</sup> de maneira a demonstrar como eles se complementam. A junção desses dois temas, aqui proposta, se faz pela afirmação da efetividade do processo como pressuposto da *instrumentalidade metodológica*. Com isso, busca-se tratar conjuntamente temas que, separadamente, encantaram aos dois professores homenageados.

## 2. A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COMO HORIZONTE METODOLÓGICO DO PROCESSO

Em termos metodológicos, a efetividade da tutela jurisdicional representa um *horizonte metodológico* ou um *horizonte de sentido*, a indicar a direção na qual o direito processual deve avançar. Esse *horizonte metodológico* responde à questão de saber quais são as finalidades últimas do saber acumulada nessa área específica. Se, por exemplo, a medicina deve caminhar no sentido da cura das doenças, ou a agronomia, no de propiciar maior produtividade agrícola, o direito processual deve visar a sua efetividade, quer dizer, à realização dos valores inspiradores e informadores de sua concepção.

Resta, portanto, saber, com razoável precisão e profundidade, o que vem a ser essa efetividade, quais seus contornos e seu alcance.

A efetividade da tutela jurisdicional tem sido definida nos termos do postulado de Giuseppe Chiovenda, a partir da afirmativa que “na medida do praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter”.<sup>9</sup> Esse postulado traduz o objetivo “da *máxima coincidência* entre a tutela jurisdicional e o direito que assiste a parte”,<sup>10</sup> indicando a orientação finalista que aquela deve perseguir e expressando sua característica de instrumental, orientada para a “realização dos direitos”.<sup>11</sup>

No entanto a tutela jurisdicional, sistematicamente considerada, tem outras implicações não limitadas à realização do direito que assiste à parte.<sup>12</sup>

Primeiramente, há de se ter presente o fato de a prestação jurisdicional não se restringir à adjudicação da situação levada a juízo,<sup>13</sup> mas produzir efeitos secundários, entre os quais o de estimular as partes a uma solução amigável, na qual a “*máxima coincidência*” dificilmente se realiza, uma vez que a solução conciliatória só é atingida porque elas abrem mão de parcela de seus interesses.

Segundo, é importante considerar que, sob uma perspectiva sistemática, a tutela jurisdicional tem o significado de um recurso potencial, exercendo um importante papel simbólico para afastar o descumprimento da regra de direito material sem mesmo chegar a ser demandado.<sup>14</sup>

6 Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, em especial, p. 13 e 33/34.

7 Cf. SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998, p. 25/39; também, do mesmo autor, *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003, p. 47/52 [Disponíveis em <https://www.researchgate.net/> (localização pelo nome do autor)].

8 Cf. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011, p. 13/27.

9 “Il principio generale che nel nostro diritto rimane per così dire scoperto, per la mancanza d’una norma simile a questa, si desume dalla natura stessa dell’ordinamento giuridico e dalla esistenza del processo: il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”. CHIOVENDA, Giuseppe. Dell’azione nascente dal contratto preliminare. *Rivista del Diritto Commerciale*, parte I, vol. IX, p. 103. Apontando essa definição, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 14.

10 WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 41. Nesse sentido, também, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 215-241.

11 Cf. a terminologia de VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno. *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*. São Paulo: RT, 1940, p. 9.

12 Sobre a necessidade de uma concepção mais ampla quanto à efetividade da tutela jurisdicional vide WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987 capítulo 1, em especial item 4, p. 15-25; os parâmetros da efetividade do processo são dados pelo clássico artigo de MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, p. 27-39.

13 Utiliza-se aqui a expressão adjudicação como “*full-dress individualized and formal application of rules by officials in a particular litigation*” GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, vol. 9, n. 2, 1975, p. 95, nota 1.

14 Cf. GALANTER, Marc. Adjudication, litigation, and related phenomena. In: Leon Lipson e Stanton Wheeler. *Law and the social sciences*. New

Por fim, as decisões judiciais, mesmo quando versando sobre interesses atomizados, têm notória influência na implementação das políticas públicas contidas nos textos legais, exercendo importante papel na realização de objetivos sociais neles contidos.<sup>15</sup>

De fato, a interpretação da efetividade do processo não pode ser feita exclusivamente através da impositividade das decisões judiciais, a qual leva a afastar do direito processual importantes atributos que não estão ligados ao direito material e sua realização, mas à própria prestação jurisdicional, realizando-se em seu *iter* procedimental e nas implicações secundárias para o sistema jurídico e social.<sup>16</sup>

Sem dúvida, a capacidade do órgão jurisdicional em impor suas decisões tem fundamental importância na dinâmica do sistema judicial, tendo em vista a inutilidade de uma decisão judicial que não consiga realizar seus resultados práticos e concretos. Todavia, não se pode tomar a impositividade das decisões judiciais como atributo único para aferir a efetividade da tutela jurisdicional. Ela deve perseguir objetivos que se perfazem por outros meios e visam a outros fins, além da simples satisfação do interesse da parte reclamante.

Uma análise sob a exclusiva perspectiva da coincidência pode conduzir ao equivocado estabelecimento de condições de coercibilidade das decisões judiciais como finalidade máxima do sistema processual.<sup>17</sup> A esse propósito, como observado acima, deve-se reafirmar que o papel desempenhado pelo aparato judicial é bem mais abrangente, não se encerrando em si mesmo.

Assim, na consideração da efetividade da tutela jurisdicional deve-se tomar em conta fatores que possam retratar a totalidade de seus efeitos e de suas finalidades mediatas e imediatas. Para tanto é possível separar dois grupos de argumentos indicadores de parâmetros para a avaliação dos processos de adjudicação judicial e de outros mecanismos alternativos de solução de conflitos: os de *produção* e os de *qualidade*.<sup>18</sup> Esses argumentos traduzem dois diferentes tipos de resultados a serem analisados em qualquer mecanismo processual.

No tocante àqueles argumentos chamados de produção, considera-se qual mecanismo decisório produz um determinado resultado com menor dispêndio de recursos. Esse grupo de argumentos incorpora aquelas preocupações com o custo e duração do processo, apontados para o objetivo de um processo mais rápido e mais barato.

O segundo grupo, aquele dos argumentos de qualidade, coloca a questão dos benefícios gerados por um dado mecanismo processual tendo em vista uma situação concreta. Nesse caso, é preciso investigar a superioridade dos variados resultados que um determinado mecanismo decisório produz. Trata-se, portanto, de saber se o que se obtém através de um sistema de adjudicação é desejável em relação aos fins que se destina. Por exemplo, nesse sentido, “um dado processo é superior a outro porque aumenta a satisfação das partes, encorajando um restabelecimento amigável de relações, é mais disseminado entre as normas sociais, promove o desenvolvimento de soluções integrativas, conduz a maior obediência, gera precedentes mais úteis e assim por diante”.<sup>19</sup> Poder-se-ia dizer, ainda, que o resultado atende a um argumento de qualidade em razão de atender determinada política pública, judiciária ou subjacente à decisão judicial.

York: Russel Sage Foundation, 1986. p. 153.

- 15 É preciso reconhecer que atividade jurisdicional não produz efeitos apenas na estrita esfera dos direitos individuais das partes, mas projeta-se sobre todo o sistema jurídico e sobre as relações sociais. Cristina Rapisarda (*Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987), estudando a “ação inibitória” do direito italiano, indica que prefere o termo “tutela”, em vez de “ação”, porque este exprime “la rilevanza ad un tempo sostanziale e processuale dell’inibitoria e degli altri rimedi previsti dall’ordinamento vigente” (p. 110), afastando, entretanto, de seu campo de trabalho “ogni più ampia nozione di tutela giuridica in senso sostanziale, quale tecnica di attribuzione di beni giuridici” (p. 111). O presente trabalho enfaticamente concorda com a abordagem do processo sob a ótica da tutela jurisdicional, mas sustenta a necessidade de ser ela considerada em uma perspectiva ampla, que alcance todo o conjunto de consequências produzidas sobre o direito material, em uma verdadeira relação de interdependência entre aquele e o processo.
- 16 Afirmando uma relatividade do princípio chiovendiano, que não pode ser tomado como critério absoluto, vide MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989., p. 215-216 e 236.
- 17 Vide, nesse sentido, as advertências de José Carlos Barbosa Moreira (Efetividade do processo e técnica processual. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17-29), apontando que um dos riscos da afirmação da efetividade do processo é elevá-la a valor absoluto, fazendo com que o direito processual deixe de conciliar “solicitações contraditórias, inspiradas em interesses opostos e igualmente valiosos” (p. 21).
- 18 Nos termos do proposto por Marc Galanter (Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, n. 66 (1989), issue 3, p. xi-xiv), buscando estabelecer critérios comparativos entre os vários mecanismos alternativos de solução de disputas, como os administrativos, de arbitragem e de mediação, entre outros. Conforme indica nesse artigo, “the many reasons for preferring one dispute mechanism over another can be reduced to two basic arguments. The first of these, which we might call the ‘production’ cluster, is that one or another mechanism will produce ‘more’ with less expenditure of resources” (p. xii), o segundo grupo de argumentos remete à avaliação da superioridade dos *outcomes* produzidos.
- 19 GALANTER, Marc. Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, n. 66 (1989), issue 3, p. xii (traduzido do original).

Sob tal enfoque, a efetividade da tutela jurisdicional não pode ser avaliada a partir de um conjunto de características limitadas à coercibilidade das ordens judiciais. É preciso considerar outras consequências produzidas pela decisão e pelo processo decisório, entre as quais têm grande peso na missão aquelas ligadas a saber se a tutela jurisdicional atingiu suas finalidades. Nesse sentido, é necessário tomar em consideração uma variada gama de objetivos, como aqueles exemplificados acima.

Na avaliação de um determinado instrumento ou medida processual, portanto, não importa saber apenas se a decisão judicial foi produzida com um menor custo, em um prazo mais reduzido e em condições de ser inteiramente levada a termo. Apenas esses argumentos de *produção* não respondem à adequação da tutela a situações juridicamente protegidas. Ademais, em muitos casos pode estar envolvido mais de um interesse contemplado pela ordem jurídica, sem que a apreciação judicial possa optar por um deles sem elidir o outro ou conciliá-los sem o consentimento dos envolvidos.

Tome-se em consideração, a título de exemplo, o juízo cível das causas da família: qual seria o mais significativo predicado da tutela jurisdicional a ele dirigida? Por certo não seria a impositividade dos preceitos jurídicos abstratos, mas a capacidade de conciliar as partes, de restabelecer relações amigáveis no tratamento da prole, de gerar condições positivas de integração das pessoas envolvidas nas relações familiares etc. Nesse caso, como em muitos outros, a questão da efetividade pode não ser representada pelo postulado da máxima coincidência, que, no caso, não resume todos os objetivos buscados pelo sistema jurisdicional.

A efetividade da tutela jurisdicional, portanto, há de ser aferida levando em conta, também, outros elementos, como a capacidade do órgão jurisdicional em conhecer corretamente os fatos apresentados, de mediar e conciliar posições conflitantes, de perceber a verdadeira necessidade das partes e responder às suas expectativas pessoais, de considerar todo o conjunto de argumentos aduzidos, de incentivar condutas positivas das partes (em relação à instrução probatória e à execução do julgado), e de considerar as repercussões finais da decisão produzida (em relação aos sujeitos diretamente envolvidos e, também, à sociedade), entre outros fatores que dimensionam a totalidade dos resultados a serem produzidos pela prestação jurisdicional.<sup>20</sup>

A consideração da efetividade da tutela jurisdicional, como foi visto acima, impõe a formulação de um juízo sobre a *adequação* do procedimento e do provimento jurisdicional a uma determinada situação de fato, tomando em consideração não só seus objetivos imediatos (prestação de tutela à parte reclamante), mas também àqueles mediatos (relacionados com os valores e objetivos do ordenamento jurídico), o que apenas será factível a partir de uma visão externa do processo, isto é, não restrita a seus próprios pressupostos.<sup>21</sup>

Em rápida síntese, o conceito de *efetividade* implica uma consideração de meios e fins, podendo ter-se por efetivo aquele processo que atinge as finalidades a que se destina, considerando o conjunto de objetivos implícitos no direito material e a totalidade da repercussão da atividade jurisdicional sobre dada situação de fato.

A identificação dessas finalidades, portanto, como acima mencionado, não pode ser buscada endogenamente no processo, a partir de fins localizados em seus próprios institutos, mas sim nos resultados aos quais está vocacionado.<sup>22</sup> As finalidades endógenas do processo, que respondem àqueles argumentos chamados de *produção*, ganharão o seu sentido quando conjugadas com objetivos mais amplos, identificados na consideração ampla do sistema jurisdicional, como um mecanismo de produção de decisões sociais.

A questão da efetividade deve ser vista a partir de uma visão sistemática do processo,<sup>23</sup> com o cruzamento

20 Sobre como a correta interpretação das normas processuais, uma vez aplicadas em boa técnica, podem alcançar esses resultados, vide MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Efetividade do processo e técnica processual. Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 23-38.

21 Sem prejuízo, há a discussão acerca do *processo adequado*, isto é, qual processo, consensual ou adjudicatório é melhor para solucionar um dado litígio. Cf. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011, p. 104-107. Reconhecendo a necessidade de *adequação* do processo às situações de direito material, cf. LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. In FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Meios de Impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 252/258 (o autor sustenta a necessidade de adaptação do processo ao sujeito, ao objeto e à sua finalidade, colocando o Código de Processo, expressão de um método indutivo, como um sistema legal de adequação).

22 Sobre a efetividade do processo, Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 351-359. Segundo Bedaque, na consideração da efetividade do processo o jurista *“deve criar soluções visando a tornar o instrumento adequado à realidade social a que ele será aplicado”* (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 29).

23 Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Efetividade do processo e técnica processual. Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 28, enfatizando que *“vários, senão muitos, dos problemas ‘clássicos’ do processo demandam reexame em perspectiva ampliada, que tome*

de fatores endógenos e exógenos ao sistema processual, de forma a permitir uma consideração dos argumentos de *produção* e de *qualidade*. Não há como pensar-se, por exemplo, em uma limitação de custos sem considerar seus efeitos de acarretar eventual redução de meios probatórios ou em uma diminuição da duração do processo sem levar em conta possível sacrifício do contraditório. De igual maneira, não há como cogitar de uma maior coercitividade das ordens judiciais sem considerar eventuais efeitos danosos que elas possam produzir, como a impossibilidade de reversão de uma decisão equivocada, de prejuízo à liberdade das partes envolvidas, ou ainda de comprometimento a uma adequada divisão dos poderes do Estado.

A questão da efetividade, nessa medida, coloca-se sob uma perspectiva de maior abrangência, a qual conduz à consideração de um dado mecanismo processual partir de suas múltiplas finalidades analisando suas implicações imediatas e mediatas. Além da assim chamada “realização do direito material”, a atividade jurisdicional deve estar voltada para o atendimento de objetivos sociais mais amplos, relacionados com os direitos demandados e outros que, na maior parte das vezes, podem a eles transcender. Dessa maneira, como destacado de início, a *efetividade da tutela jurisdicional* compõe um verdadeiro *horizonte metodológico* do Direito Processual Civil contemporâneo, a indicar o sentido em direção do qual os esforços de aprimoramento dos processualistas devem se dirigir.

### 3. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

A instrumentalidade do processo tem direta conexão com a efetividade do processo, na medida em que propõe seu direcionamento ao atendimento dos escopos fundamentais aos quais ele deve estar dirigido. Todavia, se a efetividade pode ser vista como apontando para um *horizonte metodológico*, com exposto acima, a instrumentalidade, da maneira como vem sendo colocada, aponta, sobretudo, para um *horizonte hermenêutico*, indicando a maneira como devem ser interpretados os institutos processuais e a disciplina legal do processo.

Sem dúvida, a chamada instrumentalidade do processo é o mais importante movimento de renovação do direito processual civil das últimas décadas. Significou uma grande ruptura com o *modo formalista de interpretação*<sup>24</sup> das normas processuais. Essa reação antiformalista não significou uma ruptura com o valor da forma como um dos elementos mais característicos do processo, mas introduziu a finalidade como um dado fundamental para a interpretação da disciplina legal do processo.

Em suma, segundo o principal postulado da instrumentalidade do processo, a interpretação e, por consequência, a aplicação das normas de direito processual devem levar em conta os vários escopos aos quais o processo se destina. É deles que se deve extrair seu significado último, aquele destinado a proporcionar o correto funcionamento da jurisdição estatal.

Em um ambiente epistemológico construído a partir da afirmação da *autonomia do direito processual civil*,<sup>25</sup> disciplina constituída em torno da independência da norma processual, é fácil entender como a ciência processual acabou fechada em suas próprias premissas, formando um conhecimento fortemente *autoreferente*.<sup>26</sup>

Com isso, a ruptura proposta pela instrumentalidade foi mais abrangente e profunda do que pudesse parecer à primeira vista. De fato, “é vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados

na devida consideração o contexto global em que eles se inserem”.

24 Considera-se *formalista* o modo de interpretação baseado na pressuposição de um direito objetivo e determinante, isto é, cujos comandos normativos possuem apenas um único sentido, correto e verdadeiro, e em relação aos quais se pressupõe a capacidade de determinar a realidade, independentemente de preocupações com sua eficácia e efetividade. Nesse sentido, v. TRUBEK, David M. *The handmaiden's revenge: on reading and using the newer sociology of civil procedure*. *Law and Contemporary Problems*, vol. 51, n. 4, 1988, p. 113/114. V., também, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 297/320 (criticando a univocidade do sentido da lei adotada pelos juristas, e processualistas em especial, em tendência tratada pelo autor como própria do *dogmatismo*, que seria expressão de um paradigma racionalista, responsável pela condução dos estudiosos do direito a investigações meramente conceituais). Criticando o “apego exagerado ao formalismo”, v. BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 43/46.

25 Sobre a chamada fase autonomista do direito processual, cf. Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 20-22; para um panorama da recepção dessas ideias no Brasil, vide, do mesmo autor, *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 27/39.

26 Cf. TEUBNER, Gunter. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 40/52 (em especial, descrevendo os vários graus da autoreferência).

mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima em função dos *fins* a que se destina.”<sup>27</sup>

Em uma visão acurada dos caminhos tomados pelo direito processual civil nos últimos anos verifica-se ter o raciocínio axiológico, introduzido pela instrumentalidade, um papel de grande relevo nessa área do direito.<sup>28</sup> Tirados eventuais abusos ou exageros a que essa doutrina possa ter levado,<sup>29</sup> é inegável sua importância na construção de uma renovada mentalidade no direito processual.

A esse propósito, nos termos em que vem sendo formulada, a instrumentalidade, tem o grande mérito de afirmar a necessidade de o processo orientar-se no sentido de sua efetividade, de dar respostas adequadas aos vários escopos que devem orientar sua concepção, em especial, na realização do direito material.<sup>30</sup>

A instrumentalidade, concebida dessa maneira, tem, portanto, um significado essencialmente finalista ou axiológico, voltado aos fins ou escopos do processo, podendo, com propósito analítico, ser chamada de *instrumentalidade finalista*.

O momento atual, passados já quase vinte e cinco anos do advento das obras emblemáticas dessa teoria,<sup>31</sup> é preciso avançar nas premissas por ela colocadas, em especial quanto à sua abrangência e direcionamento metodológico. Nesse aspecto, mostra-se viável um aprofundamento daquela afirmação de que o processo deve orientar-se de maneira instrumental, relativamente a alguns valores e, especificamente, ao direito material.

O presente trabalho, embora sem contestar as construções metodológicas anteriores, ousa trazer uma proposta nesse sentido. A esse propósito, objetiva-se gerar subsídios ao debate acadêmico acerca da metodologia do direito processual civil. A proposta do presente trabalho é a de levar o sentido instrumental do processo à própria maneira de estudá-lo e, assim, de construir o conhecimento a ele relativo. Afirma-se, a esse propósito, a necessidade de descer ao próprio direito material ou, mais exatamente, às situações controvertidas, ainda que potencialmente consideradas, próprias de uma área específica. Isso se mostra adequado ante a necessidade de apreender as características, premissas e problemas que são próprios a essa área, com o objetivo de construir uma resposta processual adequada às questões a ela peculiares.

Essa radicalização – no sentido de ir à raiz – busca uma mudança no modo de abordagem utilizado no direito processual, de forma a permitir uma renovação em seu próprio método, possibilitando uma *instrumentalidade metodológica*, cujas premissas são discutidas no item final deste artigo.

#### 4. A DESIGNAÇÃO INSTRUMENTALIDADE FINALISTA

A instrumentalidade do processo, como dito acima, coloca-se, sobretudo, por meio da afirmação dos escopos ou objetivos do processo, como um fundamental *horizonte hermenêutico* a ser considerado no Direito Processual Civil. O caráter finalista, assim, não se coloca em contraposição à instrumentalidade metodológica (*finalista* vs. *metodológica*). Na verdade, essa distinção tem por objetivo, somente, por em destaque as

27 Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177

28 De fato, como referido acima, a expressão mais evidente da instrumentalidade no direito processual brasileiro é a introdução da discussão sobre a efetividade de tutela jurisdicional, considerada de forma “*abrangente não apenas do provimento final ou resultado do processo – seja ele encarado sob o ângulo do vencedor, seja encarado sob o ângulo do vencido – , mas também dos meios predispostos ao atingimento daquele provimento e resultado.*” YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 37.

29 Cf. PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade e devido processo legal. *Revista de Processo*, n. 102 (abril-junho 2001), p. 55/67 (criticando a premissa do processo como instrumento, mediante a afirmação que o processo condiciona o direito, havendo uma interdependência entre as esferas de direito processual e material); também LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos/FUMEC, 2008, p. 129/137 (sustentando que com a instrumentalidade a “*ciência do processo*” deixaria de ser técnico-jurídica e passaria a ser técnico-metajurídica, em um enfoque que “*antes de axiológico, é axiologizante*”, p. 137).

30 “*O direito existe para se realizar. Todo valor reside na possibilidade prática de sua realização.*” VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*. São Paulo: RT, 1940, p. 9. Essa a tônica que tem marcado o debate acerca da efetividade do processo, como indicado no item 2, acima.

31 Sem prejuízo de eventuais referências em obras anteriores, no que se refere ao movimento contemporâneo, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: RT, 1987; também a edição mais recente, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. Essa obra foi apresentada inicialmente com tese, em curso de titularidade do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP, vencido pelo autor. Importante, também, a esse respeito o capítulo constante de WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, p. 15/25; igualmente a edição mais recente, WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 21/83.

características fundamentais de ambas as propostas.

A adjetivação da instrumentalidade não é novidade. Já em um de seus nascedouros, Kazuo Watanabe a denominava *substancial*, em oposição àquela “meramente formal ou nominal.”<sup>32</sup> Também, José Roberto dos Santos Bedaque refere à *instrumentalidade moderna*, “informada por conotações deontológicas, que impõem alteração da maneira como a técnica deve ser aplicada.”<sup>33</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, sob diferente perspectiva, mas com resultados semelhantes, responde a questões equivalentes àquelas que compõem o núcleo da instrumentalidade sob o enfoque do que chama *formalismo valorativo*. Para ele, “repelida a forma pela forma, forma oca e vazia, a sua persistência ocorre apenas na medida de sua utilidade ou como fator de segurança, portanto, apenas e enquanto ligada a algum conteúdo, a algum *valor* considerado importante.”<sup>34</sup> Daí a necessidade, segundo afirma, de pensar a forma ou o formalismo a partir dos valores da justiça, paz social, segurança e efetividade.<sup>35</sup>

O posicionamento sustentado no presente trabalho, ressalte-se mais uma vez, não pretende uma ruptura ou o abandono da postura axiológica em relação ao processo. Propõe-se apenas somar a ela uma nova perspectiva metodológica, tal que, mudando o modo de indagação, conduza à própria redefinição do objeto de estudo. Por essa razão, com o exclusivo fim de contraposição, designa *instrumentalidade finalista* àquela concebida a partir da aplicação de escopos,<sup>36</sup> objetivos, ou valores às normas processuais, sem pretender afastar, evidentemente, o significado hermenêutico que efetivamente tem. Por outro lado, denomina como *instrumentalidade metodológica* àquela indicada acima e a seguir desenvolvida.

Nesse mesmo sentido, correta a compreensão de Ada Pellegrini Grinover acerca da distinção entre as modalidades de instrumentalidade:

“Estamos falando de *instrumentalidade finalística* do processo, ou seja, do enfoque do processo que tem como finalidade (jurídica) a atuação do direito material, sendo por isto mesmo instrumental em relação a este. Isto não se discute. Mas o processo também pode ser visto em sua *instrumentalidade metodológica* (Carlos Alberto de Salles). Ou seja, o método que parte do estudo do direito material para, a partir deste, remontar ou reconstruir o fenômeno processo. A utilização desse método, por si só, já revoluciona a análise do processo e tem aplicada, hora ou outra.”<sup>37</sup>

## 5. A INSTRUMENTALIDADE METODOLÓGICA

A proposta de uma *instrumentalidade metodológica*, aqui sustentada, não ostenta qualquer pretensão hegemônica, isto é, de afirmar-se como metodologia exclusiva, dominante ou mais correta para tratar de todas as questões e ser determinante de todas as abordagens do direito processual civil.

Ao contrário, sua vocação é alternativa, de ser uma entre outras opções metodologicamente válidas.

32 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 22/23.

33 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40.

34 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6. A propósito desse debate, cabe ponderar que, “a toda a evidência, processo não significa forma do direito material. Aqui, o erro provém da indevida aplicação aos dois ramos do direito das noções metafísicas de matéria e forma, como conceitos complementares. Definidas as normas fundamentais, reguladoras das relações jurídicas, como direito material, ao direito disciplinador do processo outra qualificação não restaria senão a de formal. O paralelo se revela primário em seu simplismo sofisticado. O direito material há de regular as formas próprias que substanciam e especificam os atos jurídicos materiais, ao passo que direito processual, como instrumento de definição e realização daquele em concreto, há de disciplinar, também, as formas que substanciam e especificam os atos jurídicos processuais. Em suma, a antítese não é direito material – direito formal, e sim, direito material – direito instrumental.” LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. In FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Meios de Impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 252

35 Não obstante a proximidade do enfoque, o autor não demonstra sua adesão à instrumentalidade, pois, segundo afirma, “o processo, cumpre ressaltar, não é meramente instrumental, pois revela um valor próprio ao estabelecer; como já se destacou, as formas inclusive as formas de tutela, com que se pode tornar efetivo o direito material.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Direito Material, processo e tutela jurisdicional*. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 771.

36 “Para que as afirmações não pequem pela extrema abstração estéril, é de suma importância a precisa definição dos objetivos a que o sistema se considera instrumentalmente ligado. Se os propósitos é que conferem sentido racional às condutas, é logicamente indispensável tomar plena consciência dos propósitos, ou estabelecê-los, para que possa a ciência do processo fazer racionalmente suas opções. Essa postura metodológica de cunho acentadamente finalista, que levou à preocupação em considerar alongadamente os escopos que norteiam o moderno direito processual, constitui também fator de um perene e dinâmico inconformismo, germe de iniciativas pelo aprimoramento funcional do sistema.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 315.

37 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 13.

Volta-se, assim, para ser aplicada em situações específicas, para as quais suas premissas e forma de abordagem se mostrem adequadas. Seu direcionamento é a especialidade, não a generalidade.

Nesse sentido, a proposta sustentada neste trabalho, como dito acima, não exclui a instrumentalidade em seu viés finalista, bem como qualquer outra concepção generalizante do fenômeno processual. Essas concepções tomam por pressuposto – ainda quando muitas vezes não declarado – a possibilidade de uma aplicação uniforme das normas processuais, independentemente de os problemas colocados ao direito processual serem provenientes de áreas específicas do direito material ou das relações humanas, de maneira geral. A instrumentalidade finalista, portanto, não perde sua validade e aplicabilidade na interpretação e aplicação de qualquer norma processual, em compasso com o grau de generalização que lhe é próprio.

A proposta aqui esboçada, como antes destacado, representa uma *radicalização* da instrumentalidade, no sentido de remeter à raiz da ideia do processo concebido como instrumento para realização de objetivos a ele externos.<sup>38</sup> Propõe-se buscar, como ponto de partida do direito processual, os problemas de cada campo específico do direito e da realidade fática.

Note-se que se pode aceitar certa correspondência entre o chamado direito material e determinados campos específicos da realidade fática. No entanto, não há como deixar de admitir que muitas situações desta última não encontram exata correspondência em determinada área do direito material. Pesam a esse propósito os variáveis graus de complexidade, a existência de situações não diretamente reguladas pelo ordenamento estatal, a existência de contradições e inconsistências internas do sistema jurídico e a crescente *interdisciplinaridade*<sup>39</sup> do direito contemporâneo. Por essas razões, é necessário analisar a adequação das respostas do direito processual não apenas da perspectiva do direito material, mas da realidade social na qual está inserido.

Nesse mesmo sentido, vai fundo a Professora Ada Pellegrini, ao afirmar a possibilidade, a partir da premissa da instrumentalidade metodológica, da “*construção da ideia de processualidade a partir dos conflitos existentes na sociedade, para se chegar ao processo e procedimento adequados para solucioná-los de modo a atingir uma tutela jurisdicional e processual efetiva e justa*”.<sup>40</sup>

Em termos metodológicos, assim, objetiva-se uma inversão na racionalidade própria do processualista. O problema não se coloca no campo estritamente processual, buscando-se subsídios do direito material para solucioná-lo. Ao contrário, vai-se ao problema em sua maior concreção, buscando entendê-lo a partir das peculiaridades da disciplina jurídica e social à qual deve estar conformada e identificada a resposta processual mais adequada para sua solução.

Na verdade, propõe-se um pouco mais do que tomar um campo específico de direito material como ponto de partida. Isso porque, da mesma forma que o processo, também o direito material não consegue dar conta de toda a complexidade dos problemas surgidos no plano fático. Há, sem dúvida, nos dois campos jurídicos, um *acréscimo de complexidade*<sup>41</sup> tanto jurídica, quanto fática.<sup>42</sup>

38 Quer dizer, as tendências endógenas e exógenas no direito processual, destacada no item 2, acima.

39 A interdisciplinaridade coloca-se como uma necessidade do direito contemporâneo de maneira a permitir-lhe gerar respostas adequadas à uma realidade de crescente complexidade jurídica e social. “A questão de que o jurista deva estabelecer novos e mais profundos contatos com psicólogos, sociólogos, antropólogos, cientistas políticos tornou-se, especialmente entre juristas da nova geração, uma *communis opinio* tão difundida que, desejando oferecer indicações bibliográficas precisas, não saberia por onde começar.” BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 46/47. Ainda, como ressalta o jurista, “a interdisciplinaridade sempre pressupõe uma diferença de abordagens diversas” (p. 48). Ressaltando uma transição paradigmática experimentada pelo direito contemporâneo, v. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 164/169. Para esse autor, “enquanto domínio social funcionalmente diferenciado, o direito desenvolveu um autoconhecimento especializado e profissionalizado, que se define como científico (ciência jurídica) dando assim origem à ideologia disciplinar a que chamo cientificismo jurídico” (...) “Do positivismo jurídico à autopoiese, o pressuposto ideológico foi sempre o de que o direito devia desconhecer, por ser irrelevante, o conhecimento social científico da sociedade e, partindo dessa ignorância, deveria construir uma afirmação epistemológica própria (‘direito puro’, ‘direito auto-referencial’, subjectividade epistêmica do direito’)” (p. 165). Sobre a aplicação de uma análise sociológica do processo, cf., também, SANTOS, Boaventura de Sousa. *A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça*. In *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1995, p. 141/161.

40 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 13.

41 “Esse acréscimo pode ser interno ou externo ao sistema, vale dizer, a evolução de um sistema não depende apenas da complexidade do ambiente, mas também da complexidade interna do sistema. Evolução dos sistemas é a realização do potencial de aprendizagem dessa complexidade e de transformação das estruturas do sistema por meio da diferenciação daquelas três funções: variação, seleção e estabilização. No interior do sistema jurídico esses mecanismos podem ser identificados com a multiplicação de expectativas normativas conflitantes (variação); processo de decisão das expectativas admitidas no sistema (seleção); regulamentação e programação condicional das expectativas normativas válidas (estabilização).” CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 89.

42 “O processo de decisão jurídica possui uma diferenciação funcional muito mais ampla que a imaginada pela concepção usual da divisão de poderes.

Daí a necessidade de identificar não apenas um campo específico de direito material, mas também o universo das possíveis situações controvertidas surgidas em relação a uma área determinada. Com isso, é possível formular, de maneira mais acurada, um juízo de adequação em relação às medidas processuais cabíveis no caso concreto e, por consequência, do melhor parâmetro interpretativo para as normas de processo.<sup>43</sup>

O caráter *transsubstancial*<sup>44</sup> do processo, de atender indistintamente a um grande conjunto de tipos de situações controvertidas, pelo qual é tradicionalmente concebido, vem sendo colocado em xeque diante da crescente complexidade das situações fáticas e jurídicas da realidade contemporânea. A perda da capacidade do processo para responder a uma grande diversidade de situações, independentemente da matéria a que digam respeito, acaba por enfraquecer a qualidade da resposta processual.

A proposta da instrumentalidade metodológica busca, exatamente, oferecer uma solução a esse problema da transsubstancialidade.

## 5.1. UMA NOVA FORMA DE ABORDAGEM

A instrumentalidade metodológica propõe uma alternativa quanto à forma de se construir o conhecimento no campo do direito processual civil. Essa alternativa, insista-se, não visa a excluir outras igualmente válidas, consiste em modificar a forma de análise do direito processual. Ao invés de se partir da norma de processo, parte-se da análise de um campo específico da realidade jurídica e social, para, verificados os condicionantes que lhe são peculiares, determinar a melhor resposta processual para o problema estudado.

A presente proposta, no entanto, não se confunde com aquela chamada de perspectiva de direito material do processo. Isso porque “os processualistas dessa tendência procuram desenvolver o estudo do direito subjetivo, da pretensão de direito material e da ação de direito material, conduzindo à conclusão de que, no plano processual, a cada ação de direito material corresponde, de ordinário, ‘ação’ de direito processual e uma pretensão processual”<sup>45</sup>. Verifica-se, de fato, que essa proposta parte de uma diversa definição do objeto de estudo do direito processual, na medida em que concebe o processo enraizado ao direito material.<sup>46</sup> Não obstante não chegue a considerar o processo como algo imanente ao direito material, pois afirma a autonomia da *pretensão processual*<sup>47</sup> ou, ainda, da *pretensão à tutela jurídica processual*,<sup>48</sup> estabelece uma relação necessária entre direito e processo muito mais próxima do que sob um enfoque estritamente processual.<sup>49</sup>

A proposta aqui desenvolvida não se confunde, também, com a afirmação da necessidade de efetividade da tutela jurisdicional, no sentido de promover a realização do direito material. Embora, como mencionado acima, essa afirmação represente um importante aspecto metodológico da chamada instrumentalidade finalística, no sentido de apontar um *horizonte hermenêutico* para o Direito Processual Civil, ela não chega a promover uma transformação metodológica, em razão de não se traduzir em uma redefinição do objeto de análise ou do procedimento de investigação. A efetividade, a esse propósito, é colocada

Por trás da separação entre o legislativo e o judiciário está uma considerável diferença na complexidade a ser dominada.” LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, vol. II, p. 40.

43 Acerca da adequação do processo, v. nota 20, acima

44 A propósito desse tema, cf. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011, p.20/24. Já denunciando a crescente perda da transsubstancialidade das normas processuais, v., do autor, SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998, p. 32 e 284/287.

45 WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, p. 23, mencionando que “Pontes de Miranda é, entre nós, o precursor dessa colocação, que em linhas gerais é adotada por Celso Neves e Ovidio Baptista da Silva. Também Botelho de Mesquita parte da mesma perspectiva para a sua teoria de ação” (p. 25).

46 Para um exemplo das implicações práticas desse posicionamento, v. SILVA, Ovidio Baptista da. *Ação de imissão de posse*. São Paulo: RT, 1997, p. 114/143 (sustentando que, muito embora o CPC de 1973 tenha abolido a ação de imissão de posse, presente no diploma anterior, esta permanecia disponível no sistema processual, com força de ação executiva em sentido amplo, por força de permanecer nele a ação em seu sentido de direito material, isto é, o direito do adquirente se imitar na posse do imóvel adquirido por meio de instrumento adequado).

47 “A pretensão processual é pretensão à sentença, por se ter exercido a pretensão à tutela jurídica.” (...) “O que se exerceu, pré-processualmente, foi a pretensão à tutela jurídica. Quem a tem ainda não tem pretensão processual: a pretensão processual depende (= nasce) do pedido.” PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 218/219.

48 “Entre a *pretensão à tutela jurídica* e a *pretensão processual*, de que fala Pontes de Miranda, no item anterior, há um vazio que, parece-nos, deve ser preenchido. Aquela é conceito *pré-processual*; esta última *processual, in concreto*. Entre as duas está a *pretensão à tutela jurídica processual*, que não se confunde, nem com uma nem com outra.” NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 83.

49 Cf. WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987, p. 23 e 27 (comparando as duas perspectivas a dois rios, de águas com cores diferentes, que, depois de se encontrarem, correm paralelamente por um tempo, mas devem se misturar de todo).



apenas abstratamente, sem atingir uma modificação no modo de indagação do processualista quanto aos problemas de sua área de saber.

Na perspectiva proposta, diversamente, o processo não se coloca como ponto de partida. Sua posição é de ponto de chegada, sem inferir uma prévia modalidade de relação entre direito e processo, como funções independentes ou como relação necessária. A instrumentalidade se faz, sob esta abordagem, por meio do direcionamento da atividade cognitiva ao atendimento de necessidades concretas de determinada situação, seja do direito envolvido, seja da natureza do conflito envolvido.

Como se pode perceber, a abordagem proposta somente se mostra possível com a ruptura da transsubstantialidade denunciada anteriormente, isto é, com o reconhecimento de que o chamado “direito material” representa uma enorme gama de situações jurídicas e sociais, diversificadas e, muitas vezes, contraditórias entre si. Impossível, nesse sentido, uma discussão de efetividade que não tome por referência um domínio específico de situações concretas.

É, portanto, a partir das características, condicionantes e peculiaridades de uma área que se deve avaliar e construir a resposta processual. Fácil perceber, a tal propósito, a disparidade de situações envolvidas em áreas tão díspares como família, tributário, comercial e administrativo – esta última, foco principal do presente trabalho –, a exigir respostas processuais com variáveis graus de diferenciação.

O processo, nessa abordagem, passa a ser examinado de uma perspectiva externa, sem ficar recluso às suas próprias premissas, respondendo a necessidades a ele colocadas a partir de um universo para o qual ele deve estar, naturalmente, instrumentalizado. Não há, todavia, perda da especificidade do objeto do direito processual, uma vez que, não obstante a mudança de ponto de partida, o objeto de estudo prossegue sendo a resposta processual, submetida às adequações que se mostrarem necessárias.

É nesse sentido a asserção acima de esta proposta constituir uma radicalização da instrumentalidade, significando levá-la às suas raízes, introjetando-a no próprio modo de construir o conhecimento em cada área. A ideia do processo como instrumento é levada ao extremo de conduzir a uma modificação de seu próprio modo de indagação, iniciado a partir de áreas de direito material.

## 5.2. A REDEFINIÇÃO DO OBJETO EM ESTUDOS DE DIREITO PROCESSUAL

A mudança no modo de investigação do direito processual implica uma mudança na própria definição de seu objeto de estudo. Afinal, “o método pode ser definido como o *procedimento teórico*, pelo qual se estabelecem os conceitos e suas relações entre si, ou, dito de outra forma, pelo qual se constrói um objeto teórico”.<sup>50</sup> Há, assim, uma necessária interdependência entre método e objeto. Ao reconstruir-se o método, de alguma forma, reconstrói-se, também, o objeto de estudo.

Nas perspectivas contrapostas no subitem anterior, de direito material e de processo, o objeto é definido *a priori*, seja como estrutura normativa autônoma, seja enquanto relação necessária. Não há, dessa forma, uma diferença metodológica entre elas, que partem, embora com definições diversas, dos mesmos pressupostos teóricos quando à abordagem de seus respectivos objetos.

Com efeito, com a proposta de instrumentalidade metodológica, aqui formulada, o estudo do processo deixa de estar confinado ao campo da exegese da norma processual – ou dos reflexos processuais da norma de direito material –, passando a estender-se às próprias peculiaridades da resposta que lhe é exigida em relação a uma área predefinida. Ocorre, portanto, um inegável alargamento do campo de investigação do processualista, muito embora esse alargamento seja – o que pode parecer paradoxal – direcionado a uma resposta de maior especificidade.

O paradoxo, entretanto, não se confirma. A abertura do campo de conhecimento é, exatamente, condição para poder-se obter uma resposta de maior especificidade, isto é, de maior aderência às necessidades de um determinado contexto jurídico e social. Não se perde, de qualquer forma, peculiaridade própria do direito processual,

50 LOPES, José Reinaldo de Lima. Regla y compás, o metodologia para un trabajo jurídico sensato. In COURTIS, Christian (org.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006, p. 48

tendo em vista o direcionamento aos estudos aos mecanismos processuais de solução de controvérsias.

Do mesmo modo que o processo não consegue abarcar a complexidade envolvida em situações conflituosas determinadas, também o direito material não consegue dar conta de contextos muito complexos. Por essa razão surge a necessidade de a análise jurídica trabalhar sob uma perspectiva mais aberta, considerando não apenas a realidade normativa, mas também aquela política, econômica e social na qual ela está envolvida, para além da perspectiva exclusivamente jurídica.

Na consideração da resposta processual, portanto, surge a necessidade, também, de se trabalhar com um paradigma jurídico mais aberto, levando em consideração elementos não apenas do direito material, mas, igualmente, de outros fatores externos ao próprio direito.

## 6. CONCLUSÕES

As conclusões do presente trabalho podem ser resumidas em três afirmações centrais, que resumem as principais posições sustentadas acima.

Em primeiro lugar, aquela afirmação relativa ao papel da *efetividade da tutela jurisdicional*, ou simplesmente *efetividade do processo*. A esse propósito afirma-se que a efetividade atua para o estudioso do Direito Processual Civil, como uma espécie de *horizonte de metodológico*, ou um horizonte de sentido, querendo significar aquele objetivo maior para o qual devem se dirigir os esforços dos processualistas na interpretação e aplicação dos fenômenos normativos que lhes são próprios. Para tanto, ressalta-se a necessidade de a efetividade do processo ser concebida em termos amplos, não de simples maximização do direito material, mas levando em conta objetivos maiores do direito em geral e da tutela jurisdicional em especial. Daí a importância de considerar não só *argumentos de produção*, mas também *argumentos de qualidade*.

A segunda afirmação a ser destacada diz respeito à *instrumentalidade finalística*, aqui assim explicitada. Esta, que de alguma forma relaciona-se com a efetividade da tutela jurisdicional, deve ser entendida com um *horizonte hermenêutico* do processo, isto é, indicando a necessidade de a sua interpretação ser realizada a partir das finalidades ou escopos próprios do Direito Processual contemporâneo.

Por fim, a terceira afirmação diz respeito ao núcleo central deste trabalho, a *instrumentalidade metodológica*. Esta diz respeito, no sentido de dar concreção às duas anteriores, à possibilidade de mudar o ponto de partida do direito processual. Sob essa nova perspectiva se passa a tomar, como ponto de partida das indagações dessa área, as próprias situações controvertidas, no âmbito do direito material e mesmo social, que algumas vezes não é inteiramente abrangido pelos mecanismos jurídicos. Longe de pretender-se hegemônica, instrumentalidade metodológica pretende-se, sobretudo, como alternativa, indicativa de um novo modo de produzir o conhecimento no Direito Processual Civil.

Com isso, espera-se ter explicitado algumas das sendas metodológicas trilhadas pelos eminentes professores homenageados e agregado novos elementos para um debate que eles, seguramente, gostariam de participar.

## 7. BIBLIOGRAFIA

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Homenagem. In FUX, Luiz, NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 09/12.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. *Rivista del Diritto Commerciale*, parte I, vol. IX, p. 103.

Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: RT, 1987.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

- \_\_\_\_\_. Nasce um novo processo civil. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GALANTER, Marc. Adjudication, litigation, and related phenomena. In: Leon Lipson e Stanton Wheeler. *Law and the social sciences*. New York: Russel Sage Foundation, 1986. p. 151-257.
- \_\_\_\_\_. Introduction: Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, n. 66 (1989), issue 3, p. xi-xiv.
- \_\_\_\_\_. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law and Society Review*, vol. 9, n. 2, 1975, p. 93-160.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A garota de São Paulo*. São Paulo: ARX, 2004.
- \_\_\_\_\_. *A menina e a Guerra*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A professora da USP*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.
- \_\_\_\_\_. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973;
- \_\_\_\_\_. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushastsky, 1975.
- LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Meios de Impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos/FUMEC, 2008.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Regla y compás, o metodología para un trabajo jurídico sensato. In: COURTIS, Christian (org.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do Processo e Técnica Processual. In: *Temas de Direito Processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17/29.
- \_\_\_\_\_. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27/42.
- \_\_\_\_\_. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: *Temas de direito processual: quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 215-241.
- NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. Direito Material, processo e tutela jurisdicional. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade e devido processo legal. *Revista de Processo*, n. 102 (abril-junho 2001), p. 55/67
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011, p. 13/27.
- \_\_\_\_\_. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: RT, 1998 [disponível em <https://www.researchgate.net/> (localização pelo nome do autor)].
- \_\_\_\_\_. Processo civil de interesse público. In SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003, p. 47/52 [Disponível em <https://www.researchgate.net/> (localização pelo nome do autor)].
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000
- \_\_\_\_\_. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1995.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004
- \_\_\_\_\_. *Ação de imissão de posse*. São Paulo: RT, 1997.
- TEUBNER, Gunter. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- TRUBEK, David M. The handmaiden's revenge: on reading and using the newer sociology of civil procedure. *Law and Contemporary Problems*, vol. 51, n. 4, 1988, p. 111-134.
- VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno. *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*. São Paulo: RT, 1940.
- WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3ª ed. São Paulo: DPJ, 2005, p. 21/83.
- \_\_\_\_\_. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.
- \_\_\_\_\_. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- YARSHHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

# LA CONCEPCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA DOCTRINA (CIVIL Y PROCESAL) CHILENA DOMINANTE DURANTE EL SIGLO XX

EN HOMENAJE A LOS PROFESORES ADA PELLEGRINI GRINOVER Y JOSÉ BARBOSA MOREIRA

**Carlos del Río Ferretti**

Profesor de Derecho procesal  
Facultad de Derecho Universidad Católica del Norte (Chile)

## 1. CUESTIÓN GENERAL: SITUACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Cuando se estudia la carga de la prueba se advierte una evolución en las explicaciones del instituto, en la cual se pueden distinguir intentos sucesivos que buscan dar con una regla (criterio) que permita determinar (y explicar) – como dice Montero<sup>1</sup> – quién (y porqué) deba asumir las «consecuencias de que una afirmación de hecho no se haya probado».

El autor citado<sup>2</sup>, por ejemplo, distingue cuatro formas en que se ha encarado el asunto: el primer intento de respuesta acude a las máximas romanas o medievales; luego aquella que intenta la solución (y explicación) con la distinción en las clases de hechos; en tercer lugar aquella que cree hallar contestación en la distinción entre las condiciones generales y las específicas, y finalmente la que defiende la tesis del supuesto fáctico de la norma favorable.

Con todo, existe actualmente consenso en que ninguna de estas consigue una explicación válida para la totalidad de casos que plantea la realidad aplicativa. Una aproximación realista exige un diseño normativo flexible que recoja en abstracto la necesidad de resolver situaciones diversas y en ámbitos de tutela material muy disímiles. Los esfuerzos más serios en las últimas décadas parecen apuntar en esta línea. A nivel teórico, por ejemplo las profundas reflexiones de Verde<sup>3</sup>, que exactamente inciden sobre este punto, y a nivel legislativo, el tratamiento matizado y flexible que ofrecen legislaciones como la LECiv española, son muestras claras de esto último.

En este contexto, el objeto de este estudio es analizar lo que ha sucedido con la doctrina chilena más relevante durante el siglo XX.

Los estudios que podemos encontrar en Chile provienen de civilistas y procesalistas. Esta dualidad puede explicarse por la regulación positiva de la prueba, cuyo estatuto jurídico se ha encontrado en el Código Civil y en la legislación procesal. De aquí también esa ubicación ambigua que ha tenido la prueba, el estudio de esta en nuestra dogmática, en el Derecho civil y en el Derecho procesal a la vez es una situación que se ha extendido por todo el siglo XX y que aun pervive<sup>4</sup>.

Por otra parte, la carga de la prueba analizada dentro de la teoría de la prueba sigue siendo una cuestión muy discutida. Su ubicación en el ámbito del Derecho material o en el del Derecho procesal o en ambos a la vez ha sido objeto de debate por mucho tiempo y por los clásicos: véase por ejemplo Rosenberg<sup>5</sup> y Micheli<sup>6</sup>.

1 MONTERO AROCA, Juan (2007): *La prueba en el proceso civil*, quinta edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, p. 128.

2 MONTERO AROCA (2007), pp. 128-132.

3 VERDE, Giovanni (2013): *L'onere della prova nel processo civile*, Edizione Scientifiche italiane, Napoli, 600 pp.

4 Hasta el presente distinguidos profesores de Derecho civil se ocupan de la carga de la prueba: por ejemplo, entre otros, CORRAL TALCIANI, Hernán (2012): «Sobre la carga de la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil», en Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de Los Andes (n. 23), pp. 107-117; también DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2013): «La introducción de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho chileno», en AAVV, *Estudios de Derecho civil IX* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 787-798.

5 ROSENBERG, Leo (2002): *La carga de la prueba*, segunda edición, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, (traducción Krotoschin) 460 pp.

6 MICHELI, Gian Antonio (1961): *La carga de la prueba*, EJE, Buenos Aires (traducción Sentís Melendo), 591 pp.

Los juristas chilenos durante casi todo el siglo XX explican la carga de la prueba de una manera muy semejante en sus obras de Derecho civil y procesal. Repiten a menudo los mismos argumentos, los mismos ejemplos y las mismas citas de autoridad: en todo caso, muy apegados —en general— a la civilística francesa del siglo XIX y principios del XX, introducida por medio de Claro Solar y los que le siguen. Alessandri, Domínguez, Fueyo, Pescio, entre otros.

## 2. LOS PROBLEMAS QUE SE PLANTEA NUESTRA DOCTRINA CIVIL Y PROCESAL CUANDO ESTUDIA EL ASUNTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Desde el trabajo de Yáñez<sup>7</sup> y las obras generales de Claro<sup>8</sup> y Alessandri<sup>9</sup>, hasta la monografía de Domínguez<sup>10</sup>, y las posteriores obras de Derecho civil y procesal, entre las cuales se cuentan las de Fueyo<sup>11</sup>, Pescio<sup>12</sup>, Anabalón<sup>13</sup> o Paillás<sup>14</sup>, podemos encontrar un núcleo de ideas bastante preciso y que se reitera de forma semejante. Ensayaremos la fijación de los puntos que reflejan el pensamiento tradicional de los juristas chilenos — desde fines de S. XIX y en la mayor parte del S. XX — sobre la carga de la prueba, en los términos que siguen.

### 2.1. ORIGEN DEL CONCEPTO EN UNA SERIE DE AFORISMOS LATINOS Y EL EMPALME CON EL ARTÍCULO 1698 CC

Es una constante en nuestra doctrina<sup>15</sup> que el origen del concepto de carga de la prueba (de *onus probandi*, expresión todavía muy frecuente) se halle en una serie de aforismos o máximas latinos con los que se intenta alumbrar una interpretación del art. 1698 CC, con el propósito de conseguir una exégesis extensiva, con el argumento de que en él subyace un criterio capaz de resolver los problemas de carga de la prueba que surjan en todos los campos del Derecho civil, y no únicamente en aquel de las obligaciones de origen contractual<sup>16</sup>.

El precepto en cuestión —común a los ordenamientos civiles decimonónicos— señala al respecto lo siguiente: «Incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquellas o ésta».

La vinculación de las máximas latinas con el contenido del art. 1698 CC está presente en las explicaciones de Claro Solar<sup>17</sup>, que al respecto apunta que los aforismos *actori incumbit onus probandi* o *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* (o *negantis naturali ratione nulla est probatio*) o *reus in exceptione fit actor*, se recogen en la formulación del precepto del Código Civil. Y dice al respecto: «En el art. 1698 se hallan resumidas implícitamente varias máximas tomadas de la doctrina de los jurisconsultos romanos que son rigurosamente exactas aun bajo el imperio de nuestro derecho civil con tal que sean bien comprendidas». Y a ello se ocupa en su obra.

Ejemplos bien patentes de lo que se dice se pueden encontrar también en Alessandri y en Domínguez.

7 YÁÑEZ, Eliodoro (1903): «Onus probandi», en Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1903-I, pp. 71-76.

8 CLARO SOLAR, Luis (1979): *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*. Tomo duodécimo, De las Obligaciones, III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

9 ALESSANDRI, Arturo (1930): *Derecho civil, segundo año, teoría de las obligaciones* (versión taquigráfica de la cátedra de derecho civil), Imprenta Cisneros, Santiago de Chile; y del mismo, *Derecho civil, primer año, 2ª edic.* (versión taquigráfica tomada de clase de Derecho civil), Editorial Zamorano y Caperán, 1936; (SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio) (1998): *Tratado de Derecho civil*, partes preliminar y general, t. II, sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, 545 pp.

10 Domínguez Casanueva, Carlos (1927): *El onus probandi ¿Quién debe probar?* Imprenta Electra, Santiago de Chile, 113 pp.

11 FUEYO LANERI, Fernando (1958): *Derecho civil*, tomo cuarto, *De las obligaciones*, volumen II, Imprenta y Litográfica Universo, 1958, Valparaíso-Santiago.

12 PESCIO VARGAS, Victorio (1978, reimpresión): *Manual de Derecho civil. Teoría general de los actos jurídicos y teoría general de la prueba*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

13 ANABALÓN SANDERSON, Carlos (1954): *El juicio ordinario de mayor cuantía*, Editorial Jurídica de Chile.

14 PAILLÁS PEÑA, Enrique (2002): *Estudios de Derecho probatorio*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile.

15 CLARO SOLAR (1979), pp. 659-661; DOMÍNGUEZ (1927), pp. 77 y ss.; ANABALÓN SANDERSON, Carlos (1954): *El juicio ordinario de mayor cuantía*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 204-205; PAILLÁS, Enrique (2002): *Estudios de Derecho probatorio*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, pp. 33-35.

16 DOMÍNGUEZ (1927), pp. 73 y ss.

17 CLARO SOLAR (1979), pp. 659 y ss. Algo semejante en el trabajo de YÁÑEZ (1903), pp. 71-76; y en la obra de ALESSANDRI/SOMARRIVA/VODANOVIC, p. 421, y DOMÍNGUEZ CASANUEVA, Carlos (1927), *passim*.

Alessandri<sup>18</sup> apunta sobre las máximas latinas de *actori incumbit probatio* y *reus in exceptione actor fit*, lo que sigue: «Todos estos principios que dicen que debe probar el que sostiene una proposición contraria al estado normal de las cosas, o el que pretende destruir una situación adquirida, se hallan compendiados en el inciso 1° del artículo 1698 del Código Civil, que dice: ‘Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta’. Es decir, si alguien sostiene que determinada persona le debe una cosa, debe probar la existencia de la obligación, y si el deudor afirma que ya pagó la obligación, o que prescribió, etc, debe probar la extinción.»

»En derecho procesal se dice que corresponde al actor probar los hechos en que fundamenta su acción y al demandado aquellos en que fundamenta su excepción.»

Domínguez<sup>19</sup>, a su turno, señala sobre las máximas latinas lo siguiente: «Hemos visto en los capítulos anteriores el origen y desarrollo de los principios que rigen la incumbencia de la prueba; hemos visto las doctrinas que sobre ellos se han sustentado y hemos llegado a la conclusión de que los principios clásicos son absolutamente conformes con la naturaleza del Derecho y son los únicos principios posibles para solucionar en forma eficaz el problema de la incumbencia de la prueba; pero como principios generales que son, deben ser interpretados en una forma amplia que permita aplicarlos a todos los casos que se presentan.»

Hasta aquí, los dos aforismos latinos esenciales, *actori incumbit probatio* y *reus in exceptione actor fit*, en concepto de los autores citados parecen guardar correspondencia con la letra del art. 1698 CC, y esa correspondencia puede sustentar la pretensión de que en él se encuentran principios generales aplicables más allá de las obligaciones de origen contractual.

## 2.2. LAS TEORÍAS EXPLICATIVAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA BARAJADAS POR LA DOCTRINA CIVIL Y PROCESAL DOMINANTES EN CHILE

Como se ha adelantado, tal vez por influencia (principalmente) de autorizada doctrina civilista francesa de fines del S. XIX y principios del S. XX, la doctrina civilista chilena (y la doctrina procesal de mediados del S. XX sobre todo) siguen en este punto las aportaciones francesas que centran su discurso en los criterios complementarios de la normalidad y de la situación adquirida, como las reglas operativas para determinar el reparto de la prueba entre actor y demandado, o mejor, entre las afirmaciones avanzadas por unos y otros. Es evidente la influencia de Baudry Lacantinérie, de Bonnier, Capitant y Colin. También, entre otros, Fitting<sup>20</sup>.

Desarrollan la idea de que la normalidad o el hecho corriente *se presume* por la ley, lo que conlleva poner la carga del lado de quien avanza una afirmación de hecho que se opone a ello, y que pretende alterar o modificar esa situación de normalidad de la cual arranca el proceso. La doctrina chilena casi de forma invariable hará mención a supuestos típicos de normalidad dados o asumidos en el ordenamiento jurídico y que servirán como criterios de reparto de la prueba<sup>21</sup>. Los ejemplos van orientados a explicar la carga primaria que así soportaría inicialmente el actor en el proceso.

Domínguez Casanueva<sup>22</sup> desarrolla la idea que en lugar de expresar la regla sobre a quién incumbe la prueba, como que *incumbe probar al que afirma*, es preferible por ser más precisa aquella que enuncia como *incumbe probar al que pretende innovar*; esa frase supone que exista una situación o mejor que preexista una situación frente a la cual una parte puede pretender innovar, alterar, modificar (tesis influida por Fitting y Baudry Lacantinérie).

De esta manera, se ocupa<sup>23</sup> de determinar cómo se puede presentar o estar dada la situación preexistente frente a la cual se pretende innovar. Denomina a la situación como *situación de la controversia*, la que se determina por cualquiera de las tres formas siguientes: a) por la naturaleza de las cosas, que denomina situación

18 ALESSANDRI/SOMARRIVA/VODANOVIC (1998), p. 421.

19 DOMÍNGUEZ (1927), p. 51.

20 Una explicación completa disponible es la de DOMÍNGUEZ (1927), pp. 79 y ss.

21 Desde las explicaciones de CLARO SOLAR (1979), pp. 659-660, en adelante.

22 DOMÍNGUEZ (1927), pp. 79 y ss.

23 DOMÍNGUEZ (1927), pp. 81 y ss.

natural; b) por determinación de la ley, que denomina situación legal, y c) la determinada por la prueba, denominada situación adquirida.

La situación natural es la determinada por la naturaleza de las cosas. Domínguez Casanueva<sup>24</sup> dice que conforme la naturaleza de las cosas la situación natural (normal) es que los sujetos no se encuentren vinculados jurídicamente entre sí, entre las partes, por una relación jurídica, sino, al contrario, que se encuentren libres de vínculos jurídicos. Afirma<sup>25</sup> que entonces «es un corolario de esta situación la fórmula romana: ‘el peso de la prueba corresponde al actor’, aplicado a nuestro Derecho por el inciso primero del artículo 1698 del Código Civil».

Parafraseando a Alessandri Rodríguez, dice que los hombres son recíprocamente independientes, vale decir, no están ligados los unos a los otros, los vínculos nacen «de hechos determinados y excepcionales»<sup>26</sup>.

Cita seguidamente la opinión de Baudry Lacantinérie<sup>27</sup>. Al respecto señala un pasaje en que se apunta: «El artículo 1315 no expresa sino las consecuencia del principio de que la necesidad de probar se impone a aquél que alega un hecho contrario al estado normal y habitual de las cosas, o bien a una situación adquirida. Nada más racional. Cuando un hecho jurídico es objeto de una controversia entre dos personas, antes que el juez haya podido verificar sus afirmaciones contradictorias, el estado de cosas que la ley considera como ordinario y regular, debe presumirse que existe; se puede, sin duda destruirlo o substituirlo por un estado excepcional; pero la carga de la prueba pesa naturalmente sobre aquél que sostiene tal pretensión».

«El estado normal y habitual es la independencia recíproca de los hombres, por lo menos desde el punto de vista de los deberes jurídicos llamados obligaciones, puesto que ellas no nacen de hechos determinados excepcionales».

Y luego añade una cita<sup>28</sup> de Fitting en un sentido parecido: «Basta el que pretende un derecho ante el juez, que aplica en todos los casos sólo los principios que le dan los necesarios supuestos del hecho, que alegue y pruebe los hechos que lo producen, y por el contrario, deben probarse por el adversario, los ulteriores hechos que den lugar a los principios de acción contrario o de excepción».

«Para decir cuándo se ha de aplicar la primera parte del precepto, se debe tener en cuenta las relaciones normales».

«Y éstas son aquéllas en que la ley no ha introducido una visión particular, porque las reglas especiales nacen sólo por separarse del orden normal. Así, por ejemplo, la mayor edad, el estado sano, la virilidad, son relaciones normales, por lo que sólo para la menor edad, la feminidad, ha dado la ley reglas especiales»

«El *caso regla* presenta siempre un número menor de requisitos que el *caso excepción*, porque la excepción depende del concurso, en el caso concreto, no sólo de los datos del hecho que harían aplicable a la misma regla, sino también de cualquier dato ulterior que la sustraiga del imperio de ella».

Como se ve la situación natural está vinculada a la normalidad o la regla y frente a ellos está la excepción o el caso excepcional. Lo normal u ordinario debe presumirse que existe.

Por otra parte, Domínguez Casanueva señala que tanto Baudry Lacantinérie como Fitting no hacen distinción entre situación natural y situación legal, pero estima incorrecto aquello, puesto que aunque a menudo el legislador recoge casos de situaciones naturales, puede haber supuestos que no están expresamente recogidos en la norma y allí cobra especial relevancia no asimilar las dos categorías<sup>29</sup>.

Domínguez Casanueva<sup>30</sup> se ocupa de explicar los tipos de situaciones legales que son aquellas determinadas por la ley.

24 DOMÍNGUEZ (1927), pp. 81-87.

25 DOMÍNGUEZ (1927), p. 81.

26 DOMÍNGUEZ (1927), pp. 82-83, parafrasea un alegato ante la Corte Suprema, de Alessandri Rodríguez.

27 DOMÍNGUEZ (1927), pp. 83-84.

28 DOMÍNGUEZ (1927), pp. 84-85.

29 DOMÍNGUEZ (1927), pp. 85-86, cita a Baudry Lacantinérie: «‘el estado de cosas que la ley considera como ordinario y regular, debe presumirse que existe’». Cita a Fitting: «‘las relaciones normales son aquellas en que la ley no ha introducido una división particular’» pp. 85-86.

30 DOMÍNGUEZ (1927), pp. 87 y ss.

Primero está la situación natural determinada por la ley, como el caso en que la ley establece «el caso regla y el caso excepción».

Ejemplo de una disposición de esta especie sería la del art. 2 Cód. Civil que establece que la costumbre no constituye derecho salvo en los casos en que la ley se remita a ella, «de manera que para que pueda aplicarse una costumbre como Derecho, es necesario probar que se encuentra comprendida en los casos en que la ley se remite a ella. Se establecería así una situación natural. «Por consiguiente, quien desea aplicar la costumbre como derecho, como desea innovar la situación natural, debe probar.»<sup>31</sup>.

Segundo, la situación determinada por una presunción legal. Afirma que son los casos de presunciones *iuris tantum*, a las que se refiere el art. 47 CC, y que según el autor cambian el peso de la prueba, estableciendo una «nueva situación que reemplace la *situación natural*»<sup>32</sup>.

En tercer lugar, Domínguez Casanueva<sup>33</sup>, trata la situación determinada por una presunción de Derecho (*iuris et de iure*). Dice que «Por consiguiente el objeto de la presunción de Derecho es cambiar la situación natural de la controversia por una nueva situación que la ley crea con el carácter de inmutable, por estimar que dados los antecedentes y circunstancias que sirven de base a la presunción, la consecuencia que de ellos se deduce es de tal naturaleza que el juez necesariamente debe llegar a la certeza. La presunción de Derecho, debe pues establecer en el ánimo del juez una certeza legal que no es lícito cambiar.»<sup>34</sup>

A su turno, Alessandri, Somarriva y Vodanovic<sup>35</sup>, en cuanto a la determinación de a quién incumbe (quién soporta) probar, mantienen lo dicho por los otros autores chilenos sobre la carga: esa recae en quien afirma o sostiene un hecho que se opone a lo normal u ordinario o a una situación adquirida. *Repíte* los ejemplos o casos ya citados<sup>36</sup>.

También de forma esquemática asume estas ideas Fueyo<sup>37</sup>. Pescio<sup>38</sup>, por su parte, se ocupa del peso o carga de la prueba con base en dos aforismos latinos: «actori incumbit probatio», «excipiendo reus fit actor». Sus explicaciones siguen de cerca la doctrina civilista francesa: Baudry Lacantinérie y Barde, y Planiol y Ripert.

En general explican el reparto de la prueba en los criterios de la normalidad o habitualidad y en la situación adquirida, de modo que soporta la carga quien afirma un hecho que se aparta de la normalidad o vaya contra la situación ordinaria.

Parece que el actor ha de probar toda afirmación que se oponga a la normalidad o habitualidad, y el demandado toda afirmación contraria a la situación adquirida, y a partir de ese punto inicial se pueden suceder afirmaciones que van intercalándose y que suponen un desarrollo dinámico de la carga de la prueba<sup>39</sup>.

31 DOMÍNGUEZ (1927), p. 87.

32 DOMÍNGUEZ (1927), pp. 91-92. En p. 92 cita ejemplos de presunciones legales; dice que son de este tipo los contenidos de los arts. 64, 80, 94 n° 5, 147 incisos 1° y 2°, 150, 180, 183 incisos 2° y 3°, 189, 232, 306, 440 inciso 3°, 486, 540, 700 inciso 2°, 968 n° 5, 1072, 1739, 1790 inciso 2°, 2224 inciso 2°, 2298 inc 2°, 2299, etc, del Código Civil; artículos 11 inc. 2°, 34, 64, 120, 132, 139, 181, 207 inc. 2°, 259, 303, 447 inc. 2°, 635, 643 inc. 2°, 767 inc. 2°, 1305, 1333, 1336 y 1337 del Código de Comercio; artículos 27, 65, 67 y 88 del Código de Minería; y artículos 143, 417 y 679 del Código de Procedimiento Civil.

33 DOMÍNGUEZ (1927), pp. 92-96.

34 DOMÍNGUEZ (1927), pp. 93-94, cita ejemplos de estas presunciones en nuestro ordenamiento. Dice: «Podríamos citar como ejemplos de presunciones de Derecho los siguientes: artículos 76, ya citado, 180 en cuanto se reputa concebido durante el matrimonio, y 223 del Código Civil; artículos 33, 1332, 1334, 1335 y 1468 del Código de Comercio, este último derogado por el artículo 678 del Código de Procedimiento Civil; artículo 2 de la Ley n° 2445 que reglamenta el artículo 169 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia y artículo 200 de la misma ley.»

35 ALESSANDRI/SOMARRIVA/VODANOVIC (1998), p. 420. También ALESSANDRI, Arturo (1930): *Derecho civil, segundo año, teoría de las obligaciones* (versión taquigráfica de la cátedra de derecho civil), Imprenta Cisneros, Santiago de Chile, pp. 459-461; y del mismo *Derecho civil*, primer año, 2ª edic. (versión taquigráfica tomada de clase de Derecho civil), Editorial Zamorano y Caparán, 1936, pp. 170 y ss.

36 ALESSANDRI/SOMARRIVA/VODANOVIC (1998), p. 420: «De aquí que, en primer lugar deba el actor o demandante probar los hechos en que funda su acción. Lo dice el tradicional adagio *actori incumbit probatio*. Y, en efecto, no puede ser de otro modo. El demandante quiere introducir un cambio en la situación presente; se cree dueño de una cosa que está en posesión de su adversario, acreedor de éste, etc. Luego, hasta que se pruebe lo contrario, es lógico pensar que aquel que tiene una cosa es propietario de ella, porque lo normal y corriente es que el poseedor de una cosa sea su dueño; o que una persona no sea deudora, porque lo ordinario es que los individuos no se hallen obligados a otros. El demandado debe, pues, conservar las ventajas de su situación; mientras no se pruebe lo contrario, debe presumirse dueño, no deudor.» La opinión clásica transcrita aparece respaldada en Colin y Capitant, y también en el procesalista (procedimentalista) francés Garsonnet, *Traité de procédure civile*, tomo II, párrafo 274. Alessandri con anterioridad avanzaba las mismas ideas y apuntaba sobre la situación de normal u ordinaria, con los ejemplos canónicos de que lo normal respecto de la propiedad con relación al poseedor que se reputa dueño. Alessandri (1930), pp. 459-460.

37 FUEYO LANERI, Fernando (1958): *Derecho civil*, tomo cuarto, *De las obligaciones*, volumen II, Imprenta y Litográfica Universo, 1958, Valparaíso-Santiago, pp. 279.-280.

38 PESCIO VARGAS, Victorio (1978, reimpresión): *Manual de Derecho civil. Teoría general de los actos jurídicos y teoría general de la prueba*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp.324 y ss.

39 PESCIO VARGAS (1978), pp. 326-327.



Finalmente desde la perspectiva del juez y del procesalista, Anabalón<sup>40</sup> se preocupa de sentar en escuetos términos la teoría de la normalidad y la situación adquirida como criterios o parámetros para la distribución de la carga de la prueba. Y de allí también la correlativa distinción entre la carga que asume el actor (primaria) y la carga que asume el demandado (secundaria).

Refiere este autor de forma esquemática cómo la jurisprudencia chilena dominante habría recogido los puntos precedentes. Dice<sup>41</sup> lo siguiente: «La jurisprudencia nacional ha sancionado las tesis anteriores con otras palabras mucho más explícitas, mediante las doctrinas siguientes, emanadas de los fallos respectivos: a) el que pretende hacer valer un derecho debe acreditar los hechos necesarios para la existencia o eficacia de ese derecho; b) el que invoca un derecho resultante de un acto jurídico, debe comprobar la existencia de ese acto, y si fuera solemne, el haberse cumplido asimismo con la correspondiente solemnidad, salvo que ésta vaya involucrada en el acto mismo, como ocurre con los instrumentos públicos; c) el que reclama el efecto jurídico de un estado de hecho, debe probar el hecho que constituye o justifique ese estado; d) el que alegue que el derecho se ha extinguido, que el acto jurídico es nulo o que el hecho ha sido modificado, deberá probar la extinción, nulidad o modificación; e) el demandante que no acredita debidamente el derecho materia de su acción, no puede obtener en el juicio, y el tribunal, sin necesidad de ocuparse de las excepciones opuestas por el demandado, deberá absolver a éste; f) en el juicio de comodato precario concierne al actor acreditar los hechos constitutivos de la acción de precario, por ser él quien alega una situación distinta a la establecida; g) la inexistencia de un contrato corresponde probarla al que la alega, ya que lo normal es que los contratos no sean nulos ni carezcan de causa; etc.».

### 2.3. UN PUNTO DE INFLEXIÓN EN QUE SE ASUME PARCIALMENTE LA EXPLICACIÓN DEL PROCESALISMO CIENTÍFICO DE LA ÉPOCA

Un punto de inflexión sobre la explicación de la carga de la prueba, se verifica en el trabajo de Reyes Martínez<sup>42</sup>, quien expone las aportaciones del procesalismo científico de la época con base en los principales autores que se consultan. En esta podemos encontrar las siguientes ideas.

Con acierto señala<sup>43</sup> que la doctrina tiende a coincidir en entender que el reparto entre actor y demandado opera poniendo de cargo del primero la prueba del hecho constitutivo (o generativo) de un derecho (pretensión) y de cargo del demandado los hechos extintivos e impeditivos. Dice que sin embargo las posiciones de los autores difieren en la razón o fundamento que está detrás de ese reparto: conveniencia, justicia conmutativa, principio dispositivo, principio de contradicción, la lógica y la naturaleza, entre otros, aparecen mencionados por la autora<sup>44</sup>.

La autora<sup>45</sup> explica brevemente la concepción normativa y la regla normativa de reparto enunciada por Rosenberg. En la época es la mejor explicación encontrada de lo esencial de aquella.

Se ocupa<sup>46</sup> de la polémica sobre la ubicación (naturaleza jurídica) de la regla de la carga de la prueba. Resume con acierto algunas de las posiciones de Rosenberg sobre el carácter de las reglas de carga de la prueba, en orden a que participa de la naturaleza de la norma de que se desprende. Será procesal si la cuestión a resolver se realiza con la aplicación de una norma procesal, y será material si, a la inversa, se realiza con la aplicación de una norma material, como será en la mayoría de los supuestos. Expone también sintéticamente la posición

40 ANABALÓN SANDERSON (1954), pp. 206-208.

41 ANABALÓN SANDERSON (1954), pp. 207-208. [En nota 5 al pie cita las referencias jurisprudenciales: R. de D., tomo XII, año 1915, pág. 397; tomo XIII, año 1916, pág. 239; tomo XV, año 1918, págs. 218 y 292; tomo XX, año 1923, pág. 480; tomo XXI, año 1924, pág. 137; tomo XXVIII, año 1930, pág. 769; tomo XXXVII, año 1940, pág. 383; tomo XLVI, año 1949, pág. 499].

42 REYES MARTÍNEZ, Mónica (1965): *La voluntad en la carga de la prueba*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 50 y ss.

43 REYES MARTÍNEZ (1965), pp. 50 y ss.

44 Esta cuestión expuesta por la autora no aparece resuelta por ella ni vislumbrada de este modo, como hará la doctrina. La razón es la inviabilidad práctica de obtener tutela de forma eficaz. Diríamos de conveniencia práctica, que cita a Hellwig, citado por Rosenberg, pero no llega a decantarse en este sentido. La doctrina procesal más seria no tiene dudas en este sentido y explica certeramente. Cappelletti (*La testimonianza della parte...*) y Tapia (*El objeto del proceso...*) ponen de relieve que en estricto rigor jurídico al actor correspondería probar todos los hechos de los que depende la estimación de su pretensión, pero como ello no parece posible dado que haría prácticamente imposible la obtención de tutela, lo cierto es que se opera con el reparto de la carga indicado. También resalta esta idea con mucha fuerza Verde (*L'onere della prova...*).

45 REYES MARTÍNEZ (1965), pp. 52-53.

46 REYES MARTÍNEZ (1965), pp. 55-58.

opuesta de Micheli, que básicamente defiende el carácter procesal, dado que es en el proceso donde despliega sus efectos la regla de juicio.

### 3. EL CASO DE LA NEGACIÓN O NEGATIVA

Después de una justificación general de la carga de la prueba (del actor), el paso siguiente es intentar encontrar acomodo a la máxima *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Reconoce Yáñez<sup>47</sup> que esta no encuentra una expresa recepción en la fórmula del art. 1698 CC. El Código además en casos específicos exige la prueba de hechos negativos. Sin embargo, considera que el principio (atribuido a Paulo) es verdadero, siempre que se haga del mismo una correcta interpretación. Encuentra respaldo en nuestra tradición jurídica, nada menos que en las *Leyes de las Partidas*, puesto que en la *Partida tercera, Ley primera* se dispone: «Prueua es aueriguamiento que se faze en juyzio, en razon de alguna cosa que es dubdosa. E naturalmente pertenece la prueua al demandador, quando la otra parte negare la demanda, o la cosa, o el fecho, sobre la pregunta que le faze. Ca si non lo prouasse, deuen dar por quito al demandado, de aquella cosa que non fue prouada contra el: e non es tenuta la parte de prouar lo que niega, porque non lo podria fazer bien assi, assi como la cosa que non se puede mostrar, nin prouar segund natura. Otrosi las cosas que son negadas en juyzio, non la deuen, nin la pueden prouar aquellos que las niegan, si non en aquella manera que diremos adelante en las leyes deste Titulo.»

Y en la *Ley segunda* de la misma *Partida tercera* su encabezado señala: «Como la parte no es tenuto de prouar lo que niega, si non fuere en cosas señaladas». Seguidamente establece la regla general: «Regla cierta de derecho es, que la parte que niega alguna cosa en juyzio, no es tenuto de la prouar, assi como de suso mostramos». Y de inmediato añade los casos excepcionales en que la parte soporta la carga de probar las negativas que formule en juicio.

Yáñez<sup>48</sup> apunta al respecto que las posibles defensas del demandado son de tres clases: defensa negativa o la negativa absoluta, la defensa positiva o negativa relativa, que supone la oposición de un hecho del «cual resulta la negativa de las formas ó de los efectos jurídicos del hecho alegado por el demandante», y, en tercer lugar, la excepción, entendida «como un derecho del demandado, que haga ineficaz en todo ó en parte el derecho del actor». Para este autor, en la primera la carga la soporta el demandante, en las dos siguientes, incumbe al demandado la carga.

La posición ampliamente compartida por los autores chilenos en la línea de Yáñez y en la tradición de las *Partidas*, es reconocer el vigor de este principio en el Derecho chileno, pero haciendo de él una «interpretación correcta», que impone matizaciones.

Es casi unánime la preocupación por contestar – y refutar – la idea derivada del aforismo latino de que las negativas en ningún caso imponen carga de la prueba a quien las alega en el proceso<sup>49</sup>. Los argumentos de la refutación son casi siempre muy parecidos, e incluso los ejemplos que se ofrecen. Así, verbigracia, se mencionan las normas del Código Civil que imponen la carga de probar hechos negativos: los arts. 81 (muerte presunta), 307 (prueba del estado civil), 1474 (la condición negativa), 1479 (condición suspensiva y resolutoria), 1947 (la prueba de ausencia de culpa de los daños y pérdidas en el arrendamiento), 2295 y 2298 (pago de lo no debido)<sup>50</sup>, entre otros.

Claro Solar<sup>51</sup>, por ejemplo, se refiere al asunto de la prueba de los hechos negativos, con una visión bastante uniforme y a partir del aforismo latino que se formula de otra manera al conocido *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Prefiere el enunciado *negantis naturali ratione nulla est probatio*. Dice al respecto: «Por razón natural ninguna prueba tiene que rendir el que se limita a negar. El demandado puede rechazar la acción

47 YÁÑEZ (1903-n. 1), pp. 72-73.

48 YÁÑEZ (1903-n. 1), p. 73.

49 Reaccionan contra esta idea generalizadora del aforismo latino no solamente YÁÑEZ (1903-n. 1), pp. 73-74; sino también DOMÍNGUEZ (1927), pp. 99-102; FUEYO LANERI, Fernando (1958), pp. 281-282; ANABALÓN SANDERSON (1954), pp. 205-206.

50 FUEYO LANERI (1958), pp. 281-282; ANABALÓN SANDERSON (1954), pp. 205-206.

51 CLARO SOLAR (1979), pp. 661-662.

deducida en su contra de dos maneras distintas: o bien se limita a negar pura y simplemente los hechos en que se funda la demanda, como si demandando el actor el pago de una cantidad que dice haber prestado al demandado, este se limita a decir que tal préstamo no ha existido; o bien el demandado combate la demanda con afirmaciones que no importan una negación directa, sino que a ser ciertas, darían como resultado la extinción de la obligación que el demandante demuestra que ha existido.»

»En el primer caso el demandado no está obligado a rendir prueba alguna. Tal es el sentido de la máxima: *Negantis naturali ratione nulla est probatio.*»

En el otro caso, vale decir, cuando el demandado no se limita pura y simplemente a negar, sino que deduce lo que Claro Solar denomina excepción, sí que impone la carga de probar al demandado, lo que expresa recurriendo al aforismo latino: *Reus in exceptione fit actor.*

Insiste<sup>52</sup> en la idea que tal cosa debe entenderse en que la negación pura del hecho afirmado por el actor no le impone carga al demandado, pero eso no excluye la carga que soportará cuando el hecho negativo (o afirmativo) supera la negación del hecho afirmado por el actor, y supone su reconocimiento o existencia, discutiendo sin embargo una circunstancia de hecho que le priva de eficacia o la modifica o la extingue<sup>53</sup>.

Alessandri, Somarriva y Vodanovic<sup>54</sup>, también concurren a la idea de que la negación pura y simple del hecho afirmado por el actor no impone carga alguna al demandado, en tanto pesa la carga primaria en el actor de probar el hecho fundante de su pretensión. Probado tal hecho se invierte la situación inicial y surge la carga, digamos secundaria, para el demandado de probar sus excepciones<sup>55</sup>. Estos autores<sup>56</sup> se ocupan de la prueba de los hechos negativos y repiten la doctrina sostenida de forma invariable por la doctrina civilista chilena.

Anabalón<sup>57</sup>, por su parte, se pronuncia sobre los hechos negativos y la carga de la prueba. Su posición es bastante concisa. Parece sostener la distinción entre negación pura y la negación generatriz, vale decir, aquella negación que supone directa o indirectamente una afirmación de un hecho o situación opuesta, en cuyo caso sí supondría la carga de la prueba para la parte que alega aquella.

Fueyo<sup>58</sup> trata la prueba de hechos negativos en forma parecida al resto de la civilística chilena, haciendo una interpretación del aforismo latino: «Onus probandi incumbit ei dicit, non qui negat». Apunta al respecto: «De esta máxima ha querido deducirse que los hechos negativos no se prueban, produciéndose en tal caso la inversión de la prueba.»

»En verdad, si el hecho negativo es elemento constitutivo del hecho jurídico que se alega, debe probarse.»

»Restitución de un pago indebido. Debe probarse el hecho negativo de la inexistencia de la deuda.»

»Prueba del error. Debe probarse que desconocía la discordancia.»

»Es posible, aunque más difícil, la prueba de hechos negativos.»

»Toda negación se reduce a una afirmación de la proposición contraria. No estuve en Santiago. Lo pruebo demostrando que me encontraba en Valparaíso.»

»Ejemplos del Código. Pruebas de desaparecimiento: art. 81 n° 4°; art. 181: prueba de no ser padre. Y también los arts. 183, 1947, 1474, 1479, 2295.»

»Nuestra *jurisprudencia* se ha pronunciado admitiendo expresamente la prueba de los hechos negativos.»

52 CLARO SOLAR (1979), pp. 663 y ss.

53 CLARO SOLAR (1979), pp. 664-666, se ocupa de consignar la clasificación de las negativas por la doctrina de los glosadores. Las negativas son de derecho, de calidad y de hecho. Las negativas de derecho y de calidad deben ser probadas. En cuanto a las negativas de hecho, el criterio decisivo para determinar si suponen carga de la prueba es el de su definición o precisión. Este criterio finalmente acaba desembocando en la facilidad o dificultad probatoria. Tal cosa está presente en las obras de los procesalistas modernos: *Vid.* Rossenberg, Micheli, Verde, Saraceno, Montero. Pero también en el mismísimo Bentham.

Claro Solar por su parte cita a los franceses, clásicos Toullier, Bonnier, los cuales se basarían en las enseñanzas Coecceus.

54 ALESSANDRI/SOMARRIVA/VODANOVIC (1998), pp. 420-421.

55 Acude también al aforismo latino: *reus in exceptione actor fit*. Esta opinión es muy consistente con las otras y de nuevo fundada en el civilismo francés, con cita en este caso de Colin y Capitant, t. I, p. 200.

56 ALESSANDRI/SOMARRIVA/VODANOVIC (1998), pp. 423-424.

57 ANABALÓN SANDERSON (1954), pp. 205-206.

58 FUEYO LANERI (1958), pp. 281-282.

»Naturalmente que no podría imponerse al demandante la carga de probar un hecho negativo, como el de no haberse extinguido la obligación del demandado, si este se ha excepcionado con la afirmativa de extinción en que funda su defensa.»

La lacónica explicación de Fueyo, coincide con Rosenberg<sup>59</sup>, en el punto de concebir la posibilidad de que un hecho negativo opere como hecho constitutivo de un efecto jurídico. En efecto, dice el autor alemán: «En cuanto incluso se ha afirmado que la simple omisión de un hacer no puede integrar nunca los presupuestos reales de un precepto jurídico, se trata de un error al cual numerosas disposiciones del Código Civil rectifican. El acreedor llega a estar en mora, cuando *no acepta* la prestación que se le ofrece (§ 293), y no incurre en mora, cuando el deudor *no está en condiciones* de hacer la prestación (§ 297). El *guardar silencio* dolosamente, que tantas veces es punto de partida de normas jurídicas (§§ 123, 443, 460, 463, 476, 478-II, 479, inc. 2, 480-II, 485, inc. 2, 524, 540, 600, 637, 638, 2138, inc. 2, 2385-II, inc. 2), supone la omisión de una comunicación aclaratoria a probar por la parte que hace valer la consecuencia de esa omisión. La pretensión de indemnización por hacer peligrar el crédito (§ 824) y la demanda preventiva de omisión de afirmaciones susceptibles de lesionar el honor o el crédito, requiere la prueba de que los hechos afirmados o difundidos *carecen* de verdad. Quien reclama por indemnización contra un funcionario público por violación culpable de sus deberes (§ 839), debe probar que no puede obtener esta indemnización de ningún otro lado; a la inversa, el funcionario debe demostrar que el lesionado *omitió*, culpablemente, prevenir el daño mediante el uso de un recurso, y que este recurso omitido habría tenido éxito (§ 839, III), etcétera».

»Así pues, es únicamente importante el hecho de si la ley ha hecho de un suceso negativo el presupuesto de un efecto jurídico. Si lo ha hecho, la parte que hace valer ese efecto en su favor, también *debe probar el hecho negativo*».

Rosenberg<sup>60</sup>, sin embargo, reconoce que por razones prácticas la carga de la prueba sobre hechos negativos suele ser evitada por el legislador, lo cual incluso – afirma – se puede probar en el propio Código Civil alemán. Ofrece el ejemplo siguiente: «Lo dicho se manifiesta, primero, en las normas de los §§ 345, 358, que expresamente se refieren a la carga de la prueba. Cuando el deudor niega que ha incurrido en la pena convencional o discute la admisibilidad del desistimiento del contrato que depende del incumplimiento, alegando haber cumplido su obligación, debe probar el *cumplimiento*. Pero cuando la obligación consiste en una *omisión*, la ley exime al deudor de la prueba del hecho negativo e impone al acreedor la prueba del hecho positivo, esto es, la *infracción*».

Como se puede ver el ejemplo que señala Rosenberg es el caso de las obligaciones de no hacer – que se distinguen del caso común de las obligaciones de dar o de hacer –, y esto es relevante porque no cabe duda que en aquellas el reparto de la carga se comporta en los términos explicados por el autor alemán, que – como es bien conocido – se separa del reparto típico de las obligaciones de dar o de hacer.

En suma, la doctrina chilena de la época – pese a sus superficiales análisis en la materia – de ella se desprende con claridad la repetición de ciertas ideas:

- a. Que no puede sostenerse en forma absoluta que la parte que alega una negativa o un hecho negativo no soporte la carga de la prueba.
- b. Que la ley exige expresamente en casos determinados la prueba de hechos negativos, como los ejemplos repetidos del Código Civil.
- c. Que el demandado no soporta la carga de probar si se limita a negar el hecho fundante de la demanda, que es lo que en doctrina comparada se llama *infitiatio*<sup>61</sup>.
- d. Que el demandado en cambio sí va a soportar la carga si en la negación (relativa) se introducen hechos que contrarrestan la eficacia jurídica del hecho fundante de la demanda. Lamentablemente no se dice casi nada sobre cómo se podría en términos técnicos distinguir esos supuestos de la simple negación y sobre todo de la excepción, cosa que ha sido arduamente discutida en la dogmática comparada. De esto último surge el

59 ROSENBERG (2002), pp. 378-380

60 ROSENBERG (2002), p. 380.

61 MICHELI (1961), pp. 398-399.

asunto de la negación indirecta (o fundada) y su neta distinción del concepto de excepción.

### 3.1. LA CUESTIÓN DE LA NEGACIÓN INDIRECTA Y SU NETA DISTINCIÓN DEL CONCEPTO DE EXCEPCIÓN

En la doctrina civil y procesal chilena más autorizada y citada hasta hace pocos años, frecuentemente no se asumía<sup>62</sup> con precisión técnica lo que exponía sobre el particular a principios del S. XX, Chiovenda<sup>63</sup>. En efecto, a propósito de la carga del demandado, señala que esta es secundaria, en el sentido que no surge y se concreta hasta que el actor no haya probado el hecho constitutivo de su pretensión. Esta explicación que parece tan obvia es fundamental, no obstante, para comprender el sentido de la negativa indirecta.

Es así como seguidamente, cuando se refiere a la negación indirecta señala: «Mientras que el actor no pruebe los hechos que son *fundamento* de su demanda, el demandado puede limitarse a negar pura y simplemente, sin obligación de prueba. Aun en caso de negación indirecta, esto es, de afirmación de un hecho incompatible con el deducido por el actor (*negatio per positionem*), el demandado no tiene por el momento la necesidad de probar el hecho que deduce porque aunque un hecho autónomo lo hace para *negar el hecho* constitutivo del derecho del actor y no solo para oponerse *a sus efectos jurídicos*.»

El mismo autor citado añade algo muy clarificador: «Solo cuando el actor haya probado el hecho *constitutivo* de su derecho el demandado debe proveer, por su parte, a la prueba, y esto puede ocurrir de dos maneras:»

»a) O el demandado preocúpase solamente, como ya lo hemos dicho, de probar hechos que acreditan la *inexistencia* del hecho probado por el actor de un modo directo o indirecto (y llámense motivos), y tenemos la simple prueba contraria o contraprueba;»

»b) O el demandado, sin excluir el hecho probado por el actor, afirma y prueba *otro* que elimina sus efectos jurídicos, y tenemos la verdadera prueba *del demandado*, la prueba de la *excepción* en sentido amplio.»

»La cuestión de la carga de la prueba redúcese, por lo mismo, en el caso concreto, a determinar cuáles son los hechos que, tenidos por existentes por el juez, deben bastar para inducirlo a estimar la demanda (*constitutivos*).»

Con esta explicación citada se traza una línea jurídica clara que delimita las negaciones indirectas y las separa del concepto procesal de excepción. En la negación indirecta se esgrime una alegación que niega, se opone o es incompatible con el hecho constitutivo de la demanda y por ello derivadamente se niega o se opone al efecto jurídico pretendido por el actor. En la excepción, en cambio, se alega un hecho que no niega la existencia del hecho constitutivo, sino que lo supone, pero que niega o se opone al efecto jurídico pretendido. En la excepción se alega un hecho que resiste directamente el efecto jurídico, y no mediatamente como en la negación indirecta, donde se refuta la causa de aquel. Aquí ya estamos en el territorio de la carga de la prueba del demandado.

Como se ve esta es una explicación más fina y técnica. Y supera la categórica y manida opinión de que únicamente la negación (pura y simple) no importa carga para la demandada, puesto que es claro que tampoco la soporta cuando sostiene o afirma hechos (positivos opuestos) que buscan negar o refutar el hecho constitutivo. En ese caso el actor la sigue soportando, y todavía no se puede entender en un sentido amplio que el demandado haya deducido una excepción que le grave.

Así mismo está ausente de la explicación de la dogmática chilena clásica, toda la aportación de Rosenberg<sup>64</sup> sobre esta cuestión. Este autor a propósito de la norma constitutiva y la norma en contra, afirma lo siguiente: «La relación de la norma fundamental con una norma en contra, de esta última con otra

62 Salvo excepciones como puede ser hasta cierto punto RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio (1995): *Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, Editorial Jurídica de Chile, pp. 56-60. Este autor sigue de cerca las explicaciones de MÉNDEZ EYSSAUTIER, Héctor (1946): «De la alegación de la prescripción», *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, XLIII, I, 100, pp. 112-115, trabajo en el cual se asumen parcialmente las contribuciones de autores como Chiovenda o Manresa, y que el autor tiene presente para intentar una línea separatoria entre las denominadas defensas (por la doctrina nacional) y las excepciones.

63 CHIOVENDA, Giuseppe (1925): *Principios de Derecho procesal civil*, t. II, Madrid, Reus (traducción de José Casáis y Santaló), pp. 253-254.

64 ROSENBERG (2002), pp. 127-128.

norma en contra, etc., presupone que las *características definidoras de la norma en contra sean exactamente las mismas que las de la norma fundamental* y que, además, aquélla contenga alguna o algunas características más que justifican el efecto contrario. El estado de cosas presupuesto por la norma en contra debe comprender enteramente el estado de cosas presupuesto por la norma fundamental y ser compatible con éste. Desde el punto de vista de las afirmaciones de las partes, esto puede expresarse del siguiente modo: las afirmaciones del demandado que tienen por fin producir el efecto de una norma en contra deben ser por completo conciliables con las afirmaciones que fundan la demanda y, por consiguiente, admitir éstas como verdaderas (“sí-pero”). Así ocurre en todos los ejemplos dados hasta ahora. No se afecta de modo alguno la afirmación del demandante relativa a la celebración del contrato de mutuo al objetar el demandado la minoría de edad o el cumplimiento o la prescripción o la compensación con un contracrédito. Por eso, el demandado, de acuerdo con nuestra doctrina, soporta la carga de la prueba respecto de estas afirmaciones; pues desea que se aplique una norma que le es favorable».

Rosenberg<sup>65</sup> distingue la relación de la norma fundamental (constitutiva) con las contra normas y el régimen de distribución de la carga de la prueba, de una cosa distinta como es una negación fundada del hecho constitutivo, que no se basa en una contra norma, sino a lo más en una norma desvinculada e independiente de la constitutiva invocada por el actor. Al respecto el autor da el ejemplo típico de la suma de dinero que se demanda como préstamo y que el demandado reconoce haber recibido a título de donación<sup>66</sup>.

Un poco más adelante Rosenberg<sup>67</sup> añade: «La afirmación del demandado de que con el dinero se le ha hecho una donación, se muestra como la negación de la afirmación perteneciente al fundamento de la demanda, de que el dinero se ha dado como préstamo; con otras palabras, el hecho de que el dinero se ha dado como préstamo (y no como donación) debe ser probado por el demandante». Y concluye: «Esto concuerda con el punto de partida de nuestra doctrina, en cuanto solo se trata de comprobar que hay préstamo, y no se trata de comprobar que existe donación»<sup>68</sup>. En otras palabras, el objeto del proceso —en opinión de Rosenberg— es aquello y no esto, y eso es esencial para determinar el reparto de la carga de la prueba.

Si alguna duda cupiera sobre las distinciones técnicas en la doctrina normativa de la carga de la prueba, ausente en el análisis de los autores chilenos citados, pueden recordarse los pasajes de Rosenberg<sup>69</sup> sobre las posibilidades del demandado de defenderse mediante la negación de los hechos que son presupuesto de la norma constitutiva y entiende que ello puede realizarse mediante la simple y pura negación o, bien, mediante la afirmación de hechos distintos de los de la demandante y que suponen una forma de *negación indirecta*. Por eso Rosenberg afirma: «puede negar la proposición menor, esto es, las circunstancias de hecho sea que les oponga directamente un ‘no’ rotundo o que exponga la situación de hecho en que se basa la demanda de manera distinta de la exposición del demandante (negación indirecta), sobre todo, afirmando la existencia de una relación jurídica diferente, como, por ejemplo, ocurre en el caso en que frente a la demanda basada en un mutuo, pretende haber recibido el dinero como donación»

Lo interesante de la cuestión anterior es que en el caso expuesto de la negación indirecta que se realiza afirmando hechos que permiten afirmar una relación jurídica diversa, como es la donación respecto del mutuo, la carga sobre los hechos del mutuo sigue soportándola el actor y el demandado no soporta la carga de los hechos como donación, y la explicación es que la donación es una relación jurídica distinta e independiente del mutuo y no una contra norma de ella, de modo que equivale a la negación del hecho fundante de la pretensión del actor.

65 ROSENBERG (2002), p. 128.

66 ROSENBERG (2002), p. 128: «La situación es completamente distinta en el caso que el demandado, frente a la demanda por devolución del préstamo, admite haber recibido el dinero pero afirma que el demandante se lo ha dado como donación y no como préstamo. Podría creerse que aquí el demandando que aspira al rechazo de la demanda alegando que el dinero se le habría regalado tuviera que probar los presupuestos del precepto jurídico que regula la donación; pues alega un precepto independiente y para conseguir su aplicación en el litigio pendiente tendría que mostrar la existencia de sus características. Pero el precepto jurídico que regula la donación no es en relación con el precepto que regula el mutuo una norma contraria, ya que el estado de cosas presupuesto por aquel no coincide por completo con el presupuesto de la norma en que se funda la demanda, sino que, al contrario, las características del primero son totalmente inconciliables con las del segundo».

67 ROSENBERG (2002), pp. 128-129.

68 ROSENBERG (2002), p. 129.

69 ROSENBERG (2002), pp. 131-132.

De distintas maneras y por diversas vías las distinciones entre las negativas indirectas y su clara separación con el concepto (amplio) de excepción está presente en la dogmática europea del S. XX y ello por ejemplo va a ser fundamental para la comprensión —entre otras cosas— de lo que se ha dado en denominar la indivisibilidad o divisibilidad de la confesión<sup>70</sup>.

#### 4. LA INDIVISIBILIDAD-DIVISIBILIDAD DE LA CONFESIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS NEGATIVAS

Es frecuente la preocupación en la doctrina chilena clásica por aclarar la cuestión de la confesión y su divisibilidad e indivisibilidad, aunque el análisis sea superficial<sup>71</sup>, y no se advierta una consciencia clara de que tal asunto tiene vinculación íntima con la doctrina de las formas de negación y su neta separación de las excepciones.

Urrutia<sup>72</sup>, por ejemplo, da unas explicaciones muy influidas por el Derecho civil francés de la época, como si fuera más bien una cosa referida al aprovechamiento probatorio que no exactamente un asunto de reparto de la prueba. Domínguez<sup>73</sup> parece hacer una mención oblicua de la misma para explicar su teoría de los tipos de situaciones procesales y de cómo influye en el reparto de la prueba. Para él lo decisivo es que la defensa no modifica la situación, en cambio, la aceptación (confesión) sí que en realidad altera la situación preexistente y entonces incide en el reparto, generando carga para quien la formula.

Por su parte, si se lee la obra de Rioseco<sup>74</sup> se advertirá en la insistencia de la indivisibilidad de la confesión como una regla que asocia al aprovechamiento probatorio y que tiene relación básicamente con el principio de igualdad procesal de partes<sup>75</sup>. En Rioseco aparece la clasificación que a menudo ha utilizado la doctrina y la jurisprudencia chilenas. Aparte de la confesión simple (o pura o *stricto sensu*), se reconoce a la calificada o compleja. En Chile, sin embargo, se denomina con frecuencia confesión calificada a lo que la doctrina procesal europea del S. XX considera propiamente una negación indirecta o fundada, y se denomina —en Chile— confesión compleja a lo que los procesalistas modernos en cambio sí llaman confesión calificada.

Con todo, la doctrina jurisprudencial chilena es confusa y contradictoria en sus explicaciones, de que es lo que significa la indivisibilidad o divisibilidad. Así Rioseco cita una Sentencia de la Corte Suprema, de 9 de junio de 1960, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 57, Secc. 1ª, p. 98, en donde según el autor se plasma la doctrina «más frecuente» de la Corte Suprema. El asunto es que allí parece afirmar que la confesión calificada supone el añadido al hecho confesado de condiciones o modalidades de la aceptación que no alteran su identidad en su esencia o naturaleza.

En una sentencia más antigua, como es la sentencia de la Corte Suprema de 22 de diciembre de 1941, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 39, secc. 1ª, p. 414, la tesis es la opuesta, vale decir, que la confesión calificada es aquella en que se agrega una circunstancia al hecho confesado que modifica su naturaleza jurídica<sup>76</sup>. En este caso estamos exactamente en el problema útil de cara al reparto de la prueba. La dogmática procesal europea de mediados del S. XX no duda en entender que eso es una negación indirecta o fundada y que en principio no modifica el reparto ordinario.

En lo demás Rioseco reitera retazos de variada jurisprudencia que repite sin mucha crítica frases hechas sobre la divisibilidad o indivisibilidad, y que revelan que no se ha estudiado atentamente a los procesalistas

70 Así, SARACENO, Pasquale (1940): *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Cedam, Padova, 1940, FURNO, Carlo (1954): *La teoría de la prueba legal*, Revista de Derecho Privado, Madrid; MICHELI (1961), *passim*, además del propio ROSENBERG.

71 URRUTIA, Leopoldo (1907): *Explicaciones de Código Civil. De las obligaciones en jeneral i de los contratos*, Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, pp. 185-186; también en DOMÍNGUEZ (1927), pp. 100-102 y 105-106.

72 URRUTIA, Leopoldo (1907), pp. 185 y ss.

73 DOMÍNGUEZ CASANUEVA (1927), pp. 100-102.

74 RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio (1995): *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho civil y procesal civil*, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición, tomo II, pp. 297-313.

75 RIOSECO (1995), pp. 297-298. Curiosamente el autor pasa por alto una sentencia que intuye el verdadero problema. Es la SCA de Talca de 13 de agosto de 1936, Gaceta, 1936, 2º sem, nº 136, p. 552, en la cual se vincula la indivisibilidad con la carga de la prueba (298).

76 RIOSECO (1995), p. 304. Opinión que además comparte RODRIGUEZ PAPIC (1995), pp. 185-189.

de la época, desde Chioyenda<sup>77</sup> en adelante, que ya tienen claro esto, tanto en relación con la distinción de una negativa para distinguirla de la excepción, como de la consistencia de ese problema con el tratamiento del reparto de la carga de la prueba en el caso de la confesión y sus tipos.

De nuevo en esta materia tampoco se asumen las aportaciones Rosenberg<sup>78</sup> sobre la confesión calificada. Este consigna que: «Se habla de confesión calificada, cuando una parte afirma que el estado de cosas expuesto en la demanda o la excepción (réplica) se ha producido de una manera distinta de la que sostiene el adversario, dando a su vez una explicación que en algunos puntos es inconciliable con las afirmaciones de la otra parte, de modo que de ello deba producirse la falta de fundamento de la demanda o de la excepción (réplica). Por regla general, se reconocen expresamente los hechos respecto de los cuales hay acuerdo entre las partes, y se expresa el desacuerdo mediante adiciones restrictivas o complementarias.»

Un poco más adelante Rosenberg<sup>79</sup> se pone en el caso del demandado que realiza la confesión calificada como se ha explicado, y señala lo siguiente: «Las adiciones del demandado hacen aparecer como negadas una u otra de las afirmaciones en que se funda la demanda, de modo que debe imponerse al demandante la carga de suministrar la prueba; o bien las añadiduras se presentan como afirmaciones independientes que no afectan la verdad del fundamento de la demanda, entonces forman el contenido de una excepción y pertenecen a la carga de la prueba del demandado. En el primer caso, sería mejor hablar de una ‘negación indirecta y motivada’ reservando la designación de confesión calificada solo a los casos de la segunda especie».

Para el autor alemán la distribución de la carga de la prueba frente al problema de la confesión calificada sigue comportándose en términos generales con arreglo al mismo principio esencial, que depende de las normas que bien fundan el derecho que deduce la demanda o bien en una norma contraria a aquella: los hechos añadidos, el peso de la prueba gravará a una parte o a otra según la regla indicada. Nótese lo que dice Rosenberg<sup>80</sup> sobre la confesión calificada y la centralidad de esta con relación a la carga de la prueba. Para este autor: «En el fondo, cualquier exposición de la teoría sobre la distribución de la carga de la prueba es una exposición de la confesión calificada en general. Por eso, los principios aplicables a la confesión calificada no pueden ser otros que los encontrados en los capítulos precedentes. Quiere ello decir: cuando lo agregado por el demandado a su confesión está en contradicción con un presupuesto de la norma que funda la demanda, recae sobre el demandante la carga de la prueba respecto de la verdad de su exposición y, según la situación, en ciertas circunstancias, con respecto a la falsedad de la relación discrepante del demandado; en cambio, cuando lo agregado no afecta los presupuestos de la norma que funda la demanda, entonces la añadidura debe cumplir, si ha de ser de alguna importancia, necesariamente, los presupuestos de una norma impositiva, destructora o excluyente y la prueba debe estar a cargo del demandado».

En suma, la cuestión de la divisibilidad o indivisibilidad no es otra cosa que un problema de reparto de la carga de la prueba de las afirmaciones del demandado respecto de la acción como del demandante respecto de la excepción, y en ello es lo lógico que rijan los criterios técnicos utilizados para concebir lo que es una negación indirecta o fundada de lo que en un sentido jurídico es una excepción. Es esta a mi juicio la mejor manera de comprender el confuso precepto del art. 401 CPC chileno. Se trata simplemente de reparto de la carga de la prueba.

El artículo señala: «En general el mérito de la confesión no puede dividirse en perjuicio del confesante.»

»Podrá, sin embargo, dividirse:»

»Siempre que comprenda hechos diversos enteramente desligados entre sí; y»

»Cuando, comprendiendo varios hechos ligados entre sí o que se modifiquen los unos a los otros, el contendor justifique con algún medio legal de prueba la falsedad de las circunstancias que, según el confesante, modifican o alteran el hecho confesado.»

77 Me remito a las citas precedentes de este autor clarísimas sobre el particular.

78 ROSENBERG (2002), p. 283.

79 ROSENBERG (2002), pp. 283-284.

80 ROSENBERG (2002), p. 285.



Indivisibilidad o divisibilidad obviamente no se plantea si la confesión es puro y simple reconocimiento de un hecho adverso. En ese caso no hay nada susceptible de «dividir» y opera simplemente como medio de acreditación del hecho confesado en los términos tasados en la ley.

La divisibilidad o indivisibilidad de las afirmaciones de la parte contraria precisamente surge en caso que no haya confesión pura y simple. Así la indivisibilidad como regla, tal como aparece en el art. 401 CPC chileno es un precepto que asegura que no se produce alteración del reparto de la carga de la prueba, no se produce una exoneración o relevo de la carga, y tal cosa obviamente es lo que debe acontecer cuando estamos frente a una negación indirecta o fundada como se ha venido señalando. En ese caso la carga la sigue soportando la parte que afirma el hecho constitutivo de su pretensión o de su excepción (hecho extintivo, impeditivo o excluyente).

La divisibilidad que la norma del art. 401 CPC reconoce como excepción únicamente puede operar en concepto de la ley en el caso de la confesión calificada, vale decir, de aquella que reconoce el supuesto normativo de la pretensión de la contraria y seguidamente añade hechos normativos de una contra norma que le resta eficacia. Esta divisibilidad en este caso supone dotar al juez de la potestad de tener por probado el hecho reconocido en la confesión, y seguidamente —por eso mismo— operará la carga secundaria del demandado que ha excepcionado haciendo valer un hecho extintivo, excluyente o impeditivo a su respecto.

El otro supuesto de divisibilidad si bien está referido a la negación indirecta (401, 2º) y parece sugerir una alteración de la regla de reparto de la carga, es en realidad otra cosa. Es una cuestión de contra prueba que acredita la falsedad de la negación fundada, y en consecuencia permite inferir que el supuesto normativo invocado por la contraria se ha verificado en todos sus términos, vale decir, es un asunto probatorio en término estrictos. Resulta finalmente una forma indirecta de probar el propio hecho fundante de la pretensión. Y en ese caso al que ha deducido inicialmente la negación fundada no tiene más remedio que probar de vuelta y de mejor manera, de modo de evitar la formación del convencimiento judicial sobre el hecho que favorece a la contraria.

## 5. LA CARGA SECUNDARIA DEL DEMANDADO Y EL CARÁCTER DINÁMICO DE LA CARGA

Como se adelantó, en la doctrina chilena, sin embargo, está clara la idea que el demandado soporta una carga secundaria, que surge solo de forma concreta cuando el hecho constitutivo del actor ha resultado probado, vinculada a la idea de la situación adquirida como uno de los criterios fundamentales para determinar el reparto de la carga de la prueba<sup>81</sup>. Se intenta desde el mismo Eliodoro Yáñez en adelante precisar qué afirmaciones incumbe probar al demandado. Se vislumbra o intuye lo que posteriormente se tratará como negaciones directas e indirectas o negaciones simples o fundadas y los hechos autónomos que no son negaciones sino que hechos que afectan la eficacia jurídica o extinguen los efectos jurídicos de un hecho constitutivo.

Dice al respecto Claro Solar<sup>82</sup> lo siguiente: «Pero puede ocurrir que el estado de casos natural y ordinario sea reemplazado por un estado contrario, por una situación adquirida. Así en materia de obligaciones personales el estado de acreedor constituye una situación adquirida cuando se ha probado la existencia del crédito; y por consiguiente, si el deudor quiere cambiar esta situación porque pretende estar librado de la obligación, por haber sido ésta extinguida, a él toca, según dice el art. 1698, probar la extinción que alega, sea por medio del pago, sea por cualquier otro hecho que le haya producido.»

«De la misma manera, cuando el reivindicador ha probado que la cosa que reivindica le pertenece, su derecho de propiedad, aunque separado de la posesión, pasa a ser una situación adquirida; y toca al poseedor de la cosa, que quiere conservarla en su poder, probar que ha hecho suya por actos o hechos posteriores que han hecho perder al reivindicador ese dominio, oponiendo, por ejemplo, la excepción de prescripción adquisitiva;

81 Particular desarrollo de esta cuestión en DOMÍNGUEZ (1927), pp. 94 y ss, también en CLARO SOLAR (1979), pp. 660-662; ALESSANDRI/SOMARRIVA/VODANOVIC (1998), pp. 421-422. Incluso en YÁÑEZ (1903-n. 1), pp. 71-76.

82 CLARO SOLAR (1979), pp. 660-661.

convirtiéndose así el poseedor demandado en actor o demandante respecto de esta excepción que opone a la demanda.»

Por otra parte, en Claro Solar<sup>83</sup>, la carga de la prueba tiene en el proceso una dimensión dinámica, según las partes vayan levantando la carga de sus respectivas afirmaciones que se oponen y refutan recíprocamente. Este es un argumento que se repite en nuestra doctrina. De este modo, Domínguez Casanueva<sup>84</sup> se ocupa del tercer tipo de situación de la controversia, que es la «*situación adquirida* de la controversia» determinada por la prueba de alguna de las partes en el proceso mismo.

Dice Domínguez Casanueva lo siguiente: «Al entablar cualquier litigio la situación de la controversia o es una *situación natural* determinada por la naturaleza de las cosas o es una *situación legal* determinada por la ley, pero, como hemos dicho, el que desea cambiar cualquiera de estas dos situaciones en su favor, debe probar».

Y un poco más adelante añade: «Ahora bien ¿en qué estado queda la controversia una vez probada por el demandante su pretensión?».

»Probada la pretensión del demandante la situación de la controversia cambia y se establece en favor del que ha probado una nueva situación que hemos llamado *adquirida*»<sup>85</sup>.

La carga de la prueba desde el punto de vista anotado es dinámica, en cuanto su concreta expresión evoluciona y se desarrolla en el curso del proceso. Al respecto cabe anotar que la exposición tiene un punto de contacto evidente con la teoría del proceso de la situación jurídico procesal<sup>86</sup>. Es evidente que ante la concepción dinámica del proceso como situación jurídica está claramente reflejada en la expectativa de sentencia favorable o en la perspectiva de sentencia desfavorable y frente a ellos el aprovechamiento de las oportunidades y el puntual levantamiento de las cargas a lo largo del proceso, en una dimensión dialéctica del proceso<sup>87-88-89</sup>.

## 6. LA DOCTRINA CHILENA DOMINANTE EN EL S. XX Y LOS TIPOS DE HECHOS CON RELACIÓN AL REPARTO DE LA CARGA PRUEBA

Cierta doctrina civil<sup>90</sup> y procesal<sup>91</sup> conoce y menciona la clasificación-distinción entre hechos de distinto tipo: constitutivo, extintivo, impeditivo, modificativo [no suele mencionar el hecho excluyente], pero lo cierto es que, sin embargo, no saca de esta clasificación ninguna consecuencia ni hace ningún análisis aplicativo de la misma.

Alessandri, Somarriva y Vodanovic<sup>92</sup> en su exposición mencionan lo que denominan «doctrina moderna» sobre la carga de la prueba, y que se funda en la distinción de los tipos de hechos para el reparto de la carga de la prueba. Aquí sí se cita a un auténtico procesalista científico, como es Tullio Liebman<sup>93</sup> (en lugar de los civilistas franceses que son su referencia preferente).

Dicen que los hechos se distinguen entre hechos constitutivos, extintivos, impeditivos y modificativos. De forma esquemática dicen que la carga de probar el hecho constitutivo es del actor, y la carga respecto de los impeditivos, extintivos o modificativos recae sobre el demandado. Sin embargo no hay una asunción de

83 CLARO SOLAR (1979), p. 662.

84 DOMÍNGUEZ (1927), pp. 94-96.

85 DOMÍNGUEZ (1927), p. 95, se apoya para explicar esta situación adquirida en una cita de Bonnier. La explicación sobre lo que denomina Domínguez, Bonnier y Baudry Lacantinérie, la situación adquirida tiene evidentes paralelismos con aquello que pone de relieve Micheli (La carga de la prueba, pp. 485-486) —y antes Chiovenda (Principios..., T. II, pp. 253-254)— cuando habla de carga primaria que soporta el actor, y no soporta el demandado para el cual surge una carga secundaria solo una vez que en concreto el actor ha conseguido en el proceso de levantar primero la suya.

86 Goldschmidt, James (1936): Teoría del proceso, Edit Labor, Barcelona, pp. 50-53.

87 Vid. también Goldschmidt, James (1959): *Derecho judicial material*, Ejea, *passim*.

88 Nótese que Micheli (1961), en pp. 485 y ss, ofrece sus conclusiones sobre la posición de parte respecto del efecto jurídico como criterio esencial para la distribución de la carga de la prueba.

89 Chiovenda (1925), pp. 253-254 (t. II), a su turno aporta también una perspectiva de lo que denominamos carga primaria y carga secundaria muy clara, y que se relaciona con el tema de la situación adquirida y cómo incide en la determinación de la carga de la prueba de las partes. pp. 253-254.

90 ALESSANDRI/SOMARRIVA/VODANOVIC (1998), pp. 421-422.

91 PAILLÁS PEÑA (2002), pp. 34-35.

92 ALESSANDRI/SOMARRIVA/VODANOVIC (1998), pp. 421-422.

93 Liebman, Tullio (1959): *Manuale di Diritto processuale civile*, t. II, Milano, pp. 86-87.

esta teoría como la explicación utilizada, ni se pretende analizar con ella los problemas de carga de la prueba.

Como un caso en contrario, aunque muy inicial y todavía superficial, en este sentido es Reyes Martínez<sup>94</sup>, en donde hay un intento de asimilación de la concepción normativa de la carga de la prueba y que asume algunas aportaciones del procesalismo científico que hasta mediados del S. XX se había producido, superando las explicaciones influidas básicamente por la dogmática de derecho civil francés.

## 7. UN PROBLEMA ESENCIAL ELUDIDO: LOS HECHOS NECESITADOS DE PRUEBA Y LA CARGA

El último asunto que es necesario anotar es el de la falta de clara conciencia de la importancia de distinguir los hechos necesitados de prueba (tema de prueba) de lo que es general el objeto de la prueba. La doctrina chilena no advertía o reparaba en el punto, no obstante la importancia del problema de los hechos necesitados de prueba. En general hasta hace poco se quedaba en el objeto de prueba con afirmaciones tan repetidas como aquella de si la costumbre o la ley extranjera es objeto de prueba, en tanto se le considere o no un hecho a efectos probatorios.

Sin embargo, Domínguez Casanueva<sup>95</sup>, cuando trata lo que denomina el objeto de la prueba, cita un pasaje de Chiovenda que está más bien referido a lo decisivo que es la determinación de los hechos necesitados de prueba antes que el asunto general del objeto de prueba. Y es lo que quedaba bien graficado en la cita de Chiovenda cuando este afirma lo siguiente: «La carga de afirmar y la de probar, son ordinariamente paralelas, pero no coinciden completamente; no todo aquello que se tiene la carga de afirmar, tiénese también la de probar; ni todo lo que se afirma se debe probar; por ejemplo, cuando se hace valer un derecho en juicio, se afirma por lo menos implícitamente que existe actualmente, pero no siempre se tiene la carga de probar su existencia actual». Y parece vislumbrar lo esencial que es la exacta determinación de lo que está en cada caso necesitado de prueba, cuando sostiene, siguiendo a Chiovenda, lo siguiente: «Deben afirmarse, por una parte, todos los hechos que quiera que se tengan en cuenta en la dictación de la sentencia definitiva y deben probarse solamente aquellos que por tener el carácter de substanciales y controvertidos, pueden ser objeto de prueba, en conformidad con las reglas dadas en el Capítulo Tercero del presente estudio. De manera que solamente pretende innovar el que alega en su favor un hecho substancial controvertido».

Alessandri, Somarriva y Vodanovic<sup>96</sup>, inadvertidamente dejan planteado pero sin contestación el problema central relativo a los hechos necesitados de prueba y la relación-determinación de cuándo se trata de un hecho constitutivo o de un hecho impeditivo, que es tal vez el esfuerzo más grande que hace Verde<sup>97</sup> en su obra cuando se ocupa de revisar los aportes y límites de la concepción normativa (legal) de la carga de la prueba.

En efecto, transcriben un pasaje de otro procesalista italiano que está poniendo exactamente este problema de relieve<sup>98</sup>. Dice la cita inadvertida de Liebman, lo siguiente: «la posición del demandado es naturalmente más cómoda, porque a su respecto no sobreviene carga alguna hasta que el demandante no haya probado el hecho constitutivo; sólo si este es probado, aparece para él la necesidad de contraponerle una excepción y de probar los hechos impeditivos, extintivos o modificativos sobre los cuales se funda. De este modo resulta confirmado que a cada parte incumbe la carga de probar los hechos que ella tiene interés en ver establecidos (...) y si la prueba no se logra, quiere decir que el hecho no subsiste.»

Y en seguida añade lo esencial que los autores chilenos que le citan no reparan: «Sin embargo, la dificultad surge cuando se trata de dar aplicación a este criterio simple y claro, porque se debe proceder a

94 REYES MARTÍNEZ (1965), pp. 50-53.

95 Sin embargo, DOMÍNGUEZ (1927), pp. 57-73, parece vislumbrar lo esencial que es la exacta determinación de lo que está en cada caso necesitado de prueba, cuando sostiene, en p. 99, siguiendo a Chiovenda, lo siguiente: «Deben afirmarse, por una parte, todos los hechos que quiera que se tengan en cuenta en la dictación de la sentencia definitiva y deben probarse solamente aquellos que por tener el carácter de substanciales y controvertidos, pueden ser objeto de prueba, en conformidad con las reglas dadas en el Capítulo Tercero del presente estudio. De manera que solamente pretende innovar el que alega en su favor un hecho substancial controvertido». Esta cita es de *principios...*, tomo II, p. 244. MONTERO AROCA (2007): pp. 69 y ss, hace esta distinción y demuestra su utilidad.

96 ALESSANDRI/SOMARRIVA/VODANOVIC (1998), 421-422.

97 VERDE (2013), en particular pp. 179 y ss.

98 *Ibid. cit supra*.

la exacta calificación de los hechos, desde el punto de vista de la mencionada clasificación. Ahora bien, no todas las circunstancias que deben concurrir para la producción de un determinado efecto jurídico entran sin más en la categoría de los hechos constitutivos; por ejemplo, para que un contrato pueda formarse válidamente es necesaria la capacidad de los contratantes, la licitud del objeto y de la causa y así por el estilo; pero hecho constitutivo es solamente la celebración del contrato, o sea, el hecho específico del cual deriva el efecto que interesa, despojado de todos los requisitos de carácter general que son dados por las circunstancias concomitantes, que normalmente acompañan a aquel hecho y que, por lo mismo, si bien son necesarios para que pueda producirse el efecto querido, no pueden sin embargo considerarse como causa directa del efecto mismo. Serán, por esto, al contrario, la incapacidad de las partes, la invalidez del consentimiento, la ilicitud de la causa o del objeto, etc, las que podrán ser hechos impeditivos, en cuanto productivos de nulidad del contrato. Como se ve por estos ejemplos, la verdadera dificultad es planteada por la categoría de los hechos impeditivos, es decir, por la necesidad de distinguir el hecho constitutivo de aquellos otros hechos que, si bien indispensables a la producción del efecto jurídico, no deben considerarse como elementos integrantes del hecho constitutivo mismo, sino como elementos que deben concurrir con él para permitirle desplegar su particular eficacia.»

»A tal fin es menester proceder al análisis atento del caso establecido por la norma y separar el hecho específico que es considerado como productivo de un determinado efecto jurídico, de los requisitos genéricos normalmente presentes, cuya inexistencia podrá, caso por caso, representar otros tantos hechos impeditivos.»

En esta cita que los juristas chilenos hacen —como apuntamos— no advierten que el autor italiano está esencialmente poniendo de relieve el problema del hecho constitutivo necesitado de prueba y su determinación, lo cual es un asunto decisivo, dado que este puede ser distinto (incompleto) si se le compara con el hecho constitutivo desde la perspectiva de la norma material, y tal cosa es exactamente el síntoma de un reparto de la carga determinado, elemental cuando se hace la principal distinción entre el hecho constitutivo y el hecho impeditivo<sup>99</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, Arturo (1930): *Derecho civil, segundo año, teoría de las obligaciones* (versión taquigráfica de la cátedra de derecho civil), Imprenta Cisneros, Santiago de Chile.

— *Derecho civil*, primer año, 2ª edic. (versión taquigráfica tomada de clase de Derecho civil), Editorial Zamorano y Caperán, 1936.

ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio (1998): *Tratado de Derecho civil*, partes preliminar y general, t. II, sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, 545 pp.

ANABALÓN SANDERSON, Carlos (1954): *El juicio ordinario de mayor cuantía*, Editorial Jurídica de Chile.

CAPPELLETTI, Mauro (1962): *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, Giuffrè, 411 pp.

CHIOVENDA, Giuseppe (1922): *Principios de Derecho procesal civil*, tomo I, Editorial Reus, Madrid (traducción de Casáis y Santaló), 724 pp.

— (1925): *Principios de Derecho procesal civil*, tomo II, Editorial Reus, Madrid (traducción de Casáis y Santaló), 858 pp.

CLARO SOLAR, Luis (1979): *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado. Tomo duodécimo, De las Obligaciones, III*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2012): «Sobre la carga de la prueba en el Proyecto de Código Procesal Civil», en Cuadernos de Extensión Jurídica de la Universidad de Los Andes (n. 23), pp. 107-117.

Domínguez Casanueva, Carlos (1927): *El onus probandi ¿Quién debe probar?* Imprenta Electra, Santiago de Chile, 113 pp.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen (2013): «La introducción de las cargas probatorias dinámicas en el Derecho chileno», en AAVV, *Estudios de Derecho civil IX* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 787-798.

FUEYO LANERI, Fernando (1958): *Derecho civil*, tomo cuarto, *De las obligaciones*, volumen II, Imprenta y Litográfica Universo, 1958, Valparaíso-Santiago.

FURNO, Carlo (1954): *La teoría de la prueba legal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 222 pp.

Goldschmidt, James (1936): *Teoría del proceso*, Edit Labor, Barcelona, pp. 50-53.

— (1959): *Derecho justicial material*, Ejea, 1959.

99 Ampliamente VERDE (2013), pp. 179 y ss.

- MONTERO AROCA, Juan (2007): *La prueba en el proceso civil*, quinta edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 637 pp.
- MÉNDEZ EYSSAUTIER, Héctor (1946): «De la alegación de la prescripción», *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, XLIII, I, 100.
- MICHELI, Gian Antonio (1961): *La carga de la prueba*, EJEA, Buenos Aires (traducción Sentís Melendo), 591 pp.
- PAILLÁS PEÑA, Enrique (2002): *Estudios de Derecho probatorio*, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile.
- PESCIO VARGAS, Victorio (1978, reimpresión): *Manual de Derecho civil. Teoría general de los actos jurídicos y teoría general de la prueba*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- REYES MARTÍNEZ, Mónica (1965): *La voluntad en la carga de la prueba*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 86 pp.
- RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio (1995): *La prueba ante la jurisprudencia. Derecho civil y procesal civil*, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición.
- RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio (1995): *Procedimiento civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, Editorial Jurídica de Chile, 266 pp.
- ROSENBERG, Leo (2002): *La carga de la prueba*, segunda edición, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, (traducción Krotoschin) 460 pp.
- SARACENO, Pasquale (1940): *La decisione sul fatto incerto nel processo penale*, Cedam, Padova, 1940, 350 pp.
- SOMARRIVA, Manuel ALESSANDRI, Arturo y VODANOVIC, Antonio (1998): *Tratado de Derecho civil*, partes preliminar y general, t. II, sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, 545 pp.
- TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (2000): *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, La Ley, Madrid, 239 pp.
- TARUFFO, Michele (2005): *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid (traducción Mendonca y Ferrer), 542 pp.
- URRUTIA, Leopoldo (1907): *Esplicaciones de Código Civil. De las obligaciones en jeneral i de los contratos*, Imprenta Cervantes, Santiago de Chile.
- VERDE, Giovanni (2013): *L'onere della prova nel processo civile*, Edizione Scientifiche italiane, Napoli, 600 pp.
- VODANOVIC, Antonio, ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel (1998): *Tratado de Derecho civil*, partes preliminar y general, t. II, sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, 545 pp.
- YÁÑEZ, Eliodoro (1903): «Onus probandi», en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1903-I, pp. 71-76.

# NOVAS PERSPECTIVAS EM TERMOS DE SOLUÇÕES CONSENSUAIS

**Carlos Roberto Siqueira Castro**

Master of Laws (LL.M.) pela University of Michigan

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro

Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ

Conselheiro Federal da OAB

Mediador diplomado pelo *Centre de Médiation et Arbitrage de Paris* (CMAP), França, e no Programa *Advanced Mediation*, da Harvard Law School, Estados Unidos da América

## I. INTRODUÇÃO

Tenho especial satisfação em contribuir, ainda que singelamente, para esta obra coletiva em justa homenagem aos saudosos e incomparáveis mestres José Carlos Barbosa Moreira e Ada Pellegrini Grinover. De José Carlos Barbosa Moreira fui aluno no início dos anos 70 na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Serei sempre seu discípulo e admirador, com saudade eterna na quadra da existência. Tive o privilégio de conviver desde então com o mestre admirável, que honrou-me com os seus ensinamentos jurídicos e de vida, com sua gentil amizade e por ter apadrinhado o meu casamento que já celebra 45 anos, juntamente com sua amada Gilca. Padrinho e madrinha tão queridos. Tantas lembranças a cultivar. Participar dessa homenagem significa, além de tudo, desfrutar espiritualmente desse convívio e cultivar o melhor, o mais exemplar e o mais venerado professor da minha geração.

Com esse introito indispensável e gratificante, passo ao texto monográfico.

Conflitos são inevitáveis e fazem parte indissociável da condição humana. Como ser gregário, o ser humano se submete ao acaso das relações intersubjetivas, não raro indesejadas, imprevistas, antagônicas e nem sempre controláveis. Os conflitos de interesses são, pois, factíveis em qualquer contexto da vida. As dificuldades subjacentes às interações sociais são bem ilustradas na metáfora do dilema do porco-espinho exposta por Schopenhauer<sup>1</sup>. É natural que os homens e suas instituições vivenciem uma miríade de conflitos em razão da pluralidade e da multiformidade das ambições, dos desejos reprimidos e das pretensões resistidas e adversas.

Esses conflitos, embora inerentes à vida em sociedade, perturbam o equilíbrio do sistema de convivência e a paz social, o que exige ou recomenda a sua pacificação. Esse múnus cabe ao Estado que deve estabelecer regras de condutas socialmente aceitas, com efeitos não apenas reguladores, mas também transformadores das realidades sociais. Cumpre ao ente estatal editar pautas de comportamento de caráter normativo e revestidas de cogência pública para a generalidade da dinâmica social nos incontáveis cenários das relações humanas. Em consequência, o acesso à Justiça traduz um direito fundamental constitucionalizado (CF – art. 5º, inciso XXXV), que promove o exercício da função jurisdicional consistente na intervenção do Estado-juiz para a solução do conflito entre as partes mediante a aplicação lei ao caso concreto.

---

1 “Um número de porcos-espinho se amontoaram buscando calor em um dia frio de inverno; mas, quando começaram a se machucar com seus espinhos, foram obrigados a se afastarem. No entanto, o frio fazia com que voltassem a se reunir, porém, se afastavam novamente. Depois de várias tentativas, perceberam que poderiam manter certa distância uns dos outros sem se dispersarem. Do mesmo modo, as necessidades sociais, a solidão e a monotonia impulsionam os “homens porcos-espinho” a se reunirem, apenas para se repelirem devido às inúmeras características espinhosas e desagradáveis de suas naturezas. A distância moderada que os homens finalmente descobrem é a condição necessária para que a convivência seja tolerada; é o código de cortesia e boas maneiras. Aqueles que transgridem esse código são duramente advertidos, como se diz na Inglaterra: *keep your distance!* Com esse arranjo, a necessidade mútua de calor é apenas parcialmente satisfeita, mas pelo menos não se machucam. Um homem que possui algum calor em si mesmo prefere permanecer afastado, assim ele não precisa ferir outras pessoas e também não é ferido.” Tradução livre de Schopenhauer, Arthur (2000) [1851]. *Parerga and Paralipomena*. E. F. J. Payne translation. Oxford: Clarendon Press

## II. A SOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DA JURISDIÇÃO

A inafastabilidade da cognição judicial para prevenir ameaças a direito ou reparar lesões a direitos individuais ou coletivos na jurisdição civil ou criminal está consagrada, dentre outros direitos fundamentais, no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Esse postulado, que adentrou formalmente a ordem constitucional brasileira com a Constituição de 1946, significa, muito simplesmente, que o Poder Judiciário, no âmbito da separação orgânico-funcional e tripartite dos Poderes do Estado, é aquele incumbido de decidir em caráter conclusivo, isto é, com o atributo judicatório do final *enforcing power*, acerca da aplicação do direito objetivo. Como realça PONTES DE MIRANDA a propósito da introdução de tal princípio no constitucionalismo pátrio, – “o alcance político e jurídico da nova regra constitucional é enorme, e traduz-se em termos vulgares: a última palavra tem-na a Justiça”<sup>2</sup>. A Constituição assegura o direito à jurisdição, isto é, o direito à apreciação dos interesses e pretensões individuais ou coletivas (públicas ou privadas), para fins de composição das lides mediante o pronunciamento jurisdicional do Estado qualificado por sua incidência sub-rogatória da vontade das partes nas relações litigiosas. De conseguinte, o direito à jurisdição traduz o direito a um processo constitucional democrático de prestação de jurisdição, que exige a observância do devido processo legal, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, por imperativo do art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. Destarte, a tutela jurisdicional há de ser prestada com equidade e superioridade ética, a fim de que os litígios se solucionem segundo o sentimento geral de justiça para a recomposição da paz social.

É certo, porém, que a prestação da jurisdição sofre a influência do contexto político em que opera. Notadamente, nos regimes ditatoriais e de supressão das garantias constitucionais a independência dos juízes costuma ser abalada pela força do arbítrio e dos ritos autoritários. Tal se passou, entre nós, no período de vigência do golpe militar de 1964, que subsistiu até a abertura democrática em 1985. Conquanto o princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário acerca de lesão ou ameaça de lesão a direito individual não tenha sido eliminado pela Constituição de 1967, este sofreu agudas restrições por força da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que explicitamente excluiu da apreciação judicial os atos praticados pelo regime militar, especialmente aqueles editados pelo então chamado Comando Supremo da Revolução<sup>3</sup> de 31 de março de 1964, bem como os atos do Governo Federal, dos Ministros Militares e os atos de natureza legislativa, desde que tivessem por base os Atos Institucionais editados pelo regime de arbítrio. É assinalável que durante esse período de anomia dos direitos fundamentais e das liberdades públicas multiplicaram-se as intervenções invasivas das garantias da magistratura, das prerrogativas dos advogados e dos predicamentos da defesa.<sup>4</sup>

A promulgação da Constituição Federal de 1988 formaliza, finalmente, a restauração democrática em nosso país e o encerramento do ciclo de violências e de barbarismo jurídico que caracterizou o regime militar pós 64. Sob a nova Carta Política o povo brasileiro reascende aos predicados da cidadania e dos direitos humanos, estampados no exuberante art. 5º da chamada *Constituição Cidadã*. Em paralelo, as instituições orgânicas da soberania voltam a operar sob o prisma da separação e da harmonia entre os Poderes do Estado. E em que pesem toda sorte de crises institucionais, políticas e econômicas por que tem passado o Brasil nas últimas três décadas, é motivo de regozijo histórico constatar que há 30 anos não mais experimentamos rupturas institucionais ou o colapso da democracia.

Por outro lado, a ampliação sem precedentes de toda sorte de direitos individuais e coletivos positivados na Constituição de 1988 e na legislação interligada aos vários e novos nichos de proteção jurídica supralegal, notadamente a valorização da esfera jurídica do consumidor, ao lado da garantia irrestrita do acesso à Justiça, ensejou a multiplicação em larga escala dos processos judiciais nos quatro cantos da Federação. E isto sem mencionar

2 MIRANDA, PONTES, Comentários à Constituição de 1967 – com a Emenda nº. 1, de 1969, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, tomo V, p. 111.

3 seguindo a denominação utilizada pela EC nº 01/69

4 Transcreva-se, por oportuno, o comentário de Celso Ribeiro Bastos acerca dos malefícios infringidos ao princípio da inafastabilidade da jurisdição pela ditadura militar nos chamados “anos de chumbo”: “Algumas exceções históricas que este princípio sofreu se deram em períodos de não vigência do Estado de Direito. Nestas ocasiões, eram frequentes determinados atos de força legislativa auto-excluírem-se da apreciação do Judiciário. Estas exceções, contudo, tinham sempre a sua vigência condicionada à manutenção do Estado autoritário. Desaparecido este, restaura-se, em sua plenitude, a acessibilidade ampla ao Poder Judiciário” (BASTOS, Celso Ribeiro; e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2, p. 171)

o crescimento vegetativo da população e da clientela dos jurisdicionados nesses trinta anos de vigência da nova Constituição, que alcança hoje cerca de 207 milhões de pessoas. Essa profusão de ações em curso nas várias instâncias do Poder Judiciário testou e ainda testa diariamente a capacidade dos órgãos julgadores para absorver tamanha demanda reprimida de acesso à Justiça. As estatísticas de feitos em andamento e da distribuição de novas ações há tempos revelam a disfuncionalidade do sistema judicial em nosso País, o que, inevitavelmente, acaba por gerar um certo descrédito na jurisdição como meio de pacificação dos conflitos.<sup>5</sup> Em suma, a estrutura judiciária não tem conseguido dar conta da avalanche de processos que se acumulam a cada dia.

Aliada às deficiências estruturais do Poder Judiciário está a percepção da cidadania no sentido de que a palavra final da Justiça constitui o meio hábil por excelência para a solução de conflitos. Essa “*cultura do litígio*”, que deságua no sentimento do monopólio da Justiça para a resolução das controvérsias, foi por certo agravada após o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), da implantação dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95) e da denominada Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/04)<sup>6</sup>. Em realidade, o aumento populacional, a geração em escala de novos e novíssimos direitos, a complexidade da vida social, a ampliação do acesso à justiça, a litigiosidade de massa, a exarcebada “*cultura do litígio*”, tudo agravado pela precariedade das estruturas físicas do Judiciário e pelo insuficiente contingente de magistrados e serventuários, especialmente nas instâncias primárias da jurisdição, resultaram na frustração dos jurisdicionados quanto à capacidade institucional do Poder Judiciário para prover soluções céleres e eficientes de seus conflitos.<sup>7</sup>

Conquanto a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXXVIII (com a redação introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004), tenha preceituado, no elenco dos direitos fundamentais, que “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”, a realidade da prática judiciária é bem diversa. Segundo relatório “*Justiça em Números 2017: ano base 2016*”, do Conselho Nacional de Justiça, a duração média de processos na Justiça Comum dos Estados é de 3 anos e 1 mês até a prolação da sentença, acrescido de mais 1 ano nos Tribunais de Justiça em grau de apelação, além de mais 5 anos e 9 meses na fase execução de julgado, o que totaliza 9 anos e 10 meses, sendo desse total 4 anos e 1 mês apenas na fase de conhecimento. Na Justiça Federal Comum a cronologia é ainda mais alongada, eis que os processos duram em média 3 anos e 4 meses até a sentença, mais 2 anos e 7 meses nos Tribunais Regionais Federais em nível de apelação, com o acréscimo de 6 anos e 5 meses na fase de execução de julgado, o que totaliza 12 anos e 4 meses, dos quais 5 anos e 11 meses na fase de conhecimento. Na Justiça do Trabalho a duração média dos processos é de 11 meses até a sentença de 1ª instância, acrescidos de mais 8 meses nos Tribunais Regionais do Trabalho e de mais 3 anos e 4 meses na

5 Nesse sentido, confira-se a advertência de José Luis Bolzan Morais e Fabiana Marion Spengler: “*A (re)constitucionalização de 1988 propôs um período de confiança e estímulo ao cidadão em relação aos órgãos jurisdicionais. Passou-se a apostar na resolução não só dos conflitos tradicionais, mas dos novos interesses protegidos pelo direito, o que desencadeou uma onda de frustrações, desconfianças, descréditos na máquina jurisdicional estatal que, há muito, já vinha mostrando sinais de asseveramento e disfuncionamento e, por óbvio, não conseguiu atender satisfatoriamente a este acréscimo de novas demandas*” (MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 109)

6 Sobre o que denominou de facilitação do acesso, Rodolfo de Camargo Mancuso adverte quanto ao estímulo à litigiosidade: “*O conceito de acesso à justiça não pode mais se manter atrelado a antigas e defasadas acepções – que hoje se podem dizer ufanistas e irrealistas – atreladas à vetusta idéia do monopólio da justiça estadual, à sua vez assentado numa perspectiva excessivamente elástica de “universalidade/ubiquidade da jurisdição” e, também, aderente à leitura desmesurada da “facilitação do acesso”, dando como resultado que o direito de ação acabasse praticamente convertido em ... dever de ação, assim insuflando a contenciosidade ao interno da sociedade e desestimulando a busca por outros meios, auto ou heterocompositivos*” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 24). Em artigo intitulado “*Anotações sobre o Julgamento de Processos Repetitivos*”, Teresa Arruda Alvim Wambier traz a radiografia do que resultou a implementação das ondas renovatórias para tornar o sistema jurídico acessível a todos: “*Houve uma verdadeira cruzada, visando a adotar, nos diferentes sistemas processuais, e especialmente no brasileiro, mecanismos que facilitassem o acesso da sociedade às soluções jurisdicionais. Tratava-se, então, de democratizar os meios pelos quais se podia exercer o direito de ação, a fim de permitir que mais e mais partícipes da vida social à prestação jurisdicional tivessem acesso. E essa democratização efetivamente ocorreu. Veja-se, por exemplo, os antigos juizados de pequenas causas, os atuais juizados especiais, a criação das defensorias públicas e tantas outras iniciativas, igualmente voltadas à criação de espaços capazes de acolher a demanda social por prestação jurisdicional. Todavia, o amplo acesso da sociedade à justiça, não foi acompanhado de planejamento destinado a fazer com que a estrutura judiciária estivesse apta para acolher crescimento tão expressivo, numérico e qualitativo, da demanda social por soluções jurisdicionais. Multifacetadas questões, de grandezas econômicas diversas, geradas, inclusive, pelo reconhecimento de novos direitos (direitos do consumidor, por exemplo), fizeram com que o acesso à justiça tenha ocorrido de modo efetivo, causando, por falta de planejamento anterior, sobrecarga no sistema judiciário.*” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre o julgamento de processos repetitivos*. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo, v. 9, n. 49, p. 40, set./out. 2007).

7 “*A inflacionada demanda por justiça é um fenômeno complexo, que parte sobretudo, de uma dependência social dos Tribunais, seja por uma cultura demandista especialmente notada em países do sistema civil law, seja pelo incentivo estatal, que temendo a perda do monopólio, faz o Poder Judiciário propagar a ideia de que somente ele é capaz de proporcionar uma solução eficaz dos conflitos, percebido quando se promove por exemplo, a incorporação das ADRs aos Tribunais*”. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *A institucionalização da mediação é a panacea para a crise do acesso à justiça?* Disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/? cod=0fd4b8a8354a77a3]. Acesso em: 26.06.2018.



fase de execução, totalizando 4 anos e 11 meses, dos quais 1 ano e meses se passam na fase de conhecimento.

As estatísticas e o quadro caótico da Justiça no Brasil são absolutamente singulares em termos comparativos em nível mundial. Para se ter uma ideia desse quadro assustador, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.907 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2016, o que resultou num ingresso de 29,4 milhões de processos, com um aumento de 5,6% com relação ao ano de 2015.<sup>8</sup> Com isso, o Judiciário brasileiro finalizou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação. Já o percentual de processos novos ingressados pelo meio eletrônico no Poder Judiciário é de 70,1%. Em razão desse quadro estatístico impressionante, a taxa de congestionamento, que mede o percentual de processos em tramitação e que não foram encerrados e se acumularam no ano de 2015, permanece bastante elevada, com percentual de 73%. Por outro lado, no que toca ao Supremo Tribunal Federal (STF), é de se observar que a Corte guardiã da Constituição julgou, no ano de 1975, cerca de 9.000 processos, ao passo que, vinte anos após, no exercício judiciário de 1996, os Ministros da Corte Suprema relataram e julgaram 28.000 processos. Já em 2017, foram julgados no STF mais de 120.000 processos. Por fim, é interessante notar que para cada 100 processos judiciais encerrados em 2016 (com sentença ou decisão terminativa), apenas 12 litígios foram resolvidos por meio de acordo entre as partes em disputa.

De um modo geral, essa situação disfuncional se generaliza nos órgãos e instâncias judiciárias em todo o País. Durante o ano de 2016, houve o ingresso de 29,4 milhões de processos no Poder Judiciário, que se soma ao acervo já acumulado dos anos anteriores. Esse estoque de processos pendentes era de 60,7 milhões em 2009, sendo certo que ao final do ano de 2016 havia 79,7 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário. É desalentadora a conclusão a que se chega quando se analisa o volume de processos em tramitação e pendentes de julgamento, o volume de processos que ingressa a cada ano e a produtividade dos magistrados e dos servidores da Justiça: seriam necessários aproximadamente 2 anos e 8 meses de trabalho para zerar o estoque de processos em trâmite – e isso se considerada a irreal hipótese de não haver o ingresso de novas demandas nesse período.<sup>9</sup> E vale reparar, nada obstante, que o índice de produtividade dos juízes brasileiros, no que toca à quantidade (e não à qualidade) de processos julgados a cada ano, é considerado o mais elevado do planeta. Para se ter um quadro comparativo, veja-se que, no ano de 2016, em Portugal foram proferidas 397 sentenças (com ou sem resolução de mérito), na Espanha 689, na Itália 959, enquanto no Brasil o número de sentenças prolatadas chegou a 1.749.

Essa impressionante taxa de congestionamento do aparelho judiciário é reflexo de um preocupante fator, qual seja, o tempo de duração do processo judicial. Tudo bem distante, como se percebe, do que seria uma razoável duração do processo judicial, o que de resto é exigido pelo artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que prescreveu: “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

De outra parte, a mesma fonte de dados oficiais da Magistratura, aponta um déficit de 4.439 magistrados no país. A relação de julgadores *per capita* por habitantes está em torno de 1 juiz para cada 12.000 habitantes. Para se ter um quadro comparativo, num país desenvolvido, como a Alemanha, a média é de 1 juiz para cada 4.200 habitantes.<sup>10</sup>

Em realidade, os obstáculos que entavam o acesso dos jurisdicionados às instâncias judiciais e induzem ao descrédito popular quanto à atuação da Justiça se devem a deficiências endógenas do Poder Judiciário,

8 No entanto, vale ressaltar que Fabiana Marion Spengler Pós-Doutora pela Università degli Studi di Roma Tre/Itália e professora da Universidade de Santa Cruz do Sul, e Luthyana Demarchi de Oliveria, Doutoranda em Filosofia pela PUC/RS e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS, após minucioso estudo sobre os limites do modelo atual de solução de conflitos, a oferta de múltiplas opções de tratamento do conflito e as políticas públicas brasileiras para o tratamento dos conflitos, advertem que: “*No entanto, os altos índices de litígios no Judiciário brasileiro apontam que poucas são as pessoas ou instituições que utilizam intensamente o sistema, já que a maior parte da população não tem sequer conhecimento de que podem acessar a justiça (acesso ao meio formal)*”. E, concluem transcrevendo as palavras de Maria Teresa Sadek na obra *Acesso à Justiça no sentido de que “a excessiva facilidade de acesso a certo tipo de litigante e o estímulo à litigiosidade podem tornar a justiça não só seletiva, mas principalmente inchada”, estando repleta de demandas que pouco tem a ver com a garantia de direito.*” (Oliveira, Luthyana Demarchi / Spengler, Fabiana Marion, *O Fórum Múltiplas Portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social* [recurso eletrônico] – Curitiba: Multideia, 2013, p.41)

9 Todos os dados estatísticos foram extraídos da publicação *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2017

10 Struck, Jean-Philip. *Judiciário brasileiro é 3,5 vezes mais caro que o alemão*. Deutsche Welle, 09.02.2018. Disponível em <<https://p.dw.com/p/2s-Q5H>>. Acesso em 26.06.2018

como também a causas exógenas a esse departamento da soberania estatal. Não há dúvida, em primeiro plano, de que sobretudo os órgãos e serventias da instância inicial da instituição prestadora de jurisdição padecem de notório desaparelhamento, que caracteriza-se pelas dificuldades seguintes: a) pelo número insuficiente de juízes; b) pela existência de cargos vagos de juízes; c) pela forma inadequada de recrutamento dos juízes; d) pela inexistência de uma especialização dos órgãos de 1º grau; e) pela má qualidade do apoio administrativo destinado aos magistrados; f) pelo crescimento, a cada ano, do número de processos distribuído a cada juiz de direito; g) e pelo excesso de formalismo imposto pelas normas processuais. Todas essas deficiências estruturais, que a rigor são visíveis, promovem a disfunção dos órgãos da Justiça que, ou deixam de prestar a indeclinável jurisdição porque os confrontos de pretensões acabam encontrando outros caminhos de composição, ou prestam-na com inaceitável lentidão ou com padrão de qualidade aquém do desejável.<sup>11</sup>

Em que pesa a produtividade dos juízes brasileiros ser considerada a mais elevadas em termos comparativos mundiais, isto no que respeita ao quantitativo de sentenças e acórdãos proferidos, é certo que o Poder Judiciário no Brasil presta jurisdição de modo ainda inadequado e ineficiente, que desgasta a imagem do Judiciário e abre a discussão acerca da idealização de métodos alternativos e consensuais para a solução de conflitos.<sup>12</sup> A bem dizer, mesmo nos países em que os órgãos da Justiça contam com estruturas modernas e adequadas aos anseios de eficiência na prestação jurisdicional, como é o caso sempre citado da Alemanha, do Reino Unido e dos nações da Escandinávia, cresce a cada ano a utilização de meios alternativos para a resolução de controvérsias, notadamente a mediação e a conciliação. É natural que quando se tem um cenário de acúmulo descomunal de processos ao lado da morosidade na prestação da jurisdição, outras alternativas se apresentam para enfrentar a litigiosidade, além, é claro, da arbitragem, que não deixa de ser uma forma de justiça privada e patrocinada pelas partes, em que um árbitro ou tribunal arbitral desempenha de forma similar o papel sub-rogatório que é próprio dos juízes togados. Nesse terreno de possibilidades, exsurge com força e prestígio crescente a alternativa do procedimento de mediação, que dispensa a figura do juiz ou do árbitro e possibilita às partes, com o auxílio de um mediador capacitado, construir por elas próprias a melhor solução para superar divergências e conciliar seus interesses de maneira célere e mais econômica se considerados os custos de um processo judicial ou de arbitragem.

### III. OS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS<sup>13</sup>

Como se disse, é indubitável que a morosidade e a baixa qualidade da prestação jurisdicional contribuem para o abalo da cultura do monopólio do Estado-juiz. Essa constatação, que não deixa de ser universal nessa quadra da civilização, lança luzes sobre os meios alternativos e substitutivos da jurisdição estatal, abrindo espaço para procedimentos em que não há intervenção de um julgador oficial incumbido de elaborar o teor

11 RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO assim aborda a dificuldade do acesso à justiça no seu aspecto qualitativo: “A rigor, o problema não está (ou ao menos não tanto) na singela questão do acesso à Justiça (já que a instância estatal hoje é alcançável por diversas vias, valendo lembrar que o necessitado – não só ao ângulo econômico, mas até mesmo o carente organizacional – beneficia de “assistência jurídica integral e gratuita”: (CF/1988, art. 5º, LXXIV), e, sim, nos modos e meios pelos quais o Estado haverá que assegurar a finalidade última do processo, qual seja a composição justa e tempestiva do conflito disponibilizado, ou, se quiser: o acesso à ordem jurídica justa.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 197)

12 A preocupação com o desgaste do modelo jurisdicional e com a necessidade da sociedade ser permeável a novas formas de solução de litígios está presente no relatório do Deputado Celso Russomanno, ao relatar o Projeto de Lei nº 4.018/93, perante a Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados, oportunidade em que assim consignou: “*Existe uma quase unanimidade nacional sobre a urgência na reformulação da prestação jurisdicional. (...) o despertar – embora tardio – da cidadania, envolve a “redescoberta” do Poder Judiciário como última instância de apelo em garantia de direitos ameaçados, não circunscrito esse apelo à solução de pendências entre particulares, mas entre estes e o Poder Público, hoje um violador contumaz de direitos. (...) Vivenciamos o “circulo vicioso da justiça” que necessita urgentemente ser rompido. (...) Os fatos o comprovam à saciedade. Urge a busca e a adoção de formas alternativas e comprovadamente eficazes para a solução do problema como um todo.*”

13 Embora o largo emprego do termo “alternativos” ao se referir a métodos de solução de conflitos como conciliação, mediação e arbitragem, preferimos a utilização do termo “adequados” por razões que são bem explicitadas por Fernanda Medina Pantoja, em capítulo da obra coletiva *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*, confira-se: “*Seria preferível, ao consagrado vocábulo “alternativos”, o termo “adequados”, porque tais métodos, conforme demonstrado, não configuram, propriamente, uma via alternativa ou oposta à jurisdição, senão um instrumento complementar ao Poder Legislativo. Por meios adequados entende-se que, para cada tipo de conflito existe um método de resolução mais apropriado, que atende com especificidade à natureza e às particularidades do caso. Sem dúvida, quanto mais opções existirem à disposição das partes, mais chances terão para resolver as suas divergências de forma criativa e eficiente. Em outras palavras, os ADRs não substituem ou excluem o Poder Judiciário, senão com ele coopera, mesmo porque as soluções obtidas por tais meios são passíveis de sofrerem o controle judicial, embora em circunstâncias restritas, e podem exigir, em caso de descumprimento do acordo ou da decisão arbitral, que as partes recorram ao poder de coerção do juiz para executá-las. Afinal, a coercibilidade – isto é, a possibilidade de uso da força para fazer cumprir determinada obrigação, ou a imposição de uma sanção pelo seu descumprimento – constitui um atributo exclusivo da jurisdição. Ademais, não obstante algumas vias ditas “alternativas” dispensem o processo judicial, a autocomposição sempre teve lugar no interior do próprio estrado processual.*” (ALMEIDA, Tania. *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. / Coordenadoras Tania Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan – Salvador: Ed. JusPodivum, 2016, p. 58)

e de impor às partes uma decisão judicatória.

Esses métodos receberam da doutrina norte-americana o epíteto de ADR (“*Alternative Dispute Resolution*”), como referência genérica de formas de resolução de litígios que prescindem de processo judicial e que são processadas, ao menos em grande extensão, fora do âmbito do Judiciário<sup>14</sup>. Como acontece na maioria dos países, tanto aqueles de formação romano-germânica quanto aqueles de tradição anglo-saxônica, tais mecanismos vêm sendo adotados crescentemente no Brasil, a despeito do preconceito da cultura jurídica pátria em face de soluções extrajudiciais das lides intersubjetivas ou plurisubjetivas.

O próprio Estado, ciente das suas mazelas e dificuldades para o cumprimento do seu poder-dever de prestar a jurisdição com eficiência e razoável duração, vem adotando políticas de promoção da utilização de métodos alternativos para a composição dos conflitos. Dentre esses, alguns já se encontram parcialmente inseridos como etapa ou ato de processos judiciais, como se verifica com a conciliação – presente em disposições do Código de Processo Civil, na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e na Consolidação das Leis do Trabalho –, também com a mediação, prevista no Código de Processo Civil e na Lei especial de Mediação), e, ainda, com a arbitragem, tratada no Código Comercial Código de Processo Civil e na Lei especial que a disciplina.

Com efeito, percebe-se que a sociedade experimenta um aumento gradual da utilização de meios alternativos à jurisdição para a pacificação das contendas, dentre os quais sobressaem os institutos da negociação, da conciliação, da arbitragem e da mediação. E isto porque esses métodos de solução de controvérsias apresentam ou podem apresentar notórias vantagens, no contexto dos interesses em conflito, em relação ao processo judicial clássico. Além de adotarem procedimentos menos dispendiosos e mais céleres, costumam conduzir, até mesmo consensualmente, como no caso da mediação, a soluções de compromissos duradouros e que não raro preservam as relações negociais e econômicas subjacentes. Mas, cada um desses métodos alternativos comporta conceito e regime jurídico singular e distinto.

A negociação, de iniciativa e realização pelas próprias partes, constitui método auto compositivo que há muito é adotado na sociedade, nomeadamente no meio empresarial. Por ser um método de natureza informal, privado e sem a intervenção obrigatória de terceiros, permite a solução do conflito sem as delongas e custos do processo judicial, sob o controle permanente e integral das partes envolvidas, que de deliberam sobre a oportunidade, a conveniência e o modo de ajustarem a negociação e a solução que daí poderá advir.<sup>15</sup>

A conciliação é empregada inclusivamente, como etapa integrante do processo judicial. Bem a propósito, vale destacar que o Código de Processo Civil de 1973 previa a realização de audiência de conciliação como ato autônomo, ou seja, como uma etapa antecedente ao saneamento do feito que versasse sobre direitos que admitissem transação. Além do momento processual próprio, determinava o revogado Código de Processo Civil de 1973 que ao juiz competia tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.<sup>16</sup>

Convém destacar que nos Juizados Especiais a conciliação entre as partes é um dos objetivos determinados pela Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, ao atribuir explicitamente competência ao Juizado Especial Cível para promover a conciliação e ao estabelecer a realização de específica com essa finalidade, na qual, uma vez aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio.<sup>17</sup>

14 “*Alternative dispute resolution (ADR) is a term that refers to several different methods of resolving disputes outside traditional legal and administrative forums*”. (Free Legal Dictionary. Disponível em <https://definitions.uslegal.com>. Acesso em 23.06.2018)

15 Sobre negociação, Leandro Rigueira Rennó Lima, Professor de Pós-graduação da PUC Minas e mediador judicial cadastrado do TJMG, escreve: “*A negociação, portanto, é aconselhável para aquelas situações em que as partes ainda estejam em condições de dialogar e de se escutar mutuamente. Apesar de existir o conflito, o desejo de ver aquela controvérsia ser solucionada de maneira rápida e sem maiores despesas é razão suficiente para que as partes se reúnam sozinhas, pessoalmente ou através de representantes, em uma mesa de negociações.*” (Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial – Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Grupo de Estudos em Mediação Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ano III. Número 4. – (jan/jun 2016) – Brasília, 2016. p.17/18)

16 “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...) IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes; Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.” (BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869imprensa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869imprensa.htm)>. Acesso em 26 junho 2018)

17 “Art. 1º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência. Art. 21. Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as

É de se mencionar, ainda, nesse contexto, a Lei n. 9.958/2000, que alterou e acrescentou dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, para tratar das Comissões de Conciliação Prévia, constituídas no âmbito das empresas, grupo de empresas e sindicatos, e elegendo a conciliação como alternativa primária para a solução de conflitos laborais.

Essa modalidade de solução de conflitos guarda semelhança com a negociação pelo fato de as partes pretenderem objetivamente a solução do conflito, mas difere da negociação por intervir na conciliação a figura do conciliador, terceiro que incentiva os contendores a chegar a um acordo. Ao conciliador é dado, inclusive, conjecturar e propor soluções, não possuindo, todavia, de poder para proferir sentença ou praticar qualquer outro ato de caráter decisório. Releva ressaltar que, diferentemente dos métodos da negociação e, sobretudo, da mediação, a conciliação, tal como prevista no Código de Processo Civil e na Consolidação das Leis do Trabalho, não se submete à regra de sigilo ou de confidencialidade, no que que respeita, ao desenvolvimento da reunião ou à celebração do acordo final.

Outro método alternativo para solução de conflitos que se destaca é a arbitragem. Nesta, as partes decidem voluntariamente, de pleno consentimento e de comum acordo, não submeter o conflito ao Poder Judiciário, mas sim a um árbitro ou a um painel de árbitros de sua livre e consensual escolha, a quem assiste, à semelhança da função do juiz no processo judicial, a atribuição de proferir decisão de mérito sobre o conflito, decisão essa que é impositiva às partes. Impende anotar que esse método serve ao propósito da solução de litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, conforme redação do artigo 1º da Lei nº 9.037/96, que disciplina a matéria.

A arbitragem encontra-se há tempos presente no ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, tem pertinência histórica referir à Constituição Política do Império do Brasil, outorgada pelo Imperador D. Pedro I 25 de março de 1824, que permitia às partes nomear juízes – árbitros para solucionar litígios cíveis: “*Art. 160. Nas ações cíveis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.*” E foi justamente com fulcro nesse permissório que Américo Werneck e o Governo de Minas Gerais acordaram submeter a um tribunal arbitral um emblemático litígio envolvendo a rescisão contratual de contrato de arrendamento de uma estância hidromineral.

A notoriedade desse famoso caso judicial se justifica na medida das personalidades e juristas de nomeada que dele participaram. O referido tribunal arbitral foi composto pelos Desembargadores Edmundo Pereira Lins e José Soriano de Souza Filho (ambos tornaram-se posteriormente Ministros e Presidentes do Supremo Tribunal Federal) e por José Xavier Carvalho de Mendonça (comerciante que viria a tornar-se ilustre advogado e jurista renomado do direito comercial). A sentença arbitral proferida pelo Tribunal Arbitral foi objeto de recurso da lavra de Rui Barbosa dirigido ao Supremo Tribunal Federal e, por seu turno, as contrarrazões de apelação foram apresentadas pela pena de Rodrigo Octávio de Langgaard Meneses. Releva destacar nesse caso emblemático a rígida oposição de Rui Barbosa à utilização do juízo arbitral. Em suas razões de apelação o notável juriconsulto da Bahia sustentou: “*o juízo arbitral, em si, não é um meio eficaz de verificar e aplicar o direito (...) a irrecorribilidade das suas decisões é uma suposição que não encontra base em nenhuma legislação do mundo*”.<sup>18</sup>

O instituto da arbitragem esteve presente no Código de Processo Civil de 1939 e de 1973, todavia somente com o advento da Lei nº 9.307/96 tornou-se desnecessária a homologação judicial da sentença arbitral e, assim, a arbitragem transmudou-se efetivamente em solução alternativa de conflitos independente do Poder Judiciário. Entretanto, não ficou a referida Lei de Arbitragem imune às críticas, nomeadamente de magistrados que entendiam haver nesse expediente obstáculo ao acesso ao Poder Judiciário.

A pecha de inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem foi definitivamente afastada a partir do julgamento do *leading case* sobre a matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que, em recurso de agravo regimental no processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE n. 5206), entendeu, por maioria, que a vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada

*consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.*” (BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm) >. Acesso em 26 junho 2018)

ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso arbitral não ofendem o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988. Nessa mesma assentada, a Corte guardiã da Constituição, por unanimidade, decidiu pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem que a sentença arbitral não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário e produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.<sup>19</sup>

É digno de nota que, nos últimos 20 anos, sobretudo a partir da consolidação da arbitragem no Brasil com o advento da Lei nº 9.307/96, o interesse da classe jurídica e empresarial em métodos adequados de resolução de conflitos tem experimentado um exponencial crescimento. Tal fenômeno de *desjudicialização* passou a incluir mais recentemente o interesse por outro método alternativo de solução de conflitos – a mediação –, este com a vantagem de ser instrumento de autocomposição e não de heterocomposição de controvérsias, como ocorre na arbitragem. O procedimento e a técnica da mediação adquire relevância crescente sob o influxo da Lei de Mediação (Lei 13.140/15) e do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) que conferem a esse instituto de solução consensual de conflitos uma regulamentação extensiva e de utilização obrigatória e preliminar nas ações e processos da jurisdição civil.<sup>20</sup>

Tanto o setor público – notadamente o Ministério da Justiça, o Poder Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – como o privado – a exemplo da Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (FIRJAN) e da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), além da Ordem dos Advogados do Brasil – estão hoje empenhados em divulgar e promover a mediação como uma solução alternativa e eficiente para a solução de controvérsias. Sem dúvida, a mediação tem despertado um grande interesse no meio jurídico, antes refratário à adoção de instrumentos extrajudiciais para remediar conflitos. Percebe-se já um intenso debate sobre a conveniência da mediação nas universidades, na doutrina jurídica, nos Tribunais, na advocacia, nos órgãos da mídia e nas redes sociais em nosso país. Além disso, tem sido criados centros de Mediação por toda parte, notadamente no âmbito das Câmaras de Comércio, dos Clubes de serviço e das Associações Cíveis de classe e setoriais. Essa inflação de instituições destinadas à prática da mediação enseja por certo preocupações quanto à qualidade técnica e estrutural do serviço de mediação, que demanda formação especializada e científica nas técnicas da mediação, além de rígidos critérios éticos e profissionais, sobretudo porque o encargo e o ofício de mediador não constitui profissão regulamentada em nosso país, como de resto acontece na maioria das nações desenvolvidas. De todo modo, pode-se antever que a mediação tende a percorrer trajetória semelhante e a desempenhar papel próximo àquele empreendido pela arbitragem a partir da edição da legislação específica sobre os procedimentos arbitrais no ano de 1996 (Lei nº 9.307/96).<sup>21</sup>

É de se consignar o importante marco regulatório constituído ainda antes das referidas Lei de Mediação e do novo Código de Processo Civil, em 2015, quando o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução CNJ nº 125/2010, dispôs sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e consignou expressamente que a conciliação e a mediação são

19 Transcreva-se, por oportuno, o elucidativo voto do Ministro Marco Aurélio de Mello proferido na seção plenária do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206: “Na edição da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, seguiu-se uma tendência mundial no sentido de, tanto quanto possível, evitar-se a sobrecarga do Judiciário, de modo a chegar-se, no menor espaço de tempo, à solução de um conflito de interesses, no que este abala a paz social. A mencionada lei foi elaborada com o notável zelo, tendo-se presente a supremacia da própria Carta da República e a autonomia da manifestação da vontade. (...) É desejável que se tenha o entendimento que pode estar voltado à submissão de conflitos de interesses não ao judiciário, mas à arbitragem, mesmo que esta não esteja profundamente arraigada na cultura brasileira, em face de uma desconfiança maior. O brasileiro reclama do Judiciário – isto é, aqueles que não apostam na morosidade do Judiciário, porque há os que nesta se fiam –, mas praticamente só acredita nessa forma de solução. A Lei nº 9.307/96, um diploma moderno, a abranger dispositivos que acautelam certos direitos das partes, viabiliza – e isso interessa muito àqueles que investem, principalmente os estrangeiros, em espaço de tempo razoável, curto – o afastamento de situações ambíguas do cenário jurídico. (...) Onde há violência ao inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, dispositivo que está dirigido, realmente, ao legislador e não às partes? Não leio, no inciso XXXV, que as partes, necessariamente, devem resolver as pendências mediante o acesso ao Judiciário.”

20 “Há um grande interesse por parte do Estado em que as partes litigantes encontrem uma solução consensual para seus conflitos. Daí perceber-se que este instituto se encontra sob o império de princípios constitucionais que norteiam e fundamentam sua prática, sendo estes: Autonomia Privada; Imparcialidade; Independência; Credibilidade; Competência; Confidencialidade; Diligência e Imparcialidade. (...) Partindo do entendimento de que as ações comunicativas e o diálogo devem de ser estimulados nas relações litigiosas, vê-se o oferecimento por parte do legislador infraconstitucional da opção da Mediação como meio adequado para a solução dos conflitos.” (Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial – Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Grupo de Estudos em Mediação Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ano III. Número 4. – (jan/jun 2016) – Brasília, 2016. p.39/40)

21 É relevante anotar, nesse sentido, que a Ordem dos Advogados do Brasil tem tido um papel fundamental na disseminação desse método alternativo e adequado de solução de litígios. Assim é que, em 2016., o Conselho Federal da OAB, por meio de seu Colégio de Presidentes, instituiu o Pacto Nacional da Advocacia pelos Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos. Além disso, as Seccionais da OAB em todos os Estados da Federação e no Distrito Federal criaram Comissões temáticas acerca da Mediação, em conjunto ou separadamente com as Comissões de Arbitragem.

instrumentos efetivos de pacificação social e de solução e prevenção de litígios. Estipulou-se, assim, que deveriam ser promovidas ações e iniciativas institucionais de incentivo à auto composição de litígios por tais métodos alternativos. Foram então criados os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos nos Tribunais e posteriormente instalados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC. Presentemente, já se contam 905 Centros de tal natureza e finalidade instituídos pelos Tribunais em todo o país.<sup>22 23</sup>

Conquanto tenha o Conselho Nacional de Justiça feito referência indiscriminada à conciliação e à mediação como métodos de auto composição de controvérsias a serem fomentados, impende ressaltar que a mediação, tecnicamente, se difere da negociação em razão da presença e intervenção profissional de um terceiro tecnicamente especializado – o mediador, o que não ocorre na conciliação, tampouco na negociação pura e simples. O profissional da mediação, utilizando-se das técnicas e das premissas científicas desse instrumento de solução consensual de conflitos tem como função primordial criar um ambiente favorável para a retomada da comunicação entre as partes e auxilia-las a resolver por elas próprias suas divergências mediante a auto composição da controvérsia. Ou seja, sem jamais sugerir uma solução que lhe pareça conveniente e, sobretudo, sem jamais elaborar um veredito ou impor decisão de qualquer espécie, como acontece, por exemplo, na arbitragem. Já a conciliação, que tradicionalmente foi prevista na legislação processual civil e no processo trabalhista, desenvolve-se sem a intervenção de um mediador abalizado, e de maneira informal e espontânea, livre de ritos ou requisitos previamente estabelecidos, o que pode se dar extrajudicialmente ou de forma incidente num processo judicial já instaurado, neste caso sob a supervisão de um juiz de direito ou de um conciliador integrante da estrutura do Poder Judiciário. Por fim, a negociação é o mais antigo e informal instrumento para a celebração de acordos e transações preventivas ou extintivas de litígios, em que as partes negociam diretamente entre si ou valendo-se de pessoas (amigos, parentes, advogados, etc.) de sua confiança, sem a adoção de qualquer procedimento formal ou legal previamente ajustado, com vistas a refletir sobre os interesses em jogo e encontrar um caminho de solução para as suas diferenças.

Esse movimento em prol dos métodos adequados de conflitos é perceptível também em organizações da sociedade civil, sendo notável o substancial crescimento do número de cursos de capacitação, institutos e centros de mediação desde a fundação, em 1997, do Conselho Nacional de Mediação e Arbitragem – CONIMA, que reúne mais de 60 entidades voltadas à mediação e arbitragem.

Nessa ordem de ideias, tem oportunidade destacar que, além dos centros de mediação instituídos em renomadas instituições de ensino ou associativas, como, por exemplo, a FIRJAN, a FIESP, a Fundação Getúlio Vargas, a AMCHAM Brasil e a Câmara de Comércio França-Brasil, algumas empresas brasileiras já protagonizaram relevantes casos de mediação que servem como paradigmas de experiência nesse campo de atividades. Assim, por exemplo, o acidente aéreo que envolveu a companhia TAM (hoje LATAM), que criou em sua estrutura uma câmara própria de mediação para resolver os conflitos e pretensões relacionadas ao acidente envolvendo o voo TAM 3054<sup>24</sup>. Dois anos após a instalação dessa câmara de mediação, tal projeto revelou-se extremamente exitoso, na medida em que 92% dos herdeiros e sucessores das vítimas daquele acidente aéreo lograram alcançar um acordo satisfatório para indenizar os danos materiais e morais daí resultantes. Esta experiência triunfante tornou-se um caso pioneiro e um excelente exemplo de mediação privada e de nível empresarial bem-sucedida no Brasil.

Nesse aspecto, vale mencionar que algumas empresas com atuação nas áreas de consumo de massa e de grande escala, como as empresas de telefonia, bancos, redes de comércio varejista, companhias aéreas e

22 Assim prevê a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: “*CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;*”

23 *CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;*” (Resolução nº 125 CNJ, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 26 junho 2018)

23 Justiça em Números 2017: ano-base 2016. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2017

24 Em 17 de julho de 2007, ao pousar na pista 35L do Aeroporto de Congonhas, em São Paulo, a aeronave procedente de Porto Alegre não conseguiu desacelerar dentro dos limites da pista e colidiu com um edifício e um posto de gasolina, ocasionando a morte de todos os 187 passageiros e tripulantes a bordo e, ainda, de 12 pessoas em solo. É atualmente o acidente aéreo que contabilizou mais mortes na história da aviação brasileira.

concessionárias de serviço que foram privatizadas, notadamente no setor de distribuição de energia e gás, acabaram por criar departamentos internos de mediação a fim de evitar que conflitos com os consumidores de seus produtos ou serviços fossem levados ao Poder Judiciário. Essa medida fez parte da “*Estratégia Nacional Sem Judicialização*”, lançada em 2014 pelo Ministério da Justiça para encorajar a criação de departamentos internos de mediação no campo das relações consumeristas.

Não é exagero consignar que, qualquer que seja o método alternativo de solução de conflito, sempre será possível apontar vantagens em relação à prestação da jurisdição estatal, isto certamente no que respeita à duração do processo e aos custos envolvidos.<sup>25</sup>

É de se notar, nesse aspecto, que dentre os mecanismos consensuais para a solução de litígios, a mediação tende a se destacar para reduzir a crescente espiral contenciosa da via judiciária, eis que apresenta inúmeras vantagens em relação ao processo judicial. A mediação é eficiente, pode se ocupar da grande maioria de litígios, antes e após a instauração de processo judicial ou de arbitragem, reconstrói a comunicação e o diálogo entre as partes diretamente interessadas, promove a compreensão dos aspectos reais e sensíveis do conflito de interesses, restaura as relações comerciais entre os litigantes e propicia a rápida e menos onerosa solução das controvérsias por meio de um acordo construído livremente pelas próprias partes em regime de autocomposição, portanto, sem a interferência invasiva e autoritária de terceiros julgadores que irão se sub-rogar na vontade das partes (juiz ou árbitro).

É bem de ver, nesse sentido, em que pese as diferenças de ênfase entre as escolas da mediação, sobretudo entre os modelos básicos prevalentes nos Estados Unidos e na França, que a mediação possibilita efetivamente (pois é essa a sua finalidade) o resgate da comunicação que em algum momento restou interrompida ou perturbada entre os envolvidos. Isso porque, o mediador, valendo-se das técnicas científicas do modelo universal da mediação, estimula as partes em conflito, fechadas nos seus monólogos, a se reencontrarem e a renovar a comunicação construtiva entre si. Em apertada síntese, o mediador cria o ambiente propício ao diálogo, ajuda as partes a expor seus ressentimentos e pretensões em regime de confidencialidade, orienta-as a como chegar a um “*acordo sobre o seu desacordo*” e estimula as partes a encontrar por elas mesmas soluções criativas e consensuais para compor os seus recíprocos interesses. Impende reiterar que o mediador não tem qualquer poder de imposição de uma solução externa. Apenas utiliza o instrumental das etapas e das técnicas de tal procedimento, que envolve domínio de conhecimentos específicos no campo da psicologia, da neurociências, da linguagem corporal (“*body language*”), da *comunicação não violenta* e da sedução à abertura ao diálogo e à revelação dos interesses recônditos, de maneira a criar um clima de percepções confiáveis para que as partes possam caminhar com segurança em busca da melhor solução amigável do conflito.<sup>26</sup>

Sem pretender analisar as técnicas do método científico da mediação, o que extrapolaria o objeto e os limites desse artigo, pode-se destacar as etapas peculiares aos procedimentos de mediação, conforme constantes do roteiro designado de “*Roda de Fiutak*”, que homenageia o patronímico do seu criador, professor da Universidade de Minnesota, nos Estados Unidos da América. Por esse esquema de desenvolvimento da mediação, o procedimento divide-se em cinco etapas sucessivas, cada qual com ferramentas e finalidades específicas, a saber: (i) a apresentação pessoal do mediador e dos princípios e objetivos norteadores da mediação; em seguida (ii) a exposição dos fatos e do histórico do conflito pelas partes, mediante reuniões em conjunto ou individuais

25 A esse respeito, a ex-presidente do STF, Ministra Ellen Gracie, em discurso de abertura de painel do seminário “*Poder Judiciário e Arbitragem: diálogo necessário*”, que teve lugar no Supremo Tribunal Federal em 2 de maio 2011, advertiu que “*os métodos alternativos de solução de litígio são melhores do que a solução judicial, que é imposta com a força do Estado, e que padece de uma série de percalços, como a longa duração do processo, como ocorre no Brasil e em outros países*”, acrescentando, ainda, que em algumas práticas alternativas de solução de litígio haveria vantagem adicional, pois “*possibilitam a presença de árbitros altamente especializados que trazem a sua expertise, portanto podem oferecer soluções muito mais adequadas do que o próprio Poder Judiciário faria*”.

26 Nesse aspecto, transcreva-se o comentário de Tânia Almeida, mestre em mediação de conflitos pelo IUKB e mediadora judicial sênior do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “*A Mediação é um método alternativo ao judicial, especialmente apropriado à resolução de conflitos que envolvam pessoas com vínculo perene ou ao menos continuado no tempo, e seu foco é a busca de uma solução mutuamente satisfatória por meio do diálogo e do consenso, gerando como benefício secundário (mas não menos importante), a pacificação social, pois transforma a maneira como as partes interagem. Este caráter pacificador está relacionado a uma mudança de paradigma: de uma cultura do litígio para uma cultura de paz.*” (ALMEIDA, Tania. *Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes*. / Coordenadoras Tania Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan – Salvador: Ed. JusPodivum, 2016, p. 50/51)

com o mediador, a fim de que possa definir a perfeita identificação dos problemas; *(iii)* o reconhecimento mútuo das razões e dos interesses de cada uma das partes; *(iv)* a passagem do estágio de posições antagônicas para o nível da busca e valorização dos interesses individualizados, dos pontos de reencontro e de sinergias convergentes; e, finalmente, *(v)* o epílogo do procedimento de mediação mediante a construção amigável, consensual e auto compositiva do conflito pelas próprias partes de soluções (ou alternativas de soluções) comuns e aceitáveis por ambas as partes subjetivas do conflito, tudo a fim de que, ao final, seja celebrado e formalizado o acordo preventivo ou extintivo do litígio.

No cenário corporativo, a mediação possibilita na grande maioria dos casos o restabelecimento dos contatos negociais, de modo a preservar as relações comerciais e gerar novos negócios e parceiras.

#### IV. SOLUÇÕES CONSENSUAIS: NOVAS PERSPECTIVAS

Diante da relevância desse novel instrumento de solução de conflitos ofertado pelo direito brasileiro, faz-se oportuno focalizar as áreas de sua aplicação e suas novas perspectivas, enfatizando, nesse ponto, a transposição dos métodos adequados de resolução de conflitos para plataformas *online*, que hoje representam uma verdadeira revolução no campo da auto composição digital.

Estabelece o artigo 3º da Lei 13.140/15 (Lei da Mediação) que pode ser objeto de mediação qualquer conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. A área em que a mediação tem sido mais utilizada no Brasil é a de resolução de questões de direito de família, mas também é perceptível a sua crescente utilização em questões que envolvam direito do consumidor e obrigações civis e comerciais em geral.

Uma outra área específica em que a mediação é legalmente permitida, mas que ainda não apresentou o nível desejado de desenvolvimento, tem a ver com litígios envolvendo pessoa jurídica de direito público e a Administração Pública em geral. Tanto a Lei de Mediação, como também o novo Código de Processo Civil, adotam disposições específicas a esse propósito, ao permitirem expressamente que os conflitos de interesses envolvendo os órgãos e entidades da Administração Pública direta ou indireta, suas autarquias e fundações sejam solucionados por meio da mediação, incluindo-se a mediação coletiva de questões relacionadas com a prestação de serviços públicos.

A Lei de Mediação permite, ainda, sua utilização para a solução de dissídios trabalhistas. No entanto, esse procedimento está ainda a depender de lei específica que o regulamente. Por outro lado, a mediação pode ser aplicada a questões envolvendo a propriedade intelectual. Vale mencionar, nessa seara, que desde o ano de 2013 o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual estabeleceu regulamento específico para a implementação da mediação e criou um Centro de Mediação para fomentar esse propósito.

Como se percebe, a mediação é um método extremamente promissor para a solução de praticamente todo tipo de controvérsias. Diz-se promissor porque só recentemente veio a ser regulado por meio de leis específicas: a Lei nº 13.140/15, denominada Lei de Mediação, publicada em 26 de junho 2015, que entrou em vigor em 23 de dezembro de 2015, e o novo Código de Processo Civil, publicado em 16 de março de 2015, que entrou em vigor em 17 de março de 2016. Esse condomínio legislativo acerca dos métodos adequados de resolução de conflitos deixa manifesta a expectativa do legislador pátrio quanto a novas perspectivas em termos de soluções revestidas de consensualidade, máxime em razão do comando legal para que o Estado promova, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, devendo tais procedimentos não contenciosos ser estimulados por juízes, advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos e operadores do direito em geral, inclusive no curso do processo judicial.

Dentre essas perspectivas, vale realçar a mediação digital, a mediação em cartórios, a mediação na administração pública e a mediação em plataformas *online*.

O Conselho Nacional de Justiça alterou e acrescentou, por meio da Emenda nº 2 de 8 de março de 2016, diversas disposições da já referida Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, dentre as quais restou incluído no art. 6º, o inciso X, que dispõe caber ao CNJ a criação de Sistema de Mediação e Conciliação



Digital para atuação pré-processual de conflitos e em demandas em curso.

Assim é que o Sistema de Mediação Digital foi recentemente instituído pelo Conselho Nacional de Justiça, destinando ao público em geral e à comunidade dos jurisdicionados uma ferramenta eletrônica de comunicação, de uso gratuito e voluntário, destinada precipuamente à aproximação virtual das partes envolvidas em um conflito, a fim de que possam construir, pelo diálogo, soluções para a solução de controvérsias. A mediação digital representa nova e excelente perspectiva de solução consensual, na medida em que representará, por certo, ganhos para o sistema de Justiça e para toda a sociedade em razão da plausível redução da judicialização de conflitos e facilitação de acesso do cidadão a esse meio alternativo de solução de conflitos. O referido sistema permite, ainda, a mediação digital de conflitos com processos já em andamento na Justiça.

É assinalável que o Sistema de Mediação Digital criado pelo Conselho Nacional de Justiça pode – e deverá em breve – alcançar diversos setores econômicos da sociedade, sendo certo que na primeira fase de implementação do sistema, o CNJ assinou um termo de cooperação técnica com o Banco Central e a Febraban para facilitar a solução consensual de conflitos entre cidadãos e instituições financeiras. É de se ressaltar que a escolha desse setor da economia não é aleatória – muito ao contrário – vez que os Bancos ocupam a 2ª posição na lista que contém os 100 maiores litigantes do Brasil por setor, representando, juntamente com os setores públicos municipal, federal e estadual aproximadamente 31% do total de processos ingressados entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011 nas Justiças Estadual, Federal e do Trabalho. Nos Juizados Especiais cíveis, os setores Público Federal e Bancário representaram 38% dos novos processos distribuídos no período, sendo certo afirmar que as demandas judiciais de consumidores contra bancos ocupam as primeiras posições em volume de processos há vários anos.<sup>27</sup>

A mediação em cartórios é mais uma nova perspectiva em termos de soluções consensuais que merece destaque. Em 2016, o CNJ respondeu à Consulta nº 0003416-44.2016.2.00.0000 que ensejava o exame da possibilidade de realização de conciliação e/ou mediação por notários sob duas perspectivas, a saber: (i) a possibilidade de realização por notários e registradores de atividade de conciliação e/ou mediação no âmbito dos processos judiciais, em caráter voluntário; e (ii) a viabilidade de prestação de serviços de mediação e de conciliação por cartórios extrajudiciais no âmbito extrajudicial. Enquanto a primeira questão foi respondida positivamente, à segunda questão foi respondido que “*enquanto não houver ato normativo editado pelo CNJ a regulamentar a matéria, conclui-se que é vedada a realização da atividade de conciliação e/ou mediação pelas autoridades cartorárias no âmbito extrajudicial.*”. Além da resposta à Consulta, o Conselheiro relator, Ministro Lelio Bentes Corrêa, determinou a expedição de ofício para o Corregedor Nacional de Justiça e para a Presidente do Comitê Gestor Nacional da Conciliação para fins de adoção das providências que entendessem cabíveis “*diante da necessidade de regulamentação da matéria*”.

Não tardou e a matéria foi efetivamente regulamentada, vindo a Corregedoria Nacional de Justiça a autorizar, por meio do Provimento n.º 67, de 26/03/2018, que os cartórios de todo o país ofereçam, caso assim desejem, o serviço de mediação e conciliação, antes exclusivos dos Tribunais de Justiça.<sup>28</sup>

O mencionado Provimento n.º 67/18 vem juntar-se a outros Provimentos e Resoluções que, de igual modo, permitiram que os cartórios tratassem diretamente de questões antes exclusivas do Poder Judiciário. Refiro-me, por exemplo, a questões relativas ao reconhecimento de filiação homoparental ou socioafetiva, ao reconhecimento da usucapião extrajudicial, ao processamento de inventário, à separação e ao divórcio extrajudicial.<sup>29</sup>

A autorização de prestação de serviço de mediação e conciliação pelos cartórios é medida que objetiva ampliar a oferta de métodos consensuais de solução de conflitos, utilizando a capilaridade dos cartórios em

27 Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2011, disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>, acesso em 25.06.2018

28 Importa ter presente que nas disposições finais da Lei da Mediação, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, fez-se consignar a aplicação desse diploma legal às formas consensuais de resolução de conflitos levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, confira-se: “*Art. 42. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas, desde que no âmbito de suas competências*” (BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm)>. Acesso em 26 junho 2018)

29 Provimentos CNJ nºs 52/2016, nº 63/17, 65/2017 e Resolução CNJ nº 35/2017.

todo o território nacional, o que, contudo, tem gerado controvérsias e não esteja imune a críticas.

Com efeito, a mediação realizada em cartórios suscita dúvidas acerca da perfeita observância do princípio da confidencialidade e da regra de sigilo, vez que se impõe conciliar tal postulado, que é essencial aos procedimentos de mediação, com o princípio da publicidade inerente à lavratura e ao registro de documentos efetuados nos Cartórios de Notas. De todo modo, uma vez celebrado o acordo, será lavrado termo de conciliação ou de mediação, documento público com força de título executivo extrajudicial. Para a adequada preservação do sigilo e da confidencialidade, penso que a Corregedoria Nacional de Justiça deveria ter melhor esclarecido quais diligências e atos notariais seriam passíveis de se submeter à publicidade mediante a apresentação do documento ou do livro de registro, inclusive para fins de traslado e extração de certidões.

Cumprir advertir, nesse sentido, que um dos itens que mereceu rigoroso tratamento na Lei nº 13.140/15 diz respeito ao dever de sigilo e de confidencialidade, que integram o âmago do instituto da mediação. Assim é que a lei especial de regência de tal procedimento de solução consensual de conflitos determina em categórico que qualquer informação revelada ou tratada no procedimento de mediação será estritamente confidencial em relação a terceiros. Além disso, o mediador não pode revelar informações fornecidas por uma das partes durante uma audiência conjunta ou privada com as partes interessadas, a menos que seja autorizado a tanto por elas próprias. A lei proíbe que qualquer dado, documento ou informação revelados em um procedimento de mediação sejam utilizados em processo contencioso arbitral ou judicial, salvo se as partes assentirem de forma diversa, quando sua divulgação for exigida por lei ou seja necessária para o cumprimento do acordo obtido por meio da mediação, ou, ainda, se houver informação relativa à ocorrência de crimes de ação pública.

Enfim, o dever de confidencialidade é vinculativo para o mediador, para as partes, seus prepostos, advogados, assessores técnicos e quaisquer pessoas que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação. Bem por isso, cumpre ao mediador, ao iniciar a primeira reunião de mediação com as partes envolvidas alertá-las devidamente quando ao compromisso de confidencialidade, explicando seu significado e alcance. A fim de preservar a regra de sigilo, a Lei de Mediação veda ao mediador atuar como árbitro ou funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais relacionados ao conflito em que tenha atuado no exercício de tal função.

Outra crítica que foi dirigida à possibilidade de mediação em cartórios reside na preocupação com a qualidade dos procedimentos aí instaurados, bem como com a formação dos mediadores cartoriais. Entretanto, é de se ter presente, neste passo, a obrigatoriedade quanto à formação dos mediadores em curso de capacitação, observadas as diretrizes curriculares estabelecidas no Anexo I da Resolução CNJ n. 125/2010, como requisito para o desempenho das funções de conciliadores ou mediadores em cartórios.

Ademais disso, determina o precitado Provimento n.º 67/18 que os cartórios atuarão sob supervisão dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec) e das Corregedorias-Gerais de Justiça (CGJ) dos Estados e do Distrito Federal.

Por outro lado, não se pode deixar de focar como nova perspectiva de solução consensual de conflitos a mediação no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública. Nesse aspecto, é assinalável que a referida pesquisa do Conselho Nacional de Justiça que apontou os 100 maiores litigantes do Brasil por setor apresentou como destaque entre os primeiros da lista justamente os setores públicos.

A mediação em litígios envolvendo pessoa jurídica de direito público ou a Administração Pública em geral encontra previsão expressa na Lei de Mediação, diploma que contém disposições específicas a esse propósito no Capítulo sob o título “*Da auto composição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público*”. Aí se permite expressamente que os conflitos de interesses envolvendo os órgãos e entidades da Administração Pública direta ou indireta, suas autarquias e fundações sejam solucionados por meio da mediação, incluindo-se a mediação coletiva de questões relacionadas com a prestação de serviços públicos. Essa previsão legislativa está em consonância com o princípio da eficiência, inserido, pela Emenda

Constitucional nº 19, de 1998, na redação do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Tudo porque a resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública por meio da mediação representa a forma mais eficiente e, por certo, a menos onerosa e a mais célere.<sup>30 31</sup>

PAREI AQUI – 15.7.2018

Contudo, há que se compatibilizar os deveres de sigilo e de confidencialidade, sobretudo em relação a terceiros, previstos na Lei no.13.140/15 (Lei de Mediação) e o dever constitucional de publicidade ou da máxima transparência que deve ser observado pela Administração Pública e seus agentes.<sup>32</sup>

No campo da mediação com a Administração Pública, afigura-se de todo desejável que os litígios tributários pudessem ser solucionados por meio desse procedimento de solução consensual de conflitos, embora a Lei de Mediação não contenha especificamente essa previsão. É de se recordar, nesse aspecto, que o Código Tributário Nacional já contempla a possibilidade da utilização da transação – desde que autorizada por lei específica – para, mediante concessões mútuas, obter-se a resolução do conflito e a consequente extinção de crédito tributário.<sup>33</sup>

A esse propósito, está em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.082/2009, que dispõe sobre transação tributária, e que aguarda presentemente parecer do Relator na Comissão de Finanças e Tributação. É de se destacar o requisito inserto na referido projeto de lei, no sentido de que os integrantes da Câmara-Geral de Transação e Conciliação e da Câmaras de Transação e Conciliação – CTC – devem estar devidamente habilitados mediante a participação em cursos de formação específicos nas práticas de *mediação* e transação.

Nada obstante, a mediação tributária enfrenta as mesmas dificuldades e empecilhos que se aplicam à transação tributária: a indisponibilidade dos interesses públicos e a compulsória observância da Lei de Responsabilidade Fiscal que veda renúncias fiscais. No que respeita à indisponibilidade do interesse público, a solução poderia estar na própria interpretação ampliativa do que seja interesse público que, sob o ponto de vista político social, deverá ser rigorosamente o de se obter a pacificação social pelo método mais adequado para a solução do conflito.

Nesse diapasão, releva assinalar que o Supremo Tribunal Federal já deixou assentado ser de interesse público obter a melhor solução para o conflito, como se extrai do acórdão proferido nos autos do Recurso Extraordinário nº 253.885/MG, de que foi relatora a Ministra ELLEN GRACIE, em cuja ementa lê-se: *“Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que*

30 Confira-se nesse diapasão a lição de Luciana Moessa de Souza, professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Escola da Advocacia-Geral da União, em textual: *“Os três grandes fundamentos jurídico-constitucionais para a adoção de métodos consensuais na resolução de conflitos em que se vê envolvido o Poder Público, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial, são: (a) o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), que exige a disponibilização de métodos adequados (sob os aspectos temporal, econômico e de resultados) de resolução de conflitos, não se subsumindo a uma simples garantia de acesso formal ao sistema judicial – princípio do qual decorre o também positivado princípio da razoabilidade na duração do processo administrativo e judicial (Art. 5º, LXXIV); (b) o princípio da eficiência (art. 37, caput), que demanda sejam os conflitos resolvidos da forma que apresente a melhor relação entre custo e benefício, ou seja, menores custos, menos tempo, menos desgaste para a relação entre as partes e melhores resultados para ambas; (c) o princípio democrático, fundamento de nossa ordem constitucional (art. 1º), que decorre de o Estado não ser um fim em si mesmo e reclama, portanto, que, quando o Poder Público se veja envolvido em conflitos com particulares, ele se disponha, em primeiro lugar, a dialogar com estes para encontrar uma solução adequada para o problema.”* (SOUZA, Luciana Moessa de Souza. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016, p. 209)

31 É digno de nota que recentemente a Lei n. 13.655/2018 incluiu no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) disposições sobre segurança jurídica e *eficiência* na criação e na aplicação do direito público, o que reflete a preocupação do legislador com a observância e o atingimento desse princípio.

32 Tarefa, entretanto, de difícil execução, como se verifica da perplexidade de alguns autores sobre o tema. Se não, veja-se: *“Para que a mediação seja efetiva e surta resultados para a sociedade e no caso de envolver um órgão da Administração Pública, que seja efetiva para o Estado, deve-se garantir a confidencialidade. Pode-se também concluir que por discricionariedade do Administrador Público, este pode escolher o que deve ou não divulgar, e quando divulgar. A pergunta que permanece é: o Administrador Público se sentirá confortável para tomar a decisão do que divulgar ou não? A Lei de Acesso à Informação pontua que a publicidade deve ser considerada como preceito geral e o sigilo como exceção.”* (Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial – Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Grupo de Estudos em Mediação Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ano III. Número 5. – (jul/dez 2016) – Brasília, 2017. p. 140)

33 Código Tributário Nacional (Lei nº 5172/66): *“Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário.”*, e, ainda, *“Art. 156. Extinguem o crédito tributário: (...) III – a transação”* (BRASIL. Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em 26 junho 2018)

*melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.” (STF – RE: 253885/MG, Relatora Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 Ement Vol-02074-04 PP-00796).<sup>34</sup>*

Não é demais acrescentar, em prol do debate acerca da utilização de métodos adequados para a solução de conflitos tributários, que a legislação pátria admite que se estabeleça o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas a contrato de concessão.

Especificamente no que concerne à arbitragem, a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, alterou a Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem) e, dentre outras modificações, acrescentou o §1º ao art. 1º do referido diploma legal de maneira a facultar à Administração Pública direta ou indireta a utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Esses precedentes legislativos e judiciais, somados à determinação do Código de Processo Civil de 2015 para que o Estado promova, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, legitima a discussão, com todas as cautelas inerentes para a garantia da observância do interesse público, acerca da transposição da possibilidade de conciliação e, porque não, de mediação, também para os conflitos tributários.<sup>35</sup>

Por outro lado, vale reconhecer que o maior avanço nas soluções consensuais é, sem dúvida, a composição de controvérsias mediante a utilização de plataformas digitais. O artigo 46 da Lei 13.140/15 permite a mediação por intermédio da Internet ou qualquer outro meio de comunicação que possibilite a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. De modo semelhante, o artigo 334, parágrafo 7º, do Código de Processo Civil de 2015 autoriza a realização de audiência de conciliação ou de mediação por meio eletrônico, nos termos a serem disciplinados por lei.

E nesse ponto, volta-se uma vez mais à calamitosa situação do Poder Judiciário e a necessidade de se adotar meios alternativos para a solução dos conflitos que sejam mais rápidos, eficientes e menos custosos. No já referido relatório publicado pelo CNJ, “*Justiça em Números 2017: ano-base 2016*”, encontra-se publicada relação dos indicadores separados por classes de litígios, sendo apontado que 3,46% do total de processos em tramitação hoje no Brasil, ou seja, 1.760.905 processos são referentes a direito do consumidor e têm natureza indenizatória por falhas do produto ou do serviço.

Nesse cenário factual, a transposição dos métodos adequados de resolução de conflitos para o meio digital é medida, se não impositiva, de rigorosa conveniência, uma vez que é justamente essa classe de litígios a que melhor se adequa à resolução *online* de conflitos, ou, na nomenclatura norte-americana, ODRs (“*online dispute resolution*”).

Como já ressaltado, os métodos adequados de solução de conflitos devem ser céleres e econômicos, características que são potencializadas pela utilização de plataformas de resolução *online* de conflitos.

Embora a adoção de plataformas de resolução *online* de conflitos seja recente na sociedade brasileira, a experiência norte-americana com essa forma de solução de conflitos data do ano de 1992, época em que foi publicado o *Scientific and Advanced-Technology Act of 1992*, lei que permitia à *National Science Foundation* – NSF, agência governamental dos Estados Unidos independente que promove a pesquisa e educação em ciência, a conectar-se a outras redes de computadores, inclusive de caráter comercial.<sup>36</sup>

34 Em seu voto, a Ministra Ellen Gracie faz referência, ainda, a outro precedente, e consigna que “*esta Corte, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 52.181, de relatoria do Ministro Bilac Pinto, considerou plenamente válida a possibilidade de transação, ao concluir pela legalidade do Juízo Arbitral, inclusive nas causas contra a Fazenda.*”

35 Transcreva-se, por oportuno, o comentário de Henrique Silva de Oliveira, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia e Professor de Direito Tributário na Faculdade Ruy Barbosa: “*A mediação de conflitos tributários, inclusive envolvendo entes privados e sociedades empresárias, não é incompatível com a Constituição Federal de 1988 ou como os princípios constitucionais tributários. Ao revés, com ela se consorcia, devendo-se intensificar estudos tendentes a moldar uma “mediação tributária” às peculiaridades do Direito Tributário, associados à conformação desenvolvimento de mecanismos de mediação de todos os meios procedimentalizados de administração de disputas, tendo em mira as experiências já acumuladas, no Brasil e no exterior.*” (Revista de Arbitragem e Mediação Empresarial – Grupo de Estudos em Arbitragem da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Grupo de Estudos em Mediação Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Ano III. Número 4. – (jan/jun 2016) – Brasília, 2016. p.88)

36 Confira-se: “*Section 3 of the National Science Foundation Act of 1950 (42 U.S.C. 1862) is amended by adding at the end the following new subsection: ‘(g) In carrying out subsection (a)(4), the Foundation is authorized to foster and support access by the research and education communities*

Até então, o uso da internet estava restrito, na maioria dos casos, a alunos e funcionários de universidades e, portanto, dessas relações surgiam raros conflitos, específicos e de fácil solução pontual ou nas relações universitárias. Entretanto, a partir da publicação daquele importante ato legislativo, ampliou-se e diversificou-se sobremodo a base de usuários das plataformas digitais. De conseguinte, verificou-se um aumento expressivo na busca de soluções auto compositivas de conflitos entre consumidores e entre usuários e provedores de acesso à internet.

Com o crescimento da demanda por solução desses conflitos, foi criado em 1996 o *Virtual Magistrate Program*, que tinha como objetivo a solução *online* de conflitos que envolvessem os usuários e os provedores de acesso à internet, relacionados ao envio de mensagens e arquivos. Entretanto não se tratava, propriamente, de uma plataforma (digital) de ODR, pois as manifestações ocorriam por via de e-mail. Naquele mesmo ano de 1996 o *Centre de Recherches en Droit Public de l'Université de Montréal* implementava o *CyberTribunal* plataforma que utilizava, de forma pioneira, os métodos da mediação e da arbitragem para a solução *online* de conflitos oriundos da utilização da Internet.

Em sequência a essa inevitável evolução, a plataforma de ODR de maior destaque foi então desenvolvida por uma startup, o *SquareTrade*, que vem sendo há décadas utilizado pela *eBay*, empresa norte-americana de comércio eletrônico dedicada a resolver conflitos entre seus usuários por meio de método auto compositivo direto entre as partes ou, ainda, com a participação de um mediador em ambiente virtual. O potencial da utilização de ODRs para a solução de conflitos pode ser medido pelos números da plataforma do *eBay*: 60 milhões de conflitos resolvidos por ano utilizando essa plataforma *online*. Esse é, sem dúvida, um importante *case* sobre a tendência de utilização das plataformas de ODR, que acabou por inspirar a Comissão Europeia para o desenvolvimento de sua plataforma de ODR, hoje disponível em 25 línguas.<sup>37</sup>

É de se destacar o impactante êxito da plataforma de ODR criada pela Comissão Europeia, que propiciou a solução de conflitos transnacionais e independentemente de fronteiras, conferindo maior segurança ao *e-commerce* transnacional. A plataforma ODR da Comissão Europeia recebeu uma média de 2.500 reclamações mensais, com cerca de 71 % dos seus usuários a reconhecerem o seu valor e a sua utilidade, notadamente os alemães, seguidos dos austríacos e dos dinamarqueses, que são os principais consumidores do sistema.

O Brasil também já possui um elenco de plataformas de resolução *online* de conflito (ODRs), podendo-se destacar, dentre outras, a *Concilie*, a *Justto*, a *Itkos*, a *MISC*, a *Resolvejá*, a *D'Acordo*, a *Mediação Online* e a *Sem Processo*.<sup>38</sup>

Além dessas plataformas privadas, impende destacar que o Governo Federal, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor, mantém um serviço público para solução *online* de conflitos de consumo, de natureza gratuita e alcance nacional, na forma de sítio na internet no endereço eletrônico *consumidor.gov.br*, com a finalidade de estimular a auto composição entre consumidores e fornecedores de bens e serviços.

Em realidade, o *consumidor.gov.br* não utiliza nenhum dos métodos clássicos das ADRs (conciliação, mediação ou arbitragem) para a solução de conflitos, funcionando apenas, instrumentalmente, como uma plataforma de reclamações com publicidade e transparência para estimular o comprometimento de consumidores e fornecedores de bens e serviços.<sup>39</sup> Entretanto, ainda que não seja uma plataforma de ODR propriamente dita, seu sucesso e penetração no mercado é inegável, porquanto conta com cerca de um milhão de usuários

to computer networks which may be used substantially for purposes in addition to research and education in the sciences and engineering, if the additional uses will tend to increase the overall capabilities of the networks to support such research and education activities.'” (S. 1146 — 102nd Congress: Scientific and Advanced-Technology Act of 1992. [www.GovTrack.us](http://www.govtrack.us). 1991. <<https://www.govtrack.us/congress/bills/102/s1146>> acesso em 26/06/2018)

37 A plataforma funciona como um centro de recepção dos conflitos e distribui o procedimento para um prestador de serviços de Resolução Alternativa de Litígios para a resolução do conflito por meio de mediação ou arbitragem usando uma das mais de 381 entidades responsáveis na Europa.

38 Essas plataformas receberam, juntas, cerca de 13.000 casos de diversas naturezas no ano de 2016. Endereço eletrônico das plataformas ODR referidas: <https://www.concilie.com.br>; <https://justto.com.br>; <http://www.itkos.com.br>; <https://www.misc.net.br>; <http://www.resolveja.com>; <http://www.dacordo.com.br>; <https://www.mediacaonline.com>; <https://www.semprocesso.com.br>

39 É o que se pode concluir dos objetivos do *Consumidor.gov.br* elencados no art. 2º do Decreto nº 8.573, de 19 de novembro de 2015: “Art. 2º São objetivos do *Consumidor.gov.br*: I – ampliar o atendimento ao consumidor; II – prevenir condutas que violem os direitos do consumidor; III – promover a transparência nas relações de consumo; IV – contribuir na elaboração e implementação de políticas públicas de defesa do consumidor; V – estimular a harmonização das relações entre consumidores e fornecedores; e VI – incentivar a competitividade por meio da melhoria da qualidade do atendimento ao consumidor”. (BRASIL. do Decreto nº 8.573, de 19 de novembro de 2015. Dispõe sobre o *Consumidor.gov.br*, sistema alternativo de solução de conflitos de consumo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/D8573.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8573.htm)>. Acesso em 26 junho 2018)

e 455 empresas cadastradas, 470.748 reclamações cadastradas somente no ano de 2016, com apreciável de resultados para solução de conflitos.<sup>40</sup>

Nada obstante os números promissores, a solução *online* de controvérsias ainda experimente a mesma resistência cultural dos métodos adequados presenciais de solução de conflitos, notadamente a cultura da judicialização do litígio, com o agravante de ser um modelo *online*, portanto, não tradicional, e que ainda enfrenta o desafio da inclusão digital num país com agudas desigualdades sociais.

De todo modo, observa-se que as plataformas de ODR são configuradas com diferentes níveis de automação e que hoje representam, com grande tendência de crescimento na sua utilização, a transposição dos métodos adequados de solução de conflitos para o ambiente virtual. Os modelos podem variar desde sistemas de negociação automatizada<sup>41</sup> até sistemas como o da Comissão Europeia, em que a notícia do conflito é recebida e depois repassada para um prestador de serviço de resolução alternativa de litígios para fins da adoção de mediação ou arbitragem.

Independentemente do sistema utilizado, a solução do conflito por métodos *online* apresenta algumas vantagens em relação às soluções alternativas de conflito presenciais: o seu custo é menor por não demandar sessões presenciais, permite o estabelecimento de comunicação mais ponderada (maior controle das emoções) por não ocorrer a interação pessoal física, além de ser mais célere e possibilitar maior acessibilidade aos consumidores afastados dos grandes centros urbanos.

Porém, há desvantagens nas soluções *online* de conflitos quando comparadas com os métodos adequados presenciais de solução de controvérsias. Primeiro, porque a mediação ou a arbitragem realizada pela rede mundial de computadores não oferece interação presencial, que é um fator relevante na resolução de conflitos, notadamente pela via da mediação, onde a reconstrução da comunicação entre as partes e a revelação dos sentimentos e dos interesses para a busca das soluções consensuais. Além disso, a ausência da presença física das partes em disputa também prejudica a atuação do mediador e o emprego das técnicas da mediação, que inclui a gestão das emoções e as ferramentas da psicologia, da neurociência e o conhecimento dos interesses em jogo.

Não se pode olvidar que, se por um lado as ODRs permitem a utilização de métodos consensuais para solução de conflitos às pessoas afastadas dos grandes centros urbanos, por outro lado essa acessibilidade sofre restrições de ordem econômica, uma vez que apenas metade da população brasileira possui acesso à internet.

## V. CONCLUSÃO

O Poder Judiciário brasileiro vivencia preocupante situação de disfuncionalidade em virtude do espantoso acervo de 79,7 milhões de ações judiciais em tramitação. Embora haja mais de 18 mil juízes no Brasil com o maior índice de produtividade funcional do mundo (1.749 sentenças proferidas por ano por cada julgador), é certo que o estoque de processos judiciais aumentou em 2 milhões de novas ações entre os anos de 2015 e 2016. Esses números repercutem diretamente na qualidade da jurisdição: a duração média de um processo judicial desde o início da fase de conhecimento até o final da fase de execução é de 7 anos e 3 meses.

Nesse cenário caótico revela-se imperiosa a busca e a priorização de meios alternativos para a solução dos conflitos, que sejam mais rápidos, eficientes e menos onerosos do que a angustiante via judiciária. Não se trata, evidentemente, de buscar uma solução milagrosa ou com efeito imediato para o acúmulo de processos nos vários órgãos e instâncias da Justiça brasileira. Cuida-se, sim, de abrir caminhos para os novos métodos e alternativas que possam distencionar a cultura do litígio pela órbita judicial e oferecer uma nova agenda de pacificação social das controvérsias e do enfrentamento de interesses justapostos, como exigido pelos novos tempos e propiciado pela era da internet. A solução alternativa e adequada de controvérsias pela via da negociação, da conciliação e da mediação, sem exclusão da arbitragem, entram hoje na ordem

40 Balanço Consumidor.gov.br 2017, disponível em <<https://www.consumidor.gov.br/pages/publicacao/externo>>, acesso em 26/06/2018

41 Sistema que conta com a participação apenas das partes diretamente envolvidas. Este modelo funciona por meio do envio de propostas de valores por intermédio do sistema de ODR. Esse método é apropriado quando o conflito está localizado em fator econômico, não havendo conflito sobre responsabilidade ou obrigações.

do dia do avanço civilizatório.

Passados 30 anos da promulgação da Constituição democrática de 1988, que garantiu aos brasileiros o mais amplo e irrestrito acesso à Justiça, o que ensejou a multiplicação explosiva das estatísticas de processos em tramitação no Poder Judiciário, chegamos hoje a um natural estágio de evolução qualitativa do sistema de resolução de conflitos. A proteção dos direitos individuais e coletivos experimenta nestes novos tempos, em escala mundial, sem prejuízo do indispensável prestígio e respeitabilidade da jurisdição estatal no âmbito da separação democrática dos poderes do Estado, o fenômeno da *desjudicialização* e da introdução crescente de métodos alternativos, adequados e, sobretudo, consensuais para a solução de conflitos na sociedade pós moderna. Isto como condição para dar efetividade ao projeto de nação imantado no texto constitucional, cujo preâmbulo exorta os predicamentos do Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e construir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a *solução pacífica das controvérsias*.

# NOTAS SOBRE A BOA-FÉ NO PROCESSO INTERNACIONAL

Carmen Tiburcio<sup>1</sup>

Antonio Augusto Tiburcio<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

A circulação de bens e pessoas através das fronteiras, a celebração de negócios jurídicos entre sujeitos de nacionalidades ou domicílios distintos, o exercício da atividade empresarial em países estrangeiros e até mesmo a alteração de domicílio ou sede por parte de pessoas físicas ou jurídicas, dentre outras circunstâncias, majoram a quantidade de controvérsias com elementos de estraneidade a serem resolvidas pelas instâncias judiciais ou por arbitragem. A tudo isso se soma a maior importância que tem sido reconhecida à garantia do acesso à justiça, à efetividade da tutela jurisdicional, lado a lado com a progressiva instituição de mecanismos de cooperação internacional.

Nesse contexto, adquire relevância o estudo do processo internacional ou do conflito entre jurisdições<sup>3</sup>, tema que tradicionalmente recebeu menos atenção do que o conflito de leis no âmbito do direito internacional privado<sup>4</sup>. Essa necessidade aumenta na medida em que as questões a ele referentes não são sempre facilmente resolvidas a partir de normas claras extraídas de enunciados unívocos. Muitas vezes, a realidade desafia o aplicador do direito processual internacional, que precisa recorrer a princípios para resolver a controvérsia. Nesse particular, a boa-fé tem um papel especial, diante das margens de liberdade e de tolerância que são características desse ramo do direito.

O presente trabalho visa a examinar, à luz da boa-fé, os efeitos (i) da renúncia à imunidade de jurisdição, (ii) da cláusula compromissória em geral e especificamente (iii) da cláusula compromissória envolvendo o Estado e suas subdivisões, (iv) da eleição de foro, (v) do *forum shopping* e do *forum non conveniens*, (vi) da litispendência e da coisa julgada na esfera internacional, bem como (vii) os limites à homologação de sentença estrangeira.

Antes disso, contudo, é importante fazer uma breve exposição sobre como a boa-fé repercute sobre o processo em geral.

## 2. A BOA-FÉ PROCESSUAL

O art. 5º, do CPC, prevê que “*aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*”. Ainda que inexistisse essa previsão específica, trata-se de princípio extraído do sistema constitucional vigente, notadamente do devido processo legal, acesso à justiça, contraditório, solidariedade, duração razoável do processo e até da moralidade<sup>5</sup>.

Nesse sentido, toda a atuação dos sujeitos do processo, inclusive do magistrado<sup>6</sup>, está condicionada à

1 Professora Titular de Direito Internacional Privado na UERJ. Conferencista do Curso da Academia de Direito Internacional Privado da Haia em 2017. Mestre e Doutora em Direito Internacional pela Universidade de Virginia, EUA. Advogada.

2 Bacharel em Direito e Mestre em Direito Processual pela UERJ. Advogado.

3 JATAHY, Vera Maria Barreira, *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

4 TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 13.

5 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 107-109.

6 TARUFFO, Michele. General Report: Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness. In. TARUFFO, Michele. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 19. Confira-se, ainda, o enunciado nº 375 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva”.



observância de determinados parâmetros éticos, decorrentes da boa-fé processual. Atualmente, a liberdade deve ser conformada aos princípios publicistas, vinculados a um interesse público e social, que impedem o uso do processo de forma anti-cooperativa e para fins ilegítimos<sup>7</sup>. Note-se que essa exigência encontraria fundamento mesmo em um processo predominantemente privatista, isto é, pautado pela vontade das partes<sup>8</sup>. Afinal, quanto maior a liberdade, maior a responsabilidade. Assim, em qualquer caso, não se pode apenas proteger e ampliar as garantias tradicionais do processo como o direito de ação, recurso, ampla defesa e todos seus corolários. Tão importante quanto estabelecer direitos é definir seus limites.

A boa-fé protege e impõe o bom comportamento entre quaisquer sujeitos em uma determinada relação jurídica. Esse princípio corresponde ao aspecto mais humano da segurança jurídica, pelo qual se tutela uma confiança legítima dos destinatários do processo. Como sua antítese, veda-se a má-fé, que consiste em uma conduta egoísta, instável e prejudicial aos envolvidos e ao ordenamento jurídico. Trata-se de uma concretização da moralização do direito, cuja importância é vital para o desenvolvimento das relações jurídicas e econômicas em um cenário de estabilidade e previsibilidade. No âmbito processual, portanto, a proteção recai sobre as expectativas legítimas dos sujeitos processuais<sup>9</sup>.

A despeito de sua inequívoca ligação com o conceito de moralidade, a boa-fé com ela não se confunde no que se refere ao apego à intenção, ao menos desde que deixou de ser utilizada somente enquanto elemento subjetivo e passou a ser invocada, sobretudo, como uma norma de conduta objetiva. A boa-fé subjetiva levava em consideração apenas as intenções do agente, o dolo como estado psicológico e a consciência de que o comportamento é contrário ao direito. Com o tempo, percebeu-se que seria necessário tutelar a boa-fé enquanto regra ou padrão de conduta, sem que o dolo do agente seja um elemento essencial, mas sim os resultados que a sua conduta provoca, bem como as expectativas do corpo social<sup>10</sup>.

Como consequência, as expectativas legítimas, provocadas por determinados comportamentos ou até por omissões, são tuteladas pelo princípio em questão. Ou seja, não apenas uma prestação expressamente contratada poderá ser exigida com base na boa-fé – o que também ocorreria por outras normas, relacionadas à ideia de *pacta sunt servanda*. Pelo contrário, como a boa-fé protege qualquer confiança legitimamente despertada, tenha ou não previsão contratual a conduta que a induziu, trata-se de uma norma especialmente útil quando inexistente uma disposição contratual ou legal impondo exatamente determinado comportamento, que seria, de qualquer forma, pelo contexto, esperado dos sujeitos envolvidos. Assim, por sua influência, hoje se impõe uma visão solidária do exercício dos direitos que transpassa uma concepção individualista e formalista, preocupando-se com os efeitos fáticos da conduta e seu reflexo sobre terceiros<sup>11</sup>.

Essa é a diretriz da boa-fé, mas não é fácil generalizar o que deveria ser esperado pelos seus destinatários. Afinal, em cada caso, elementos diferentes podem ser determinantes para definir quando uma expectativa seria digna de tutela. Justamente por isso, se utilizam, no plano legal, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, como o art. 5º, do CPC. A técnica se justifica na medida em que inexistente uma tipicidade fechada de infrações morais, que não precisam estar descritas expressamente na lei<sup>12</sup>. Existem, contudo, muitas previsões legais, vedando condutas específicas, cujo fundamento é, no todo ou em parte, o princípio da boa-fé

É comum atribuir um rigor até maior para o juiz, que deveria personificar o justo, conforme CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 73.

7 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A responsabilidade das partes por dano processual. In: *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 16; CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de processo*, São Paulo, nº 126, ago. 2005, p. 68.

8 GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil, *Revista de processo*, São Paulo, n. 164, out. 2008, p. 49-52.

9 TIBURCIO, Antonio Augusto. *A interpretação das decisões judiciais: particularidades, critérios e instrumentos*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 196 e ss.

10 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 527 e ss.; CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, p. 77-8. Durante muito tempo, porém, parte da doutrina processual resistiu à visão de boa-fé objetiva, mantendo o elemento subjetivo na fórmula para sua configuração e exigindo, no mínimo, a culpa grave, como BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, Vol. I, p. 125. Na realidade, a boa-fé subjetiva não deixou de existir, ainda sendo importante para determinadas sanções e para avaliar atos e comportamentos mais dependentes da vontade. É um estado de fato, conforme MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 263.

11 SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 93-100.

12 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 368, jun. 2008, p. 26; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, Vol. I, p. 105; CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva, p. 76.

(algumas serão examinadas adiante, mas merecem uma menção, nesse momento, os arts. 77 e 80, do CPC<sup>13</sup>). Esses dispositivos podem ser invocados isoladamente para reger a sua hipótese de incidência, embora seja importante entender e orientar sua aplicação pelo que as inspira. Como se registrou, porém, a cláusula geral de boa-fé é especialmente útil para as hipóteses não reguladas expressamente. Nessa hipótese, diante da relativa indefinição de seu conteúdo, será o intérprete, em um determinado caso concreto, quem definirá como será aplicada a boa-fé, colaborando para que sejam definidas, de forma progressiva e casuística, quais condutas seriam contrárias ao mencionado princípio<sup>14</sup>.

Nesse contexto, a boa-fé possui três funções típicas e especialmente úteis no sistema jurídico, quais sejam: (i) a função interpretativa, (ii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios, e (iii) a função restritiva ao exercício de direitos<sup>15</sup>. Essas funções são aplicáveis ao processo na medida em que: (i) a função interpretativa condiciona não só os negócios jurídicos processuais, mas a hermenêutica em geral, (ii) a função integrativa estabelece deveres anexos relativos à boa-fé, exigindo, por exemplo, clareza e sinceridade nas manifestações, (iii) a função limitadora, por fim, impede uma manifestação em um sentido quando, em momento anterior, aquele sujeito posicionou-se em sentido contrário<sup>16</sup>, ou quaisquer outros abusos de direitos processuais<sup>17</sup>.

Essas funções, como se passa a demonstrar, também se aplicam ao processo internacional, com algumas particularidades.

### 3. A BOA-FÉ NO PROCESSO INTERNACIONAL

As regras aplicáveis a determinada relação processual são reguladas pela lei do foro (*lex fori*), ainda que o direito material discutido seja regido por lei estrangeira<sup>18</sup>. Desse modo, os dispositivos citados no capítulo precedente, em linhas gerais, embasam a incidência da boa-fé nas questões processuais surgidas perante a jurisdição brasileira. Contudo, algumas particularidades devem ser destacadas, relacionadas à liberdade e à tolerância<sup>19</sup> características do direito internacional.

Com efeito, no processo internacional, existe um espaço de liberdade amplo e crescente, seja em função do papel do princípio da autonomia da vontade<sup>20</sup>, seja pela estrutura e extensão das suas regras, seja pela possibilidade de serem ajuizadas ações em foros distintos<sup>21</sup>, cada vez mais acessíveis.

As suas fontes (leis, tratados, etc.) com maior frequência recorrem a enunciados com elevado grau de abstração e a conceitos jurídicos indeterminados. E mais, existem diversos casos para os quais parece inexistir

13 CPC, art. 77. “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I – expor os fatos em juízo conforme a verdade; II – não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III – não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V – declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso”. (...) Art. 80. “Considera-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidente manifestamente infundado; VII – interpor recurso com intuito manifestamente protelatório”.

14 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 41-42 e 44.

15 Sobre a tríplice função: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 444; SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório*, p. 86; VICENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 159; RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*, p. 177-8.

16 Registra-se que é da função limitadora que surgem os postulados do *venire contra factum proprium, tu quoque, suppressio e surrectio*. Os dois últimos são dois lados de uma mesma moeda, relacionados, respectivamente, com o perecimento ou nascimento de um direito em decorrência da reiterada omissão ou prática de atos (CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, p. 797 e ss). Os dois primeiros integram um gênero mais amplo de vedação do comportamento contraditório (TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 77). Existem até referências no sentido de que o *tu quoque* seria uma subespécie do *venire contra factum proprium* (SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório*, p. 177). No entanto, o sentido próprio do *tu quoque* seria de impedir que uma parte exija da outra algo que ela própria não cumpriu.

17 O abuso de direito processual corresponde a uma conduta *prima facie* legal, mas que excede os limites legítimos para o exercício do direito, tendo como objetivo uma finalidade anormal, prejudicial à outra parte e/ou ao desenvolvimento do processo judicial ou arbitral.

18 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 547.

19 TIBURCIO, Carmen. The current practice of international co-operation in civil matters. *Recueil des Cours*, Vol. 393, 2018, p.79.

20 O princípio da autonomia da vontade tem um papel relevante e cada vez mais difundido no direito processual internacional, conforme JATAHY, Vera Maria Barreira, *Do conflito de jurisdições*, p. 33-34.

21 HESS, Burkhard. Abuse of procedure rights in Germany and Austria. In. TARUFFO, Michele. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 159.

qualquer regulamentação específica. Como se isso não bastasse, muitas vezes, as partes podem recorrer a mais de um ordenamento jurídico e/ou órgão jurisdicional.

Essa liberdade, provocada por todos esses fatores, carrega uma responsabilidade para as partes, que não podem abusar de seus direitos e prejudicar o desenvolvimento do processo. Nesse cenário, o problema da litigância de má-fé e do abuso de direitos processuais é particularmente sério no processo internacional<sup>22</sup>.

Por outro lado, embora as condutas das partes devam ser avaliadas conforme parâmetros objetivos e relativamente uniformes, algumas particularidades das relações jurídicas com elementos de estraneidade, vinculadas a culturas e regimes jurídicos distintos, não podem ser desconsideradas. Assim como ocorre em relação ao direito material, também deve ser admitida no processo uma margem de tolerância característica do direito internacional. Essa tolerância não dispensa uma atuação em conformidade com o princípio da boa-fé, muito menos afasta as normas processuais cogentes, definidas conforme a lei do foro<sup>23</sup>. Em alguma medida, porém, ela influencia a aplicação do mencionado princípio, que não pode ser tão rígida e inflexível<sup>24</sup>. Nesse particular, o papel da boa-fé não pode ser apenas o de restringir condutas, mas também de as legitimar, sobretudo nos espaços de maior liberdade e levando-se em consideração condutas praticadas em outros países, por uma questão de tolerância.

Feitas essas observações, analisam-se algumas aplicações específicas do princípio da boa-fé no processo internacional e arbitragem.

### 3.1. RENÚNCIA À IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO

A imunidade de jurisdição tem como fundamento a preservação da soberania e consiste em um privilégio concedido a certas pessoas e entes, excluindo-as da jurisdição civil e penal de outros Estados<sup>25</sup>. Como benefício ou opção, pode ser renunciada pelo Estado, ao qual deve ser dada essa oportunidade.

Se a renúncia for realizada, contudo, não se pode voltar atrás, sem um fundamento razoável, sob pena de se violar o princípio da boa-fé. A pessoa ou ente fica, portanto, vinculado pela sua manifestação expressa ou até por um comportamento relevante<sup>26</sup>.

Aliás, a renúncia à imunidade de jurisdição não precisa ser realizada apenas após o surgimento da controvérsia. É possível que ocorra anteriormente, inclusive para promover a segurança jurídica. O Estado estrangeiro ou sua subdivisão política ou administrativa (ou seu representante) pode, ainda, submeter-se à jurisdição estatal estrangeira (eleição de foro) ou à arbitragem (cláusula compromissória). Nesse último caso, a celebração de cláusula compromissória já tem sido considerada como renúncia à imunidade de jurisdição e o Estado não pode contradizer seu comportamento anterior, sob pena de violar a boa-fé<sup>27</sup>.

A rigor, somente faz sentido que exista uma renúncia à imunidade de jurisdição para as situações em que o ente efetivamente possuía esse benefício, o que não ocorre em relação à arbitragem, eis que não haverá julgamento por soberania estrangeira nessa hipótese. Assim, a renúncia à imunidade de jurisdição, nesse caso,

22 TARUFFO, Michele. General Report: Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness, p. 16; HESS, Burkhard. Abuse of procedure rights in Germany and Austria, p. 159. Também tem sido constatado um patamar elevado de abusos de direitos processuais na arbitragem internacional, conforme GAILLARD, Emmanuel. Abuse of Process in International Arbitration. *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 32, fev. 2017, p. 17 – 37.

23 O estrangeiro, afinal, precisará se fazer representar por advogado autorizado a exercer a profissão no Brasil e, portanto, devidamente capacitado de acordo com o direito processual brasileiro, inclusive em relação ao princípio da boa-fé.

24 Aliás, embora a ideia geral de abuso de direito processual esteja presente em todo lugar, a sua percepção e o seu tratamento variam conforme os países, como destaca TARUFFO, Michele. General Report: Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness, p. 3-5.

25 Veja-se TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira*, p. 257 e ss.

26 O STJ, contudo, possui precedente no sentido de que a omissão de Estado estrangeiro ou do representante diplomático, após notificado acerca da propositura de ação judicial, não corresponde à renúncia, que, nesse contexto, deveria ser inequívoca: STJ, RO 78/SC, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 18 ago. 2009, DJ 08 set. 2009.

27 Sobre o tema, confira-se TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*, p. 409 e ss. Confira-se, ainda, DELAUME, Georges. Judicial Decisions related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration, *Icsid Rev. - Fil J Vol 2*, 1987, p. 403: "It is not seriously disputed today that when a State consents to submit to transnational arbitration, it cannot plead immunity to challenge the jurisdiction of the arbitration tribunal". LUZZATO, Ricardo. International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States, *Recueil des Cours*, Vol. 157, 1977, p. 93: "Sovereign immunity has been frequently invoked by States with a view to getting rid, either of the obligation to arbitrate, or of the duty to execute the award. There should be, however, no doubt, in this connection, that an agreement to arbitrate constitutes an implicit waiver and that therefore, international or municipal rules granting sovereign immunity should not apply".

pode se operar em relação às medidas judiciais acessórias à arbitragem, mas não em relação ao procedimento arbitral em si, uma vez que, repita-se, sequer havia uma imunidade para se renunciar.

Exemplo interessante que envolveu renúncia à imunidade de jurisdição foi o caso *NML Capital, Ltd. v. Argentina*. Na hipótese, a Argentina havia expressamente renunciado ao benefício da imunidade de jurisdição e de execução em títulos da dívida pública. Com a moratória, declarada em 2001, o país renegociou suas dívidas, o que foi aceito pela maior parte dos seus credores, mas rejeitado por outros, que ajuizaram ação nos EUA (em razão da eleição de foro para Nova York) contra a Argentina (em virtude da renúncia à imunidade de jurisdição). O juiz Griesa, do *US District Court of the Southern District of New York*, proferiu decisão contrária aos interesses da Argentina<sup>28</sup>, confirmada pela Corte de Apelação em 2012<sup>29</sup> cuja revisão foi inadmitida pela Suprema Corte em 2014<sup>30</sup>. Apesar da renúncia à imunidade de execução e das tentativas de homologação na França, Inglaterra, Gana e Alemanha<sup>31</sup>, essa decisão ainda não produziu efeitos.

Enfim, a boa-fé veda o comportamento contraditório do beneficiário da imunidade de jurisdição, caso tenha renunciado ao benefício. Na prática, todavia, o que se observa é que tais cláusulas são geralmente inobservadas pelos entes públicos que as firmaram.

### 3.2. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Até a promulgação da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), a cláusula compromissória prevista em negócio jurídico celebrado pelas partes era considerada mera obrigação de fazer. A cláusula por si só não ensejava a instauração de procedimento arbitral, na hipótese de litígio. Ainda se exigia a celebração de novo negócio jurídico – o compromisso – para que as controvérsias pudessem ser dirimidas por essa via. Dizia-se que a cláusula compromissória não produzia efeitos de direito processual (instauração da arbitragem), mas somente de direito material: no caso de inadimplemento, ensejaria o pagamento de perdas e danos<sup>32</sup>.

Com a vigência da Lei de Arbitragem, o cenário foi alterado e a cláusula compromissória passou a ser considerada espécie do gênero convenção de arbitragem e, por isso, apta a instaurar o procedimento arbitral (art. 3º, da Lei 9.307/96). Assim, as partes podem submeter à arbitragem as demandas relativas a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, da Lei 9.307/96), afastando-se a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar o caso (art. 485, VII, do CPC). Quando essa escolha é feita antes do surgimento da controvérsia, trata-se de uma cláusula compromissória (art. 4º, da Lei 9.307/96).

Nessa hipótese, dentre outras questões, as partes podem escolher o local da sede da arbitragem. É internacional (ou estrangeira) a arbitragem com sede e cuja sentença arbitral é proferida no exterior (art. 34, §1º, da Lei 9.307/96). Enquanto a sentença arbitral proferida no Brasil corresponde a título executivo judicial (art. 31, da Lei 9.307/96), aquela proferida em outro país depende de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 35, da Lei 9.307/96). A homologação se sujeita à observância de determinados requisitos legais previstos na Convenção de Nova York<sup>33</sup>.

28 *NML Capital, Ltd v. Republic of Argentina*, decidido em 07.12.2011.

29 *NML Capital, Ltd. v. Republic of Argentina*, 699 F.3d 246 (2d Cir. 2012).

30 *Republic of Argentina v. NML Capital, Ltd.*, 134 S. Ct. 2819 (16.06.2014) (No 13-990), e *Exch. Bondholder Grp. v. NML Capital, Ltd.*, 134 S. Ct. 2819 (16.06.2014) (No 13-991V). Também K. H. Cross, “The Extraterritorial Reach of Sovereign Debt Enforcement”, *Berkeley Business Law Journal*, Vol. 12, 2015, p. 113-114: “Second, the Supreme Court denied two petitions for certiorari to review the Second Circuit’s affirmation of orders enjoining Argentina from making payments to holders of its restructured debt unless and until it pays the plaintiffs, threatening to sanction any U.S. or foreign participant in the international financial system who processes payments made by Argentina in defiance of the orders (the “Injunction Order”).”

31 J. Kaplan, “Collective Action and the Competence of Courts: The Lessons of *NML v. Argentina*”, *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, Vol. 20, 2014, p. 12, nota No 54: “In the face of the failure of more typical mechanisms of collection, NML and its coplaintiffs resorted to seeking enforcement of the various U.S. judgments in different jurisdictions, resulting in a series of low-level international incidents that have included the impounding of an Argentine naval training ship in Ghana, the attempted repossession of an exhibit of dinosaur bones in Europe, and the Argentine president traveling in chartered rather than Argentine-owned planes for fear that any government-owned aircraft would be seized”. V. também Oliver Balch, *Argentina to Resume Debt Talks with Paris Club, FIN. TIMES*, 28 September 2009, (. . .) (observando que “a group of holdouts requested the seizure of a dozen Argentine dinosaur fossils on exhibition in Germany, in lieu of payment”); *Argentina Ship in Ghana Seized over Loans Default*, BBC NEWS (Oct. 4, 2012).

32 DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen, *Direito Internacional Privado: Arbitragem Comercial Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 21 e ss.

33 Promulgada pelo Decreto nº 4.311, de 23.07.2002.

Em qualquer caso, a escolha por arbitragem é tradicionalmente associada a certas vantagens, como celeridade, qualidade técnica do julgamento e imparcialidade do julgador. Trata-se de escolha legítima, que deve ser respeitada e pode ter sido determinante para a celebração do negócio como um todo. Com efeito, a existência e extensão da cláusula compromissória foram levadas em conta, influenciando e equilibrando toda a relação contratual.

A interpretação dos negócios jurídicos, inclusive processuais, se pauta pelo princípio da boa-fé, bem como pelos usos e costumes (art. 113, do Código Civil). No caso de contratos comerciais internacionais, as controvérsias são geralmente dirimidas pela via da arbitragem, de modo que essa solução será a mais corriqueiramente adotada pelas partes. A abrangência da cláusula, inclusive por uma questão de uniformidade e eficiência, também deve ser a mais ampla possível.

Não é incomum, contudo, que uma das partes pretenda atrasar a resolução da controvérsia, alegando invalidade da cláusula compromissória ou sua ineficácia em relação à determinada situação. Isso, como é evidente, além de representar um inadimplemento contratual, viola a boa-fé.

A boa-fé protege as expectativas das partes. Assim, o que foi combinado deve ser preservado e respeitado. Um sujeito plenamente capaz e informado não pode, sem qualquer fundamento razoável, posteriormente questionar a validade ou restringir a extensão de sua escolha.

Do mesmo modo, ao se ajuizar uma ação perante o Poder Judiciário, pode haver uma violação ao princípio da boa-fé caso a cláusula compromissória seja omitida. Afinal, ainda que a situação exija tutela de urgência, a cláusula compromissória ou o regulamento da câmara escolhida, no caso de arbitragem institucional, podem prever um mecanismo próprio para lidar com tais situações. Assim, antes de ouvida a outra parte, pode ser proferida uma decisão desfavorável em uma instância inadequada.

A regra, portanto, é a observância daquilo que foi pactuado entre as partes. No entanto, a própria celebração da cláusula compromissória pode desprezar a boa-fé. É o que ocorre quando se elege como sede da arbitragem um país que não a admite ou quando o procedimento eleito é manifestamente desfavorável a uma das partes. Também viola a boa-fé a inserção de cláusula compromissória em contrato sem o destaque necessário, sobretudo quando existe uma assimetria entre as partes.

Em suma, a boa-fé impõe a preservação da cláusula compromissória e a vinculação das partes ao negócio jurídico, desde que a sua celebração tenha observado o mencionado princípio.

### 3.3. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ENVOLVENDO O ESTADO OU SUAS SUBDIVISÕES

A participação do Estado (ou suas subdivisões políticas ou administrativas) em arbitragens – principalmente internacionais – tem suscitado inúmeras controvérsias e tem sido objeto de polêmica na doutrina, nas decisões arbitrais e na jurisprudência estatal. A polêmica diz respeito à arbitragem denominada “privada”, que, como regra, exclui de seu âmbito direitos indisponíveis, distinguindo-se da arbitragem regida pelo direito internacional público, instaurada por tratados e na qual a participação do Estado é incontroversamente admitida.

Após a Lei 13.129/2015, não há dúvidas de que o direito brasileiro admite a arbitragem envolvendo o Estado (art. 1º, §1º, da Lei 9.307/96). Algumas legislações estatais, contudo, proíbem a participação do Estado em arbitragens “privadas”. A questão que se coloca é se deveria ser tutelada a expectativa da contraparte prejudicada se, a despeito da proibição, o Estado firmar a convenção de arbitragem.

Assim, o debate está longe de ser simples. Em primeiro lugar, há que se analisar a questão à luz da arbitrabilidade subjetiva e objetiva, que estuda a possibilidade de determinada pessoa ou litígio sujeitar-se à arbitragem. Doutrinariamente, pode-se dividir em arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*, quando se referir à capacidade de uma pessoa se submeter ao processo arbitral, e em arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae*, quando relativa aos conflitos passíveis de julgamento por esta via. Como já se pontuou, direitos indisponíveis, como regra, estão excluídos de serem dirimidos pela via arbitral.

Se a controvérsia diz respeito à matéria que decorre da soberania estatal, diz-se que o Estado atuou vestido do seu poder soberano, *ius imperii*, e assim surge polémica se tais questões podem ser dirimidas pela arbitragem “privada” ou se só podem ser resolvidas por arbitragem instaurada por força de tratado internacional, regida pelo direito internacional público.

Não há consenso no direito internacional sobre a lei aplicável para reger a arbitrabilidade objetiva, podendo-se cogitar da aplicação da lei que rege o mérito da controvérsia, da lei da sede da arbitragem ou ainda da lei do país da execução do laudo, dentre outras.

A arbitrabilidade subjetiva parece ser regulada pela lei do Estado envolvido com base principalmente nas regras sobre arbitragem do ICSID – *International Center for the Settlement of Investment Disputes*<sup>34</sup>. A Convenção de Nova York, por sua vez, em seu art. V.1.a, não traz regras de conexão e tampouco regras de direito material relativas à capacidade das partes, referindo-se somente “à lei a elas aplicável”<sup>35</sup>.

Todavia, independentemente da lei aplicável à capacidade do ente estatal, a doutrina tem se posicionado no sentido de que a convenção de arbitragem celebrada deve ser compreendida como vinculante. Portanto, o Estado não poderia posteriormente se recusar a se submeter à arbitragem consentida, sendo irrelevante a eventual proibição contida na lei do Estado envolvido<sup>36</sup>.

A Convenção do ICSID (*International Center for the Settlement of Investment Disputes*) determina o aspecto vinculante da convenção de arbitragem<sup>37</sup>. No mesmo sentido é a resolução do Instituto de Direito Internacional de 1989, que afirma que o Estado não pode alegar posteriormente que teria uma incapacidade para se obrigar à solução pela via arbitral<sup>38</sup>.

Decisões proferidas por tribunais arbitrais, diante da proibição da lei estatal, tendem a considerar a convenção vinculante em especial no que se refere a arbitragens internacionais, principalmente com fundamento na boa-fé.

Em laudo proferido em arbitragem administrada pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), de 1971, afirmou o árbitro que a proibição interna de os Estados se submeterem à arbitragem não se aplica a contratos internacionais<sup>39</sup>. No Caso CCI nº 2.321, de 1974, decidiu o tribunal arbitral desconsiderar as alegações de inarbitrabilidade subjetiva e objetiva, bem como de imunidade de jurisdição, apresentadas pelos entes estatais, com base no princípio *pacta sunt servanda*<sup>40</sup>. No caso CCI nº 4.381, de 1986, o tribunal arbitral enfatizou expressamente o princípio da boa-fé que deveria levar à validade de tais cláusulas compromissórias<sup>41</sup>.

34 Art. 42 (1). “The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable”.

35 “1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento, prova de que: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas (...)”

36 DELAUME, Georges, *Judicial Decisions related to Sovereign Immunity and Transnational Arbitration*, *Icsid Rev.- Fil J vol 2*, 1987, p. 403; LUZ-ZATO, Ricardo, *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of Sattes*, *Recueil des Cours*, Vol. 157, 1977, p. 93.

37 Art. 26. “Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy”.

38 Article 5. “A State, a state enterprise, or a state entity cannot invoke incapacity to arbitrate in order to resist arbitration to which it has agreed”. Disponível em [http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989\\_comp\\_01\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989_comp_01_en.pdf), acesso em 13.06.2018.

39 FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*, p. 342: “(...) si certaines législations d'inspiration françaises (...) interdisent à l'État ou à une autre collectivité publique de compromettre, il est admis que cette interdiction est sans portée pour les contrats internationaux. En effet, en tant qu'il s'agit là d'une règle d'ordre public, cette interdiction ne peut se situer que dans l'ordre public interne”.

40 Laurence, CRAIG; PARK, William; PAULSSON, Jan. *International Commercial Arbitration*, Appendix IV, 1984, 11/93: “I myself do not see the need for referring to any particular set of national law rules or the court practice of any particular country in this respect. Whichever the proper law of the contract may be, this has nothing to do with the defense of sovereign immunity. Sovereign immunity may operate as a bar to the exercise of jurisdiction. I must admit that I have found some difficulties to follow a line of reasoning that a State, just because of its supreme position and qualities, should be unable to give a binding promise. The principle of *pacta sunt servanda* is generally acknowledged in international law and it is difficult to see any reason why it should not apply here. A sovereign State must be sovereign enough to make a binding promise both under international law and municipal law. As to the latter aspect of the question I was informed by the Counsel of the First Defendant that according to both ... and English law the capacity of the State to enter into arbitration clauses was not restricted as such and that also the State could be sued in its own courts. To require or assume then that a promise of a State to submit to arbitration, in order to be binding has to be confirmed in the face of the arbitrator, would probably impair the sovereignty of a State and its dignity more than the arbitrator's performance of his task, conferred upon him in accordance with what the parties once have agreed upon. The issue whether the subject matter of the present dispute is a matter *jure gestionis* or *jure imperii* has also been argued by the parties on each side. From what I have said above it follows that this distinction is of no relevance once that parties have agreed upon arbitration”.

41 “c'est (...) de bonne foi que (le cocontractant étranger d'une entreprise d'Etat) a donné son accord à la clause d'arbitrage, et qu'il faut par conséquent

e na decisão CCI de 2002, no caso nº 11.559, também com base na boa-fé, o tribunal arbitral sediado em Paris rechaçou a alegação de empresas que integram a Administração Pública no Brasil, no sentido de que a cláusula arbitral por elas firmada era inválida com base na lei brasileira à época<sup>42</sup>.

Portanto, a boa-fé tem sido expressamente utilizada como fundamento para tornar vinculante a cláusula compromissória firmada pelo ente estatal, ainda que em desacordo com a legislação interna aplicável ao referido ente.

### 3.4. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO

A competência internacional ou jurisdição do Poder Judiciário nacional pode ser concorrente (art. 21 e 22, do CPC) ou exclusiva (art. 23, do CPC). Quanto à competência concorrente, admite-se o exercício da jurisdição brasileira sem excluir a possibilidade de a demanda ser processada em outros países. Em relação às matérias submetidas à competência exclusiva, sob a ótica da legislação nacional, a única jurisdição competente é a brasileira e não será homologada nenhuma decisão estrangeira a respeito.

A eleição de foro, por sua vez, significa a escolha, pelas partes, da jurisdição competente para resolver determinada(s) controvérsia(s). No Brasil, até a promulgação do CPC de 2015, tratava-se de uma das questões mais controvertidas no direito internacional em razão da ausência de previsão legal específica a respeito e da falta de uniformidade da jurisprudência dos nossos tribunais superiores<sup>43</sup>.

Com efeito, ainda que inexista previsão legal reconhecendo a validade da eleição de foro, a regra *pacta sunt servanda* e o princípio da boa-fé exigem o respeito aos negócios jurídicos celebrados. Trata-se de escolha que pode ter sido decisiva para que as partes tenham celebrado o contrato principal e que pode influenciar os custos, a duração, o regime probatório, a quantidade de recursos, a previsibilidade, o direito aplicável ao mérito e, em geral, o desfecho do processo. Assim, a celebração da referida cláusula gera uma expectativa legítima – que deve ser tutelada – de que eventual ação judicial a respeito do contrato será proposta naquele foro, acordado entre as partes.

Ainda mais, a distinção entre competência concorrente e exclusiva, também constante do CPC de 1973, já significava que se admitia que, no primeiro caso, as partes tinham *a opção entre litigar no Brasil ou no exterior, sendo conseqüentemente possível a eleição de foro naquelas hipóteses*.

Além disso, como sempre foram homologadas sentenças estrangeiras nas hipóteses de competência concorrente, já se admitia que as partes excluíssem a jurisdição nacional naquelas situações e recorressem ao judiciário estrangeiro. Parecia *não haver sentido homologar sentenças estrangeiras naquelas situações e se recusar a reconhecer a eleição do foro estrangeiro nas mesmas hipóteses*.

Ademais, reconhecia-se grande incoerência na aceitação da cláusula compromissória – que passou a ocorrer com a promulgação da Lei de Arbitragem em 1997 – com a conseqüente extinção do processo sem julgamento do mérito da causa e a recusa na aceitação da eleição de foro estrangeiro. Assim, em hipótese de contrato a ser cumprido no Brasil – competência concorrente do Judiciário brasileiro, prevista no então vigente art. 88, II do CPC de 1973 –, se as partes decidissem se submeter à arbitragem no exterior, essa decisão era respeitada e o processo extinto no Brasil, caso a ação fosse aqui ajuizada. Todavia, se no mesmo caso as partes decidissem submeter a questão ao Judiciário de Nova York, esse pacto tendia a ser desconsiderado no Brasil,

considérer l'inaptitude (de l'entreprise d'État à passer une convention d'arbitrage) comme inopérante en raison de sa contrariété avec l'ordre public international dont la mise en jeu ne pourrait être exclue par l'application du droit (de l'Etat de l'entreprise en cause)". (*Journal de Droit International*, 1986, p. 1102).

42 “Assim, por respeito da vontade das partes, em tutela do princípio da boa-fé e em aplicação do princípio que proíbe o venire contra factum proprium impõe-se a conclusão de que não é lícito às Requeridas, em contradição com todo o seu descrito comportamento anterior, vir agora arguir a invalidade da renúncia à imunidade de jurisdição e da convenção de arbitragem que livremente acordaram com a Requerente”. (Decisão não publicada, citada em DÖLLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen, *Direito Internacional Privado: Arbitragem Comercial Internacional*, p. 418)

43 Por exemplo, em 2008, invocando precedentes no mesmo sentido, o STJ inadmitiu a eleição de foro estrangeiro, sob o fundamento de que as normas sobre competência concorrente não seriam suscetíveis de serem afastadas pela vontade das partes (REsp 804306/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/08/2008, DJ 03/09/2008). Em 2010, também invocando precedentes nesse sentido, o STJ admitiu a eleição de foro (REsp 1177915/RJ, 3ª Turma, Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, j. 13/04/2010, DJ 24/08/2010). Mais recentemente, em 2016, o STJ novamente proferiu decisões em sentidos opostos, com poucos dias de diferença, a primeira admitindo os efeitos negativos da eleição de foro (REsp 1518604/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 15/03/2016, DJ 29/03/2016) e a segunda não (AgRg no AREsp 679421/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 17/03/2016, DJ 31/03/2016).

conforme algumas decisões do STJ.

Felizmente essa inadequação do direito brasileiro às práticas adotadas nos contratos internacionais foi corrigida com a promulgação do CPC de 2015. A eleição da jurisdição competente para solucionar as controvérsias entre as partes passou a ser admitida e o dispositivo legal, de natureza processual, se aplica inclusive a contratos celebrados anteriormente<sup>44</sup>, desde que sejam respeitadas as regras de direito processual intertemporal (CPC, art. 14) e relativas à estabilização da competência do órgão julgador (CPC, art. 43). Como não poderia deixar de ser, trata-se de possibilidade limitada às matérias submetidas à competência concorrente (art. 25, §1º, do CPC).

Passou-se a reconhecer os efeitos positivos e negativos da eleição de foro estrangeiro. Portanto, compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional (art. 22, III, do CPC), tratando-se de efeito positivo da escolha. Por outro lado, seu efeito negativo importa a exclusão de sua competência com relação à hipótese objeto da cláusula de eleição de foro estrangeiro, devidamente alegada em sede de contestação (art. 25, do CPC).

Se o réu, em sede de contestação, não invocar a eleição de foro estrangeiro, seja por força dos arts. 25, *caput* e §2º, e 63, §4º, do CPC, seja em função do princípio da boa-fé, a ausência de jurisdição do Judiciário nacional não poderá ser alegada posteriormente. Nesse caso, o réu terá se submetido à jurisdição brasileira, em virtude de uma nova eleição de foro (tácita) que revogou a escolha anteriormente feita de forma expressa. Porém, em hipótese de competência exclusiva da jurisdição brasileira, ainda que a parte tenha se submetido expressamente à jurisdição estrangeira, tal escolha não produzirá efeitos processuais no Brasil, até porque eventual sentença estrangeira em seu favor sequer poderá ser homologada.

Seja como for, em termos gerais, foi reconhecida pela legislação vigente a possibilidade de ser eleito foro estrangeiro para processar determinada demanda, descrita como hipótese de competência concorrente. Ficou, portanto, superada a discussão sobre sua admissibilidade, em abstrato. Existem, entretanto, condições para que seja válida, no caso concreto, a eleição de foro (arts. 25, §2º, e 61, §1º, do CPC), sendo possível, inclusive, o reconhecimento da sua abusividade (art. 61, §§3º e 4º, do CPC).

Na medida em que a boa-fé protege as expectativas das partes, o reconhecimento de sua invalidade ou abusividade não pode decorrer de alegações frívolas e imotivadas. Um réu desinteressado na resolução célere da controvérsia – o que não é incomum – pode eventualmente suscitar a sua invalidade sem qualquer fundamento legítimo. No entanto, a eleição de foro deve ser *prima facie* respeitada. Sobretudo em contratos internacionais pactuados entre sujeitos capazes e paritários, o reconhecimento da abusividade da convenção se sujeita a um ônus argumentativo substancial.

Como se registrou, assim como a cláusula compromissória, a eleição de foro pode ser condição essencial ou relevante para a realização de outro(s) negócio(s) jurídico(s), apesar da autonomia entre eles. Ademais, essa escolha pode ter impactos substanciais em relação ao direito aplicável ao mérito, bem como nas regras que vão pautar o processo judicial.

Portanto, caso o autor da ação, perante determinado foro, omita a existência de cláusula que tenha eleito outro foro, haverá uma violação à boa-fé. Se as partes escolheram que determinado juízo seria o competente para apreciar certa controvérsia, inclusive situações de urgência a ela relacionadas, não se pode buscar uma decisão em outra instância, que pode ser proferida liminarmente, antes de ser ouvido o réu.

Isso não significa, contudo, que a boa-fé sempre reforçará a preservação da eleição de foro. Assim como com a cláusula compromissória, a eleição de foro pode ter se pautado em critérios ilegítimos, por exemplo, para dificultar o exercício de defesa do réu ou a resolução célere da demanda. Nesse aspecto, a boa-fé se aproveita e se relaciona com outros princípios, como a efetividade e acesso à justiça, para impedir a eficácia da eleição de foro. É o que também ocorre com o *forum shopping*, analisado a seguir.

44 O ponto foi reconhecido pelo STJ em relação às novidades da Lei de Arbitragem. Enunciado nº 485 da Súmula do STJ: “A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição”.



### 3.5. FORUM SHOPPING E FORUM NON CONVENIENS

Como se enfatizou nos itens precedentes, a vontade das partes pode ser relevante para a definição do órgão julgador. Essa escolha repercute nas regras que vão pautar o processo e, ainda, na definição das regras de conexão, pelas quais será determinado o direito aplicável ao mérito. Caso as partes não tenham escolhido a lei substancial que vai reger a controvérsia, o julgador aplicará as regras de conexão do foro. Como se percebe, o resultado do processo pode depender do órgão selecionado para julgar a causa. Ainda mais, o custo, a duração, a previsibilidade e a efetividade do processo podem se alterar conforme o que tiver sido escolhido nesse momento.

Por certo, em princípio, o autor pode selecionar o seu juízo preferido, nas hipóteses de jurisdição concorrente. Considerando a importância do órgão julgador para o desfecho da controvérsia, será natural e legítimo que os advogados orientem seus clientes a escolherem o melhor foro possível, levando em conta todos os fatores pertinentes. A essa escolha, geralmente se atribui o nome pejorativo de *forum shopping*<sup>45</sup>.

No entanto, o autor não terá uma liberdade absoluta para selecionar o órgão julgador, nem mesmo entre aqueles juízos *prima facie* competentes para julgarem aquela controvérsia. Caso seja escolhido um foro inadequado, seja por dificultar o exercício do direito de defesa do réu, seja por complicar, protelar ou encarecer o desfecho da controvérsia, seja por não possuir qualquer vínculo razoável com a causa, será violado o princípio da boa-fé, bem como o princípio que garante o direito de acesso à justiça e a efetividade. A esse limite à escolha do foro, que serve de barreira ao *forum shopping* – na realidade, ao abuso do direito de litigar – geralmente se atribui o nome de *forum non conveniens*<sup>46</sup>.

Contudo, vale registrar que, às vezes, se nega a aplicabilidade da doutrina do *forum non conveniens* – que não é universalmente aceita e se sujeita a controvérsias, inclusive no Brasil –, mas se chega à mesma conclusão através de uma aplicação direta do princípio da boa-fé<sup>47</sup>. Assim, não necessariamente será preciso o reconhecimento do *forum non conveniens* para se vedar o abuso de direito na escolha do foro.

Paradoxalmente, a própria aplicação do *forum non conveniens*, que deveria conter o abuso no *forum shopping*, pode se mostrar abusiva. Isso ocorre, por exemplo, nos EUA, onde se utiliza a mencionada doutrina, muitas vezes, para descongestionar o seu Poder Judiciário, muito procurado para litígios internacionais, restringindo o acesso a estrangeiros e reconhecendo a inadequação do foro em razão do domicílio do autor da ação, apesar de um nacional/domiciliado no foro constar no polo passivo<sup>48</sup>. Como se percebe, na realidade, tanto o *forum shopping* quanto a aplicação do *forum non conveniens* podem ser exercidos de má-fé.

Aliás, o abuso de direito pode ocorrer antes da propositura da demanda. Por vezes, o autor de uma demanda vai mais longe e pratica uma fraude à lei para legitimar o ajuizamento da ação no seu juízo preferido e/ou para que seja aplicado o direito mais favorável. Por exemplo, pode alterar o seu domicílio apenas para que possa ajuizar a ação em determinado foro, que adota esse critério para a definição da sua competência. Essa conduta, como é evidente, também deve ser analisada e censurada à luz da boa-fé, sobretudo se dificultar o exercício de defesa pelo réu.

Contudo, o réu não pode alegar a inconveniência do foro a qualquer tempo, por exemplo, após a prolação de decisão desfavorável. Também em função do princípio da boa-fé, trata-se de questão que deve ser suscitada

45 Sobre o tema, confira-se JUENGER, Friederich. *Forum non conveniens – who needs it?* In: TARUFFO, Michele. *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 351-353; TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira*, p. 143 e ss.

46 Veja-se JUENGER, Friederich. *Forum non conveniens*, p. 356 e ss; TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira*, p. 193 e ss; BRAGA, Paula Sarno, *Competência Adequada*, *Revista de Processo*, Vol. 219, São Paulo, 2013, p. 28 e ss. Para uma diferenciação entre a doutrina do *forum non conveniens* e a aplicação do princípio da efetividade, confira-se TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira*, p. 207-8.

47 Foi o que ocorreu, por exemplo, em STJ, MC 15398/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02/04/2009, DJ 23/04/2009, ainda que a discussão, naquele caso, se relacionasse mais com problema examinado no tópico II.6. Confira-se trecho do acórdão: “Para além da discussão acerca da existência de jurisdição brasileira, não se pode deixar de lado uma outra questão, de todo importante, que é a verificação do comportamento processual contraditório da ora requerente. Com efeito, em um primeiro momento, a requerente, ou empresas por ela controladas, ajuízam uma ação para defesa de seus direitos perante a justiça inglesa. Depois, porém, ao verem frustrada sua pretensão perante aquele Tribunal, repetem a ação, desta vez no Brasil, tentando melhor sorte. Assim, ainda que não seja possível, ao menos no plano do direito positivado, aplicar no Brasil os já citados princípios do *forum shopping [sic]* e do *forum non conveniens* para extinguir a ação, deferir uma medida liminar que suspenda os atos tendentes à execução daquela sentença implicaria privilegiar o comportamento contraditório”.

48 JUENGER, Friederich. *Forum non conveniens*, p. 364-365.

na primeira oportunidade. Essa exigência se mostra particularmente intensa nos casos limítrofes, em que um juízo seria mais adequado do que outro, sem uma diferença substancial entre eles.

Ou seja, a boa-fé impõe limites à escolha do foro pelo autor, que deve ser pertinente e não pode dificultar o exercício do direito de defesa do réu. Impede, portanto, que seja ajuizada uma ação em um juízo inadequado, sobretudo quando a regra que lhe atribuí competência foi manipulada. Entretanto, também por imposição da boa-fé, a alegação de que o foro seria inadequado deve ser formulada tempestivamente e de forma justificada.

### 3.6. LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA INTERNACIONAL

Como se sabe, a litispendência se configura quando uma ação consiste em repetição de outra ainda não transitada em julgado – com as mesmas partes, causa de pedir e pedido, no todo ou em parte (CPC, art. 337, §§2º e 3º). O fenômeno pode ser percebido tanto em âmbito interno, quanto internacional.

O instituto tem como objetivo preservar os princípios da economia processual, isonomia e segurança jurídica. Com efeito, não faz sentido que sejam desperdiçados energias e recursos em dois processos idênticos. Além disso, admitir mais de uma demanda nesse caso significaria conceder mais de uma chance ao autor. E, ainda mais, existe o risco de serem proferidas decisões contraditórias.

No entanto, o Código de Processo Civil estabelece que, salvo disposição em tratado ou acordo bilateral em sentido contrário, a propositura de uma ação perante tribunal estrangeiro não induz litispendência em face de outra ajuizada no Brasil, nem a propositura de uma demanda perante a jurisdição brasileira impede eventual homologação de sentença estrangeira (CPC, art. 24)<sup>49</sup>.

Essa é a regra geral, preconcebida para reger a situação mais comum, em que o autor ajuíza uma ação em um país, enquanto o réu, daquele primeiro processo, propõe uma ação em outro – cada parte reputando competente o foro onde ajuizou sua ação, sendo um deles o Brasil. O princípio da boa-fé, contudo, pode excepcionar esse regime geral de não serem atribuídos efeitos à litispendência internacional em determinadas hipóteses.

Por exemplo, viola o mencionado princípio o ajuizamento de uma série de ações idênticas, em países distintos, pelo mesmo autor, na expectativa de que a ação seja julgada procedente ou de que seja provido um pedido liminar em algum deles. Além de se pretender, por via transversa, maximizar as chances de ser acolhido o pedido formulado, essa conduta será custosa ao réu, que precisará se defender diversas vezes, bem como será contrária à economia processual e à segurança jurídica<sup>50</sup>.

Em princípio, não existe razão para se permitir que o autor ajuíze mais de uma ação idêntica, ainda que em foros diversos. Após propor a ação perante determinado juízo, essa circunstância produz efeitos similares à eleição de foro. Do mesmo modo, caso o réu se submeta à jurisdição da primeira ação, reconhecendo expressa ou implicitamente a sua competência para julgar a controvérsia, não pode posteriormente ajuizar uma ação idêntica em outro país. Assim, a parte que se sujeitar à jurisdição estrangeira não pode ajuizar uma ação idêntica no Brasil, para tentar conseguir provimento favorável em outra ação, antes da homologação da sentença estrangeira, sob pena de configuração de comportamento contraditório e de se violar o princípio da boa-fé<sup>51</sup>. Existem decisões do Superior Tribunal de Justiça nesse sentido<sup>52</sup>.

49 CPC, art. 24. “A ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil. Parágrafo único. A pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil”.

50 O ponto também pode ser observado em arbitragens, conforme GAILLARD, Emmanuel. *Abuse of Process in International Arbitration*, p. 23-24. Aliás, como registra o autor, a violação à boa-fé pode eventualmente ocorrer em relação a demandas conexas em que o autor opta por separar as ações em procedimentos diferentes, um para cada questão, embora com fundamento no mesmo contrato e com vínculos fortes, para ver se a composição do tribunal arbitral o agrada – se sim, o autor aditaria a inicial para aumentar a abrangência da demanda e, se não, iniciaria outro procedimento, a ser julgado por outro tribunal arbitral.

51 TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira*, p. 246-247.

52 STJ, REsp 1090720/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 14/06/2016, DJ 23/08/2016: “Apesar de reconhecer a jurisdição concorrente com fundamento no art. 88, I, do CPC/1973 e no próprio contrato (cláusula 14.2), o TJRJ afastou a jurisdição do Poder Judiciário brasileiro, tendo em vista que contratantes e contratadas ajuizaram demandas no foro inglês e, somente depois de sentenciados os respectivos processos, a empresa cessionária dos supostos direitos das partes sucumbentes propôs ação declaratória no Brasil com o propósito de rediscutir questões decididas pela Justiça alienígena. Em tais circunstâncias, diante dos princípios da boa-fé objetiva e da segurança jurídica, os quais também devem ser respeitados

Caso o processo ajuizado no exterior tenha transitado em julgado, não se pode conferir uma solução diversa ao problema. Afinal, com maior razão, o princípio da boa-fé impede que a parte derrotada na primeira ação, por sentença de mérito imutável, sujeita à coisa julgada (CPC, art. 506), ajuíze ação idêntica em outro foro, para tentar obter um resultado diferente.

De fato, nesse caso, em resposta ao ajuizamento de uma segunda ação idêntica, a parte vencedora na primeira demanda poderia ajuizar uma ação de homologação de sentença estrangeira, para buscar o reconhecimento formal de coisa julgada em relação à sentença proferida no exterior. Essa circunstância, porém, não afasta o desgaste institucional, caso sejam proferidas decisões contraditórias, de energia e de recursos. Além disso, o processamento de uma segunda ação idêntica, sem qualquer razão que justifique a sua propositura, violaria o princípio da boa-fé, caso seu autor tenha se submetido à jurisdição pela qual foi proferida a primeira ação.

Portanto, a boa-fé impede que sejam propostas múltiplas ações idênticas, seja para maximizar as chances de sucesso em alguma delas, seja para tentar evitar a futura homologação de uma sentença estrangeira proferida por juízo ao qual a parte se submeteu. Impede também que o réu que tenha se submetido à jurisdição estrangeira proponha ação idêntica no Brasil.

### 3.7. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

A homologação de sentenças estrangeiras compete ao Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, I, *i*), salvo previsão expressa em lei ou tratado. O procedimento da ação e os requisitos para seu provimento são estabelecidos pelos arts. 960 e ss., do CPC. Quando se pretender conferir executividade a uma sentença estrangeira, deve-se promover sua homologação.

Não necessariamente uma decisão somente será objeto de homologação em um único foro. É possível que a parte vitoriosa pretenda estender os efeitos de uma decisão a vários países, na medida em que a satisfação da condenação pode envolver bens situados em mais de um país.

Esse direito, contudo, não pode ser exercido abusivamente. Assim, por exemplo, a parte vitoriosa, em processo de regularidade questionável, não pode ajuizar uma série de ações de homologação de sentença estrangeira, para maximizar suas chances de a decisão ser homologada em algum país, ainda que sem ligação com as partes ou a hipótese<sup>53</sup>. Como é evidente, isso seria contrário à boa-fé.

no plano internacional, mantém-se a extinção da presente declaratória por faltar jurisdição à magistratura brasileira”. Confira-se, ainda, STJ, MC 15398/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02/04/2009, DJ 23/04/2009. O caso acima é interessante na medida em que se reconheceu a impossibilidade de a litispendência (ou coisa julgada) internacional produzir efeitos no Brasil, bem como a inexistência do *forum non conveniens* no direito brasileiro (como se mencionou anteriormente). Mesmo assim, inadmitiu-se a conduta contraditória de uma parte que havia se submetido à jurisdição estrangeira e, após ser proferida decisão desfavorável, propôs ação idêntica no Brasil.

53 A título de exemplo, para comprovar que a prática não é incomum, lembra-se do caso *Chevron*, no qual a companhia, com sede nos EUA, foi condenada no Equador em quantia bilionária e requereu-se a homologação da sentença respectiva, no Brasil e em outros países, para afetar subsidiárias integrantes do mesmo grupo econômico, sobretudo porque, nos EUA, se reconheceu a fraude no processo. Embora sem fazer uma expressa referência ao princípio da boa-fé, confira-se: STJ, SEC 8542/EX, Corte Especial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 29/11/2017, DJ 15/03/2018: “Causa estranheza o fato de que os requerentes não instauraram processo homologatório nos Estados Unidos da América, onde a Chevron é sediada e, portanto, a jurisdição é evidente, tendo preferido fazê-lo em países que aparentemente não guardam relação com o feito equatoriano, tais como o Canadá e a Argentina, além do Brasil”.

A rigor, a decisão foi submetida ao Judiciário norte-americano e considerada ineficaz. Em 07 de março de 2011, a Chevron Corporation teve concedido pedido de medida cautelar pela Corte Distrital dos Estados Unidos, Distrito Sul de Nova Iorque, contra Steven Donziger – um dos principais advogados dos autores do caso *Lago Agrio – e outros. Chevron Corp. v. Donziger*, 768 F.Supp.2d 581 (S.N.Y. 2011).

A medida cautelar foi concedida para impedir qualquer ação de reconhecimento ou execução da sentença equatoriana, ou de qualquer outra sentença que pudesse ser proferida no caso *Lago Agrio* fora da República do Equador. A decisão reconheceu que houve fraude no processo judicial equatoriano, provada com cenas de documentário produzido pelos advogados dos autores da ação equatoriana em que estes revelavam esquemas de corrupção diversos, e-mails trocados entre os advogados dos autores, análises periciais provando que partes substanciais da sentença eram transcrições de documentos internos do escritório de advocacia que defendia os autores, entre outras evidências. Assim, o Judiciário norte-americano concluiu pela impossibilidade de reconhecimento extraterritorial da sentença equatoriana.

Posteriormente, tal decisão foi reformada na parte que considerava a possibilidade de efeitos extraterritoriais do julgado norte-americano por violar a soberania dos outros Estados. Note-se que nada foi alterado quanto à constatação da fraude no processo equatoriano. *Chevron Corp. v. Naranjo*, 2011 WL4375022 (2d Cir. Sept. 19, 2011).

Em 2012, a Corte Distrital de Nova York decidiu que a decisão equatoriana resultou de fraude e por isso seria ineficaz. *Chevron Corp. v. Donziger*, 974 F. Supp. 2d 362 (S.D.N.Y. 2014). Essa decisão foi mantida pela Corte de Apelação em 2016. *Chevron Corp. v. Donziger*, No 14-0826 (2d Cir. 2016).

Ainda em 2012, os autores submeteram a sentença equatoriana para homologação na Argentina. Em 2013, a Corte Suprema Argentina decidiu que as subsidiárias locais da Chevron não poderiam ser atingidas por uma decisão na qual não foram partes. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Maria Salazar Aguinda v. Chevron Corp, Apelación Extraordinaria*, A. 253. XLIX. REX, 04.06.2013.

Também em 2012, os autores requereram a homologação da referida decisão no Canadá. Em janeiro de 2017, o pedido de homologação foi rejeitado pela Corte Suprema de Ontário sob o fundamento de que a subsidiária não responde pelos atos da controladora, mas o caso ainda pende de julgamento.

Contudo, vale repetir, o princípio da boa-fé, nesse particular, carrega uma margem de tolerância, uma vez que o conceito de ordem pública é elástico e não se confunde com as leis internas, ainda que imperativas. Assim, caso seja requerida a homologação de uma sentença estrangeira que esteja em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro, não haverá necessariamente uma violação à boa-fé. Mesmo se a sentença homologanda ferir a ordem pública brasileira, como regra, não se poderá dizer que o requerimento teria sido formulado de má-fé.

Desta forma, a boa-fé impede, em especial, que determinado sujeito insista na homologação de sentença estrangeira em diversos foros inadequados.

#### 4. CONCLUSÃO

No processo internacional existem muitas discussões relacionadas à boa-fé e ao exercício abusivo de direitos. Em linhas gerais, essas questões envolvem a vedação de comportamentos contraditórios e a proteção de expectativas legítimas. Algumas delas podem ser resolvidas pela aplicação de dispositivos legais específicos ou pela ideia geral do *pacta sunt servanda*. A boa-fé, contudo, serve especialmente para as situações sem qualquer regulamentação legal ou contratual, bem como para impor deveres anexos ou orientar a interpretação das disposições vigentes, evitando, ainda, um exercício abusivo dos direitos assegurados pelo ordenamento ou por negócios jurídicos.

Por certo, caso não sejam sancionadas as condutas maliciosas, elas serão praticadas regularmente, prejudicando aqueles que agirem em boa-fé, comprometendo o resultado do processo e acarretando o desperdício de tempo, recursos e energia, seja pelo Estado, seja pela contraparte. Apesar disso, deve-se respeitar a liberdade das partes e, inclusive, ter alguma tolerância com sujeitos submetidos a normas e culturas distintas, sobretudo em relação a atos praticados fora do território nacional.

Na tentativa de harmonizar, na medida do possível, essas duas tendências paradoxais, propõe-se uma tolerância com irregularidades leves e uma severidade com atos de má-fé evidentes e gravosos. Além disso, se é mais fácil admitir que o princípio da boa-fé imponha determinadas condutas e vede outras, inclusive acarretando a invalidade de certos atos, seria mais excepcional a aplicação de sanções como multas por litigância de má-fé (art. 81, do CPC). E, ainda mais, seria possível ser um pouco mais rigoroso com nacionais/domiciliados no foro do que com estrangeiros/domiciliados no exterior, notadamente em situações limítrofes.

Em nenhum caso, contudo, pode-se ter uma tolerância excessiva com os sujeitos processuais nesse particular. Essa observação é importante porque a prática forense tradicionalmente tem sido muito complacente em relação a atos de má-fé<sup>54</sup>. Como se afirmou, a liberdade carrega uma responsabilidade. Seja um estrangeiro ou nacional, o ordenamento jurídico processual deve ser respeitado e, geralmente, a litigância internacional é um risco assumido por aqueles que ampliam suas atividades para além do seu país de domicílio. A sujeição ao ordenamento jurídico brasileiro não suprime a liberdade das partes, que também é assegurada por inúmeras normas, mas impõe a observância do princípio da boa-fé processual, que caminha lado a lado com a autonomia da vontade.

Portanto, em última análise, a liberdade inerente ao processo internacional não exclui a possibilidade de se exigir uma atuação em boa-fé, muito pelo contrário.

54 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In. MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). *Abuso dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 117 e 126.

# LA NATURA DELL'ARBITRATO E LA CONTRAPPOSIZIONE DI UN ARBITRATO LIBERO ALL'ARBITRATO RITUALE

**Carmine Punzi**

Professore Emerito di Diritto processuale civile  
nell'Università di Roma "La Sapienza"

1. – È possibile oggi fare una riflessione sulla natura dell'arbitrato, e in particolare sulla portata delle locuzioni “natura giurisdizionale – “natura contrattuale”, ed ancora sulla contrapposizione di un “arbitrato libero” ad un arbitrato “rituale”, uscendo dal terreno sterile di antiche polemiche che avevano portato a descrivere schieramenti contrapposti nella dottrina e nella giurisprudenza, senza conseguire risultati soddisfacenti.

Questa riflessione può ora giovare di due preziosi contributi offerti negli ultimi anni da due studiosi, purtroppo prematuramente scomparsi: Edoardo Ricci e Nicola Picardi.

Prendo, innanzi tutto, le mosse dal contributo di Edoardo Ricci, che aveva visto la luce proprio nella stagione in cui, nella successione di ben note pronunce della Corte di cassazione, si assisteva a quella che è stata definita, con non poca approssimazione, la “svolta negoziale” della patria giurisprudenza<sup>1</sup>.

Notava, appunto, Ricci che ci si era chiesti, in passato, se l'arbitrato avesse “natura contrattuale e privata” o “giurisdizionale” come premessa per l'analisi del diritto positivo e con la pretesa di ricavarne conseguenze per l'interpretazione di quest'ultimo. Ma in seguito – proseguiva Ricci – sono stati pochi quelli che hanno affrontato il problema negli stessi termini, giacché le locuzioni “natura giurisdizionale” e “natura contrattuale” sono state impiegate per esprimere riassuntivamente (e *a posteriori*) certe soluzioni positive, da individuare in se stesse per altra via<sup>2</sup>.

Su questi dibattuti temi non posso fare a meno di richiamare anche il prezioso contributo di Nicola Picardi, il quale ha avvertito che si assiste ormai da tempo ad un fenomeno di “crisi” della giurisdizione statale: un fenomeno – comunque lo si voglia definire, come tendenza alla delocalizzazione della giurisdizione o deterritorializzazione del potere giudiziario, o più semplicemente come fenomeno generale verificatosi sia all'interno dell'ordinamento statale, sia nei rapporti tra i vari ordinamenti statali – per il quale la giurisdizione si è andata progressivamente allontanando dalla sovranità statale<sup>3</sup>.

2. – Il dilemma giurisdizionalità o contrattualità dell'arbitrato deve essere affrontato e risolto, dunque, non *a priori* o in astratto, ma alla stregua dei singoli ordinamenti positivi e del regime legale che viene offerto o imposto, di volta in volta, all'arbitrato.

E questo atteggiamento del legislatore statale verso l'arbitrato può essere certo espresso anche con la collocazione delle disposizioni positive che disciplinano le forme del procedimento arbitrale e gli effetti del lodo. Mi riferisco all'affermazione con cui si aprono scritti più risalenti, ma non per questo meno preziosi *in*

1 Lo scritto di Edoardo Ricci, *La “natura” dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, è apparso in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 259. Le sentenze della Corte di cassazione risalgono all'anno 2000, quando, appunto, dapprima Cass. 10 marzo 2000 n. 58, sulla scia di una pronuncia precedente – v. Cass. 4 luglio 1981, n. 4360 – , dall'affermazione della natura giurisdizionale dell'arbitrato aveva fatto discendere la conseguenza che la questione della deferibilità di una controversia ad arbitri, piuttosto che a giudici ordinari o a giudici amministrativi, configurasse una questione di giurisdizione, con conseguente ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, disciplinato dall'art. 41 c.p.c.; mentre, dopo pochi mesi, Cass. 3 agosto 2000 n. 527 operò la c.d. “svolta negoziale” sulla natura e sugli effetti del lodo rituale, svolta dalla quale sono derivate importanti conseguenze applicative con riferimento al dualismo rituale/irrituale, al trattamento (innanzi al giudice statale) della *exceptio compromissi* nonché al regime impugnatorio della sentenza che decida tale eccezione. È noto come il *revirement* in chiave “giurisdizionale” sia rappresentato dalla recente Cass. 25 ottobre 2013 n. 24153. Su tali vicende ampia è la letteratura di questi anni, per i riferimenti alla quale si rinvia a G. Ruffini, *L'arbitrato come equivalente della giurisdizione statale: linee evolutive*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1 ss., p. 22 ss., p. 41 ss., nel testo ed in nota.

2 V. E.F. Ricci, *op. loc. cit.*

3 V. N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 180.

*subiecta materia*, e anche più recenti, di Salvatore Satta.

Scrivendo appunto Satta, nel suo primo commento al codice di procedura civile<sup>4</sup>, che «il nuovo codice si chiude con l'arbitrato, con il quale il vecchio si apriva». E osservava, trent'anni dopo,<sup>5</sup> che «lo spostamento non era un mero fatto topografico. Esso riflette il mutato atteggiamento spirituale del legislatore di fronte al travagliato istituto, probabilmente da mettere in relazione alla transitoria obbedienza politica» e «l'essere stato assunto dal legislatore del 1865 a paradossale prefazione del nuovo codice» implicava «un omaggio alla volontà dei litiganti», un «nobile e consapevole sacrificio della sovranità», detentrica della giurisdizione, alla libertà. Satta concludeva, quindi, osservando che il legislatore degli anni '40 «non potendo espungere dalla sua bandiera o dal suo gagliardetto la contraddizione dell'arbitrato ... lo ha trasformato in un procedimento speciale e lo ha relegato in fondo al suo libro».

Satta coglie nel segno quando rileva il mutato atteggiamento politico del legislatore di fronte all'arbitrato, ma, per approfondire questi aspetti fondamentali dell'arbitrato e per valutare e definire l'atteggiamento del legislatore, è indispensabile completare l'indagine con l'analisi del regime positivo che, di volta in volta, viene offerto del lodo arbitrale, della sua efficacia, e di come i suoi effetti e – come vedremo – la stessa validità vengano assoggettati al suo tempestivo deposito, entro un termine perentorio, per la c.d. omologazione, presso il giudice dello Stato, secondo la disciplina contenuta nel titolo VIII (capo IV) del libro quarto del codice di procedura civile<sup>6</sup>.

Per procedere in questa indagine si possono prendere le mosse, per quanto concerne la situazione legislativa italiana, dal testo della Relazione del Guardasigilli Grandi al Codice di procedura civile del 1940, dove, con riferimento alla giurisdizione, si legge che «la dottrina del fascismo è essenzialmente basata sul concetto di sovranità e di autorità dello Stato: ora l'unità della giurisdizione è l'espressione nel campo processuale, dell'unità dello Stato sovrano. Attraverso le applicazioni di esso è la stessa invisibile autorità dello Stato che si manifesta in forma unitaria e costante, nelle infinite varietà dei contrasti tra i diritti soggettivi del singolo»<sup>7</sup>.

Nel quadro di questa concezione statualgiurisdizionalista non ci si deve meravigliare che lo stesso Guardasigilli Grandi, nel discorso pronunciato innanzi alle commissioni delle Assemblee legislative, abbia affermato che l'arbitrato si presentava come uno strumento per la risoluzione delle controversie «deleterio», in quanto idoneo a «risolversi in una menomazione e in una corrosione» non solo «del prestigio dello Stato», ma di quella «unità della giurisdizione» che è alla base fondamentale della struttura stessa dello «Stato sovrano»<sup>8</sup> e dunque destinato ad essere bandito in relazione a talune materie, come quella del lavoro, alla stregua dei divieti originariamente inseriti negli artt. 806 e 808 c.p.c.<sup>9</sup>.

Questa concezione statualgiurisdizionalista ha informato, innanzi tutto, due precetti di legge, che sono stati abrogati solo mezzo secolo dopo (e precisamente con la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, introdotta con la legge 31 maggio 1995 n. 218).

Si tratta degli artt. 2 e 3 c.p.c. nonché del sistema di delibazione delle sentenze straniere, già disciplinato dagli artt. 796 ss. c.p.c.

Infatti nell'art. 2 c.p.c. si proclamava la inderogabilità convenzionale della giurisdizione a favore dei giudici stranieri o di arbitri che giudicassero all'estero e, nel successivo art. 3, si sanciva l'irrilevanza, ai fini della proposizione del giudizio in Italia, della pendenza della stessa causa innanzi al giudice straniero, posto che la pronuncia di questo giudice non poteva manifestare i propri effetti in Italia se non a seguito dell'espletamento e della conclusione favorevole del procedimento di delibazione disciplinato dall'art. 796 ss. c.p.c. E non si deve trascurare la circostanza che questa norma sulla delibazione delle sentenze straniere conferiva al giudice italiano non solo il compito di verificare la sussistenza delle condizioni per la dichiarazione di efficacia

4 V. S. Satta, *Guida pratica al nuovo processo civile*, Padova, 1941, p. 13.

5 V. Id., *Commentario al codice di procedura civile*, libro quarto, parte seconda, Milano, 1971, p. 162 ss.

6 Per un quadro generale delle diverse novelle al libro quarto del codice nonché sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione si rinvia, da ultimo, a G. Ruffini, *L'arbitrato come equivalente della giurisdizione statale: linee evolutive*, cit., *passim*; nonché a C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, I, p. 83 ss.

7 V. Relazione pubblicata in *Codice di procedura civile con la Relazione al Re*, a cura di F. Cipriani e di G. Impagnatiello, Bari, 2007, p. 9.

8 Il discorso è riportato nel verbale dell'Assemblea legislativa n. 57 del 18 gennaio 1940, in cui si discusse delle disposizioni in tema di arbitrato.

9 Sul tema, v. di recente il contributo di V. Bertoldi, *L'arbitrato e le controversie di lavoro*, Napoli, 2018, p. 46 ss.

in Italia della sentenza, ma, nell'ipotesi prevista dall'art. 798 c.p.c., anche il potere di riesaminare il merito della controversia già decisa dal giudice straniero<sup>10</sup>.

La stessa concezione statual-giurisdizionalista ha portato – come aveva appunto osservato Salvatore Satta – il legislatore degli anni '40 a relegare l'arbitrato tra i procedimenti speciali e come ultimo tra questi e subordinandolo e condizionandolo alla giurisdizione statale, quanto agli effetti e addirittura quanto alla stessa esistenza, giacché l'intervento del giudice dello Stato veniva previsto non solo come condizione per l'acquisto dell'efficacia ma, alla stregua dell'art. 829 n. 5 c.p.c., allora vigente (e poi abrogato nel 1983), per la stessa validità del lodo, posto che *illo tempore* il lodo poteva essere annullato anche per inosservanza del termine per il suo deposito presso il pretore. E la giurisprudenza era giunta ad affermare che il lodo arbitrale non depositato dagli arbitri nei cinque giorni dalla sua pronuncia doveva essere condannato addirittura all'inesistenza<sup>11</sup>.

3. – Corrisponde al vero, dunque, l'affermazione di Satta secondo cui il legislatore del 1940 non potendo «espungere ... la contraddizione dell'arbitrato ... lo ha trasformato in un procedimento speciale e lo ha relegato in fondo al suo libro».

Ed è pienamente fondata la conclusione che questa collocazione dell'arbitrato nel codice del 1940, diversa da quella effettuata dal legislatore, considerato “liberale”, nel codice del 1865, corrisponde al diverso atteggiamento spirituale dei due legislatori e alle diverse condizioni storico-politiche delle stagioni in cui i due codici dell'Italia unita sono stati promulgati.

Tuttavia – come si è detto – a questa diversa collocazione, alla diversità di impostazione ideologica dei due legislatori non corrisponde, nei due codici, una diversa disciplina del lodo arbitrale e delle condizioni alle quali è subordinato il manifestarsi dei suoi effetti e la sua stessa validità.

Ma, ancora prima di approfondire questo aspetto fondamentale del problema dell'arbitrato, è opportuno soffermarsi ad effettuare una breve ricognizione del contesto storico e dei precedenti legislativi, nei quali i due codici di procedura dell'Italia unita devono essere inquadrati.

Innanzitutto, un primo dato interessante: è vero che il codice di procedura civile del 1865 si apriva con l'arbitrato, ma è altrettanto vero che diversa è la situazione che si riscontra nei due codici del Regno di Sardegna, del 1854 e del 1859. Ambedue questi codici, infatti, si chiudono con la disciplina dell'arbitrato (rispettivamente nell'art. 1063 ss. il codice del 1854 e nell'art. 1103 ss. il codice del 1859). E questo non è un fenomeno solitario nelle legislazioni ottocentesche.

Infatti, anche ad un rapido esame dei codici preunitari si ricava che questa collocazione dell'arbitrato, che fu caratteristica del codice napoleonico (art. 1020), ove era inserito nel libro conclusivo (il libro III della parte seconda dedicata alle «procedure diverse») venne recepita sia dai codici che subirono l'influenza di quello napoleonico, come il codice per il Regno delle due Sicilie (v. art. 1079 ss) – che Cipriani<sup>12</sup> sottolineando tale influenza, ha definito appunto “franco napoleonico” – e il Regolamento giudiziario di Gregorio XVI (art. 1746-1783)<sup>13</sup>, sia da codici, (come il Regolamento di procedura del Granducato di Toscana del 1812) (v. art. 1097 ss), per i quali si nega che sia stato usato come modello di riferimento il codice di procedura francese del 1806 e si sostiene, anzi, una collocazione antitetica rispetto ad esso<sup>14</sup>.

Viceversa, i precedenti ai quali può essere ricondotta la scelta del legislatore dell'Italia unita del 1865 di una collocazione in apertura delle norme sull'arbitrato possono individuarsi nel codice giudiziario Barbacoviano del 1788 (art. 7 seg.) – in vigore nel principato di Trento sino al 1807<sup>15</sup>, quando fu sostituito dal

10 Sulla disciplina del riconoscimento delle sentenze straniere prima della riforma della L. 218/1995, v. per tutti M. Cappelletti, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in *Riv. dir. proc.* 1987, p. 192 ss; G. Franchi, *La sentenza straniera dinanzi al giudice italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 624 ss.

11 V. in questo senso: Cass. 1 dicembre 1979, n. 6277; Cass. 27 novembre 1974, n. 3881.

12 V. F. Cipriani, *Le leggi della procedura nei giudizi civili del Regno delle Due Sicilie*, introduzione al *Codice per lo Regno delle Due Sicilie*, III, in *Testi e documenti per la storia del processo* a cura di N. Picardi, e A. Giuliani, Milano, 2004.

13 V. M. Menestrina, in *Riv. it. per le Scienze Giuridiche*, 1907, p. 147 ss.

14 A. Calussi, *Dalla riforma dei tribunali all'approvazione del regolamento di procedura civile, ovvero il ritorno alla tradizione processuale leopoldiana nella Toscana del 1814*, in *Regolamento di procedura civile per i Tribunale del Granducato di Toscana*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, cit., Milano, 2004.

15 Nel codice giudiziario Barbacoviano non solo si ritrova la collocazione dell'arbitrato nel capitolo introduttivo del codice, ma viene sancita la regola

Regolamento Giudiziario austriaco – nel Codice parmense del 1820 di Maria Luigia (v. art. 1 ss.), nonché nel Codice di procedura civile per gli stati estensi del 1852 (art. 1 ss.).

Particolarmente interessante è, in quest'ultimo, l'*incipit* della parte prima, intitolato appunto «Delle persone che hanno parte nell'amministrazione della giustizia» e segnatamente l'art. 1, che enuncia il principio generale secondo cui «le controversie si decidono o da arbitri o da giudici: gli arbitri sono nominati dalle parti, i giudici dal sovrano».

4. – Se si procede ulteriormente in questa indagine si ha la conferma del fatto che, nel confronto del codice del Regno d'Italia del 1940 con il codice del 1865, la diversa collocazione della normativa sull'arbitrato rispettivamente in chiusura (e precisamente tra i procedimenti speciali) e in apertura (e cioè nel «titolo preliminare») dei due codici, rivela certamente il diverso atteggiamento del legislatore verso l'arbitrato, ma ad esso non corrisponde una diversa disciplina dell'arbitrato per quanto concerne soprattutto il manifestarsi degli effetti del lodo ed il loro condizionamento all'intervento del giudice statale.

Innanzitutto, se il primo codice dell'Italia unita, si apre con un titolo preliminare dedicato alla conciliazione e al compromesso, tuttavia già l'art. 24 di questo titolo sancisce la regola che il lodo – anzi la «sentenza» – deve essere depositato da uno degli arbitri o personalmente o per mezzo di mandatario, presso la cancelleria della pretura del mandamento «nel termine di giorni cinque ... *altrimenti è nullo*» e, se tempestivamente depositato, «è **reso esecutivo**» con decreto del pretore pronunciato nel termine di cinque giorni dal deposito in cancelleria.

Veniva, in questo modo, codificata una disciplina del lodo arbitrale e della sua omologazione necessaria assolutamente identica a quella che sarà accolta nel codice del 1940, che prevedeva anch'esso (art. 825), nella formulazione originaria, che il lodo doveva essere depositato nel termine «perentorio» di cinque giorni dalla data della sottoscrizione, e che nel successivo art. 829, tra i motivi di nullità del lodo, includeva *sub* 5) il caso in cui la sentenza «non è [fosse stata] depositata entro il termine stabilito dall'art. 825»: solo mezzo secolo dopo, con la riforma del 1994, tale sanzione di nullità sarà espunta dal codice di procedura civile.

Pur con diverse impostazioni ideologiche e culturali, la identità di disciplina del lodo e del suo trattamento tradiva, sia per il legislatore del 1865 sia per quello del 1940, l'idea che in ogni caso il giudizio degli arbitri rituale dovesse essere, in qualche modo, ricondotto al paradigma della giurisdizione statale e alla sovranità dello Stato.

5. – Se si passa ora, ad affrontare il problema della contrapposizione di un arbitrato “libero” ad un arbitrato “rituale”, si può formulare un'ipotesi di lavoro.

L'ipotesi è che sono comuni le cause prime, che si sono manifestate anche in disposizioni positive, che hanno favorito, da un lato, la nascita della contrapposizione di una teoria c.d. “negoziale” o “contrattuale” a quella “giurisdizionale”, per individuare la natura dell'arbitrato, e, dall'altro, la configurazione di un arbitrato “libero” distinto dall'arbitrato “rituale”: l'una e l'altra originate dall'affermazione del monopolio statale del diritto e della giurisdizione.

Ho avuto modo di ricordare la proclamazione da parte del legislatore degli anni '40 di questa unità e di questo monopolio della giurisdizione, «quale espressione, nel campo della giurisdizione, dell'unità dello Stato sovrano»<sup>16</sup>.

E, in altra sede<sup>17</sup>, ho riportato le parole di Lodovico Mortara che scriveva, in proposito che «la guarentigia essenziale del diritto mediante l'esercizio della funzione giurisdizionale» è «attribuzione esclusiva e imprescindibile della sovranità» e aggiungeva: «come il diritto obiettivo non può avere legittima scaturigine che dai pubblici poteri investiti della funzione pubblica sovrana, così normalmente non può derivare da altra sorgente

secondo cui, quando le parti abbiano preventivamente rinunciato al reclamo avverso il lodo, questo «avrà forza di cosa transatta e giudicata» senza alcun intervento dei giudici.

16 V. *supra* a proposito della Relazione del Guardasigilli al codice di procedura civile del 1940.

17 V. il mio scritto: *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 2 ss.



pura e legittima la tutela giurisdizionale del diritto»<sup>18</sup>.

Questa presa di posizione di Ludovico Mortara ha indotto Satta a scrivere che con Mortara, che era stato considerato il vessillifero del monopolio statale del diritto e della giurisdizione, si aveva la negazione della giurisdizionalità dell'arbitrato, per la usurpazione che esso implicava della giurisdizione, concepita come prerogativa dello Stato. Ciò, appunto, sul postulato fondamentale che la giurisdizione venga concepita come prerogativa essenziale dello Stato.

Di qui la conseguenza che, se l'attività giurisdizionale, che si esplica nella soluzione della «infinita varietà dei contrasti tra i diritti soggettivi del singolo», è **riconosciuta come prerogativa esclusiva e non sostituibile dello «Stato sovrano»** come proclamerà il legislatore del 1940, allora lo Stato deve appropriarsi dell'arbitrato, relegandolo tra i procedimenti speciali e sancire la regola che la validità o addirittura l'esistenza stessa del lodo arbitrale è condizionata dall'intervento del giudice dello Stato, cui viene attribuito il potere di attribuirgli «effetti di sentenza».

Ma si deve, comunque, riconoscere che questo intervento del giudice dello Stato, di natura meramente omologatoria, non può trasformare in sentenza ciò che sentenza non è, così come è pacifico che l'autenticazione operata dal notaio o da altro pubblico ufficiale *ex art. 2703 cod. civ.* conferisce alla scrittura privata la qualifica di titolo esecutivo *ex art. 474 c.c.*, e ne permette la spedizione in forma esecutiva, come la sentenza, i provvedimenti e gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva, ma non trasforma questa scrittura privata in provvedimento giudiziario. E in tale modo si deve riconoscere che lo *jus dicere* dell'arbitro, che risolve la controversia sottopostagli, non rappresenta esercizio abusivo di una funzione riservata ai giudici togati, ma è esercizio di attività «oggettivamente giurisdizionale»<sup>19</sup>.

18 V. L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*<sup>3</sup>, Milano, s.d., p. 39.

19 Ho già avuto modo di ricordare (v. Punzi, *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 9 ss) che la Corte costituzionale, a cominciare dagli anni '60 del secolo scorso, è venuta affermando il principio, che ha aperto l'orizzonte verso nuovi traguardi dell'arbitrato, che, per aversi un «giudice», legittimato a sollevare la questione di costituzionalità, è sufficiente che sussista, *alternativamente*, o il requisito «soggettivo» dello svolgersi del relativo procedimento «alla presenza o sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale» oppure – ed è questo, come vedremo subito, l'aspetto di grande novità ed eccezionale importanza, che va sottolineato – anche solo il requisito «oggettivo» e cioè «l'esercizio di funzione giudicante per l'obiettiva applicazione della legge» da parte di organi «pur estranei all'organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, che dello *jus dicere* siano investiti anche in via eccezionale» e siano all'uopo «posti in posizione *super partes*». Per cogliere l'esatta portata di questa presa di posizione della Corte costituzionale è sufficiente ricordare alcuni suoi interventi particolarmente significativi, di molto precedenti Corte Cost. 22 novembre 2001, n. 376 (che ha riguardato gli arbitri).

Un primo intervento della Corte su questo tema si ebbe con la sentenza n. 83 del 2 luglio 1966, a proposito del pretore in funzione di organo dell'esecuzione esattoriale mobiliare. Nel riconoscere la legittimazione a sollevare la questione di legittimità costituzionale, la Consulta affermò che non fosse necessaria la sussistenza di ambedue i requisiti, «soggettivo» e «oggettivo», consistenti il primo nell'appartenenza del giudice *a quo* all'organizzazione giudiziaria e il secondo nella natura «oggettivamente» giurisdizionale dell'attività rispetto alla quale la questione risulta rilevante (concludendo in quel caso in senso positivo sulla base del solo elemento soggettivo per l'appartenenza del pretore «anche quando è investito della funzione di organo preposto all'esecuzione esattoriale mobiliare» all'autorità giudiziaria ordinaria).

Maggiormente significativa appare, ai fini del presente discorso, Corte cost. 18 novembre 1976, n. 226, a proposito della Sezione di controllo della Corte dei conti. Anche in quella occasione, la Consulta, risolvendo il problema in senso positivo, ribadì il principio che non fosse necessario che concorressero entrambi i requisiti, soggettivo e oggettivo, affermando che per aversi giudice *a quo* è sufficiente che ricorra o il «requisito soggettivo», o anche il *solo* «requisito oggettivo» dell'esercizio della «funzione giudicante per l'obiettiva applicazione della legge», riconoscendo quest'ultimo alla Corte dei Conti nel giudizio di purificazione, con conseguente legittimazione a sollevare la questione di costituzionalità.

Tra gli altri casi in cui la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimazione a sollevare, quale «giudice» remittente, questioni di legittimità costituzionale, si possono ricordare: il giudice dell'esecuzione penale (Corte cost. 22 novembre 2013, n. 279); le commissioni tributarie (Corte cost. 28 febbraio 2003, n. 57; Corte cost. 31 maggio 2001, n. 174); il magistrato di sorveglianza (Corte cost. 19 dicembre 2012, n. 301; Corte cost. 12 gennaio 2012, n. 1; Corte cost. 28 maggio 2010, n. 190; Corte cost. 20 luglio 2007, n. 318); il tribunale, nel corso del procedimento per il ricovero dell'alienato (Corte cost. 20 gennaio 1977, n. 39) – casi in cui la sussistenza del solo requisito «soggettivo» della titolarità di un ufficio giurisdizionale non è certo discutibile – ma anche: la Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura (Corte cost. 26 ottobre 2007, n. 356); i commissari regionali per la liquidazione degli usi civici (Corte cost. 9 novembre 2012, n. 249; Corte cost. 21 novembre 1997, n. 345; Corte cost. 20 febbraio 1995, n. 46); la Commissione per i ricorsi in materia di brevetti (Corte cost. 25 giugno 1958, n. 42); i consigli comunali in sede di contenzioso elettorale (Corte cost. 3 luglio 1961, n. 42); e finanche i comandanti di porto (Corte cost. 9 luglio 1970, n. 121; Corte cost. 10 giugno 1960 n. 41); tutti soggetti ai quali nessun artificio dialettico può portare a riconoscere, accanto all'indubbia funzione dello *jus dicere*, anche i caratteri soggettivi di titolari di un ufficio giurisdizionale. In particolare, ai capitani di porto si riconosce esplicitamente lo *status* di organo amministrativo, gerarchicamente dipendente dal Ministero della Marina mercantile. Essi assumono, quindi, la doppia veste di amministratori e di giudici chiamati a giudicare sulle contravvenzioni previste dal Codice della navigazione.

È, infine, con la sentenza 28 novembre 2001, n. 376 che la Corte costituzionale ha affrontato il problema a proposito degli arbitri (dando luogo ad ampio consenso in dottrina: in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2883 ss., con nota di R. Vaccarella, *Il coraggio della concretezza, in una storica sentenza della Corte Costituzionale*; in *Riv. arb.*, 2001, p. 657 ss., con nota di A. Briguglio, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*; in *Temi romana* 2001, p. 4 ss., con note di Baldassarre, *Una apertura con qualche dubbio*; P. Biavati, *La Consulta: arbitro e giudice sono fungibili*; A. Briguglio, *Una decisione coraggiosa, ragionevole ed utile*; E. del Prato, *Gli arbitri tra giudice delle leggi e Suprema Corte*; Resta, *Giudizio arbitrale e questione di costituzionalità*; F.A. Satta, *...era ora!!!*; M. Tamponi, *Pregiudizialità costituzionale e giudizio arbitrale*; cfr. ancora adesivamente G. Verde, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2002, p. 647 ss.; F. Danovi, *Gli arbitri rituali come i giudici di fronte alla sospetta incostituzionalità della legge*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 471 ss.; B. S.[assani], F.P. Luiso, F. Auletta, B. Capponi, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità*, in *Giust. civ.*, 2002, p. 59 ss.; E.F. Ricci, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 351 ss. e, per una diversità di vedute, G. Ruffini, *Arbitri, diritto e costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 263 ss.; E. Odorisio, *La questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge nel giudizio arbitrale*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 4219 ss.). Con la pronuncia n. 376/2001, la Corte ha preso le mosse dalla sua giurisprudenza formatasi a proposito dei casi sopra ricordati, riaffermando la sufficienza anche del solo requisito *oggettivo* dell'esercizio di funzioni

Ed è questo il traguardo che si può ormai raggiungere. Traguardo che comporta il riconoscimento che l'arbitrato, in quanto attività diretta alla risoluzione delle controversie tra privati ad opera di giudici scelti dagli stessi privati, concreta una funzione che è anch'essa di *ius dicere* nel caso concreto.

Ciò, a maggior ragione, se si assiste al fenomeno, segnalato e dimostrato ormai da più parti, della crisi del monopolio statale della giurisdizione<sup>20</sup> o, quanto meno, del suo ritorno nell'alveo dei diritti indisponibili, rispetto ai quali – e solo rispetto ad essi – quel monopolio certamente sopravvive, come sopravvive, comunque, il monopolio della forza, che si esplica nel momento in cui viene conferito dal giudice esecutività al lodo arbitrale.

**6.** – Veniamo ora ad approfondire le ragioni della contrapposizione di un arbitrato *libero* ad un arbitrato *rituale*.

È ben nota la questione proposta e decisa dalla Corte di cassazione di Torino nella sentenza del 27 dicembre 1904. Ma ai fini della presente trattazione può essere interessante ricordarne, in estrema sintesi, i termini essenziali. Si legge nella sentenza della Corte d'Appello di Milano del 15 giugno 1904<sup>21</sup>, che la questione principale proposta era di stabilire quale efficacia giuridica avesse una clausola compromissoria che rimettesse le eventuali controversie sorgenti tra le parti al giudizio del collegio di probiviri dell'associazione serica di Milano e correlativamente il valore di «un responso di codesti probiviri».

Ricorda quindi la Corte d'appello che «il Tribunale, seguendo la parte appellata, ha risposto negando qualsiasi efficacia, per il motivo che non furono osservate le norme regolatrici del compromesso» (art. 8 e ss. cod. proc. civ.).

Portata la questione al giudizio della Corte di Cassazione di Torino, questa si propose il seguente quesito:

«Quando in un contratto le parti siano obbligate a rimettere le eventuali controversie al giudizio dei probiviri di una determinata associazione; quando, insorta una divergenza, le stesse parti l'abbiano effettivamente sottoposta a quei probiviri con obbligo di accettarne la decisione e di considerarla come tra essi pienamente convenuta, quando i probiviri abbiano dato nelle forme stabilite dal regolamento della stessa associazione il loro responso, quale efficacia giuridica potrà questo responso avere?».

La Corte di Cassazione di Torino, dopo aver risposto che non potrà avere l'efficacia di una sentenza perché «le forme stabilite al riguardo dal codice di procedura civile in tema di compromesso, circa il modo di nominare gli arbitri ed il deposito della sentenza, sarebbero state pretermesse», conclude che «deve avere tutta l'efficacia giuridica di un patto convenzionale e non può conseguentemente essere soggetto alle forme e alle norme procedurali».

Giustamente, quindi, viene fatto risalire a questa decisione, definita storica, della Corte di Torino, il riconoscimento della piena legittimità di un arbitrato “libero”, che sfugge al regime imposto dal legislatore all'arbitrato, disciplinato dalle disposizioni dello stesso codice, arbitrato che viene a sua volta definito “rituale” e che si conclude con un lodo, reso esecutivo con un provvedimento del giudice dello Stato.

Emergono così le ragioni per cui, al fine di rivendicare l'autonomia dei privati anche in materia di risoluzione delle controversie, era necessario attestarsi sulla trincea della natura privatistica del lodo e si è contrapposto all'arbitrato c.d. “rituale” un “arbitrato libero”, come bandiera di libertà di fronte allo Stato totalitario o, comunque, accentratore<sup>22</sup>: la contrapposizione di un arbitrato “libero” all'arbitrato

giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge da parte di soggetti «pure estranei all'organizzazione della giurisdizione». Ciò premesso, la Corte, avvertendo che non intendeva addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giuridica dell'arbitrato rituale, ha osservato, testualmente, che «l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria». E ha concluso che, sotto questo aspetto, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie. Sulla base di queste premesse, la Corte ha potuto affermare che anche gli arbitri rituali, pur se investiti della loro funzione da un atto di natura squisitamente privata, quale è il patto compromissorio, possono e debbono sollevare incidentalmente la questione di costituzionalità delle norme di legge che sono chiamati ad applicare.

20 V. *supra*, par. 1.

21 La sentenza della Corte di Appello di Milano è pubblicata in nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Torino in *Foro it.* 1905, I, col. 366. Quest'ultima può leggersi anche in *Riv. dir. comm.*, 1905, II, p. 45 ss., commentata da P. Bonfante, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*.

22 Scrive appunto A. Furno, nella *Presentazione* della ristampa dell'opera prima di Satta, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1951, p. VII

“rituale”, quali entità ontologicamente diverse oltre che caratterizzate dalla diversità di effetti, risulta pertanto inscindibilmente legata alle vicende storiche dell’affermazione del monopolio normativo e giurisdizionale dello Stato ed è frutto della scelta del legislatore statale, che ha voluto non solo disciplinare le forme del patto compromissorio e del procedimento (art. 807 ss c.p.c.) ma anche condizionare al deposito tempestivo del lodo, in vista dell’intervento omologatorio del giudice dello Stato, la sua stessa validità. È su queste basi che, dapprima la giurisprudenza poi anche una parte della dottrina, sono giunte a radicalizzare la differenza fra un arbitrato rituale, avente funzione di giudizio, struttura processuale ed effetti giurisdizionali, integralmente ed inderogabilmente assoggettato alla disciplina del codice di rito, ad un arbitrato libero o irrituale, avente funzione di composizione consensuale della controversia, efficacia negoziale e struttura assimilabile – a seconda dei casi – ad un mandato a transigere o a stipulare, in vece delle parti, un negozio di accertamento: un arbitrato, quest’ultimo, *ex necesse* sottratto alla disciplina del codice e sostanzialmente sorretto (soprattutto quanto alla disciplina del rapporto parti-arbitri ed al regime del lodo) dal codice civile<sup>23</sup>.

Più di recente, peraltro, il patrio legislatore, con la novella di cui al d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 si è volutamente ed esplicitamente addentrato su questo terreno, prendendo posizione sull’attuale consistenza della dicotomia rituale/irrituale mediante la introduzione dell’art. 808 *ter* c.p.c., quale fattispecie appositamente dedicata all’arbitrato irrituale, tendente ad avere esito in una determinazione contrattuale, in deroga all’art. 824 *bis* c.p.c.

Per le ragioni che altrove ho avuto già modo di approfondire<sup>24</sup>, l’art. 808 *ter* c.p.c. – con una precisa scelta di campo rispetto alla tradizionale contrapposizione fra l’arbitrato rituale giurisdizionale e l’arbitrato irrituale meramente negoziale – dà concretezza normativa alla realtà del secondo come strumento processuale espressamente retto dal principio del contraddittorio, che conduce alla decisione della lite all’esito di un giudizio, secondo diritto o secondo equità al pari di quanto avviene con l’arbitrato rituale, e che si differenzia rispetto a quest’ultimo, essenzialmente per due aspetti: da un lato, per la disciplina dell’atto finale, che le parti vogliono sia alternativo a quello degli artt. 824 *bis* ss. c.p.c. – essendo escluso (eccetto che in materia di lavoro) l’acquisto di effetti esecutivi mediante omologazione ed essendo prevista l’annullabilità (salve le ipotesi di nullità ricavabili dal sistema) in via di azione, dinanzi al giudice di primo grado, negli ordinari termini di decadenza e sempre in via eccezione; dall’altro, per la possibilità riconosciuta alle parti di derogare concordemente alle disposizioni del libro IV, titolo VIII del codice di rito, altrimenti applicabili ad eccezione di quelle, di cui si è detto (ossia gli artt. 824 *bis*, l’art. 825 e gli artt. 827 ss. c.p.c.), nelle quali si condensa la differenza con l’arbitrato rituale.

7. – Se quanto da ultimo esposto dà conto della realtà normativa di un arbitrato c.d. “irrituale” (art. 808 *ter* c.p.c.), le osservazioni svolte permettono però anche di porre fine alla vecchia diatriba originata dalle tesi contrapposte sulla “natura dell’arbitrato”. Superamento che si realizza non con la prevalenza della tesi della natura giurisdizionale e la contemporanea sconfitta della tesi c.d. privatistica, ma con il massimo riconoscimento possibile per la giustizia dei privati, di cui la giustizia arbitrale è certo la più significativa espressione, la quale, nel nostro ordinamento, si articola in una forma rituale, che oggi – anche al cospetto dell’art. 808 *ter* c.p.c. – possiamo considerare quella naturale e preferibile, oltre che maggiormente garantista per le parti, ed in una forma irrituale<sup>25</sup>, costituente un *minus* rispetto alla prima e che presenta tuttora, soprattutto nelle

che «nel linguaggio allusivo che si contrappone alla retorica degli statolatri, esaltare l’autonomia privata, il contratto, equivale ad esaltare la libertà». E aggiunge: «Satta, nel suo primo lavoro scientifico d’impegno, scioglie per la lunghezza di 186 pagine serrate un inno alla libertà: messe una accanto all’altra, 186 pagine possono formare uno striscione di diversi metri, sul quale sia scritta a chiare lettere “viva la libertà”».

23 Tali vicende sono state da me ripercorse in *Disegno sistematico dell’arbitrato*<sup>2</sup>, cit., I, p. 217 ss.; cfr. anche V. Bertoldi, in Aa.Vv., *Commentario breve al diritto dell’arbitrato interno ed internazionale*<sup>2</sup>, diretto da Benedettelli, Consolo, Radicati di Brozolo, Padova, 2017, *sub* art. 808 *ter*, p. 65 ss., per i richiami alle diverse proposte ricostruttive della dottrina.

24 Cfr. le mie osservazioni in *Disegno sistematico dell’arbitrato*<sup>2</sup>, cit., I, p. 253 ss.

25 La possibilità di ricondurre anche l’arbitrato irrituale alla giurisdizione privata è stata di recente ed innovativamente affermata da G. Ruffini, *L’arbitrato come equivalente della giurisdizione statale*, cit., p. 50 s., il quale ha osservato che «anche per l’arbitrato irrituale, e non solo per il lodo che ne costituisce il risultato, può pertanto utilizzarsi la definizione di equivalente giurisdizionale, con la consapevolezza che all’ancora maggior libertà lasciata alle parti e in via sussidiaria agli arbitri nella determinazione delle regole del procedimento corrisponde un assai minor livello di equiparazione alla sentenza giudiziaria – che si traduce nel riconoscimento di una efficacia meramente contrattuale – essendo il lodo irrituale risolubile per mutuo dissenso *ex* art. 1372 c.c., assoggettabile ad azione di annullamento dinanzi al giudice di primo grado *ex* art. 808 *ter* c.p.c. e suscettibile di *exequatur* giudiziale unicamente nel settore delle controversie di lavoro, sempre che siano decorsi i termini per la proposizione di detta azione o

applicazioni giurisprudenziali, alcune zone d'ombra<sup>26</sup>.

Mi piace ricordare, a questo proposito, che in uno dei suoi più importanti contributi<sup>27</sup>, Edoardo Ricci osservava che attribuire al lodo arbitrale “efficacia di sentenza” finisce per conferire maggiore e non minore peso alla giustizia dei privati. E aggiungeva: «riconoscere al lodo effetto di sentenza significa precisare che l'autonomia dei privati, lungi dall'essere confinata nel terreno negoziale, può, a certe condizioni, anche aspirare ad ottenere un risultato di tipo giurisdizionale, senza il giudice dello Stato». E, già in un mio precedente scritto ho avuto modo di aggiungere che potremo, quindi, parlare, parafrasando un'espressione di Ferrarese, di «giurisdizione senza Stato»<sup>28</sup>.

Ritengo, quindi, di poter concludere, ricordando che Nicola Picardi, in una delle sue ultime opere<sup>29</sup>, aveva già avvertito che quando si qualifica il potere degli arbitri come «esercizio di attività giurisdizionale» si deve precisare che si tratta di un'attività «oggettivamente giurisdizionale» e che tale può essere definita solo sul presupposto che la giurisdizione non sia più emanazione esclusiva della sovranità.

---

la stessa sia stata respinta ovvero le parti abbiano dichiarato per iscritto di non volerla proporre e così` di accettare il lodo. Anche per tale forma di arbitrato, peraltro, flessibilità delle forme non significa assoluta assenza o imprevedibilità delle stesse, dovendosi comunque garantire il rispetto del principio del contraddittorio e conseguentemente anche quello della domanda, dinanzi ad un giudice privato ma pur sempre terzo e imparziale».

26 Sul minore *appeal* dell'arbitrato irrituale rispetto a quello rituale v. V. Bertoldi, *Il favor per l'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale quale eccezionale deroga all'art. 824 bis c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1468 ss., p. 1473 s. Il tema è sviluppato con acutezza di considerazioni da C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*11, Torino, 2017, I, p. 538 ss.

27 V. E.F. Ricci, *La funzione giudicata degli arbitri e l'efficacia del lodo (un Grand Arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 367.

28 M.R. Ferrarese, *La Governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010, p. 142.

29 N. Picardi, *Manuale del processo civile*2, Milano, 2010, p. 6761.

# L'ORDINE DI ESIBIZIONE DELL'ART. 210 C.P.C. E LA «DIVULGAZIONE DELLE PROVE» DELL'ART. 5 DIR. UE N. 104 DEL 2014: CONTAMINAZIONI POSSIBILI E AUSPICABILI DAL DIRITTO UE

**Caterina Silvestri**

Professore associato di Diritto Processuale Civile all'Università di Firenze

Sommario: 1. La matrice ideologica dell'ordine di esibizione nell'ordinamento italiano. – 2. Il mutato contesto interpretativo: il canone dell'effettività della tutela. – 3. L'ordine di esibizione nel diritto vigente: profili di persistente ineffettività. – 4. Il difetto di sanzioni e lo sforzo ricostruttivo dottrinale. – 5. La «divulgazione delle prove» prevista dall'art. 5 dir. Ue n. 104 del 2014.

1.- La disciplina che l'ordine di esibizione documentale <sup>(1)</sup> riceve nel nostro codice di procedura civile è percorsa da rilevanti venature ideologiche originatesi nel periodo storico antecedente la sua stessa entrata in vigore. Si tratta, tuttavia, di un vissuto dell'istituto ancora radicato nella cultura giuridica attuale, che ne mantiene in vita un'interpretazione restrittiva e che lo circonda di una notevole diffidenza, anche in prospettiva *de iure condendo*, soprattutto da parte dei pratici. Deve certamente essere tenuto in conto che l'ordine di esibizione di cui all'art. 210 c.p.c. si presenta quale istituto a vocazione generale e, dunque, non animato da speciali esigenze che possono ricorrere in settori più specialistici del contenzioso <sup>(2)</sup>, come accade per la speciale «divulgazione delle prove» prevista nell'ambito della tutela *antitrust* dalla dir. Ue n. 104 del 2014, circostanza questa che può giustificare, perlomeno in retrospettiva storica, una sua impostazione prudenziale.

Il ruolo marginale nell'istruzione probatoria in cui lo stesso è ancor oggi relegato e le reticenze alla sua utilizzazione da parte del giudice, talvolta anche in tipologie di contenzioso in cui v'è un indiscusso allentamento del carattere dispositivo del processo (per esempio in materia di affidamento di minori), risultano, tuttavia, ormai assai poco giustificati alla luce sia del mutato contesto culturale, sia dell'evoluzione in questa direzione ormai decisamente intrapresa anche da altri ordinamenti di *civil law* originariamente estranei alla tradizione della *discovery of documents* <sup>(3)</sup>.

La comprensione di questa radice culturale dell'ordine di esibizione richiede di ripercorrere, sia pure in sintesi, i diversi temi sensibili su cui l'istituto richiede una presa di posizione <sup>(4)</sup>.

1 La nozione di documento è di per sé oggetto di incertezze definitorie che oscillano tra la più ampia accezione di «cosa rappresentativa di un fatto», su cui Carnelutti, voce *Documento (teoria moderna)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 89, e quella più restrittiva che lo riferisce soltanto ai «documenti scritti», su cui Carraro, *Il diritto sul documento*, Padova, 1941, p. 7.

Ricostruisce il dibattito Patti, voce *Documento*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 1 ss.

Sul significato della terminologia «produrre» ed «esibire» e sulle conseguenze applicative sulla disciplina dell'esibizione, Ruffini, *Produzione ed esibizione dei documenti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2006, p. 431.

2 Sia per l'approfondimento dell'istituto nel diritto italiano, sia per ipotesi peculiari si veda Graziosi, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003; Id., *Sul potere del consiglio dell'ordine degli avvocati di ottenere l'esibizione dell'archivio dell'avvocato morto o scomparso: tra provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e diritto all'esibizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 203.

3 Penso, per esempio, agli artt. 11, 138 e 142 del *Code de procédure civile* francese, o al paragrafo 142, comma 1, dello ZPO tedesco.

Sulla *discovery* Trocker, *Transnational Litigation, Access to Evidence and U.S. Discovery: Learning from American «Exceptionalism»?*, in *Current Topics of International Litigation*, a cura di Stürner e Kawano, 2009, p. 145; Id., *From ALI-Unidroit Principles to common European rules on access to information and evidence? A preliminary outlook and some suggestions*, in *Uniform Law Review*, 2014, p. 239 ss.; per una declinazione della *discovery* dell'*electronic documents*, Pailli, *Produzione di documenti elettronici (e-discovery) negli Stati Uniti e nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 409 ss.; Seitz-Harris, *Document Discovery in the Electronic Age*, in *FICC Quarterly*, 04/2001, vol. 51, Issue 3, 287 ss.; per una ricostruzione storica e positiva, anche in chiave comparatistica con Francia e Stati Uniti, della *discovery of documents*: Ficarelli, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004; Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, p. 63 ss. per il processo francese, tedesco, inglese e americano; Dondi-Ansanelli-Comoglio, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2015.

4 La prospettiva accolta in questo paragrafo risente grandemente della trattazione del tema dell'esibizione da parte di Trocker, *Il processo come giudizio*, una raccolta di lezioni a oggi non pubblicate, utilizzate nel suo corso di Teoria generale del processo tenuto alla Scuola di Giurisprudenza di Firenze e oggi da me riprese per lo stesso corso di studi in cui ho l'onore di insegnare; si veda anche, dello stesso Autore, *From ALI-Unidroit Principles to common European rules on access to information and evidence? A preliminary outlook*

In un'ideale raffigurazione della trattazione che proceda dal generale verso il particolare, dai principi alle norme positive, la prima questione che si pone all'interprete riguarda l'opzione per un'impostazione pubblicistica o privatistica del processo <sup>(5)</sup> in ragione dei diversi valori rispettivamente favoriti, quali verità e giustizia, diritto alla prova, effettività della tutela, valorizzazione dell'autonomia privata <sup>(6)</sup>, tanto per ricordarne alcuni.

Proseguendo l'analisi verso le particolarità della disciplina normativa, l'ordine di esibizione pone la scelta tra una sua connotazione «sostanzialistica», secondo la quale esso deve essere necessariamente correlato a un diritto sostanziale quale la proprietà del documento o il diritto all'informazione nello stesso contenuta <sup>(7)</sup>, oppure «processualistica», per la quale l'esibizione è considerata esclusivamente, o comunque preminentemente, nella sua portata di strumento istruttorio e dunque di potere che si origina nel processo <sup>(8)</sup>.

La collocazione dell'ordine di esibizione nell'uno o nell'altro ambito è destinata a ricadere su aspetti cruciali che, nell'ideale avvicinamento verso il dato positivo, toccano sia il requisito del “documento comune” alle parti, delineatosi nella vigenza del codice di procedura del 1865 e atto a incidere sul campo di applicazione dell'istituto, sia la possibilità di correlare l'art. 210 con l'art. 670, n. 2 c.p.c., aprendo all'interrogativo sull'utilizzabilità del sequestro giudiziario di prova, quale forma di esecuzione specifica dell'ordine di esibizione, su cui tornerà nel successivo paragrafo n. 4.

Il codice previgente non prevedeva una norma a vocazione generale che esponesse, paragonabilmente all'attuale art. 210 c.p.c., il potere di richiedere l'ordine di esibizione quale che fosse il procedimento civile, ma limitava lo stesso a determinate materie come, per esempio, la verifica della scrittura privata o il rendimento del conto. Il panorama normativo, tuttavia, non era affatto privo di una significativa articolazione dell'istituto. Un'ipotesi di primo piano era costituita dalle previsioni dell'art. 28 del c. comm. del 1882, il quale consentiva al giudice di ordinare su istanza di parte o d'ufficio l'esibizione dei libri di commercio, per estrarre (soltanto) ciò che riguardava la controversia, come pure l'esibizione di singole lettere o di telegrammi inerenti la lite.

L'art. 81 ricorrente nella normativa sul processo del lavoro prevedeva, altresì, che il giudice potesse ordinare anche d'ufficio i mezzi istruttori che ritenesse necessari, tra i quali era compresa la produzione di documenti <sup>(9)</sup>.

Elemento costante di queste disposizioni era lo stretto collegamento tra l'esibizione documentale e il diritto sostanziale, nel senso che la prima costituiva la proiezione processuale di una prerogativa che aveva la propria radice nel diritto sostanziale: il giudice poteva, per esempio, ordinare l'esibizione di un documento se la parte aveva un diritto a quell'informazione, oppure se il documento oggetto dell'esibizione era di proprietà della parte: si tratta di quella che sarebbe stata successivamente indicata quale impostazione <<sostanzialista>> dell'esibizione, in contrapposizione a una sua identificazione <<processualistica>>, cioè quale mezzo istruttorio <sup>(10)</sup>.

5 La discussione circa la natura pubblicistica e privatistica del processo costituisce un tema di perenne attualità; tra i molti scritti si ricordano Chioven- da, *Le riforme processuali e le correnti del processo moderno*, Studi sul processo civile, Padova, 1947; Cappelletti, *Processo e ideologie*, Bologna 1969, p. 18 ss.; Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, p. 69 ss.; Id., *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni*, oggi in *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, p. 97 ss.; Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, p. 4 ss.; *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna «teoria» del processo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 425 ss.; Taruffo, *L'istruzione probatoria*, in *La prova nel processo civile*, a cura di Id., Milano 2012, p. 112.

6 Si tratta di un'elaborazione di principi che ha avuto la sua compiuta fioritura, in particolare, negli studi prodotti a partire dagli anni sessanta; tra i molti pregevoli contributi: Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962, p. 163; Id., *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 10 ss.; Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 596 ss.; Micheli, *Problemi attuali del processo civile in Italia*, *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 303; Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, cit., 148 ss.; Denti, *L'oralità nelle riforme del processo civile*, *Riv. dir. proc.*, 1970, 434; *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971; *Incontro sul progetto di riforma del processo del lavoro*, Bologna, 12-13 giugno 1971, Milano, 1971, 148; Verde, *Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull'onere della prova*, *Riv. dir. proc.*, 1972, 450; Taruffo, *Prove atipiche e convincimento del giudice*, *Riv. dir. proc.*, 1973, 389; Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, p. 513 ss.

7 Numerosi e crescenti gli ambiti in cui ricorre il diritto di informazione, da quelli più classici presenti in materia di tutela dei consumatori, di diritto bancario, di diritto di famiglia, a quelli emersi in seguito ad acquisizioni tecnologiche; tra i molti: Perlingieri, *La tutela del consumatore tra normative di settore e codice del consumo*, in *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive*, a cura di Cavazzoni-Di Nella-Mezzasomma-Rizzo, Napoli-Roma, 2008, p. 15; Rossi Carleo, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo* in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 362; Maurizio Lupoi, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove Istruzioni di Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 1252; Mineo, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini: le Sezioni Unite dettano le concrete modalità di azione in seguito all'intervento della Corte costituzionale*, in *Dir. fam. e pers.*, 2018, p. 435; Fidelbo, *L'accesso civico “generalizzato”: i rischi di ineffettività della libertà di accedere ai dati e ai documenti delle pubbliche amministrazioni nell'ordinamento dell'Unione europea e nel diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 208, p. 223.

8 Cavallone, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, 1991, oggi in banca dati *on line Studiolocale*, par. 9, qui consultato, secondo il quale il nostro legislatore ha manifestato espressamente nella Relazione al codice l'adesione alla concezione processualistica dell'istituto.

9 L'esibizione documentale nel codice di rito italiano del 1845 è puntualmente ricostruita da Ficarelli, *Esibizione di documenti e discovery*, cit., p. 234 ss., alla cui ricchezza di riferimenti bibliografici mi richiamo.

10 Cavallone, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., par. 9.

A questo aspetto si affiancava l'idea imperante di "documento comune", espressione anch'essa intesa come comproprietà, o come partecipazione di entrambe le parti alla sua formazione, ipotesi di cui la stipula del contratto offriva il paradigma.

L'idea che "i documenti sono della parte, la quale può farne ciò che ritiene", percorre larga parte della dottrina processuale civile, in linea con il principio del *nemo tenetur edere contra se* e della concezione privatistica del processo di cui il medesimo è emanazione<sup>(11)</sup>.

Queste posizioni costituivano l'*humus* ideologico e culturale del tempo, rispetto al quale l'art. 210 c.p.c. rappresenta, per taluni, una rivoluzione non bene accolta, mentre per altri Autori, tra i quali Denti, esso si presenta come un *corpus* nato già vecchio proprio con particolare riferimento all'istruttoria<sup>(12)</sup>.

La Relazione al codice di procedura civile, esprime le ragioni alla base del potere dell'organo giudiziario di ordinare l'esibizione, che «corrisponde in conformità dei voti della dottrina e della pratica, a quelle stesse considerazioni di solidarietà sociale, di cooperazione al miglior funzionamento della Giustizia sul quale è basato il dovere pubblico di rendere testimonianza; come il cittadino è tenuto a deporre secondo verità in giudizio, quando gli interessi della Giustizia lo reclama, egli deve essere tenuto a mettere a disposizione di questa le proprie cose»<sup>(13)</sup>.

La scelta innovativa dei codificatori del 1942 non è, tuttavia, esente da autorevoli critiche e preoccupazioni per le opzioni di valore sottostanti a quelle scelte: la pubblicizzazione del processo e la riaffermata autorità del giudice, evoca il pericolo che l'istituto della esibizione documentale possa diventare un «incivile strumento di vessazione», suscettibile di comportare un'invasione cieca nell'ambito della sfera esclusiva dell'altro soggetto<sup>(14)</sup>.

Più in generale, la preoccupazione è che il nuovo meccanismo istruttorio possa comprimere il principio dispositivo, cardine del processo civile, a fronte del quale l'interesse al miglior funzionamento della giustizia e alla migliore istruttoria possibile, la ricerca della verità e della giustizia nel processo, tutte evocate nella Relazione al codice di procedura, appaiono come dogmi privi di significato specifico.

La Cina, anche in tempi significativamente successivi all'entrata in vigore del codice di procedura civile del 1942, continua a sottolineare come l'interesse della parte a dare la prova sia sempre un interesse unilaterale che, per quanto possa essere intenso, non giustifica l'automatico venir meno della riservatezza di un documento e dell'esclusività del suo godimento<sup>(15)</sup>.

Si tratta, è debito ricordarlo, di preoccupazioni tenute in particolare conto dal legislatore rispetto ai terzi che possano essere coinvolti dall'ordine esibitorio: l'art. 211 c.p.c., prevede finanche il potere del terzo di opporsi all'ordinanza di esibizione intervenendo nel giudizio prima della scadenza del termine assegnatogli, previsione cui la giurisprudenza ha offerto anche in tempi relativamente recenti un'interpretazione della norma favorevole alle posizioni più restrittive della dottrina, ritenendo necessaria una vera e propria costituzione in giudizio del terzo da decidere con sentenza<sup>(16)</sup>.

2. – L'ambiente interpretativo è, nel corso del tempo, significativamente mutato e ha offerto, o avrebbe dovuto offrire, un diverso e più solido fondamento alle istanze collegate all'inserimento nel codice di procedura del 1942 di una norma a vocazione generale sull'ordine di esibizione.

11 La preoccupazione di garantire il principio del *nemo tenetur edere contra se* e di non portare attentato alla autonomia delle parti e al principio dispositivo, sono la sostanza del pensiero che anima le considerazioni e le preoccupazioni, per esempio, di Lessona, *Teorie delle prove nel diritto giudiziario civile italiano*, Firenze, 1895, I, p. 62 ss.; Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, III, 1895, p. 403 ss.; Borsari, *Il codice italiano di procedura civile annotato*, Torino, 1865, p. 177.

12 Denti, *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, p. 284 ss.

13 La *Relazione n. 29 del Ministro Guardasigilli al nuovo codice di procedura civile* può leggersi in Lugo-Berri, *Codice di procedura civile illustrato con i lavori preparatori e con note di commento*, Milano, 1942, p. 145.

Si vedano le riflessioni di Carratta, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 579.

14 Satta, *Commentario al codice di procedura civile. Processo di cognizione*, II, I, Milano, 1966, p. 152, cui appartiene l'espressione virgolettata; nello stesso senso Lancellotti, *Aspetti sostantivi e processuali delle scritture dell'imprenditore*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 143, nota a Trib. Milano, 2 luglio 1970.

15 La Cina, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960; voce *Esibizione delle prove*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 698.

16 La giurisprudenza sulla questione non è copiosa; si ricordano, nel senso di cui al testo, Cass., 13 dicembre 1960, n. 3225, in *Giust. civ.*, 1961, I, 857; Cass., 4 aprile 1977, n. 4231, in *Foro it.*, 1979, I, c. 1870; App. Roma, 23 aprile 1990, in *Foro it.*, 1991, I, c. 3416.

Nello stesso senso Satta, *Commentario*, cit., p. 163; *contra*, tra gli altri, Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, II, Roma, 1956, p. 78; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1960, p. 136; La Cina, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, cit., p. 237, secondo i quali l'art. 211 c.p.c. disciplina un incidente che non deve andare oltre le esigenze istruttorie della causa.

L'entrata in vigore della Costituzione italiana, e con essa il suo art. 24, ha certamente costituito il primo e sicuro sostegno alle ragioni dell'art. 210 c.p.c., cui si sarebbe aggiunta, a rafforzarne *ratio* e ruolo, l'accresciuta consapevolezza della funzione cruciale che il diritto alla prova assume nell'esercizio dei diritti di azione e di difesa, affinché gli stessi possano dirsi effettivi.

Effettività della tutela e diritto alla prova, nello svolgere del tempo, sono stati, invero, oggetto di un'accresciuta consapevolezza, cui ha cospicuamente contribuito l'ambiente culturale giuridico europeo, sollecitato sia dall'art. 6 Cedu e dalla sua elaborazione da parte della giurisprudenza di Strasburgo (che molto ha influenzato anche la novazione del nostro art. 111 cost.), sia dall'art. 19 tr. Ue e dall'art. 47 della Carta di Nizza che, come noto, evocano entrambi espressamente il principio di effettività della tutela<sup>(17)</sup>.

L'esistenza di un diritto alla prova, dal canto suo, è stato oggetto di approfondita elaborazione da una parte autorevole della dottrina italiana e europea<sup>(18)</sup>.

Dal diritto Ue sono venute importanti sollecitazioni all'ammodernamento dei mezzi istruttori non soltanto sul piano dei principi, di cui offre esempio l'art. 121-*bis* c. pr. ind. che prevede un ampio potere di utilizzazione della prova orale anche a fini esplorativi circa l'individuazione di coloro che attuano la distribuzione di merci e di servizi in violazione di uno dei diritti tutelati dalla normativa in questione<sup>(19)</sup>.

Come meglio si vedrà nell'ultimo paragrafo, la dir. Ue n. 104 del 2014 – concernente le azioni risarcitorie per danni subiti da persone fisiche o giuridiche in seguito a violazioni della normativa *antitrust* – evidenzia al quarto considerando «La necessità che ciascuno stato membro disponga di norme procedurali che garantiscano l'effettivo esercizio del diritto al risarcimento», previsione entro la quale assume un ruolo strategico la «divulgazione delle prove» disciplinata all'art. 5, concepita in termini ben più ampi del nostrano art. 210 c.p.c. e dell'interpretazione che gli viene ancor oggi resa.

Una precisa esortazione a una lettura in chiave di effettività della tutela delle nostre vetuste norme in materia di istruzione nel processo civile, è venuta dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 11564 del 2015 (estensore Lamorgese) resa in materia *antitrust* ancor prima del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, con la quale è stata recepita la direttiva n. 104 del 2014<sup>(20)</sup>. La pronuncia evidenzia al giudice del merito specifici profili di questo contenzioso che richiedono correttivi interpretativi allo scopo di «rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in giudizio». Il primo di questi aspetti tocca l'art. 2697 c.c. e la sua utilizzazione come regola di giudizio: «il giudice non può decidere la causa applicando meccanicamente il principio dell'onere della prova»<sup>(21)</sup> in considerazione «dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova»<sup>(22)</sup>. Questa particolare condizione in cui si trova la parte che si afferma lesa, pone la stessa in una posizione di svantaggio sul piano della capacità probatoria, rispetto alla quale «il giudice è tenuto a valorizzare in modo opportuno gli strumenti di indagine e conoscenza che le norme processuali già prevedono, interpretando estensivamente le

17 Offrono un panorama completo di questa evoluzione Aa.Vv., *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, a cura di Taruffo-Varano, Torino, 2002; Trocker, *Il nuovo art. 111 cost. e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 381; *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1171; *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011.

18 Tarzia, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano, 2009, p. 11, definisce «la garanzia alla prova, o meglio del diritto alla prova, (...) come riconosciuta – e indispensabile – possibilità, per ciascuna parte, di essere ammessa a provare in giudizio fatti che sorreggano le rispettive domande, difese e eccezioni e di provare l'insussistenza di fatti dedotti dalla controparte (c.d. diritto alla prova contraria)».

Sul diritto alla prova, oltre agli Autori ricordati *supra*, nota n. 6, anche: Cavallone, *L'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto delle prove*, Atti del Convegno di Roma 10 dicembre 1976, *Studi parmensi*, XVIII, Milano, 1977, 18; E. F. Ricci, *Su alcuni aspetti problematici del «diritto alla prova»*, *Riv. dir. proc.*, 1984, 159 ss.; Denti, *Armonizzazione e diritto alla prova*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 673; Gobeaux, *Le droit à la preuve*, in *La preuve en droit*, Bruxelles, 1981, 277; Walter, *Il diritto alla prova in Svizzera*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1187; Habscheid, *Les grands principes de la procédure civile: nouveaux aspects*, *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, II, Milano, 1993, 3 ss.; Biavati, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 483 ss.; parla ormai di diritto alla prova anche Cadet, *Droit judiciaire privé*, Parigi, 2016, 462.

19 Benché l'art. 121-*bis* preveda che tale potere sia attivato «su istanza giustificata e proporzionata del richiedente», il n. 5 della stessa norma prevede un ampio potere del giudice di porre d'ufficio «tutte le domande che ritiene utili per chiarire le circostanze sulle quali si svolge l'interrogatorio». Per un approfondimento di questi aspetti, Scuffi, *Diritto processuale della proprietà industriale e intellettuale*, Milano, 2009, p. 465.

20 Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, in *Int'l Lis*, 2015, p. 123, con nota di De Cristofaro, *Il «private enforcement antitrust» ed il ruolo centrale della disciplina processuale, di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale*; in *Foro it.*, 2015, I, c. 2752, con nota di Casoria-Pardolesi, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale*; Musco, *La prova nelle azioni di risarcimento dei danni antitrust*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2017, p. 391.

21 Si tratta di affermazione già presente in giurisprudenza, per esempio, al fine di individuare il potere del giudice di esercitare i poteri di ufficio di cui all'art. 281-*ter* c.p.c., come per esempio in Trib. Reggio Emilia, 13 gennaio 2003, in *Foro it.*, 2003, I, c. 3463.

22 Asimmetria informativa e complessità di analisi economico-fattuale sono caratteristica ineliminabile del giudizio di risarcimento in materia di *antitrust*, come rilevano De Carolis, *Il Decreto legislativo n. 3/2017 (attuativo della Direttiva) sul c.d. private antitrust enforcement, tra tecniche di ripartizione dell'onere della prova e (potenziali) ricadute sull'onere di allegazione*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di Sassani, Pisa, 2017, p. 157 e Casoria-Pardolesi, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale*, cit., par. III.



condizioni stabilite dal codice di procedura civile in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazioni e consulenza tecnica d'ufficio, al fine di esercitare, anche officiosamente, quei poteri d'indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata. » (23).

Si tratta di indicazioni interpretative già presenti nella giurisprudenza anche oltre la tutela risarcitoria dettata in seno alla normativa *antitrust*, che mi spingerei a definire di inclinazione quasi rimediabile, poiché influenzate dalle caratteristiche concrete di un certo contenzioso e dalla necessità di riequilibrare la posizione delle parti (24).

La direttiva n. 104 del 2014 non soltanto, dunque, impone al legislatore nazionale la recezione della normativa nella stessa contenuta, ma esorta anche alla valorizzazione degli strumenti già a disposizione del giudice nella normativa nazionale e al loro adattamento interpretativo in chiave di effettività, specialmente in ambito istruttorio, ma non soltanto (25).

L'esame che segue circa i caratteri legislativi dell'ordine di esibizione previsto nell'art. 210 c.p.c. e la loro lettura giurisprudenziale, vuole evidenziare i profili cruciali dell'istituto e la fatica dell'interprete a liberarsi della tradizione restrittiva che lo ha caratterizzato, la cui pervicace sopravvivenza è ormai sganciata dalle motivazioni culturali preesistenti all'attuale codice di procedura civile. Si tratta di un'analisi animata da massima sintesi e dall'intento di offrire una comparazione con la più ampia «divulgazione delle prove» prevista dalla dir. Ue, n. 14 del 2014.

3.- Il dibattito che ha preceduto l'inserimento dell'art. 210 c.p.c. nell'attuale codice di procedura civile, ricordato nelle sue linee essenziali nel paragrafo di apertura del presente lavoro, ha pesato sulla formulazione della norma e in particolare sulla previsione dei suoi limitativi presupposti applicativi e sulla mancanza di effettività che la affligge, considerata l'assenza di sanzioni per la parte che ometta di adempiere all'ordine.

L'ambito di applicazione dell'istituto è delimitato dal combinato disposto degli artt. 210 e 118 c.p.c., con l'art. 94 disp. att. c.p.c.

Si osserva che sin dall'*incipit*, l'art. 210 delimita il proprio campo di operatività in termini negativi, evocando gli «stessi limiti» sanciti dall'art. 118 per l'ispezione, di cui il rinvio coglie soltanto l'aspetto restrittivo, atteso che quest'ultima si colloca sistematicamente tra i poteri del giudice e, diversamente dall'esibizione, può essere disposta d'ufficio.

Il requisito di necessità/indispensabilità che si trae dai rispettivi primi commi delle norme da ultimo ricordate, è stato considerato in linea con la concezione «pubblicistica» del processo e «processualistica» dell'istituto, «nel senso che l'oggettiva necessità dell'accertamento della verità intorno ai fatti di causa (...) giustificerebbe la lesione così arrecata al principio <<*nemo tenetur edere contra se*>> (26).

Satta, pur non annoverandosi tra gli ammiratori dell'esibizione documentale, rileva che l'accoppiata necessità-indispensabilità altro non possa che alludere al concetto di «rilevanza» del documento di cui è chiesta l'acquisizione (27) per la prova del fatto di cui si discute nel procedimento.

La giurisprudenza, tuttavia, si è subito orientata in favore di una lettura del requisito in questione quale «indispensabilità» dell'acquisizione, ritenuta integrata soltanto dalla impossibilità di provare altrimenti il fatto riguardato dal documento oggetto dell'esibizione. In quest'ottica, non è sufficiente, dunque, che il documento sia idoneo alla prova del fatto, ma è necessario che la stessa non possa essere offerta con altro mezzo, con ciò allontanando il concetto di «rilevanza» della prova, per accedere a un livello superiore e più restrittivo

23 De Cristofaro, *Innovazione e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 523, pubblicato anche in banca dati *on line Studiologicale.leggiditalia*, qui consultato, par. 8.

24 Costituisce un esempio di questa interpretazione correttiva, per esempio, il principio di vicinanza della prova e l'inversione, o l'attenuazione, dell'onere probatorio che ne deriva, il quale è divenuto un criterio interpretativo che si può, ormai, definire panprocessuale: per una recente applicazione in materia di revocatoria ordinaria, Cass., 28 febbraio 2018, n. 4728, in *Guida dir.*, 2018, 23, p. 58; nel processo amministrativo, Cons. Stato, 7 giugno 2016, n. 2441, in banca dati *on line De Jure*; nel processo penale Cass. pen., 1° marzo, 2013, n. 9787, in banca dati *on line De Jure*.

25 Si vedano le osservazioni di De Cristofaro, *Innovazione e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement*, cit., par. 8, secondo il quale nella prospettiva di «agevolazione processuale» dovrebbero rientrare anche una rilettura dell'onere dell'allegazione gravante sulla parte attrice.

26 Così Cavallone, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., par. 7, cui appartengono le espressioni virgolettate.

27 Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, II, cit., p. 159; sulla coincidenza di significato delle due espressioni anche Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, cit., p. 840.

dell'utilità che il documento deve rappresentare affinché possa accedersi all'ordine esibitorio (28).

Si tratta di un indirizzo riproposto anche in tempi recenti da quella giurisprudenza di merito che esclude la ricorribilità all'ordine di esibizione quando la parte possa procurarsi il documento attraverso una sua attivazione pre o *extra* processuale (29), ma per il quale si è forse inaugurato un periodo di minor floridezza con la dissonante voce del giudice di legittimità, il quale ha recentemente affermato che la «inerzia della parte interessata non rileva per la valutazione dell'indispensabilità dei documenti prodotti ai fini della decisione del giudizio», finanche se l'esigenza in questione si presenta nel giudizio d'appello (30), con ciò aprendo a un'auspicata valorizzazione dello strumento in questione oltre la posizione soggettiva della parte, nell'intento di trarre la massima utilità e, direi, verità, dall'azione processuale.

Naturalmente l'istituto in questione non potrà essere utilizzato per supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante (31).

L'art. 94 disp. att. c.p.c. prescrive, dal canto suo, una serie ulteriore di indicazioni che l'istanza di esibizione deve offrire per poter aspirare all'accoglimento. In particolare, è necessaria la «specifica indicazione» del documento o della cosa oggetto dell'esibizione, la «prova della sua esistenza» e, quando necessario, della sua ricorrenza «nel possesso» della parte ingiunta dell'esibizione.

Anche la dottrina meno in simpatia con l'istituto, ha considerato eccessivo che tale indicazione fosse da considerarsi integrata dalla descrizione del contenuto del documento (32). Si tratta di una informazione diretta, piuttosto, a individuare la rilevanza, o meglio la indispensabilità, del documento ai fini probatori, come anche a vigilare che l'ordine di esibizione non risponda a scopi esplorativi.

Come bene esprime la giurisprudenza «l'istanza di ordine di esibizione di documenti presuppone la deduzione che i documenti da esibirsi contengano la prova su fatti controversi in causa, senza che tale ordine possa essere emesso al solo scopo di indagare se siffatta prova possa essere rinvenuta nei documenti stessi» (33), rilievo da cui consegue che non assolva a tale onere colui che, per esempio, chieda la esibizione «di tutti i documenti contabili relativi a un esercizio finanziario» (34), oppure gli «estratti conto bancari di soggetti mutuantanti (...) con riferimento ad un certo periodo di tempo senza indicazione di date ed importi versati» (35), costituenti una «categoria» di documenti che, invece, come si vedrà, è espressamente contemplata dall'istituto coniato dalla dir. Ue n. 14 del 2015.

La «prova della esistenza del documento» e il suo possesso da parte dell'ingiunto, è circostanza certamente animata dallo scopo pragmatico di evitare l'esercizio di attività inutile, ma risponde, in particolare, all'esigenza di evitare l'uso esplorativo dell'esibizione. Essa è da considerarsi ricorrente in tutti i casi in cui vi siano obblighi legali alla tenuta del documento, come per esempio le scritture contabili per l'imprenditore, o quando il documento sia da ritenersi nella disponibilità della parte secondo l'*id quod plerumque accidit*, atteso che v'è concordia che l'accezione «possesso» sia adoperata in senso atecnico (36).

28 Esprime questo orientamento, tra le pronunce più risalenti, Cass., 25 novembre 1976, n. 4443, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Esibizione*, n. 2, citata da Ficarelli, *Esibizione di documenti e discovery*, cit., p. 260, nota 80, la quale parla di un *quid pluris* richiesto dalla giurisprudenza rispetto alla «idoneità alla prova» del documento oggetto dell'esibizione. Nello stesso senso Cass., 29 agosto 1979, n. 4721; Cass., 23 gennaio 1978, n. 292, entrambe in *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi e Taruffo, Padova, 1999, sub art. 210, p. 720, per l'edizione qui consultata; più recentemente Cass., 11 giugno 2013, n. 14656, in banca dati *on line De Iure* ha ritenuto non indispensabile ordinare l'esibizione della cartella clinica di un defunto da parte degli eredi ritenendo che gli stessi potevano acquisirne copia di loro iniziativa.

29 Così, per esempio, in materia di documentazione bancaria, è esclusa la possibilità di chiedere l'esibizione documentale se la parte non ha fatto uso dei poteri riconosciuti dall'art. 119 del TUB, Trib. Roma, 31 maggio 2018, n. 10822; Trib. Venezia, 12 marzo 2018; più in generale, ritiene che l'ordine di esibizione possa essere esercitato soltanto quando, in difetto, la parte non possa assolvere con altro mezzo l'onere della prova, Trib. Roma, 4 aprile, 2016, tutte in banca dati *on line De Iure*.

30 Cass., 7 settembre 2018, n. 21918, in banca dati *on line De Iure*.

31 Tra le molte in questo senso Cass., 25 maggio 2004, n. 10043; Cass., 8 agosto 2006, n. 17948; Cass. 18 settembre 2009, n. 20104; Cass., 9 giugno, 2010, n. 13878, tutte pubblicate integralmente in banca dati *on line De Iure*.

32 La China, *Esibizione delle prove*, cit., n. 3.

33 Cass., 12 aprile 1984, n. 2369; conf. Cass. 12 dicembre 1988, n. 6734, entrambe possono leggersi per intero in banca dati *on line De Iure*.

34 Cass., 8 settembre 1999, n. 9514, in banca dati *on line De Iure*.

35 Cass., 23 agosto 2011, n. 17602, in banca dati *on line De Iure*.

36 Sono normalmente offerti gli esempi del libretto universitario per lo studente e della detenzione di un documento; Cavallone, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit. par. 6; Graziosi, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., p. 308; Ficarelli, *Esibizione di documenti e discovery*, cit., p. 259.

Si tratta, è opportuno osservarlo, di requisiti anche in questo caso valorizzati dalla giurisprudenza addirittura come espressione di canoni che informano l'istruttoria, in dissuasione di qualunque interpretazione che pensasse a depotenziarli a meri requisiti formali dell'istanza, come per certi versi potrebbe porgere la loro collocazione nelle disposizioni di attuazione <sup>(37)</sup>.

Non difettano in giurisprudenza pronunce che addirittura escludono la possibilità di offrire la prova del possesso del documento attraverso la prova testimoniale, quando il documento abbia forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*, in una sorta di indebita dilatazione *per relationem* dei limiti di ammissibilità della testimonianza <sup>(38)</sup>.

Con riferimento al requisito della «comunanza» del documento tra le parti, Satta ha sostenuto la permanente necessità della sua ricorrenza anche nel mutato regime dell'esibizione recepito nell'art. 210 c.p.c. <sup>(39)</sup> e benché estraneo al tenore letterale della norma e a fronte della natura istruttoria assunta dall'esibizione nel nuovo contesto normativo, atta a conferire all'istituto connotazione «processualistica» <sup>(40)</sup>.

Nella giurisprudenza recente, peraltro, il requisito in questione pare essere caduto in desuetudine <sup>(41)</sup>.

4.- L'altro grande tema e fonte di criticità per il funzionamento della nostra esibizione documentale, è costituito dall'assenza legislativa di sanzioni in caso di inottemperanza all'ordine <sup>(42)</sup>.

Si tratta di un problema delicato, che tocca il cuore dell'effettività della tutela, palesato proprio dall'interpretazione in termini di «necessarietà» del documento e dall'impossibilità di provare altrimenti il fatto che ne costituisce l'oggetto; da qui, discende una paradossale violazione del diritto di difesa tutte le volte che sia la controparte a essere intimata dell'esibizione e la stessa, impunita, non vi provveda: si mette, così, nelle mani del soggetto controinteressato alla prova, la scelta di non adempiere, senza significative conseguenze a suo carico <sup>(43)</sup>.

I tentativi della dottrina tradizionale di colmare questo vuoto si sono moltiplicati senza, peraltro, riuscire a filtrare nella giurisprudenza.

Lancellotti ritiene applicabile l'art. 118 in via analogica, con la conseguente possibilità di trarre argomenti di prova dalla mancata esibizione e, forse, di poter addirittura applicare le sanzioni previste dall'ultimo comma della norma in questione <sup>(44)</sup>.

La China rileva l'impossibilità di applicare analogicamente l'ultimo comma dell'art. 118 c.p.c., non richiamato dal rinvio <sup>(45)</sup>, e altra parte della dottrina, tra cui si collocano Andrioli, Liebman e Mandrioli,

37 Si ricorda, per esempio, Cass., 12 febbraio 1982, n. 877, in banca dati *on line De Iure*, la quale afferma: «Il principio di cui all'art. 94 disp. attuaz. c.p.c., secondo il quale l'istanza di esibizione di un documento o di una cosa in possesso di una parte o di un terzo deve contenere la specifica indicazione del documento o della cosa, e, quando necessario, l'offerta della prova che la parte o il terzo lo possiede, è espressione di un principio generale in base al quale nessuna indagine istruttoria, anche inquisitoria, può essere ammessa ove non siano forniti elementi apprezzabili anche indiziari, della sua pertinenza e della concreta possibilità della stessa di pervenire a risultati utili per il processo».

38 Così, per esempio, Cass. 6 maggio 1980, n. 2989, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2741; Cass., 19 aprile 1996, n. 3722, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1325.

39 In questo senso, per le ragioni culturali espresse *supra*, par. 1, riconducibili alla coesistenza dello stesso con principio del *nemo tenetur edere contra se*, Satta, *Commentario*, II, cit., p. 150.

40 Cavallone, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., par. 9, esclude la ricorrenza del requisito della comunanza del documento per la «inequivoca lettera delle norme» e per «la «chiarissima intenzione del legislatore»», benché rilevi come della stessa vi fossero persistenze nella giurisprudenza perlomeno negli anni sessanta. Recentemente il TAR Brescia, 4 giugno 2018, n. 54, in banca dati *on line De Iure*, ha affermato il carattere «astratto» del diritto di accesso all'ordine di esibizione a la sua indipendenza dalla fondatezza della pretesa sostanziale.

41 Cfr le considerazioni sull'attualità del requisito della comunanza del documento tra le parti di Graziosi, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, cit., p. 37.

Il requisito in questione ricorre invece in Cass., 15 febbraio 1979, n. 993, in banca dati *on line De Iure*, la quale afferma: «Il giudice non può ordinare la esibizione in giudizio di documenti alla cui redazione non abbia collaborato la parte istante in quanto per l'ammissibilità della "actio ad exhibendum" sono requisiti essenziali la esistenza certa del documento, l'interesse della parte che ne chiede la produzione per la sua influenza nella causa, nonché il fatto che il documento sia di proprietà comune o fonte o prova comune»; qualche reminiscenza del requisito ricorre anche in Trib. Roma, 19 agosto 2006, in *Diritto informazione e informatica*, 2007, p. 815, la quale assume nella necessaria ricorrenza del requisito della comunanza del documento la differenza tra l'ordine di esibizione previsto dall'art. 210 c.p.c. e quello di cui all'art. 156-bis d.lgs. n. 196 del 2003 sul diritto d'autore.

42 Sul problema si vedano le ampie considerazioni, svolte anche in chiave comparatistica, di Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., p. 73 ss.

43 In questo senso le considerazioni di Taruffo, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 74; si vedano anche le considerazioni sull'incostituzionalità dell'art. 210 per l'assenza di sanzioni di Zingales, *Diritto alla prova, coerenza normativa e profini di incostituzionalità degli artt. 118 e 210 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2128 in nota a Trib. Spoleto, 13 ottobre 1999.

44 Lancellotti, *Esibizione di prove e sequestri*, in *Studi in onore di E. Redenti*, Milano, 1951, p. 553.

45 La China, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, cit., p. 707.

sottolinea che l'ipotesi è inutilmente tortuosa alla luce della possibilità di trarre argomenti di prova dal comportamento della parte, prevista in termini generali quale prerogativa del giudice dall'art. 116, comma 2°, c.p.c. (46). Questi stessi Autori sottolineano anche come per conferire effettività all'ordine sarebbe necessario riconoscere al giudice la possibilità di ritenere provato il fatto oggetto del documento di cui all'ordine esibitorio rimasto inadempito. Si tratta di un profilo che merita di essere rimarcato e che, come si vedrà, è ripreso dalla dir. Ue n. 104 del 2014.

A rendere specialmente difficoltosa l'individuazione di una soluzione interpretativa dell'ineffettività che affligge l'istituto, concorre significativamente l'esclusione dell'ordinanza istruttoria dal novero dei provvedimenti dotati di efficacia esecutiva, profilo su cui la dottrina è in larga parte concorde, con la conseguenza di non poter invocare le norme sull'esecuzione forzata di cui agli artt. 605 o 612, c.p.c. (47).

Carnelutti ipotizza di guardare al codice penale per trarvi sanzioni alla mancata esibizione: le norme che si pongono sono l'art. 366, concernente il rifiuto di uffici legalmente dovuti, l'art. 388, relativo alla mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice e l'art. 650, sanzionatorio dell'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, ma lo stesso Autore dubita di questa possibilità, rilevando la percorribilità di questa via solo in una prospettiva fortemente pubblicistica del processo civile (48).

Qualche voce si leva a richiamare l'attenzione sull'analogia esistente tra l'inottemperanza all'ordine in questione e la mancata comparizione dei testimoni, propendendo per l'ammissibilità di un'esecuzione forzosa anche del primo, parimenti posta unicamente nella disponibilità del giudice (49).

Ancora, è ipotizzato che la mancata esibizione del documento possa dar luogo al diritto al risarcimento del danno *ex art.* 2043 c. c. (50), oppure *ex art.* 96, comma 2, c.p.c. di cui v'è traccia nella giurisprudenza (51).

Quest'ultima ha condiviso nel tempo, sia pure con un non copioso numero di pronunce, il rilievo circa l'assenza di esecutorietà del provvedimento che contiene l'ordine di esibizione, con la conseguente esclusione di una sua esecuzione forzata sia ai sensi degli artt. 605 ss. c.p.c., sia da parte del giudice (52), confermando la possibilità di poter trarre dalla sua inottemperanza, soltanto argomenti di prova, finanche in caso di distruzione del documento nelle more della scadenza dell'ordine (53).

Notoriamente la dottrina si è posta anche l'interrogativo del rapporto suscettibile di ricorrere tra l'art. 210 c.p.c. e il sequestro probatorio di cui all'art. 670, n. 2, c.p.c. e se quest'ultimo potesse assurgere a norma di esecuzione in forma specifica dell'ordine di esibizione.

La questione pone una serie di problematiche concernenti i presupposti delle due disposizioni e la loro diversa correlazione col diritto sostanziale all'esibizione, giacché mentre l'art. 670, n. 2 nomina espressamente il «diritto alla esibizione o alla comunicazione» della parte che richiede il sequestro, palesando la sua natura di norma cautelare a tutela di quel diritto, l'art. 210 c.p.c. avrebbe una connotazione eminentemente processualistica e istruttoria, svincolata dall'esistenza di uno specifico diritto all'uso probatorio del documento. Secondo alcuni Autori la correlazione tra le due disposizioni non potrebbe arrivare a configurare il sequestro quale forma di esecuzione forzata in forma specifica dell'ordine di esibizione, ma una sua limitata utilizzazione al fine di conservare temporaneamente il documento sino a che il giudice non individuerà la parte che ha

46 Ricordo, tra gli altri, Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, cit., p. 134; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, p. 126; Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, II, 1989, p. 172.

47 In questo senso Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, II, cit., p. 162; La China, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, cit., p. 708; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, cit., p. 135; Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, II, 1989, p. 172; Cavallone, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., par. 13 testo e note.

48 Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, p. 235; contra Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, cit., p. 348.

49 Ammette questa ipotesi Sparano, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Napoli, 1961, p. 449, il quale considera eseguibile forzatamente l'ordine di esibizione argomentando analogicamente all'accompagnamento coatto che il giudice può ordinare dei testimoni che non compaiano.

50 Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, II, cit., p. 256; si tratta di un'impostazione considerata affetta da «un vizio di prospettiva» atteso che se il documento non è esibito sarà difficile poter valutare la dannosità della sua mancata esibizione, secondo Cavallone, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, cit., par. 13.

51 Cass., 12 gennaio 1996, n. 188, la quale, dopo aver affermato la possibilità di trarre argomenti di prova dalla violazione dell'ordine di esibizione, aggiunge «anche ai fini della quantificazione equitativa del danno», in banca dati *on line De Iure*.

52 Cass., 6 dicembre 1983, n. 7289; conf. Cass., 10 dicembre 2003, n. 18833; entrambe possono leggersi integralmente in banca dati *on line De Iure*.

53 Ciò anche in ipotesi di obbligo alla tenuta del documento, come nel caso delle scritture contabili: Cass., 19 novembre 1994, n. 9839; 7 marzo 1997, n. 2086; Cass. 3 ottobre 2008, n. 24590, tutte in banca dati *on line De Iure*.

diritto alla sua esibizione o comunicazione<sup>(54)</sup>.

Nell'ottica della carenza forza esecutiva dell'ordine di esibizione, nemmeno potrebbe essere utilizzata la misura coercitiva di cui all'art. 614-*bis* c.p.c. il cui ambito applicativo si delimita, tra l'altro, sulla ricorrenza di un provvedimento di condanna.

5. Rispetto alla tradizione italiana sin qui delineata, l'ordine di esibizione ha trovato nella dimensione sovranazionale un *humus* culturale meno ostile, che ha consentito all'istituto di articolarsi in differenti ambiti.

Lo Statuto della Corte di giustizia ne offre un significativo esempio nell'art. 24, il quale prevede la facoltà di questo organo di chiedere alle parti le informazioni che esso <<reputi desiderabili>> e ai terzi tutte le informazioni che <<ritenga necessarie>>. La norma in questione ha il suo corollario nei regolamenti di procedura della Corte di giustizia e del Tribunale che, rispettivamente agli artt. 64 e 91, annoverano tra i mezzi istruttori a disposizione <<la richiesta di informazioni e di produzione di documenti>>.

E' interessante osservare come questi regolamenti costruiscano l'attività in questione quale prerogativa del giudice, al quale è riconosciuto il potere di chiedere alle parti o agli interessati indicati nell'art. 23 dello Statuto, qualsiasi informazione o documento che sia reputato rilevante per la lite.

Si tratta di un'attività espressamente finalizzata alla migliore gestione del procedimento, come bene esprime l'art. 89 del regolamento di procedura del Tribunale che pone la richiesta di informazioni e di documenti alle parti e ai terzi indicati dallo Statuto, tra le <<misure di organizzazione del procedimento>>, miranti <<a garantire, nelle migliori condizioni, l'istruzione delle cause, lo svolgimento dei procedimenti e la composizione delle liti>> (55).

Benché nell'applicazione pratica di queste disposizioni l'elaborazione giurisprudenziale torni a valorizzare il ruolo delle parti, ciò risulta giustificato dal fine di volgere utilmente all'esercizio di questi poteri istruttori (56), piuttosto che espressione dell'esigenza di rivivificare il criterio del *nemo tenetur edere contra se* (57).

La diversa considerazione di cui questa regola gode in ambiente Ue rispetto al nostro Paese, si coglie con particolare vividezza nell'art. 5 dir. Ue, n. 104 del 2014, intitolato nel testo italiano «divulgazione delle prove», il quale, al comma 5, espressamente prevede che: <<L'interesse delle imprese a evitare azioni per il risarcimento del danno in seguito a una violazione del diritto della concorrenza non costituisce un interesse meritevole di tutela>>.

L'espressione «divulgazione delle prove» costituisce, verosimilmente, la traduzione della locuzione *disclosure of evidence* ricorrente nella versione inglese della direttiva. È lecito ritenere che la scelta sia del tutto consapevole e voluta proprio in considerazione della tradizione consolidata che la *disclosure* ha negli ordinamenti di *common law* e del suo significato tecnico, tale da investire tutti gli elementi difensivi utilizzabili e non soltanto i documenti ai quali pare, invece alludere l'espressione <<production de preuves>> utilizzata nel testo francese.

I lavori preparatori confermano l'espresso e preciso obiettivo della direttiva di «prevedere un accesso alle prove che consenta ai soggetti danneggiati di ottenere le informazioni pertinenti di cui hanno bisogno per intentare l'azione di risarcimento danni», che pur dovesse restare sotto il controllo giurisdizionale sia per garantire la preservazione dei diritti delle parti che potrebbero trarre nocumento da strumenti non proporzionati alle esigenze del contenzioso, quali il diritto alla riservatezza, sia per dare una delimitazione più chiara

54 Ricostruiscono i termini della disputa Trib. Milano, 2 luglio 1970, e in nota Lancellotti, *Aspetti sostantivi e processuali delle scritture dell'imprenditore*, cit., p. 143; Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., p. 63 ss.; Ficarelli, *Esibizione di documenti e discovery*, cit., p. 285, tutti con ampi richiami dottrinali cui si rinvia.

55 Sul processo dinanzi agli organi dell'Unione Europea, Biavati, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2015, p. 217; Id. *Il processo dell'Unione Europea*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, Milano, 2007, p. 990.

56 Si tratta di un ruolo valorizzato al fine di orientare utilmente l'esercizio dell'ordine di esibizione; Così emerge, per esempio, dalla recente pronuncia del Trib. primo grado, 5 febbraio 2018, T-208/16, *Ranocchia*, che afferma: <<per consentire al Tribunale di valutare se sia utile ai fini del corretto svolgimento del procedimento ordinare la produzione di determinati documenti, la parte che ne fa domanda deve identificare i documenti sollecitati e fornire al Tribunale un minimo di elementi idonei a suffragare l'utilità dei documenti stessi per le esigenze del giudizio in corso>> (punto 149 della motivazione); la sentenza può leggersi all'indirizzo internet <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199043&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3503513>; conf., Trib. primo grado, 8 ottobre 2008, *Sogelma*, T-411/06, (punto 152 della motivazione); Corte giust., 17 dicembre 1998, *Baustahlgewebe*, C-185/95, (punto 93 della motivazione).

57 Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, p. 201, nota n. 219, indica le disposizioni ricordate nel testo quali espressioni di una <<filosofia comunitaria>> favorevole allo scambio di informazioni.

ai poteri del giudice, usciti troppo indefiniti dalla nota pronuncia *Pfleiderer* (58).

Il testo licenziato dal legislatore Ue è, del resto, inequivocabile nel considerare l'accesso alle informazioni, in una materia notoriamente caratterizzata dall'asimmetria informativa, come uno degli strumenti più incisivi nel perseguire l'intento di offrire «un pieno risarcimento» a coloro che siano stati danneggiati dalla violazione della normativa *antitrust*, scopo che ricorre come un mantra nei considerando e in numerose disposizioni della direttiva, correlato, forse indispensabilmente, al carattere effettivo della tutela: così enuncia il quarto considerando della direttiva, richiedendo che ogni Stato membro disponga di «norme procedurali» e di «mezzi di ricorso» che «garantiscano l'effettivo diritto» al risarcimento e «una tutela giurisdizionale effettiva», come previsto dagli artt. 19, comma 2°, n. 2 tr. Ue.

Fonte dell'informazione e fonte della prova traspaiono, in certi passi della direttiva, come elementi quasi sovrapponibili, che partecipano della stessa natura, costituita dall'esercizio di un adeguato diritto di difesa: così il quattordicesimo considerando, che sottolinea come informazioni e prove siano spesso detenuti esclusivamente dalla controparte o da terzi e non siano accessibili al danneggiato, con ciò stigmatizzando anche quei sistemi processuali statali che richiedono un'indicazione dettagliata dei fatti e delle prove sin dall'avvio del giudizio, come in grado di «impedire in maniera indebita l'esercizio efficace del diritto al risarcimento» (59).

L'indicazione è ripetuta dall'art. 4, il quale richiama anche il principio di equivalenza, secondo il quale le violazioni degli artt. 101 e 102 tr. FUE in nessun caso devono dare luogo a un trattamento meno favorevole di quello previsto per la violazione delle norme nazionali.

La tutela offerta dalla direttiva in questione è superiore a quella prevista dalla normativa *antitrust* di diritto interno, che detta con la l. n. 287 del 1990 le norme a tutela della concorrenza e del mercato, nella quale non ricorre la previsione di accorgimenti processuali tarati sulle speciali esigenze di questo contenzioso.

L'art. 5 della direttiva, dunque, raccoglie e traspone sul piano istruttorio, le indicazioni di effettività della tutela, affidandole in larga misura all'istituto della divulgazione delle prove. Si osservi che l'assetto che quest'ultima riceve nella norma in questione, costituisce il suo contenuto minimo, la cui latitudine potrà essere ampliata, ma non ridotta, dai legislatori nazionali, come predica l'ultimo comma della disposizione, a tenore del quale «il presente articolo non impedisce agli Stati membri di mantenere o introdurre norme che prevedano una divulgazione più ampia delle prove», ferme restando le garanzie che i giudici dovranno adottare per garantire la riservatezza delle informazioni e la tutela del terzo ingiunto, cui dovrà pure essere data la possibilità di essere sentito prima dell'ordine di divulgazione (60), che sole costituiscono profili esclusi dalla disponibilità dei legislatori nazionali (61)

Ciò precisato, l'art. 5 prevede l'istanza di parte, che dovrà essere motivata con riferimento all'azione intentata e ai «fatti e prove ragionevolmente disponibili che siano sufficienti a sostenere la plausibilità della sua domanda di risarcimento del danno» (art. 5, n. 1) e riguardare «la divulgazione delle prove rilevanti» che

58 Così il Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla proposta di direttiva del 6 marzo 2014, COM(2013) 404 final — 2013/0185 (COD), in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52013AE4975#ntr5-C\\_2014067IT.01008301-E0005](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:52013AE4975#ntr5-C_2014067IT.01008301-E0005), cui appartengono le espressioni virgolettate del testo.

Corte giust., 14 giugno 2001, *Pfleiderer AG c. Bundeskartellamt*, C-360/09, in <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-360/09&td=ALL>, la quale, adita in via di interpretazione pregiudiziale in materia di intese e in particolare sul regolamento n. 1 del 2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 tr. FUE, ha stabilito che le norme europee non ostano a che un soggetto, danneggiato da un'infrazione al diritto della concorrenza dell'Unione e che intenda conseguire il risarcimento del danno, ottenga l'accesso ai documenti relativi ad un procedimento di clemenza riguardante l'autore di tale infrazione, precisando che: «Spetta tuttavia ai giudici degli Stati membri, sulla base del loro diritto nazionale, determinare le condizioni alle quali un simile accesso deve essere autorizzato o negato, procedendo a un bilanciamento tra gli interessi tutelati dal diritto dell'Unione».

Si veda anche *Green Paper, Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, {SEC(2005) 1732}/\* COM/2005/0672 final \*/, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52005DC0672>, séguito dal *White Paper, Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Brussels, 2.4.2008 COM(2008) 165 final, in [https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1\\_avrupa\\_birligi/1\\_6\\_raporlar/1\\_1\\_white\\_papers/com2008\\_white\\_paper\\_on\\_damages\\_actions\\_for\\_breach\\_of\\_ec\\_antitrust\\_rules.pdf](https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_6_raporlar/1_1_white_papers/com2008_white_paper_on_damages_actions_for_breach_of_ec_antitrust_rules.pdf).

59 In senso adesivo i rilievi di De Cristofaro, *Innovazione e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement*, cit., par. 8, e *ivi*, *supra*, nota n. 22.

60 La possibilità dei legislatori nazionali di predisporre misure più incisive è, infatti, fatta salva dall'art. 5, n. 8 «fermi restando i paragrafi 4 e 7 e l'art. 6» che, appunto, disciplinano la divulgazione che implica doveri di riservatezza, la posizione del terzo e prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza.

61 Sulla trasposizione della direttiva in Germania, Francia, Italia, Spagna, Inghilterra e Galles, AA.VV., *La transposition de la directive 2014/104/UE relative aux actions en dommages et intérêts pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles, Dossier Concurrences*, in *Revue des droits de la concurrence*, 2015, 2, p. 11, può leggersi anche al seguente sito [file:///C:/Users/Caterina%20Silvestri/Documents/Caterina/Universit%C3%A0/Articoli/Ordine%20di%20esibizione/03Concurrences\\_2-2015\\_Dossier\\_A.-S.\\_Chone-Grimaldi\\_et\\_al-1.pdf](file:///C:/Users/Caterina%20Silvestri/Documents/Caterina/Universit%C3%A0/Articoli/Ordine%20di%20esibizione/03Concurrences_2-2015_Dossier_A.-S._Chone-Grimaldi_et_al-1.pdf)

rientrino nel controllo del convenuto o del terzo.

Il giudizio di “ragionevole disponibilità” della prova e di “plausibilità” della domanda paiono introdurre un margine di discutibilità sia sulla detenzione del documento da parte del terzo, sia sul valore probatorio che lo stesso è suscettibile di assumere nel giudizio, dando rilievo a una certa valenza esplorativa dell’istanza, che può investire questi due profili, ben distanti da quella impossibilità di provare altrimenti che ancor oggi soverchia l’utilizzabilità del nostrano ordine di esibizione *ex art.* 210 c.p.c.

Mi pare che questa apertura sia confermata dal successivo n. 2 dello stesso art. 5, il quale prevede che i giudici possano ordinare «la divulgazione di specifici elementi di prova o rilevanti categorie di prove definiti nel modo più preciso e circoscritto possibile sulla base dei fatti ragionevolmente disponibili nella richiesta motivata».

E’ chiaro che anche nell’ottica del legislatore europeo debba esserci uno sforzo teso all’individuazione del documento, ma l’apertura alla «categoria di prove», incunea uno spazio di ricerca, consentendo una richiesta che investa, per esempio, tutta la documentazione concernente un certo periodo temporale, senza bisogno di una specifica indicazione del documento.

Certamente l’istituto tratteggiato dalla direttiva Ue non integra, e nemmeno si avvicina, alla *fishing expedition* di impronta statunitense, delineatasi, si ricorderà, nel caso Hickman del 1947, nel quale fu affermato che per proporre una domanda di *discovery* è sufficiente, un’idea generale del pesce che il pescatore spera di catturare <sup>(62)</sup>. La direttiva non adotta finalità apertamente e dichiaratamente esplorative, ma traspare dal suo impianto generale la presa d’atto che il garantire l’accesso all’informazione e alla prova implica una necessaria attività di ricerca, che deve essere mirata e verosimile, ma che è altresì priva di certezza, atteso che è proprio il *gap* informativo e probatorio che l’istituto vuole colmare.

Per quanto inusuale nel nostro sistema, la direttiva vi trasporta, dunque, uno strumento istruttorio, la «divulgazione di prove», di nuovo conio e che va oltre la semplice acquisizione del «documento», nozione compresa <sup>(63)</sup> ma non esaurita dal più ampio concetto di «prove», tra l’altro utilizzato al plurale, che «fornisce al giudice gli *strumenti necessari* per la ricostruzione in giudizio di accadimenti passati, consentendogli in tal modo di formare il proprio convincimento sulla verità (o sulla non verità) dei fatti storici» <sup>(64)</sup>, come del resto precisa in senso analogo la definizione offerta dall’art. 3, n. 13 della direttiva <sup>(65)</sup>.

Alla luce dell’impianto prescrittivo e degli scopi della direttiva, non mi pare che l’istituto europeo possa essere depotenziato e rimodellato sul calco dell’art. 210 c.p.c. <sup>(66)</sup> e magari della sua tradizionale restrittiva lettura.

Il timore è che questi ultimi soverchino anche la devoluzione delle prove Ue, già forse riletta in tono minore dal titolo «esibizione delle prove» con cui l’ha recepita l’art. 3, d.lgs. n. 3 del 2017.

L’utilizzo del termine «esibizione» è già una eco culturalmente sfavorevole e minacciosa di una pigra associazione interpretativa con l’esibizione documentale, benché l’utilizzazione della espressione plurale di «prove», lasci aperta perlomeno l’aspirazione a un istituto più moderno ed effettivo.

Molto è rimesso al respiro interpretativo che la giurisprudenza saprà offrire alla locuzione «categoria di prove», su cui si basa l’istituto e su cui pure sorge qualche sospetto di fedele ricezione, alimentato dal tono e

62 *Hickman v. Taylor*, 329 U.S. 495 (1947).

Per un’analisi dell’istituto statunitense, Taruffo, voce *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, p. 355; Dondi, *Questioni di efficienza della fase preparatoria nel processo civile statunitense (e prospettive italiane di riforma)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 164; Ficcarelli, *Esibizione di documenti e discovery*, cit., p. 142 ss.

63 Sulla nozione di documento, *supra* nota n. 1.

64 La definizione è di Comoglio, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Rescigno, Torino, 2010, p. 181.

65 Definisce, invece, «mediamente innovative» le norme in questione, A. Fabbri, *La “esibizione” istruttoria nel private enforcement del diritto antitrust*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di Sassani, Pisa, 2017, p. 169.

66 Non mi pare che condividano le considerazioni da me espresse nel testo Finocchiaro, *La divulgazione delle prove nella direttiva Antitrust Private Enforcement*, in *Riv. dir. ind.*, 2016, 3, p. 221; De Santis, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1495; cfr. Giussani, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *Quaderni di AIDA*, XXIV, Milano, 2015, p. 251, che mi pare si limiti a esprimere rilievi di comunanza on l’ordine di esibizione di diritto interno e la divulgazione di fonte Ue; Vincere, *La Direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2015, p. 1153; sottolinea la novità della divulgazione rispetto all’ordine di esibizione Fabbri, *La “esibizione” istruttoria nel private enforcement del diritto antitrust*, cit., p. 175.

dal tenore dell'art. 3, n. 2, del d.lgs. n. 3 del 2017.

Quest'ultimo si preme di precisare, e inevitabilmente di circoscrivere, il significato della «categoria di prove», la quale nell'ordine di esibizione dovrà essere «individuata mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto o il contenuto degli elementi di prova di cui è richiesta l'esibizione che rientrano nella stessa categoria».

Natura, periodo, oggetto o contenuto, nell'ottica del legislatore italiano divengono, dunque, i parametri attraverso i quali trova specificazione e individuazione la classe di mezzi istruttori di cui intenderebbe avvalersi il danneggiato: si tratta di una elencazione di cui la norma non indica il carattere esemplificativo o tassativo, ma non può che ritenersi di natura meramente indicativa, atteso che argomentare diversamente esporrebbe l'art. 3 del d.lgs. n. 3 del 2017, alla disapplicazione per contrarietà alla dir. n. 104 del 2014 la quale, come si è detto poco sopra, fissa parametri minimi delle tutele, non depotenziabili dai legislatori nazionali.

Di peculiare interesse è anche l'art. 5, n. 3, della direttiva, il quale demanda al giudice cui sia richiesto l'ordine di esibizione il giudizio di proporzionalità tra la misura richiesta e gli interessi in gioco. E' la stessa norma a indicare gli aspetti che il giudice dovrà considerare, consistenti: a) «in quale misura la domanda di risarcimento gli argomenti di difesa siano corroborati da fatti e prove disponibili che giustificano la domanda di divulgazione delle prove»; b) «la portata e costi della divulgazione in particolare per i terzi interessati, anche al fine di prevenire la ricerca generica di informazioni verosimilmente non rilevanti per le parti nel procedimento»; c) «se le prove di cui è richiesta la divulgazione contengano informazioni riservate in particolari riguardanti parti terze, e le modalità atte a proteggere tali informazioni riservate».

Si tratta, evidentemente, anche in questo contesto, di un giudizio di rilevanza che il giudice dovrà svolgere circa l'utilità della prova oggetto della richiesta di esibizione nell'ambito dell'azione risarcitoria esercitata, ma questa utilità probatoria non costituisce l'unico profilo che il giudice deve valutare, aggiungendosi l'ineliminabile valutazione dei costi economici legati all'ordine in questione<sup>(67)</sup>.

Il giudice dovrà anche preoccuparsi, alla luce di questi elementi, di combinare l'utilità suscettibile di essere tratta dall'esibizione con la natura riservata delle informazioni eventualmente portate dalla divulgazione (art. 5, n. 4).

Sul piano delle sanzioni, l'art. 8, n. 1 della direttiva, pur rimettendo alla legge interna la loro specificazione, individua i comportamenti che ne dovranno costituire l'oggetto: il mancato rispetto o il rifiuto di rispettare l'ordine di divulgazione di un giudice nazionale, la distruzione di prove, la violazione degli obblighi imposti dall'ordine a tutela di informazioni riservate, la violazione dei limiti all'uso delle prove previsti dalla direttiva medesima.

La stessa norma, al n. 2 detta anche i criteri di determinazione delle sanzioni, le quali dovranno essere «efficaci, proporzionate e dissuasive (...)». La disposizione accoglie anche quella che fu un tempo l'indicazione di Andrioli circa le conseguenze che la violazione dell'ordine di divulgazione è suscettibile di esplicare sul contenzioso, specificando che le sanzioni comprendono «la possibilità di trarre conclusioni negative, quali presumere che la questione sia stata provata o respingere in tutto o in parte domande e eccezioni, e la possibilità di ordinare il pagamento delle spese.»

L'art. 6 del d.lgs. n. 3 del 2017, ha recepito queste indicazioni e ha fissato serie sanzioni amministrative pecuniarie a carico della parte inadempiente, devolute a favore della cassa delle ammende, che vanno da euro 15.000,00 a euro 150.000,00, oltre alla possibilità che il giudice, ferme restando le sanzioni pecuniarie, possa «valutato ogni elemento di prova, [può] ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce» (art. 6, n. 6).

In conclusione può rilevarsi come l'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto della <<divulgazione delle prove>> abbia in sé una significativa potenzialità innovativa che potrà anche incoraggiare una lettura dell'ordine di esibizione di diritto interno in chiave di effettività e in linea con il mutato contesto sociale e giuridico.

67 Si tratta di un esempio di gestione del processo da parte del giudice al quale non sono estranee considerazioni di carattere economico; Cadiet, *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, in *Rev. française d'administration publique*, 2008, n. 125, pp. 133-150, può leggersi all'indirizzo internet <https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2008-1-page-133.htm>; De Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile inglese tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 290 ss.; Caponi, *Doing business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, 2015, IV, c. 10.



# JUDICIAL INDEPENDENCE AND JUDICIAL HUBRIS

Christoph A. Kern  
(Harvard) Heidelberg

## I. INTRODUCTION

Judicial independence is a central guarantee against various forms of undue influence on judicial proceedings. This makes it an important factor to ensure correct decisions and to foster confidence and trust in the judicial system. At the same time, judicial independence can be abused by those who benefit directly from it, i.e., the judges, in the execution of their judicial tasks. Such “judicial hubris” not only increases the costs of the judicial system for the parties and the State, but also impinges on legal certainty. This, in turn, can affect the confidence and trust in the judicial system and, ultimately, the State in general. Judges should be aware of the fact that each and any decision may affect legal certainty and therefore make use of their independence within the judiciary only for good, non-selfish reasons.

## II. THE VALUE OF JUDICIAL INDEPENDENCE

### 1. THE ROLE OF THE COURT

It is the task of the court to apply the law to the facts of an individual case. The law consists of legal rules, be they pre-established in a statute or developed case by case. Any rule aims at being applied uniformly to all identical patterns of facts. Of course, a rule may be formulated in a way that it can only be applied once, and on a theoretical basis one may argue that any court decision is based on a rule developed just for the individual case at issue.<sup>1</sup> However, at least in a constitutional State, all such individual rules derive their legitimacy from a more general rule and ultimately the Constitution itself,<sup>2</sup> and an individual rule which does not comply with the more general rule is typically invalid.<sup>3</sup> Thus, it is possible to say that the idea of the law itself is linked to the concept of equality, the concept of treating equal cases the like.<sup>4</sup>

The court whose task it is to apply the law to the facts of an individual case must, in order to fulfil this task, do just this: apply the *law* – and only the law – to the facts of the *case* – and only to the true facts of the case at issue. As the court typically does not know the true facts of the case and, in some legal systems, does not even have to know the law,<sup>5</sup> there must be a means of determining in the best possible way the facts and, as the case may be, the law – the procedure. This procedure must be efficient regarding duration, costs

---

1 For this approach, see Friedrich Müller/Ralph Christensen, *Juristische Methodik*, 11th ed., Berlin: Duncker & Humblot 2013, p. 280 ff.; Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität*, Berlin: Duncker & Humblot 1966, p. 147 ff.; id., *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin: Duncker & Humblot 1984, p. 147 ff., 234 ff.; id., *Richterrecht*, Berlin: Duncker & Humblot 1986, p. 13 f., 49 ff.; Ralph Christensen, *Was heißt Gesetzesbindung?*, Berlin: Duncker & Humblot p. 20 f., 38, 68, 202 ff.; Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, vol. IV, Tübingen: Mohr 1977, p. 180 ff., 237 ff.

2 For a discussion of this ‘hierarchical structure of norms’ in the Kelsenian sense see Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 5th ed., Freiburg: Karl Alber 2011, p. 172 ff.; Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 257.

3 This is the prevailing opinion in the German tradition; see, e.g., Werner Heun, *Richtervorlagen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, *Archiv des öffentlichen Rechts* [AöR] 122 (1997), 610, 611; Werner Heun, *Normenkontrolle*, in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, vol. 1, p. 615 ff. Note, however, that the German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) does not always declare an act invalid; for criticism, see, inter alia, Roman Seer, *Die Unvereinbarkeitserklärung des BVerfG am Beispiel seiner Rechtsprechung zum Abgabenrecht*, *Neue Juristische Wochenschrift* [NJW] 1996, 285.

4 Aristotle, *Nicomachean Ethics*, 1129b, 2; Cicero, *De officiis*, *Liber secundus* (II), 42; Rolf Stürmer, *Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik*, *JZ* 2012, 10, 11.

5 F.A. Mann, *Fusion of the Legal Professions?*, (1977) 93 L.Q.R. 367, 369; Björn Centner, *Iura novit curia in internationalen Schiedsverfahren*, Diss. Heidelberg 2018.

and quality, and at the same time treat all persons which are involved – the parties, their representatives, and third party witnesses – with respect. As most parts of the procedure fall into the responsibility of the court, it is obvious that the court's position in the proceedings is crucial for their outcome with respect to the application of the law to the facts as well as with respect to the quality of the procedure.<sup>6</sup>

## 2. SYSTEMIC RISKS AND THEIR PREVENTION

In an ideal world, the court exercises utmost diligence in determining the facts, applying the law and guiding the procedure. However, courts – at least until nowadays – consist of judges who are human beings of flesh and blood with all their fallibility. This means not only that mistakes and even deliberate disrespect of their duties for personal, internal motives cannot be excluded. It also means that these human beings can succumb to external influences and, in particular, open or concealed pressure. Mistakes and deliberate disrespect can be addressed by high-quality education, ethical standards and some forms of control focusing on the judges, their decisions and the way they guide the proceedings. External influences can, of course, be prohibited and severely punished. However, such influences can take various forms and emanate from almost everybody. Neither the forms of influence nor the group of people from whom they can emanate are easy to monitor. Therefore, it is advisable to think about additional means of protecting judges from external influence, means which focus on the judge him- or herself.

A first layer of protection against external influences, and in particular external pressure, is evident. It consists in safeguarding the judge from physical attacks at his or her workplace as well as in his or her private life. On the basis of an assessment of the situation, the State must be willing and able to provide secure offices and policemen or other security personnel.<sup>7</sup> A second layer of protection consists in rewarding judges for investing time and effort in their task and at the same time reducing incentives to take bribes by paying them an adequate compensation<sup>8</sup> and providing acceptable court facilities and a good working environment.

Once these two layers of protection are given, the judges are relatively well shielded from external influence in the strict sense. However, they are still vulnerable to influence by those who are not fully external: the other branches of State power, i.e., government and parliament, and the judiciary itself. As judges of the State judiciary exercise State power in an official function, the State, i.e., government, could, absent any particular rule to the contrary, remove them from their position or deploy them to a less attractive position as if they were normal state functionaries.<sup>9</sup> A judge who was, with respect to a certain case, threatened with, or feels the constant threat of, such measures may be inclined to use, or rather abuse, his or her powers in the determination of the facts, the application of the law or the design of the procedure in an individual case in a way which pleases more powerful representatives of State power, in particular, representatives of government.

## 3. JUDICIAL INDEPENDENCE AND DEMOCRACY

It should not need any further explanation that the judge should be protected from all forms of pressure by other representatives of State power who seek personal advantages in an individual case, e.g., a decision in their favor or in the favor of their relatives or a company owned by them, or who want to enforce a personal

6 Cf. Kurt Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, Bern: Stämpfli 1960, p. 33 f. (distinguishing the determination of the facts [*‘Sachverhaltsfeststellung’*], the finding of the law [*‘Rechtsfindung’*], the decision [*‘Rechtsentscheidung’*] and auxiliary activities [*‘Hilfshandlungen’*], the latter comprising in part the procedure; the importance of the procedure is pointed out at 35).

7 See, e.g., Steffen Detterbeck, in: Michael Sachs (ed.), *Grundgesetz. Kommentar*, 8th ed., Munich: C.H. Beck 2018, Art. 97 mn. 17.

8 Eichenberger (supra note 6), at 242 ff. In a remarkable decision, the German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) developed criteria to determine whether judges' compensation was so low to violate the constitution: BVerfG, Judgment of 5 May 2015 – 2 BvL 17/09, BVerfGE (collection of important cases edited by the Federal Constitutional Court) 139, 64-148.

9 Cf. Christian Hillgruber, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (founders), *Grundgesetz. Kommentar*, looseleaf, 82nd ed., January 2018, Art. 97 mn. 1 (noting that only thanks to judicial independence, the judiciary is a distinct power in the sense of Art. 20(2) sentence 2 GG); for a historical account on the judge as servant of the prince, see id., Art. 97 mn. 11; Michael Kotulla, *Machtsprüche, strafgerichtliche Bestätigungsvorbehalte und die richterliche Unabhängigkeit*, in: Ferdinand Kirchhof/Hans-Jürgen Papier/Heinz Schäffler, *Rechtsstaat und Grundrechte. Festschrift für Detlef Merten*, Heidelberg: C.F. Müller 2007, p. 199, 201.

policy, e.g., their own pro or contra abortion belief. This alone should be sufficient to guarantee the judiciary independence from other representatives of State power.

But how about pressure aimed at making the judge enforce an “official” State policy? Under the communist rule with its concept of unity of state power, the judiciary was part of, and subordinated to, executive State power.<sup>10</sup> The same was de facto true under the Nazi regime in Germany.<sup>11</sup> And even in a democratic system, one might argue that not only “normal” State functionaries and employees, but all forms of State officials including judges should follow the directives of those who the majority of the people has put into power. However, this argument – which was put forward, inter alia, in Germany in the first years after World War II<sup>12</sup> and today unfortunately is being employed by some governments in Eastern Europe<sup>13</sup> – cannot be accepted for a number of reasons.<sup>14</sup> Only some of these reasons shall be mentioned here: First, denying judicial independence vis-à-vis “official” State policy opens the flood-gates for abuses as it would be difficult to determine whether a State representative is acting in order to enforce an “official” or his or her “personal” agenda. Second, democracy does not mean “dictatorship of the majority”. Democracy lives from the existence of minorities which must have the chance to become the future majority.<sup>15</sup> In order to protect the minority, the system must provide for limits which have a stabilizing, moderating, even retarding effect.<sup>16</sup> As a new government cannot immediately change all the law and even if a new statute enters into force, pending cases and many cases which took place before the amendments entered into force normally must still be judged according to the previous law,<sup>17</sup> an independent judiciary is the most important player among State powers to provide such a retarding effect. This is particularly true where judges have the power to review the constitutionality of all public acts, be they decisions by government or laws passed by parliament.<sup>18</sup> Third, influencing judges is much less transparent than adopting or modifying a Statute in parliament. Even if the government is supported by the parliament, this does not necessarily mean that parliament will accept all acts proposed or favored by the government. At the very least, the combined wisdom of the members of parliament – which, normally, is pluralistic as it comprises the deputies of the minority electorate – may result in modifications as to style or contents. Moreover, parliamentary debate in a democracy is public. This serves at informing the electorate which, on this basis, can control how its representatives exercise the power granted to them and in case of dissatisfaction can bring another candidate, party or movement to power in the next elections. And fourth, allowing parliament or government to influence the judges directly and not by changing the law negates the very idea of a judiciary – the idea of dispute resolution by an impartial third person whose exclusive task it is to apply the law to facts as a result of an efficient and respectful procedure – and the very idea of justice – the idea of abstract rules which ensure that like cases are treated the like.

10 For an account, see Anja Seibert-Fohr, *Judicial Independence – The Normativity of an Evolving Transnational Principle*, in: Anja Seibert-Fohr (ed.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg et al.: Springer 2012, p. 1279, 1282 f.; Hillgruber (supra note 9), Art. 97 mn. 18.

11 Among the relevant publications of the time, see Heinrich Henkel, *Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt 1934, p. 8, 21; Manfred Fauser, *Das Gesetz im Führerstaat*, AöR 26 (1935), 129, 149; for accounts, see, e.g., Eduard Kern, *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, München: C.H. Beck 1954, p. 193 ff. (“attenuation of judicial independence”); Eichenberger (supra note 6), at. 81 f. (“termination of judicial independence”).

12 Adolf Arndt, *Über die Unabhängigkeit des Richters*, in: *Zum Aufbau des Rechtslebens. Festgabe für die Teilnehmer an der zweiten interzonalen Tagung der Leiter des Justizwesens in Wiesbaden vom 3.-6. Dezember 1946*, Heidelberg: Winter 1946, p. 27, 35.

13 In Poland, the reforms of the judiciary much criticized by the EU Commission (COM(2017) 835 final of 20 December 2017) have been defended by the Polish government with the „idea: restoring balance, strengthening ordinary judges, democratization“, see Chancellery of the Prime Minister, *White Paper on the Reform of the Polish Judiciary*, 8 March 2018, p. 22, available at [https://www.premier.gov.pl/files/files/white\\_paper\\_en\\_full.pdf](https://www.premier.gov.pl/files/files/white_paper_en_full.pdf) (last visited 26 July 2018). This contribution is not the place to analyze whether there are good reasons for a reform of the judiciary. However, it is interesting to note that a reform comprising the ousting of active judges was, inter alia, justified with „democratization“.

14 From the general press, see, e.g., Martin Klingst, *Autokratie: Wenn Demokratie zur Diktatur wird*, Zeit Online, 27 February 2017 (last visited 24 July 2018); for a detailed analysis, see Eichenberger (supra note 6), at 115 ff.

15 See only Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer [VVDStRL] 5* (1929), 30, 81 (noting that the dictatorship of the majority is not less dangerous than the dictatorship of a minority).

16 See, e.g., Johannes Masing, *Überlegungen zum Wesen des Verfassungsstaates*, in: Miroslaw Wyrzykowski (ed.), *Państwo konstytucyjne. Der Verfassungsstaat*, Warszawa: C.H. Beck 2018, p. 5, 6 f.

17 See, e.g., Burkhard Hess, *Intertemporales Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 1998, p. 366 ff.

18 Cf. Kelsen (supra note 15), at 80 f. (emphasizing the important role of constitutional courts in protecting the minority).

### III. THE MEANING OF JUDICIAL INDEPENDENCE

#### 1. NATIONAL AND INTERNATIONAL GUARANTEES

One of the oldest texts subjecting the removal of a judge to judicial control can be found in the Judicial Order of the German Imperial Court of 1555.<sup>19</sup> Most cited as the oldest guarantee of judicial independence is the English Act of Settlement of 1701.<sup>20</sup> According to this Act, judges hold their office during good behavior and they can be ousted for bad behavior only by both Houses of Parliament – and not by the king. Art. III of the U.S. Constitution of 1787 also provides that the judges hold their offices during good behavior; it moreover promises a compensation which may not be diminished.<sup>21</sup> Early constitutions of territorial states in southern Germany, among them § 14 of the Constitution of Baden of 1818,<sup>22</sup> declared that judges are independent. Art. X § 177 of the Frankfurt Constitution of 1849 (the so called “Paulskirchenverfassung”)<sup>23</sup> – which, although it never entered into force, is an important constitutional document for Germany – provided that no judge may, except for by judgment and according to the law, be ousted or affected in rank or salary; that a judge may be suspended only by court decision, and that no judge may, except for by court decision in the cases and forms provided for by the law, be transferred or retired against his own will. Art. 102, 104 of the Weimar Constitution<sup>24</sup> contained a similar provision, including a rule on cases in which courts or their circuits are modified. Art. 97 of the German Basic Law (“Grundgesetz”) of 1949,<sup>25</sup> the current constitution, provides in its first paragraph that the judges are independent and only subject to the law. The second paragraph specifies in its first sentence that the judges who have regular tenure may not be ousted, suspended or transferred against their will without a court decision based on a statute which governs the reasons and the forms. Its second sentence empowers the legislature to determine at which age judges with life tenure retire. The third sentence allows to transfer or oust judges in the case of modifications in the courts or their circuits only if they keep their full salary.<sup>26</sup> In the Brazilian Constitution of 1988,<sup>27</sup> the guarantee of judicial independence is very detailed. Art. 95 guarantees life tenure and, with few exceptions, irremovability and irreducibility of compensation; Art. 93 contains more detailed rules on compensation, retirement and removal.

Other national and all international guarantees are somewhat less explicit. Art. 191c of the Swiss Constitution of 1999<sup>28</sup> limits itself to saying that the courts are independent and only subject to the law. Art. 10 of the Universal Declaration of Human Rights of the United Nations of 1948<sup>29</sup> states that “[e]veryone is entitled to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal ...”. Using even the same words, Art. 6(1) of the European Convention on Human Rights of 1950<sup>30</sup> grants everyone the right to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal. Art. 47(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union<sup>31</sup> uses similar words.

19 Reichskammergerichtsordnung 1555, Part I, Titel 5. But see Fritz Baur, *Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit. Eine gerichtsverfassungsrechtliche Untersuchung*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1954, S. 5 f. (noting that the judicial guarantees of the time did neither exclude “cabinet jurisprudence” nor immediate intervention in the course of justice).

20 An Act for the further Limitation of the Crown and better securing the Rights and Liberties of the Subject, 12 & 13 William III, c. 2, sub III.

21 Art. III Sec. 1 U.S. Const.: “The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior, and shall, at stated Times, receive for the Services a Compensation which shall not be diminished during their Continuance in Office.”

22 Verfassungsurkunde für das Großherzogtum Baden of 22 August 1818.

23 Verfassung des deutschen Reiches, Reichs-Gesetz-Blatt Nr. 16 of 28 April 1849, p. 101, 132.

24 Verfassung des Deutschen Reichs of 11 August 1919, Reichs-Gesetzblatt Nr. 152 of 14 August 1919, p. 1383, 1403. See Karl Heinsheimer, *Von der Unabhängigkeit der Gerichte und dem kategorischen Imperativ des Richteramts*, Heidelberg: Winter 1929, p. 21 (discussing the shift in the wording from the independence of the courts to the independence of the judge in the Weimar constitution).

25 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland of 23 May 1949, Bundesgesetzblatt Nr. 1 of 23 May 1949, p. 1, 13.

26 For more sources, see the references provided by Hillgruber (supra note 9), Art. 97 before mn. 1.

27 Constitution of the Federative Republic of Brazil of 5 October 1988.

28 Federal Constitution of the Swiss Confederation of 18 April 1999.

29 Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948, General Assembly Resolution 217 A.

30 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950.

31 Official Journal of the European Communities of 18 December 2000 no. C-364, p. 1, 20.

## 2. FREEDOM FROM INSTRUCTIONS

According to a well-known distinction, judicial independence comprises two aspects: subject-matter independence and personal independence.<sup>32</sup> Subject-matter independence means that, contrary to what is the case for normal State functionaries, judges are not bound to follow instructions when deciding an individual case. They have to decide according to the law and nothing else. Karl Heinsheimer, to whom Heidelberg University owes a lot, last but not least the existence of the Institute for Comparative Law, Conflict of Laws and International Business Law, argued that this aspect of judicial independence is already contained in the term “judge”, as a judge cannot be conceived other than as being independent from instructions.<sup>33</sup> This entails, in a sense, a partial disentanglement of the judiciary from the ordinary connection between representatives of the State and the citizens as voters: If a normal State functionary takes a decision which is unfortunate or even wrong, there is always a minister in government who is politically accountable, as the minister could and should have properly instructed the functionary belonging to his or her department. If a judge decides a case in a wrong or unfavorable way, it does not make much sense to hold a minister of government politically accountable, as this minister could not have instructed the judge.<sup>34</sup> This disentanglement from direct political legitimation is, of course, counterbalanced by the fact that the judge’s selection should be directly or indirectly based on the will of the citizens<sup>35</sup> and that judge is bound to apply the law<sup>36</sup> – which nowadays includes the judge’s power to develop the law.<sup>37</sup>

## 3. IRREMOVABILITY, NON-TRANSFERABILITY AND OTHER SPECIFIC GUARANTEES

The provisions cited above by way of example<sup>38</sup> and the history of the idea of judicial independence<sup>39</sup> put much emphasis on two aspects of personal independence: Irremovability and non-transferability.<sup>40</sup>

A removal from the position of a judge typically entails economic consequences for the judge: These economic consequences are relatively serious. Not only is the judge faced with unemployment, but also it is hard to find a new job, as the State has de facto a monopoly for judicial positions.<sup>41</sup> Even if removal only concerned the position of a judge and not his or her position as a State employee, such removal would be considered by most judges a very serious sanction, as it means that they must do different work, lose a respected role in society and a position which allowed them to exercise a lot of power. In the words of the European Court of Human Rights, even the mere “degradation” from the president of the Supreme Court to the president of one of the chambers of the Supreme Court’s successor “can hardly be reconciled with the particular consideration to be given to the nature of the judicial function as an independent branch of State power and to the principle of the irremovability of judges, which [...] is a key element for the maintenance of judicial independence [...]”.<sup>42</sup>

32 See, e.g., Baur (supra note 19), at 4, 17 f.; Gerd Morgenthaler, in: Volker Epping/Christian Hillgruber (eds.), BeckOK Grundgesetz, 37rd ed. (15 May 2018), Art. 97 mn. 1 f. For a detailed analysis, see, e.g., Eichenberger (supra note 6), at 53 f.

33 Heinsheimer (supra note 24), at 27.

34 Cf. Heinsheimer (supra note 24), at 34; Baur (supra note 19), at 19 f.

35 Rolf Stürner, *Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissenschaft*, Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer [BRÄK-Mitt.] 5/2003, 214 f. Cf. also Eichenberger (supra note 6), at 105 ff.; Owen M. Fiss, *The Limits of Judicial Independence*, 25 *Miami Inter-Am. L. Rev.* 57, 62 f. (1993).

36 Cf., e.g., the wording of Art. 97(1) GG; Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 2, 3rd ed., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 24 mn. 24; Eichenberger (supra note 6), at 95 ff.; Heinsheimer (supra note 24), at 34; Hillgruber (supra note 9), Art. 97 mn. 22; Morgenthaler (supra note 32), Art. 97 mn. 1.

37 See Eichenberger (supra note 6), at 67 ff.; see also Heinsheimer (supra note 24), at 34 (noting that the judge needs also experience, knowledge and judgment in various other fields in order to fulfil his task).

38 For more international materials, see, e.g., European Court of Human Rights (Grand Chamber), judgment of 23 June 2016, application no. 20261/12, *Baka v. Hungary*, no. 172.

39 See Charles-Louis de Secondat de Montesquieu, *Baron de La Brède, De l’Esprit des Loix*, Tome premier, Genève: Barrillot & Fils 1748, Livre Onzième, Chapitre XI, p. 245 (noting that „[i] n’y a point encore de Liberté, si la puissance de juger n’est pas séparée de la puissance législative & de l’exécutrice“).

40 In the literature, this approach is sometimes called the “narrow” notion of personal independence: Eichenberger (supra note 6), at 53.

41 Arbitrators who exercise judicial functions are not appointed by the State, but by the parties, the two party-appointed arbitrators or an arbitral organization; however, they are appointed only on a case by case basis.

42 European Court of Human Rights (Grand Chamber), judgment of 23 June 2016, application no. 20261/12, *Baka v. Hungary*, no. 172. For the importance of the guarantee against removal, see also European Court of Justice [CJEU], judgment of 19 September 2016, *Wilson*, C-506/04, EU:C:2006:587, para. 51; CJEU, judgment of 25 July 2018, *LM*, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, para. 64.

A transfer to another court without the consent of the judge also has grave consequences both economic and personal: It would force the judge to move or commute and thereby cost money, consume much time and create difficulties in private life, and it would require from the judge to familiarize with new tasks and a new working environment.

In addition to irremovability and non-transferability, some of the provisions on judicial independence also deal with judicial compensation.<sup>43</sup> It needs no explanation that purely monetary sanctions can also be serious, and even if they are not as serious as a removal or transfer, will always be taken seriously by judges. This is even more true as judges' compensation is in most countries rather modest, in particular as compared to the earnings of lawyers with similar qualification.

For these reasons, a judge who fears that his or her professional future, social and economic status depend on how he or she proceeds or decides might yield to the pressure or, in the absence of outright pressure, try to anticipate and meet the expectations, of those who have the power to decide on a removal, transfer or cut of compensation.

Starting from the purpose of the ban on removals, transfers and salary cuts, one can generalize that any measure which can be interpreted by the judge as a sanction for his or her behavior in exercising a judicial function has the potential to conflict with judicial independence.<sup>44</sup> This definition is still a rather narrow one, in particular as compared to what can be found in academic literature;<sup>45</sup> however, it is probably best in line with the traditional guarantees that are generally considered to be part of the rule of law concept.

#### 4. THE OBJECT OF PROTECTION OF JUDICIAL INDEPENDENCE

Many, if not most, employees at least in the private sector are well acquainted with the fear of being removed or transferred and with the fear of suffering a salary cut. Although in many legal systems labor law grants them a certain level of protection, it is an invariable economic fact in a market economy that such measures can take place. Why, then, do judges deserve such a high level of protection? Asking this question amounts, on a more abstract level, to asking the question of what is the object of protection of judicial independence: is it the judge him- or herself, the parties, the integrity of the judiciary, or a basic structural principle like the separation of powers?

Put this way, the answer should not be too difficult. Of course, judicial independence makes the career of a judge more attractive for members of the legal professions than it were without, which in turn allows the State to pay a lower compensation. However, this alone could not justify that such significant privileges exist only for judges. Resolving disputes is no doubt important to keep peace in society, but also doctors are important to cure illnesses, teachers are important to prepare children for life, and garbage men are important to keep our cities clean. It follows that the judges – despite being the primary beneficiaries of the guarantees – cannot be considered the object of protection; the privileges they enjoy are rather a reflex<sup>46</sup> – which is powerful, though, as judges might be allowed to defend their independence in court as part of their professional status.<sup>47</sup>

Next to the judges, it is the parties who benefit from judicial independence. Of course, the parties do not care about the personal career of their judge. However, they are interested in having a judge who is neutral and not unduly influenced by the representatives of government, legislature or within the judiciary itself. It is the parties' rights that are at stake in the proceedings, and of course, every party wants to win the case. As it is not possible that all parties win, at least one party must cope with losing. For the losing party, it is more

43 CJEU, judgment of 27 February 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses, C-416/16, EU:C:2018:117, para. 45; CJEU, judgment of 25 July 2018, LM, C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, para. 64.

44 Baur (supra note 19), at 4.

45 See, e.g., Eichenberger (supra note 6), at 23 ff.

46 BGH, judgment of 27 September 1976 – RiZ (R) 3/75, BGHZ 67, 184, 187; BGH, judgment of 27 January 1978 – RiZ (R) 6/77, Deutsche Richterzeitung [DRiZ] 1978, 185; Heinsheimer (supra note 24), at 22; Hillgruber (supra note 9), Art. 97 mn. 4.

47 Cf. for Germany BVerfG, decision of 24 January 1961 – 2 BvR 74/60, BVerfGE 12, 81, 88; BVerfG, decision of 7 January 1981 – 2 BvR 401/76, 2 BvR 606/76, BVerfGE 55, 372, 391 f.; BVerfG, decision of 29 February 1996 – 2 BvR 136/96, NJW 1996, 2149, 2150.

acceptable to lose a case if this results from the correct application of the law or, where there is no preexisting law, the legal reasoning of their natural judge. Contrariwise, it would not be acceptable for the losing party to have lost the case because the judge was influenced by a representative of government or parliament. This already suggests that judicial independence serves not necessarily exclusively, but to a large degree, the interest of the parties in having a correct decision, which in turn presupposes an unbiased judge.<sup>48</sup> This is consistent with those legal texts pursuant to which everyone is “entitled to”, in other words, has an individual right to, an independent judge.<sup>49</sup> It is interesting to note that national legal systems are not always willing to accept an individual right to an independent judge which could be enforced against the State,<sup>50</sup> although a judge who is not impartial can always be recused.

But is judicial independence limited to this individual goal or does it also serve over-individual purposes, purposes which are in the general interest of society and the legal and political system? We believe the latter is true. One such goal which is at the same time individual and over-individual certainly is the integrity of the judiciary. Judges and courts can only fulfil their role in the resolution of disputes if they are accepted as third party neutrals, so that the outcome of their work, their decisions,<sup>51</sup> can actually resolve a dispute. This would not be the case if the parties believed that in reality judges lacked this neutrality because they could be steered from representatives of government, the legislature or even the judiciary. This clearly holds insofar as the representatives of the other powers could enforce personal preferences. It might appear less clear, though, insofar as the representatives influenced the judges to enforce an official policy. Enforcing an official policy by influencing the judges could be seen as similar to enforcing an official policy by amending the law or giving orders to the administration. One could argue that such influences on the judiciary do not corrupt the integrity of the judiciary – an argument which we do not want to subscribe, but which seems at least possible.

This can, however, be left open if judicial independence serves to put into effect the separation of powers or a concept of distributed power. And indeed, judicial independence has typically, and rightly so, been connected with the separation of the three powers: the executive, the legislature, and the judiciary.<sup>52</sup> It shields the judiciary from the two other powers, in particular, the executive power, i.e., the government. The separation of powers is, of course, a theoretical concept. It has nowhere been realized in an absolute form. However, where there are entanglements, these are normally transparent. As an example, this was the case with the English Lord Chancellor who, until entry into force of the Constitutional Reform Act of 2005, exercised legislative, executive and judicial tasks: He was at the same time speaker of the House of Lords, member of the government and presiding judge of the High Court’s Chancery Division.<sup>53</sup> Other examples concern the nomination of judges: In many countries, the other powers are involved in the selection and nomination of new judges in legal systems in which judges are not elected directly.<sup>54</sup> Such transparent entanglements are less dangerous than other forms of influence, although they do raise a concern. It was therefore a step forward that England modified the Lord Chancellor’s role.<sup>55</sup> At any rate, judicial independence obviously realizes a concept of distributed power, as a system of numerous judges who are shielded from external influence operate as a bulwark against a concentration of power in the person of the influence-seeker.

To sum up, the object of protection of judicial independence is not the individual judge, but the individual parties and the over-individual goal of the integrity of the judiciary and the separation of powers.

48 Eichenberger (supra note 6), at 83 ff.

49 Art. 10 UN-Declaration, Art. 6(1) European Convention.

50 See generally Eichenberger (supra note 6), at 276 f. Cf. for Germany BVerfG, judgment of 14 November 1969 – 1 BvR 253/68, BVerfGE 27, 211, 217; BVerfG, decision of 9 May 1978 – 2 BvR 952/75, BVerfGE 48, 246, 263.

51 Cf. Eichenberger (supra note 6), at 1.

52 BGHZ 67, 184, 187 f.

53 For details, see Diana Woodhouse, *The Constitutional Reform Act 2005 – defending judicial independence the English way*, 5 (2007) *Int. J. Const. L.* 153, 155 f.; for an overview Nicola de Paoli, *Großbritannien – Gerichtsreform: Neues höchstes Gericht*, AnwBl 2010, X; see also Christoph A. Kern, *Der gesetzliche Richter – Verfassungsprinzip oder Ermessensfrage?*, ZfP 130 (2017), 91, 110.

54 Cf. Seibert-Fohr (supra note 10), at 1292 ff.

55 Constitutional Reform Act 2005, c. 4.

## 5. THE LIMITS OF JUDICIAL INDEPENDENCE

In conformity with the task of the court and the individual interest of the parties as well as the over-individual interests concerning the integrity of the judiciary and the separation and distribution of powers, judicial independence has some intrinsic limits.

First, judicial independence does not shield the judge completely from direct interference in his or her exercise of judicial functions by the executive power: Judges can be held accountable for serious misconduct,<sup>56</sup> in particular, punished for perversion of the course of justice<sup>57</sup> and removed from their office as a consequence of a verdict finding them guilty.<sup>58</sup> Of course, the verdict must be handed down by another judge, i.e., a member of the judiciary, as the European Court of Human Rights has made clear in several cases.<sup>59</sup> However, the judge is typically prosecuted and indicted by the state prosecutor who in most countries is considered a member of the executive branch;<sup>60</sup> and even if prosecution is within the competence of the judiciary, it functionally does not exercise a judicial, but a governmental role when prosecuting a misdemeanor. Therefore, the fact that punishment for the perversion of justice is possible allows executive control over the judiciary. That perversion of the course of justice can be prosecuted and punished is a limit to judicial independence which, at least at a closer look, must be qualified as intrinsic: It is the judiciary's task to apply the law. Judicial independence is granted to make sure that judges apply the law without undue external influence. Once judges deliberately turn away from the law, they leave the sphere in which they enjoy independence. As the crime focuses on a specific case, it is transparent: Only if the prosecution can prove perversion of justice in a concrete case, the judge may be sentenced and ousted. Much more dangerous are sanctions which do not refer to a concrete case, but to the neglect of official duties or even statements protected by freedom of speech. At least insofar as the neglect of official duties is sanctioned by a dismissal, a court is normally involved at least on the appeals level.<sup>61</sup> With respect to disciplinary measures against a judge for protected statements, the European Court of Human Rights has, and rightly so, applied a very strict standard.<sup>62</sup>

Second, the decisions and proceedings of judges of lower courts are subject to review by superior courts. Superior courts can annul the decision and, in some situations, also the proceedings,<sup>63</sup> and remand the case back with binding instructions concerning questions of law.<sup>64</sup> Moreover, in most common law countries, certain precedents have a binding effect with respect to the *ratio decidendi*.<sup>65</sup> And, of course, once there is a judgment, this judgment can bind the same court<sup>66</sup> and, most importantly, other courts due to *res judicata*<sup>67</sup> or similar effects.<sup>68</sup> But are these really questions of judicial independence? In these cases, the influence on the judge has its origin in the same branch of power: the judiciary. This does not raise an issue of separation

56 For an excellent overview, see Seibert-Fohr (supra note 10), at 1327 ff.; for details, see Baur (supra note 19), at 17 ff.; Guy Canivet/Mads Tønnesson Andenas/Duncan Fairgrieve (eds.), *Independence, Accountability, and the Judiciary*, London: BIICL 2006; Eichenberger (supra note 6), at 258 ff.; Stürmer (supra note 35), at 217 ff.

57 For Germany, see § 339 (“Rechtsbeugung”) of the Criminal Code (Strafgesetzbuch, StGB).

58 For Germany, see § 24 Nr. 1 of the Judges Code (Deutsches Richtergesetz, DRiG) and § 24(1) Nr. 1 Public Servants’ Status Code (Beamtenstatusgesetz, BeamStG).

59 European Court of Human Rights, judgment of 9 January 2013, application no. 21722/11, Oleksandr Volkov v. Ukraine; judgment of 19 January 2017, application no. 5114/09 et al., Kulykov et al. v. Ukraine.

60 On the discussion in Switzerland, see, e.g., Andreas Lienhard & Daniel Kettinger, *Die organisatorische Einordnung der Staatsanwaltschaft in die kantonale Behördenstruktur*, Justice – Justiz – Giustizia 2008/2; Daniel Kettinger, *Zur Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft in der Justizorganisation*, Justice – Justiz – Giustizia 2010/4/prov.

61 Seibert-Fohr (supra note 10), at 1327.

62 European Court of Human Rights (Grand Chamber), judgment of 23 June 2016, application no. 20261/12, Baka v. Hungary, no. 140 ff.

63 See, e.g., for Germany § 538(1) 1st sentence, § 562(2) Civil Procedure Code (Zivilprozessordnung, ZPO).

64 See, e.g., for Germany, § 563(2) ZPO and Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof, BGH), judgment of 16 June 2005 – IX ZR 27/04, BGHZ 163, 223 = NJW 2005, 3071, 3073 sub III.1.

65 See generally, Bruno de Lima Picoli, *O peso dos precedents: notas sobre os aspetos prospetivo e retrospectivo das decisões no Sistema de stare decisis*, in: *Estudios em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2017, p. 951, 954; Teresa Arruda Alvim Wambier, *Respect for Judicial Precedent: Civil and Common Law Compared*, ZZPInt 13 (2008), 351, 359 f. Fiss (supra note 35), at 58, mentions the doctrine of stare decisis as a potential limit to judicial independence. Somewhat counter-intuitively, Rafael La Porta/Florencio López-de-Silanes/Cristian Pop-Eleches/Andrei Shleifer, *Judicial Checks and Balances*, 112 J. Pol. Econ. 445, 451, 453 (2004) use the fact that court decisions are accepted as a source of law in a country as a proxy pointing at higher judicial independence. For criticism, see Christoph A. Kern, *Perception, Performance, and Politics: Recent Approaches to the Qualitative Comparison of Civil Justice Systems*, ZZPInt 14 (2009), 445, 464.

66 See, e.g., for Germany § 318 ZPO.

67 See, e.g., for Germany §§ 322, 325 ZPO.

68 See, e.g., for Germany §§ 68, 74 ZPO.



of powers in the strict sense. However, it is still an issue with respect to the distribution of power, a concept whose value has already been mentioned. Indeed, it is well accepted today that judicial independence also covers independence from – or better: within – the judiciary.<sup>69</sup> Nevertheless, the binding effect of existing decisions or decisions of higher courts must be seen as an intrinsic limit.<sup>70</sup> It is the result of proceedings which themselves took place before an independent judge; the binding effect is ordered by law and serves the goal of finality, an important purpose inherent in procedural law. Moreover, superior review only affects the decision in an individual case, not the position of the judge.<sup>71</sup>

## IV. JUDICIAL HUBRIS

### 1. THE RANGE FOR AND VALUE OF INDEPENDENCE WITHIN THE JUDICIARY

It is just in the context last mentioned, namely independence within the judiciary, that judicial independence may be a source of judicial hubris. As shown above, there are vast areas in which previous court decisions have no binding effect. This is particularly true for systems in which precedents of other, and in particular higher, courts have no binding effect. Without a binding effect, every judge is, as a matter of principle, free to decide a new case differently from previous decisions on identical cases.

For a number of reasons, this freedom is valuable. First, it makes the system flexible, as it allows for fast and smooth changes if scientific, social or economic realities have changed. Second, it widens the space for discussion, as every judge may bring his or her own arguments into the debate. Third, it avoids inefficient disputes about the exact determination of the binding effect, i.e., disputes about what is *ratio decidendi* and what is *obiter dictum*. Fourth, it realizes a distribution of power which is, as explained above, one of the goals of judicial independence.

However, this freedom also has a downside. It can result in divergent decisions<sup>72</sup> of lower courts and even the highest courts which, in some countries, have great difficulties in ensuring the uniformity of their own jurisprudence.<sup>73</sup> Divergent decisions affect legal certainty, as previous cases do not provide reliable information on how a question decided before would be decided in the future. Moreover, divergent decisions depart from the idea of equal treatment under the law and therefore are often considered as unjust. All this can impact the confidence and trust in the judicial system and, generally, the State.

### 2. CONSEQUENCES

As departing from precedents does not come at no cost, judges should make cautious use of this freedom. They should do so only if they are convinced that another solution is preferable, they should have taken into consideration the indirect costs of departing from existing jurisprudence, and they should provide good reasons for departing including an examination of the existing jurisprudence. In other words, judges should be modest enough to follow convincing precedents as persuasive authorities and self-confident enough to depart from them where necessary in the interests of justice.

However, in the real world, not all judges comply with this ideal. Some of them abuse this freedom and take judicial independence as a pretense. Two types of judges are particularly open for such an abuse: The ignorant judge, i.e., a judge who does not know about existing jurisprudence, be it because he or she is too lazy to do the necessary research or because he or she is technically or intellectually not able to find

69 BVerfG, decision of 8 April 1998 – 1 BvR 1680/93 et al., BVerfGE 98, 17, 48; Eichenberger (supra note 6), at 54.

70 Cf. Morgenthaler (supra note 32), Art. 97 mn. 11 f.

71 Eichenberger (supra note 6), at 258.

72 Quoting Günter Dürig, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, (founders), Grundgesetz. Kommentar, looseleaf, edition of 1988 (until 74th May 2015), Art. 3 mn. 410, the German BVerfG explained that as a result of judicial independence, the jurisprudence is “constitutionally ‘inconsistent’”. BVerfG, judgment of 26 April 1988 – 1 BvR 669/87 et al., BVerfGE 78, 123, 126; BVerfG, decision of 3 November 1992 – 1 BvR 1243/88, BVerfGE 87, 273, 278.

73 Cf. generally Michal Bobek, Quantity of Quality? Reassessing the Role of Supreme Jurisdictions in Central Europe, 57 Am. J. Comp. L. 33, 63 (2009); for Italy, see Remo Caponi, The Performance of the Italian Civil Justice System: An Empirical Assessment, The Italian Law Journal 2 (2016), 15, 22.

or interpret case law, and the arrogant judge, i.e., a judge who does not care whether and if so what jurisprudence exists or who believes that he or she knows it better anyway and takes pride and self-affirmation from developing his or her own solution. Of these two, the arrogant judge is probably the more difficult to cope with. The ignorant judge can be contained with strict professional education, a good working environment, wide publication of decisions, legal scholarship which is not only interested in theoretical ideas, but also cares about collecting and systemizing jurisprudence,<sup>74</sup> and, last but not least, peer-pressure focusing on quality standards, not contents. The arrogant judge is often an excellent jurist; he or she is, insofar as methodology is concerned, well-trained and perfectly able to find precedents and determine their *ratio decidendi*.

In order to dissuade the arrogant judge from departing from existing jurisprudence without good reasons, it is important that he or she not be acclaimed indiscriminately for this by peers and the general public, and that, more generally, the personality of the judge not be idolized and revered too much, by the general public and the media in the form of publicity and by the State in the form of disproportionate privileges. It is not necessarily a good sign if, in a country, every citizen knows the names and political views of higher judges. Judges are public figures and have much power, but they should never forget that they are servants for society. A legal culture in which judges are deified will inevitably have a problem with the uniformity of the jurisprudence and, therefore, legal certainty. As a first step, young judges should be explained the importance of legal certainty and understand that each and any deviating decision may affect legal certainty. The more precise the normative and doctrinal level of an area of the law, the easier it is to achieve uniformity<sup>75</sup> – at least until a certain degree of norms and doctrine has been reached; as always, exaggerations should be avoided. This does not mean that judges should be reduced to mere “legal technicians”. Any result based on norms and doctrine must be measured at fundamental values and, in particular, the Constitution. However, judges should be obliged to invest more effort in explaining why they depart from the result of a differentiated system which, in principle, fits for the case at issue. This extra effort helps to ensure that departures from existing solutions are conscious and well-reflected. As a second step, the general public – directly and as represented by other representatives of State power – should articulate that judges make use of their independence within the judiciary only for good, non-selfish reasons. To a certain degree, judges do indeed make politics. But they should not behave and be treated as if they were politicians.<sup>76</sup>

## V. CONCLUSION

Every principle, be it as important as it may, has some limits. This also applies for judicial independence. Judicial independence, including independence within the judiciary, is an extremely important guarantee for the functioning of the judiciary as well as the State in general. However, judicial independence must not be abused at the expense of legal certainty. Judges should be self-confident enough to depart from precedent where there are good reasons for this, but should, at the same time, be modest enough to follow convincing precedents in the interest of legal certainty. Arrogance can be as devastating as servility. Every society and every legal system must constantly seek to find a correct balance.

74 Cf. Seibert-Fohr (supra note 10), at 1289 f.

75 Cf. Stürner (supra note 4), at 11.

76 See Roscoe Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, 29 A.B.A. Rep. Pt. I, 395, 415 (1906) (noting that “[p]utting courts into politics and compelling judges to become politicians, in many jurisdictions has almost destroyed the traditional respect for the Bench.”).

# RIFLESSIONI SULLA NOZIONE DI “MERITO” NEL PROCESSO CIVILE E AMMINISTRATIVO ITALIANI

Cristina Asprella

Sommario: Introduzione – Il “merito” nel processo amministrativo – Il “merito” nel processo civile

## INTRODUZIONE

Individuare il significato dell’espressione “merito” nel processo amministrativo e in quello civile è un compito complesso, dato che il termine già di per sé ha natura polisemantica<sup>1</sup>.

Con l’espressione “merito” della causa, nel processo civile, si fa generalmente riferimento alle *modalità* della cognizione del giudice allorché si parla di cognizione di “merito” ordinaria, al fine di distinguerla dalla cognizione sommaria. In questo senso si muovono i noti dibattiti dottrinali sul collegamento necessario tra giudicato formale e sostanziale e “cognizione di merito ordinaria o comunque non sommaria”<sup>2</sup>; in presenza di una controversia vertente su diritti o *status*, si possono verificare effetti diversi, almeno sotto il profilo della incontrovertibilità dell’accertamento, a seconda che il giudizio svolto sia ordinario ovvero sommario. Si può, pertanto, in prima battuta specificare che con l’uso dell’espressione “*merito*” non si fa riferimento all’oggetto della cognizione ma alla sua “estensione” che, se la cognizione è di merito, risulta piena, altrimenti sommaria, ovvero atipica sotto alcuni profili specifici<sup>3</sup>.

La dottrina<sup>4</sup> ha sottolineato che nella cognizione ordinaria il modo in cui si realizza il contraddittorio è quasi integralmente predeterminato dalla legge ed è, di conseguenza, sottratto all’ambito dei poteri discrezionali del giudice. Pertanto con il termine “merito”, nell’espressione “cognizione di merito”, si intende far riferimento all’ampiezza della cognizione, andando così a rinforzare l’aggettivo – piena – che la qualifica, o addirittura a sostituirlo<sup>5</sup>.

- 
- 1 A. Chizzini, voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino 1998, 263; F. Lancellotti, voce *Sentenza (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino 1969, 1154.
  - 2 L. Lanfranchi, *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Torino, 2011, *passim*; per un’approfondita disamina del tema si veda A. Panzarola, *Il procedimento per copia e collazione di atti pubblici (artt. 743 ss. c.p.c.)*, in AA.VV., *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2001, 293 ss.
  - 3 Ad es. per le modalità della istruzione probatoria, per l’onere d’allegazione, per rapporto tra chiesto e pronunciato: su questi e ulteriori profili si veda l’attenta analisi di A. Panzarola, *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005, vol. II, 650 e ss.; sulla nozione di cognizione “piena” si veda ad es. A. Proto Pisani, *Usi ed abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, ora in M.G. Civinini, *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino 1994, spec. 21-26.
  - 4 G. Fabbrini, voce *Potere del giudice*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 721 ss.
  - 5 A. Panzarola, *La Cassazione*, cit., 653. L’A. ricorda a tal proposito l’esempio del c.d. “merito possessorio” e delle differenti opzioni interpretative che si sono avute di esso, soprattutto dopo la novellazione dell’art. 703 c.p.c. (sino alla sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione – sentenza n. 1984 del 24 febbraio 1998, annotata, *ex multis*, da B.N. Sassani, *La tutela giurisdizionale del possesso dopo la modifica dell’art. 703 c.p.c., un grand arrêt delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.* 1998, p. 530 ss.; nonché da F.P. Luiso, G. Monteleone, R. Sacco e G. Verde, in *La tutela possessoria nella sentenza delle Sez. Un. della Cassazione n. 1984 del 1998*, in *Giust. civ.* 1998, II, 187 ss.; G. Della Pietra, *Il procedimento possessorio. Contributo allo studio della tutela del possesso*, Torino 2003, spec. 134 ss. Le diverse tesi in merito si sono fondate sulla differente qualificazione giuridica del possesso: sul tema si vedano F.P. Luiso, *La tutela possessoria dopo la riforma del processo civile*, in *Giust. Civ.*, 1994, II, 600; R. Vaccarella, *Azioni possessorie e nuovo procedimento cautelare*, ivi, 221 ss. La discussione intorno al procedimento possessorio si è incentrata tutta sulla sua ricostruzione in termini, da una parte, di procedimento sommario e dall’altra di procedimento a cognizione piena, a struttura bifasica, ossia diviso in una fase interdittale seguita, per l’appunto, dalla fase relativa al merito possessorio. Sicché il termine “merito” indica la modalità della cognizione, “piena” perché condotta nelle forme del codice di rito.

## IL “MERITO” NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO ITALIANO

Anche nell’ambito del processo amministrativo il termine “merito”<sup>6</sup> ha più significato che, rispetto all’uso generale, in esso il termine “indica tutt’altra nozione, o per meglio dire più nozioni”<sup>7</sup>. Il significato del “merito amministrativo” sarebbe a questa stregua “solo latamente analogico rispetto al merito degli atti giurisdizionali”<sup>8</sup>. Se nel significato ad esso generalmente attribuito il merito amministrativo equivale alla opportunità<sup>9</sup> delle scelte discrezionali della amministrazione pubblica<sup>10</sup>, ci si domanda come differenziare le questioni intese come effettivamente attinenti al merito. Nella giurisprudenza amministrativa<sup>11</sup> vengono inquadrare come attinenti al “merito” ad esempio la valutazione della gravità di un’infrazione disciplinare, la valutazione della preparazione dei candidati in un pubblico concorso, la valutazione dell’interesse all’esecuzione di un’opera pubblica. Tuttavia il concetto di merito amministrativo non deriva da un significato ad esso proprio ma, piuttosto, si evince per contrasto, ossia dalla contrapposizione con altri termini, quali, la discrezionalità o la legittimità. Questa contrapposizione sostanzialmente radicata<sup>12</sup> del resto va di pari passo alla opposizione tra la giurisdizione di merito e giurisdizione di legittimità.

E’ quindi necessario, fatta questa premessa, effettuare una preliminare distinzione tra la “discrezionalità amministrativa” e il “merito”; ciò perché mentre l’ambito del merito è di per sé insindacabile<sup>13</sup>, l’ambito della discrezionalità è, viceversa, sindacabile. L’attività amministrativa discrezionale si configura quale azione vincolata al perseguimento del pubblico interesse, e, in questo senso è “funzionalizzata” e sindacabile<sup>14</sup>, pur se storicamente ci si è mossi anche in senso diverso<sup>15</sup>. Adesso, tuttavia, l’attività discrezionale è disciplinata soprattutto dalle regole della “deontologia della discrezionalità amministrativa”<sup>16</sup>.

Dall’altro lato vi è il “merito amministrativo” che si configura come l’ambito libero dell’azione amministrativa intendendosi per “libera” come esclusa dal sindacato giurisdizionale. Per usare le parole di autorevole dottrina amministrativa la distinzione tra attività discrezionale e merito indica “quella tra ambito conoscibile (sindacabile) e ambito non sindacabile (e perciò in principio libero) dell’agire amministrativo”<sup>17</sup>. Se, quindi, il sindacato sull’azione amministrativa è consentito ove vi sia discrezionalità, viceversa esso è escluso ove si tratti di merito<sup>18</sup>. Ci si domanda altresì se siano le norme extragiuridiche relative alla buona amministrazione a qualificare il merito, oppure se si debba escludere che “esse possano coprire l’intera area del merito”<sup>19</sup>. Ma ancora ci si domanda quale sia l’estensione del sindacato di merito, entro i limiti di legge, se esso si estenda oltre che al controllo della ragionevolezza della scelta della pubblica amministrazione, anche alla diretta valutazione della situazione di fatto e alla rinnovazione delle valutazioni comparative già

6 Su cui da ultimo si veda B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, in particolare 58 e ss.; F. D’Angelo, *La giurisdizione di merito del giudice amministrativo. Contributo allo studio dei profili evolutivi*, Torino, 2013, 86 e ss.

7 V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino 1997, 408.

8 P.G. Ponticelli, voce *Merito amministrativo – e giurisdizione di merito* -, in *Enc. giuridica Treccani*, Roma 1990, XX, 1 e ss.

9 L’origine dell’accostamento del merito amministrativo alla opportunità risale alla nota opera monografica di A. Amorth, *Il merito dell’atto amministrativo*, Milano, 1939, 25; sul punto si veda anche P.G. Ponticelli, *op. loc. cit.*; G. Coraggio, voce *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano 1976, 131; V. Ottaviano, voce *Merito, Diritto amministrativo*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. X, 575 ss.; G. Greco, *L’atto amministrativo condizionato*, Padova 1993, 226 ss.; R. Villata, *L’atto amministrativo*, in *AA.VV. Diritto Amministrativo*, a cura di Mazzarolli-Pericu-Romano-Roversi Monaco-Scoca, Bologna 1998, vol. II, 1405 ss. con riferimenti dottrinali.

10 Sul punto da ultimo F. D’Angelo, *La giurisdizione di merito*, cit., 86.

11 Si vedano gli esempi di R. Villata, *op. cit.*, 1405; ulteriori citazioni in F. D’Angelo, *La giurisdizione*, cit., 86, nota 43.

12 P.G. Ponticelli, *op. loc. cit.*

13 F. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova 1986, 88 ss.

14 In epoca risalente: F. D’Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, II, Torino 1939, 422: ivi l’autore rileva che “l’uso dato dall’amministrazione del proprio potere discrezionale può essere anch’esso assoggettato al sindacato giurisdizionale del Consiglio di Stato”.

15 Sempre in epoca poco recente E. Presutti, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano 1911, 5, rimarcava, come caratteristica propria degli atti discrezionali, la loro inidoneità ad essere assoggettati a sindacato giurisdizionale.

16 G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano 1994, 200.

17 V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 410; conf. R. Villata, *L’atto amministrativo*, 1407 secondo cui esiste una distinzione tra discrezionalità e merito esiste e consiste in ciò che “segna il confine tra ambito conoscibile – sindacabile – e ambito non sindacabile – libero – dell’agire amministrativo”.

18 F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubb.* 1950, I, 1 ss.; Id., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 1952, 118; sulla “funzionalizzazione” intesa quale principio per cui l’azione della p.a. persegue istituzionalmente il pubblico interesse, si vedano: E. Casetta, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.* 1957, 300 ss.

19 Da ciò origina la nota disputa fra M.S. Giannini e C. Mortati su cui si veda F. Benvenuti, *La discrezionalità*, cit., 98; la riporta anche R. Villata, *op. cit.*, 1406.

effettuate<sup>20</sup>. In questo senso si è giustamente rilevato come il “merito amministrativo” e il “merito” siano concetti del tutto diversi e indichino altrettanto differenti realtà; mentre con il merito amministrativo ci si riferisce al rapporto anche oppositivo tra il potere pubblico amministrativo e il sindacato giurisdizionale<sup>21</sup> che comporta da un lato l’attenersi ai principi della separazione dei poteri ma anche una sia pur limitata tendenza verso la sindacabilità<sup>22</sup>. Invece, con il termine “merito” ci si riferisce alla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

Sicché, volendo trarre delle preliminari conclusioni è evidente come le due nozioni siano in totale contrapposizione se è vero che rispetto al merito amministrativo l’attività amministrativa si sottrae al sindacato giurisdizionale<sup>23</sup> mentre, dall’altro lato, rispetto al “merito” giurisdizionale vale esattamente il contrario essendo esso, piuttosto, il terreno fertile dello stesso sindacato.

Tuttavia la dottrina più recente sottolinea come sia necessaria una rivisitazione della impostazione tradizionale del merito amministrativo atteso che adesso non si può più ritenere che l’amministrazione prenda le sue decisioni in mancanza di una normativa giuridica guida; infatti l’imposizione delle note regole procedurali avrebbe, da un lato, limitato l’area di libertà della pubblica amministrazione, dall’altro lato, incrementato il sindacato giurisdizionale sull’attività discrezionale<sup>24</sup>. Se, quindi, si giunge ad affermare che l’ambito del “merito” inteso come esclusione dal sindacato è stato eroso dalla sindacabilità per principi delle scelte amministrative<sup>25</sup>, si afferma anche che con l’espressione “merito” probabilmente ora si può intendere quell’ambito limitato e insindacabile che resta alla pubblica amministrazione dopo che la scelta discrezionale è stata oggetto del controllo di legittimità<sup>26</sup>.

Brevi cenni saranno necessari anche con riferimento alla giurisdizione di merito dettata, in casi tassativi<sup>27</sup>, alla cognizione e decisione della opportunità della azione amministrativa, con peculiarità che attengono soprattutto al regime probatorio e decisorio<sup>28</sup>. L’esame della giurisdizione di “merito” ci consente di attingere ad ulteriori informazioni sulla ricostruzione della nozione di merito, specialmente se la si valuta in una prospettiva storica<sup>29</sup> risalendo, pertanto, alla legge del 1889. Gli atti parlamentari dell’epoca dimostrano come i fautori della riforma del 1889 partirono da una precisa concezione dei rapporti tra legittimità e merito. Sicché con l’espressione “*pronunciare anche in merito*” non si volle introdurre una giurisdizione sulla opportunità dell’atto amministrativo<sup>30</sup> ma assegnare al giudice il potere di conoscere anche la *quaestio facti* diversamente da quanto possibile per la giurisdizione di legittimità<sup>31</sup>. Alle origini, pertanto, nel caso della giurisdizione di legittimità si riconoscevano al Consiglio di Stato funzioni in gran parte analoghe a quelle della Corte di Cassazione; nel caso della giurisdizione di merito funzioni pari a quelle dei giudici dell’appello<sup>32</sup>. Quindi l’intento originario era differenziare le due giurisdizioni in rapporto ai diversi poteri istruttori del giudice, che da un lato si estendevano fino alla cognizione del fatto, come una sorta di giudice di gravame, dall’altro lato si limitavano ad un controllo di – mera – legittimità<sup>33</sup>. Sicché, giustamente, la dottrina ha segnalato come l’evoluzione della giurisdizione di merito nel senso di un sindacato sulla opportunità è andata in linea con l’apertura anche del

20 V. Ottaviano, voce *Merito*, cit., 577; R. Villata, *op. loc. cit.*

21 P.G. Ponticelli, voce *Merito amministrativo*, cit., 7 che ritiene vi sia una tendenziale restrizione dell’area del merito amministrativo.

22 G. Coraggio, voce *Merito amministrativo*, cit., 131.

23 G. Guarino, *Atti e poteri*, cit., 206; v. anche R. Villata, *op. cit.*, 1405 secondo cui dopo che l’Amministrazione ha “acquisiti tutti gli interessi, esaurita la loro ponderazione comparativa nel rispetto del principio di ragionevolezza, l’individuazione della soluzione preferibile tra quelle ancora praticabili diventa questione di merito”.

24 In argomento A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1998, 47 e ss.; da ultimo in linea con questa tesi F. D’Angelo, *La giurisdizione*, cit., 87 e ss.

25 B. Giliberti, *Il merito amministrativo*, cit., 83 e ss.; Id., *Inviolabilità della persona e partecipazione attiva: spunti di riflessione sul superamento del merito quale nozione ordinante nel diritto amministrativo*, in *Il procedimento e le responsabilità*, Milano, 2013, 420 e ss.

26 F. D’Angelo, *La giurisdizione*, cit., 87.

27 F. D’Alessio, *Istituzioni*, cit., 425.

28 Atteso che per essa sono utilizzabili tutti gli strumenti probatori del giudice civile e, quanto al regime decisorio, il giudice può non soltanto caducare il provvedimento impugnato ma anche ri-regolamentare la fattispecie controversa.

29 P.G. Ponticelli, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato. Indagini storiche*, Milano, 1958.

30 G. Vacirca, *Riflessioni sui concetti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, vol. III, 1606.

31 G. Vacirca, *op. cit.*, 1607.

32 *Atti parl. Sen.*, seduta 22 marzo 1888, 1211-1212, in G. Vacirca, *op. cit.*, 1607.

33 G. Vacirca, *op. loc. cit.*

giudizio di legittimità al giudizio sulla *quaestio facti*. Lo confermerebbero gli atti parlamentari<sup>34</sup> secondo cui gli interessi sottesi alla giurisdizione di merito giustificano un incremento dei poteri istruttori e decisori del giudice<sup>35</sup>. Se questa era l'idea originaria del legislatore fu poi superata dalla estensione anche del giudizio di legittimità al fatto<sup>36</sup>. Questa evoluzione culminò nella riforma del 1923<sup>37</sup> che finì di impostare la giurisdizione di merito quale sindacato sulla convenienza e opportunità dell'atto amministrativo; mentre allo stato attuale non vi è alcun dubbio che il giudice amministrativo anche nella giurisdizione di legittimità conosca del fatto<sup>38</sup> e, pertanto, anche nella giurisdizione di legittimità il giudice avrebbe il compito di accertare e valutare un fatto alla luce dello schema normativo<sup>39</sup>.

Ma allora la differenza tra le due giurisdizioni si rinverrebbe solo sotto il profilo della quantità dei poteri attribuiti al giudice del merito; ad esso, infatti, competerebbe un maggiore potere di riesaminare la *quaestio facti*.

Traendo le conclusioni di quanto esposto può dirsi a ragione che il termine "merito" nel diritto amministrativo implica e indica una nozione diversa dal merito in senso stretto<sup>40</sup>. Il che rende ragione dell'affermazione che, allorché ci si riferisce alla decisione nel merito *ex art. 45 t.u. Cons. St.*<sup>41</sup>, si fa riferimento ad un sindacato giurisdizionale che ha un oggetto e un contenuto diverso rispetto a quello della giurisdizione civile<sup>42</sup>.

## IL "MERITO NEL PROCESSO CIVILE"

L'aspetto polisemantico dell'espressione "merito" nel processo civile italiano è pacifico nelle ricostruzioni dottrinali.

In particolare si è rilevato<sup>43</sup> come di ciò sono testimonianza, per fare un esempio, le divergenze create nella individuazione del *dies ad quem* per la proposizione del regolamento di giurisdizione<sup>44</sup>, ma anche rispetto alla precisa delimitazione dei confini fra il regolamento di competenza necessario e facoltativo<sup>45</sup>; non per

34 *Atti parl. Sen.*, cit., in *Id.*, *op. cit.*, 1211-1212

35 "Anche nei giudizi di apprezzamento è necessario che l'ultima parola definitiva di estimazione di fatto non stia nelle mani dell'amministrazione libera".

36 G. Vacirca, *op. cit.*, 1610-1611

37 G. Vacirca, *op. loc. cit.*

38 F.P. Luiso, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 328 ss.

39 Sono le quasi testuali parole di G. Coraggio, voce *Merito amministrativo*, cit., 142

40 A. Panzarola, *La Cassazione*, cit., 652.

41 Secondo cui il Consiglio di Stato "se non dichiara inammissibile il ricorso, o non lo accoglie per motivi di incompetenza, rimettendo l'affare alla competente autorità amministrativa, decide anche nel merito".

42 R. Porrini, *La giurisdizione amministrativa*, cit., 14 e ss. afferma: "se al contrario è concessa la decisione in merito e l'interessato fa valere le sue istanze in questo senso, il giudizio cessa di essere prettamente giuridico e si fonda sopra i criteri di amministrativa opportunità"; ma anche L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 4° ed., Milano, 1923, vol. I, 517, affermava che "A tal uopo il Consiglio di Stato non solo esamina in linea di diritto, negli aspetti della forma e della sostanza, la legalità dei provvedimenti, ma penetra nell'intimo dei criteri amministrativi, avvisando alle convenienze pratiche della disposizione censurata e di quella, che debbasi sostituire, valutando, in particolare, l'antitesi che nel singolo caso si presenta fra il pubblico ed il privato interesse e l'opportunità della loro conciliazione". Tuttavia la dottrina ha rilevato come la considerazione della non omogeneità dei casi in cui è consentito il giudizio di merito renderebbe necessario individuare rispetto ad ogni ipotesi la ragione e il significato del sindacato di merito: P.G. Ponticelli, voce cit., 7.

43 A. Panzarola, *La Cassazione*, cit., 655 e ss.

44 Già G. Petrocelli, *Questioni preliminari di merito e regolamento di giurisdizione*, in *Giur. it.* 1970, I, 1, 39 ss. aveva specificato che non era chiaro il concetto di merito nella formulazione dell'art. 41 c.p.c., che ammette il regolamento di giurisdizione solo "finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado". Sull'evoluzione dell'interpretazione della nozione si veda G. Trisorio Liuzzi, voce *Regolamento di giurisdizione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVI, Torino 1997, spec. 518 ss.. Si è assistito, poi, ad una nuova lettura giurisprudenziale della frase "decisione di merito" a partire da Cass. 12 giugno 1995, n. 6595, in *Giur. it.* 1995, I, 1, 1390, con nota di F. Cipriani, *Procedimento cautelare, regolamento di giurisdizione e riforma del processo civile* e, successivamente, con Cass., sez. un., 12 giugno 1996, n. 2466 secondo cui l'art. 41 c.p.c. deve essere interpretato come se dicesse "finché non sia intervenuta una decisione sulla causa in sede di merito". La conseguenza è che, invece che ritenere che solo una pronuncia sul merito della causa preclude il regolamento di giurisdizione (in questo senso, per es., Cass. 16 dicembre 1992, n. 13313), si ritiene che sia decisione della causa nel merito impeditiva della proposizione del regolamento di giurisdizione una qualsiasi decisione emanata dal giudice sulla causa "in sede di merito". L'ambito applicativo del regolamento di giurisdizione si è così molto ridotto poiché ostacolano la sua proposizione non soltanto le ordinanze sulla giurisdizione ma anche le pronunce sulle altre questioni pregiudiziali di rito (fra cui quelle di competenza) e sulle questioni preliminari di merito. Sul punto si veda l'ampia ricostruzione del dibattito dottrinale seguente alla citata pronuncia della Cassazione, in A. Panzarola, *La Cassazione*, cit., 656 e ss.

45 La norma dell'art. 42 c.p.c. afferma che il regolamento di competenza è necessario allorché la pronuncia sulla competenza "non decide il merito della causa". Sicché si pone l'esigenza di intendere che cosa sia il "merito della causa", anche ai fini del successivo art. 43, co. 1, c.p.c.. Per una ricostruzione del dibattito sulla nozione di merito in questo caso si veda da ultimo M. Acone e F. De Santis, *sub art. 42*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, Torino, 2012, 602 e ss. In questa sede basti ricordare, insieme con F. Cipriani, *Il regolamento facoltativo di competenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1976, 503 e ss. In sostanza per merito non si intende solamente la pronuncia sul rapporto sostanziale dedotto in giudizio ma anche alla soluzione delle questioni sia di carattere processuale che sostanziale, siano esse pregiudiziali di rito o preliminari di merito, diverse dalla questione di competenza. In generale si rinvia a G. Bongiorno, *Il regolamento di competenza*, Milano 1968, 170 ss. Giustamente evidenzia A. Panzarola, *op. loc. cit.*, che emerge allora l'idea di una modulazione legislativa del concetto di "merito" che

ultima va senz'altro ricordata la diaspora avutasi sulla definizione dell'eccezione di arbitrato rituale<sup>46</sup> intesa quale eccezione di merito.

Se anche in questo ambito è difficile attribuire all'espressione "merito" un significato e ambito preciso, tuttavia si può concordare con chi<sup>47</sup> afferma che l'espressione "merito" è una nozione coessenziale per la conoscenza del processo quale sistema fenomenologico<sup>48</sup>.

Se, pertanto, non è possibile sintetizzare i termini della questione affermando puramente e semplicemente che è "merito" tutto ciò che non è rito e viceversa, è però certo che la decisione nel merito della causa è quella con cui "si afferma o si nega l'esistenza della situazione giuridica"<sup>49</sup>. E' noto, infatti, che esistono due realtà, da un lato il fenomeno giuridico sostanziale, dall'altro quello processuale<sup>50</sup> che è a sua volta strumentale rispetto al primo<sup>51</sup>. Sicché il processo ha alla sua base il diritto soggettivo sostanziale che si assume lesa e che con la sua espressione condensa una serie di posizioni giuridiche in senso ampio attribuite alle parti; dall'altro lato anche le norme che regolano il processo assegnano ai soggetti che ne sono parte una serie di diritti soggettivi processuali pur essi scomponibili in una serie di posizioni giuridiche, del tutto autonome e svincolate da quelle afferenti al diritto sostanziale<sup>52</sup>. Nell'ambito della giurisdizione civile ordinaria, che è necessaria<sup>53</sup>, il processo è lo strumento di realizzazione del diritto sostanziale<sup>54</sup>, con il quale esiste un nesso imprescindibile<sup>55</sup>, poiché il processo si pone come mezzo a fine per la tutela dei soggettivi e *status*<sup>56</sup>.

La decisione di merito è, a tale stregua, quella che decide della fondatezza o meno della domanda proposta, domanda tramite la quale il diritto sostanziale entra nel processo stesso<sup>57</sup> ed è pertanto corretto dire che per il tramite di essa (della decisione di merito) si afferma o si nega l'esistenza della situazione giuridica che determina l'oggetto del processo<sup>58</sup>.

Se, quindi, la decisione del merito nel processo significa declaratoria sull'esistenza o inesistenza della situazione sostanziale dedotta in giudizio, essa concerne necessariamente sia il fatto che il diritto<sup>59</sup>, nel senso che, rispetto al merito il giudice ricostruisce il fatto sulla base delle prove e delle allegazioni di parte; rispetto al diritto esso compete al giudice (iura novit curia) ed è sempre il giudice a dover desumere le conseguenze

non può pertanto essere inteso o costruito sempre allo stesso modo ma che si atteggia in modo diverso a seconda dei diversi istituti in cui viene in considerazione.

- 46 Su cui si veda ampiamente A. Briguglio, *L'arbitrato estero e l'ordinamento processuale italiano*. Vol. I, *Arbitrato estero e giurisdizione italiana*, Roma 2004, 135 ss.; M.P. Gasperini, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, 115 ss. In sostanza l'eccezione di esistenza di un compromesso comporterebbe l'improponibilità della domanda proposta al giudice ordinario perché le parti avrebbero rinunciato alla tutela giudiziaria; sicché l'eccezione dovrebbe considerarsi di merito. Il relativo dibattito è efficacemente riassunto in A. Panzarola, op. loc. cit.
- 47 F. Cordero, voce *Merito (diritto processuale)*, in *Noviss. dig. it.*, cit., X, 578 ss.; Id., voce *Merito (diritto processuale)*, in *Dig. disc. pen.*, cit., VII, 665 ss.
- 48 Si veda G. Bongiorno, *Il regolamento di competenza*, cit., 173, ma anche F. Cordero, voce *Merito*, in *Noviss. dig. it.*, cit., 578.
- 49 F. Cordero, op. cit., 580.
- 50 Sulla distinzione tra norme processuali e sostanziali, dalla teoria chiovendiana al diritto giudiziario materiale di J. Goldschmidt, fino al dibattito relativo alla distinzione tra la *struttura* della norma e la *funzione* di essa, si veda ampiamente la ricostruzione di A. Panzarola, *La Cassazione civile*, cit., vol. II, 729 e ss.
- 51 N. Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, 142 e ss. L'A. ricorda come la stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 26/1999 abbia chiarito che "il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere... L'azione..., d'altronde, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli artt. 24 e 113 Cost. e da annoverarsi tra quelli inviolabili".
- 52 *Ex multis* si vedano: P. Calamandrei, *La relatività del concetto di azione*, ora in *Opere Giuridiche*, Napoli, 1965, I, 427 e ss.; E.T. Liebman, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 47 e ss.; G.A. Micheli, *Giurisdizione e azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 107; E. Fazzalari, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957; Id., voce *Azione civile, Teoria generale e diritto processuale*, in *Dig. Civ., sez. priv.*, vol. II, 1988, 30 e ss.; F. Carmelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958; A. Orestano, voce *Azione in generale*. a) *Storia del problema*, in *Enc. Del dir.*, vol. IV, 1959, 787 e ss.; S. Satta, voce *Azione in generale*. b) *diritto positivo*, in *Enc. Del dir.*, vol. IV, 1959, 822 e ss.
- 53 In tal senso per tutti L. Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 18 ss.; nello stesso senso A. Proto Pisani, *Usi ed abusi della procedura camerale ex art. 737 e ss. c.p.c. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, I, 393 e ss. Sul diverso problema del collegamento del processo con l'illecito si rinvia *amplius* a N. Picardi, *La dichiarazione di fallimento. Dal procedimento al processo*, Milano, 1974, 189 e ss.
- 54 V., per tutti, G. Fabbrini, voce *Eccezione*, in *Enc. giur.*, XII Roma, 1989, 2 e ss.
- 55 C. Consolo, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Torino 1991, 66.
- 56 Per tutti A. Proto Pisani, *Usi ed abusi della procedura camerale*, cit., 393 e ss.
- 57 *Ex multis* A. Chizzini, voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Digesto (disc. Priv., sez. civ.)*, vol. XVIII, Torino, 1998, 263 cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti.
- 58 F. Cordero, voce *Merito*, in *Noviss. dig.*, cit., p. 580: "con la decisione di merito si afferma o si nega l'esistenza della situazione giuridica in cui risiede l'oggetto del processo"; v. anche F.P. Luiso, *L'oggetto del processo arbitrale*, cit., p. 670, p. 673.
- 59 In tema si veda G. Fabbrini, voce *Eccezione*, loc. cit.

giuridiche dei fatti accertati nel processo<sup>60</sup>. Sicché il contenuto di merito della sentenza è collegato, al “frazionamento processuale della fattispecie sostanziale”<sup>61</sup>.

Volendo trarre le conclusioni di questa breve indagine sul merito processuale può dirsi che il termine merito, come si è giustamente sottolineato, anche nel processo civile non ha un significato univoco perché è utilizzato sia per indicare la *quaestio facti* e il relativo accertamento, sia la decisione sulle conseguenze giuridiche che derivano dai fatti così accertati<sup>62</sup>.

Ciò che, pertanto, collega le due nozioni, quella di merito amministrativo e di merito processuale è, forse, unicamente, la contrapposizione tra il giudizio sul fatto, anche detto di merito, e il giudizio di diritto, da cui deriva l'altrettanto nota distinzione tra il giudice di puro diritto, o di legittimità, e il giudice del merito cui compete, tendenzialmente ad esso solo, lo scrutinio della *quaestio facti*<sup>63</sup>.

---

60 E. Fazzalari, voce *Processo civile*, cit., p. 120.

61 G. Fabbrini, op. loc. cit. Rileva giustamente A. Panzarola, *La Cassazione*, cit., 655 e ss. che non necessariamente il provvedimento di merito si misura con l'accertamento e la qualificazione di “tutti” i fatti rilevanti, in base alle norme sostanziali applicabili atteso che sono necessari solo l'accertamento e la qualificazione dei fatti costitutivi, mentre il completamento e sviluppo totale della fattispecie sostanziale si ha con la proposizione della eccezione e il conseguente ingresso dei fatti impeditivi, modificativi e estintivi.

62 A. Panzarola, *La Cassazione*, cit., 669.

63 Per le eccezioni si rinvia all'ampio studio di A. Panzarola sulla cassazione sostitutiva nel merito: A. Panzarola, *La Cassazione*, cit., vol. I e II, passim.



# L'INTERESSE COME OGGETTO DI TUTELA NEI PROCEDIMENTI IN CAMERA DI CONSIGLIO<sup>1\*</sup>

Davide Turrone

*La distinzione tradizionale tra diritti e interessi ha – secondo l'opinione dominante – implicazioni note e relevantissime nella disciplina dei procedimenti in camera di consiglio, regolati, in linea di principio, dal modello degli artt. 737 ss. c.p.c. Tra queste implicazioni vi sono l'attitudine al giudicato e la ricorribilità in cassazione ex art. 111 Cost. del decreto «che decide su diritti»; le quali non si estendono ai provvedimenti camerali su interessi, essendo ritenute estranee alla natura «non contenziosa» dei relativi procedimenti.*

*Che cosa esattamente siano questi «interessi», e quale sia l'oggetto di tutela dei procedimenti camerali non contenziosi, è il problema che impegna il presente studio.*

*L'indagine nasce dall'idea che le situazioni oggetto della giurisdizione cosiddetta non contenziosa abbiano un peso considerevole nella vita delle persone, non certo inferiore a quelle che siamo soliti classificare come diritti. Se questa idea è corretta, e l'indagine sembra dimostrarlo, le tecniche di tutela giurisdizionale non possono essere meno attente di quelle destinate ai tradizionali «diritti».*

*Ciò non significa che i modelli processuali debbano coincidere; ma che qualsiasi sostanziale riduzione di garanzie va giustificata in modo rigoroso.*

*E non giustificata, alla luce della ricognizione svolta, mi sembra proprio l'opinione dominante che nega il ricorso in cassazione contro i provvedimenti camerali non contenziosi.*

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine – 2. «Diritti», «interessi» e procedimenti camerali – 3. «Decidere diritti», «incidere su diritti» o «curare gli interessi»? Casi scelti sull'ammissibilità del ricorso in cassazione. – 4. Diritti e interessi tra provvedimenti «*de potestate*» e modifica delle condizioni di separazione – 5. «Cura degli interessi» nei provvedimenti di revoca degli amministratori – 6. ....ma la pronuncia sulle spese è ricorribile in cassazione – 7. «Il regolamento dell'interesse pubblico» come oggetto del procedimento? – 8. Sintesi – 9. La situazione tutelata nei procedimenti camerali «su interessi»: riferimento all'interesse legittimo di diritto pubblico – 10. Riferimento all'interesse legittimo di diritto privato – 11. Individuazione dell'interesse alla luce degli elementi acquisiti. I) procedimenti camerali e poteri privatistici – 12. – segue – II) procedimenti camerali e poteri della p.a. – 13. – segue – III) procedimenti camerali dove l'interesse legittimo è correlato al solo potere del giudice. – 14. Conclusioni

## 1. OGGETTO DELL'INDAGINE

La distinzione tra diritti e interessi è un noto spartiacque nella disciplina dei procedimenti in camera di consiglio, che divide la giurisdizione camerale c.d. «contenziosa» da quella c.d. «non contenziosa». Ma cosa esattamente si intenda con «interesse» in questo particolare contesto è altamente incerto, benché la figura sia continuamente evocata [2].

Del problema intendo occuparmi in questo scritto, come premessa ad uno studio più ampio dedicato agli interessi come oggetto di tutela nei procedimenti camerali. Negli appunti che seguono, dopo un richiamo

1 \*Saggio pubblicato sulla rivista *Giustizia Civile.com*, 2016, n. 11/16.

2 A partire da V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 79; E. FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, 25, 89 ss.; G. A. MICHELI, *Camera di consiglio*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 985.

ai concetti che tradizionalmente governano la materia, ne evidenzierò i punti a mio avviso più critici e tenterò di proporre una ricostruzione alternativa.

Intendo dimostrare – riprendendo in parte le riflessioni di Eduardo Grasso – che gli «interessi», oggetto di tutela nei procedimenti camerali cosiddetti «non contenziosi», sono sempre situazioni giuridiche soggettive ben definite, tutte correlate ad altrettanto specifici poteri, pubblici o privati. Tali interessi non sono «situazioni minori» rispetto ai diritti, né meramente strumentali alla tutela di un superiore interesse pubblico.

Conforta questa tesi la complessiva evoluzione del sistema, scandita negli ultimi decenni da fondamentali studi sull'interesse legittimo nel diritto pubblico e nel diritto privato. E la confortano «in negativo» le incongruenze in cui cade la Corte di cassazione, quando tenta di fondare sulla distinzione tra diritti e interessi l'ammissibilità del ricorso straordinario *ex art.* 111 Cost. Di queste incongruenze intendo dare specifica dimostrazione attraverso l'analisi di alcuni precedenti; dai casi analizzati trarrò poi spunto per ricostruire, nella parte finale, l'oggetto dei procedimenti camerali «su interessi».

Dal punto di vista pratico, l'impostazione accolta comporta il rifiuto del criterio di accesso al giudizio di cassazione fondato sul tradizionale distinguo tra procedimenti «contenziosi su diritti» e «non contenziosi su interessi»; e giustifica – almeno in linea di principio – l'estensione del rimedio ai decreti che definiscono i procedimenti del secondo tipo, indipendentemente dalla loro attitudine al passaggio in giudicato.

## 2. «DIRITTI», «INTERESSI» E PROCEDIMENTI CAMERALI

Il diritto soggettivo descrive la relazione tra un soggetto e un bene, che l'ordinamento tutela imponendo ad altri le condotte necessarie a soddisfarlo («bene» qui inteso, in senso lato, come entità cui si attribuisce un valore) [3]. La tutela giurisdizionale del diritto avviene secondo varie tecniche, tendenzialmente idonee ad assicurargli il massimo livello possibile di garanzie [4] – anche se l'attuale legislatore tenta di contrastare questa «vocazione» in vario modo [5].

L'interesse è un concetto molto generale, che descrive una generica tensione del soggetto verso un bene [6]. Nella definizione di diritto non ho usato il termine «interesse»; tuttavia è forse il più adatto a esprimere quella «tensione», intorno alla quale si edifica la categoria del diritto soggettivo: comunque li si voglia definire, i diritti – mutuando l'espressione di Jhering – rimangono specie d'interessi giuridicamente protetti [7].

Nella disciplina dei procedimenti in camera di consiglio, la distinzione tra diritti e interessi si collega a una diffusa linea di pensiero [8] che provo a sintetizzare. I processi camerali *su diritti* servono, al pari di

3 Ho scelto una definizione «di uso comune»; ma è risaputo che la nozione e la stessa categoria del diritto soggettivo sono al centro di un dibattito complesso che si snoda lungo percorsi tracciati da autori come Savigny, Jhering, Kelsen, Ross, Hart, segnato dall'incessante tentativo della scienza di decifrare e insieme modellare le categorie giuridiche secondo i bisogni e il sentire propri di una data società: v. per gli opportuni riferimenti A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 367 ss., spec. 380 ss.; M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo – una vicenda teorica*, Milano, 1996; W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, 659; P.G. MONATERI, *Diritto soggettivo*, in *Dig. priv., sez. civ.*, VI, Torino, 1990, rist. 1994, 411 ss.; P. BARCELLONA, *Il problema dei rapporti tra il soggetto e l'ordinamento*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, I, Milano, 1978, 56 ss.

4 La correlazione tra tutela dei diritti e «cognizione piena idonea al giudicato» è pacifica come regola; ma è una regola costellata da eccezioni e sono queste a generare le dispute. A un orientamento minoritario, molto aperto verso l'impiego del procedimento camerale per la tutela dei diritti (ad es. V. DENTI, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1987, 325 ss., spec. 331; E. GRASSO, *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 35 ss.; L. P. COMOGLIO, *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 719 ss.) si contrappone la linea maggioritaria che pone sostanziali limiti all'impiego del modello camerale: per tutti L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Torino, 2011, *passim*; Cerino Canova, *Per la chiarezza*, cit., 431 ss.); A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova 1994, 174 ss.

5 Il riferimento va, oltre alla «cameralizzazione dei diritti» di cui dirò *infra*, ai tentativi di spostare l'asse della tutela sul modello sommario introdotto dagli artt. 702 bis ss. c.p.c. Il caso più recente è avvenuto con lo schema di decreto legge predisposto dal Ministro della Giustizia nel luglio 2016, che ha tentato di soppiantare il modello ordinario con quello sommario nel processo di cognizione davanti al tribunale in composizione monocratica. Le vivaci proteste hanno rapidamente indotto il Governo a soprassedere (per ora).

6 Per una panoramica sul concetto di interesse e la sua collocazione nel moderno pensiero giuridico v. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche – Il concetto di diritto*, Milano, 1996, I, 180; W. CESARINI SFORZA, *Lezioni di teoria generale del diritto*, I, Padova, 1930, 127; DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, 256 ss.

7 Cfr. per riferimenti A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 367 ss.

8 Per la quale v. E. FAZZALARI, *Profili della giurisdizione volontaria*, in Scuola di notariato A. Anselmi, *La volontaria giurisdizione. Casi e materiali*, Milano, 1997, 12 ss.; L. MONTESANO, *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, 597 ss.; A. PROTO PISANI (già in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 393 ss.), in M. G. CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, I, Torino, 1994, 34 s.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2007, IV, 326 s.; BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, Bari, 2007, I, 11 ss.; VALITUTTI, *La volontaria giurisdizione*, in S. CHIARLONI E C. CONSOLO (a cura di), *Il procedimenti sommari e speciali*, III, Torino, 2005, 217 ss., 223 ss. Non va però trascurato che, per quanto diffusa, questa impostazione non è affatto pacifica: la «giurisd-

quelli dichiarativi in genere, a regolare una contesa tra parti sulla spettanza del diritto: il giudice è equidistante rispetto alle situazioni in conflitto e il suo compito è stabilire se il diritto spetti o no alla parte che lo invoca. Negli altri procedimenti camerale, invece, il giudice ha il compito di curare «interessi» connotati da forte rilevanza pubblicistica o che addirittura si identificano con l'interesse pubblico: [9] per quanto rimanga terzo, egli non è ovviamente neutro rispetto a tali interessi visto che ha il compito di proteggerli [10]; le stesse parti non li contestano né se li contendono, semmai controvertono sul modo di tutelarli. Di qui l'idea che i procedimenti camerale del secondo tipo siano «non contenziosi»: formula, questa, riferibile sia alla «giurisdizione volontaria» nella sua accezione tradizionale [11], sia ai casi spesso ricondotti alla c.d. «giurisdizione oggettiva» dei quali dirò tra breve [12].

Il criterio illustrato suggerisce che nel procedimento camerale «su interessi» il giudice assolva una funzione peculiare, alla quale si addicono meglio una particolare speditezza, libertà di forme e ampio ricorso all'impulso d'ufficio [13].

Esso evoca pure un concetto d'interesse molto generico, che di volta in volta viene fatto corrispondere a un generale «interesse pubblico» o a un «interesse del minore», della persona incapace, della società, dei creditori. Così intesa, la nozione di interesse non consente però di individuare le specifiche situazioni giuridiche coinvolte nel procedimento camerale «non contenzioso» [14] e impedisce un effettivo raffronto con i diritti oggetto dei procedimenti contenziosi.

Più che alla categoria dell'interesse, gli interpreti hanno rivolto le loro preoccupazioni ai diritti e alla tendenza legislativa a dirottarli verso i procedimenti in camera di consiglio (da tempo nota come «cameralizzazione»).

Il modello camerale declinato negli articoli artt. 737 ss. c.p.c. si ritiene adatto ai compiti della volontaria giurisdizione e in genere alla tutela degli interessi, in quanto «libero» da forme predeterminate (rispetto a quelle proprie di altri modelli processuali e in particolare dei modelli a cognizione piena), produttivo di provvedimenti non idonei al giudicato e non ricorribili per cassazione. E' invece diffusa la convinzione che per la tutela dei diritti questo strumento sia inadeguato sul piano delle garanzie costituzionali, in parte

zione volontaria» quale categoria giuridica è stata da più parti messa in discussione, in quanto accorpa funzioni assai disomogenee. Cfr. in tal senso M. BOVE, *Rito camerale e «giusto processo regolato dalla legge*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 403 ss.; F. DESTEFANO, *Manuale di volontaria giurisdizione*, Padova, 2002, 22. Più radicali le critiche sollevate da altri Autori: V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, 77 ss., ritiene che per effetto delle scelte del c.p.c. del '42 la volontaria giurisdizione sarebbe oramai una categoria estinta; G. ARIETA, in L. MONTESANO e G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, II, 2, Padova, 2002, 1115, nega cittadinanza al concetto di giurisdizione volontaria, sostenendo che anche nell'ambito ad essa assegnato il processo persegue comunque la tutela dei diritti: l'oggetto di questo procedimento consisterebbe, secondo l'A., in un «segmento» di un più generale diritto soggettivo, che può essere sempre fatto valere in sede ordinaria; in senso adesivo E. FERRI, *La disciplina dei procedimenti in camera di consiglio nel decreto legislativo societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 694 ss.

- 9 La cura dell'interesse pubblico come oggetto della tutela camerale «non contenziosa» è un'immagine che ha l'evidente effetto – o scopo, secondo i punti di vista – di rimuovere, non certo risolvere, il problema delle situazioni soggettive sempre coinvolte nei procedimenti in camera di consiglio. Aggiungo che certe materie, tipicamente assegnate alla giurisdizione volontaria, non spiccano certo per rilevanza pubblicistica e la loro devoluzione all'autorità giudiziaria risponde ad altre logiche. Ad esempio la scelta di affidare al presidente del tribunale la nomina dell'arbitro ex art. 34, d.lgs. 5/2003 in caso di inerzia del soggetto designato è posto nell'evidente interesse privato delle parti: ciò non significa beninteso che l'interesse pubblico vi sia estraneo; ma non sembra più coinvolto di quanto in genere lo è in presenza di una qualunque «crisi di collaborazione» fra privati. Analoghe considerazioni in E. GRASSO, *I procedimenti camerale*, cit., 44 s., con riguardo ai procedimenti per dichiarazione di assenza e morte presunta. Nella stessa direzione, tesa a identificare negli interessi dei privati specificamente coinvolti l'oggetto della tutela proprio della giurisdizione volontaria, C. M. DE MARINI, *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 255 ss., spec. 280.
- 10 In sostanza esprime lo stesso concetto L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, 108: «...si può dire che, quando svolge la sua attività in sede di «volontaria giurisdizione» (almeno nella gran maggioranza dei casi) il giudice, pur operando a vantaggio di un interesse privato, esplica una funzione, che si specifica in relazione ad esigenze che oggettivamente rilevano sul piano... dell'ordine pubblico».
- 11 Con l'introduzione del modello camerale previsto dagli artt. 737 ss. c.p.c., il legislatore del '40 ha segnato una parziale discontinuità rispetto al codice di rito previgente. Nel codice di rito del 1865 la procedura in camera di consiglio contenuta nel titolo I del libro terzo (artt. 778 ss. c.p.c.) era forma generale per la «giurisdizione volontaria» e per «le altre materie da trattare senza contraddittore», dove la menzione delle altre materie lasciava intendere che quelle di giurisdizione volontaria fossero per definizione senza contraddittore. Questa sistemazione segna una prima e nota differenza rispetto codice del 1940: benché raccolti sotto una rubrica quasi identica alla precedente, gli artt. 737 ss. del vigente codice di rito omettono qualsiasi riferimento alla giurisdizione volontaria come alla presenza o no di contraddittori. La seconda differenza attiene lo svolgimento della procedura. Gli artt. 778 c.p.c. 1865 non solo disciplinavano i procedimenti «senza contraddittore», ma effettivamente non prevedevano alcun contraddittorio. Salva l'eventuale interlocuzione con il pubblico ministero, non erano contemplate né un'udienza né altre forme di confronto dialettico tra il giudice e la parte. Una scelta, si direbbe, coerente coll'assenza di contraddittore; ma certo non obbligata, visto che la presenza di un solo interessato è ben compatibile con la possibilità che questa sola parte sia sentita dal giudice prima di deciderne il ricorso. Al contrario il codice vigente stabilisce in generale che «il giudice può assumere informazioni» e questo indipendentemente dalla presenza di uno o di più contraddittori: introduce quindi un modello «aperto», che affida all'ampia discrezionalità del giudice l'articolazione del contraddittorio.
- 12 Un'utile ricostruzione del dibattito sulla giurisdizione volontaria in L. DI COLA, *L'oggetto del giudizio di divisione*, Milano, 2011, 171 ss.
- 13 Ricorda questi tratti caratteristici della tutela camerale S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 131.
- 14 Problema che non ha mancato di cogliere E. Grasso, *I procedimenti camerale e l'oggetto della tutela*, cit., 38 ss.

perché insufficiente (dove non determina in modo analitico lo svolgimento del processo) in parte perché inapplicabile (soprattutto dove ammette fonti di prova atipiche e l'inattitudine al giudicato della decisione).

Il dibattito che ne è seguito ha prodotto, anche nel diritto vivente, una nota divaricazione nel sistema dei procedimenti in camera di consiglio, descrivibile nei seguenti termini. La tutela degli interessi segue lo schema generale degli artt. 737 ss. c.p.c. o varianti che – pur prevedendo una più accentuata articolazione del contraddittorio – non deviano sostanzialmente da quello schema. Invece l'impiego del procedimento camerale per la tutela dei diritti si affida ad architetture più complesse che consistono alternativamente: *a)* nel prevedere, tramite specifici meccanismi di raccordo, che l'*iter* camerale possa confluire in un processo a cognizione piena; *b)* nell'ammettere che la tutela camerale non precluda la successiva instaurazione di un giudizio ordinario sulla *eadem re* [15]; *c)* nel modificare direttamente la struttura del procedimento in camera di consiglio, sia per accentuarne i meccanismi di tutela del contraddittorio, sia – con sostanziale alterazione del modello – per rendere la decisione idonea al giudicato e ricorribile in cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. – ora in comb. disp. con l'art. 360, u.c., c.p.c. [16]. Nel silenzio della legge la tecnica *sub c)* è decisamente quella preferita, soprattutto dalla giurisprudenza civile e costituzionale [17]. Parte della dottrina rifiuta entrambi i modelli *sub b)* e *c)*, per ragioni che talora sono diametralmente opposte [18].

Questo approccio differenziato alla tutela camerale risente pesantemente dei dubbi sulla natura della situazione tutelata e sul connesso regime del procedimento camerale: ne darò qualche esempio nel paragrafo successivo.

Inoltre l'approccio suddetto convive con il fatto che molti procedimenti camerali, *pur relativi a interessi*, ricevono lo stesso trattamento riservato a quelli sui diritti. La deviazione dallo schema degli artt. 737 c.p.c. si giustifica affermando che questi provvedimenti, benché «su interessi» nondimeno «incidono sui diritti». Questa almeno è la giustificazione che dà la giurisprudenza alla scelta di estendere ricorribilità per cassazione a vari decreti camerali non contenziosi; salvo poi affidare a criteri imperscrutabili la distinzione tra i provvedimenti in questione e gli altri che invece «non incidono» su diritti [19].

La soluzione è in apparente sintonia con quella dottrina che, nell'ambito dei procedimenti camerali «su interessi», isola un ampio settore di provvedimenti destinati «a incidere sui diritti» (che riconduce alla «giurisdizione oggettiva») in quanto sostiene la necessità costituzionale che i relativi procedimenti offrano le garanzie proprie della giurisdizione sui diritti; o che, in alternativa, non precludano la tutela dei diritti incisi in un successivo giudizio a cognizione piena [20]. Ma a differenza della linea seguita dalla Cassazione, questa dottrina propone almeno un criterio *verificabile* per individuare i procedimenti in questione. Il criterio si fonda sull'idea che «non incidono» su diritti i provvedimenti di volontaria giurisdizione in senso stretto, perché non producono direttamente effetti giuridici sostanziali, ma si inseriscono in una più ampia fattispecie negoziale; invece «incidono sui diritti» quei provvedimenti, sempre camerali e «non contenziosi», che mutano direttamente l'assetto giuridico e hanno quindi natura costitutiva [21].

15 A. PROTO PISANI, *Usi e abusi*, cit., 44, ma con una importante riserva – 55 ss. – per i procedimenti destinati a incidere su diritti a contenuto non patrimoniale.

16 Così, eccettuato Proto Pisani, quasi tutti gli Autori del primo gruppo citato in nota 7, cui *adde* S. CHIARLONI, *Giusto processo*, cit., 132. Per un'accurata analisi della giurisprudenza sul ricorso straordinario in cassazione, v. E. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, dove 42 ss. la dimostrazione che il criterio della sentenza in senso sostanziale, su cui la Suprema Corte ha fondato la ricorribilità in cassazione dei provvedimenti diversi dalla sentenza, è estraneo alla *ratio legis* della norma costituzionale per come è stata concepita dai Costituenti.

17 L'evoluzione della giurisprudenza segue un percorso noto, per il quale rinvio senz'altro a F. PORCARI, *sub art. 737*, in L. P. COMOGLIO – C. CONSOLO – B. SASSANI – R. VACCARELLA (dir. da), VII, 3, Milanofiori Assago, 2014, 259 ss.; e a Cass., Sez. un., 19 giugno 1996, n. 5629, *ex multis* in *Fam. dir.*, 1996, 305 ss., con nota di F. TOMMASEO; in *Giur. it.*, 1996, I, 1, con nota di A. CARRATTA; in *Foro it.*, 1996, I, con nota di M. G. CIVININI.

18 Taluni rifiutano quelle soluzioni, stimandole troppo poco garantistiche: L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, cit., 13, 57 ss., 85, 136; M. BOVE, *Rito camerale e «giusto processo regolato dalla legge»*, 403 ss. Altri, al contrario, le rifiutano ritenendo che la tutela camerale dei diritti offra, in linea di massima, garanzie sufficienti: così E. GRASSO, *I procedimenti camerali*, cit., 58 ss.

19 Ne prendono atto ad es. E. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, cit., 118 ss.; *adde* R. FRASCA, *Nuove tendenze e vecchi problemi della giurisprudenza della Corte in tema di ricorso straordinario*, in *L'evoluzione giurisprudenziale delle decisioni della Corte di cassazione*, VII, Milano, 2013, 297 ss., spec. 306 ss.

20 L. MONTESANO, *Sull'efficacia, sulla revoca*, cit., 599; ID., *Giudizi camerali su atti e gestioni di società e tutela giurisdizionale di diritti e di interessi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 824 ss.

21 L. MONTESANO, *Sull'efficacia, sulla revoca*, cit., 597 ss., spec. 599 (già prima V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 53 s., dalla stessa distinzione faceva dipendere, rispettivamente, la revocabilità o no del provvedimento *ex art. 742 c.p.c.*); più di recente lo stesso criterio è ripreso

E' comunque utile notare che anche la tesi in discorso si richiama all'esigenza di tutelare i diritti; e non quegli interessi, che pure sono l'oggetto principale del procedimento.

### 3. «DECIDERE DIRITTI», «INCIDERE SU DIRITTI» O «CURARE GLI INTERESSI»? CASI SCELTI SULL'AMMISSIBILITÀ DEL RICORSO IN CASSAZIONE

Il descritto approccio «dualistico» ai procedimenti camerali (schema «puro», o con deviazioni non sostanziali, per quelli su interessi; schema «geneticamente modificato» per quelli su diritti o ritenuti idonei a incidere su diritti) produce dunque conseguenze pratiche di rilievo. Una delle implicazioni più notevoli è senz'altro quella di consentire il ricorso in cassazione *ex art. 111 Cost.* contro tutti i provvedimenti camerali «che decidono su diritti» o che – pur provvedendo «su interessi» – incidono su diritti.

Qui e nei prossimi paragrafi analizzerò alcune applicazioni di questo approccio dualistico, usando come filo conduttore alcuni casi in cui la Suprema Corte si pronuncia sull'ammissibilità o no del ricorso in cassazione contro i decreti resi nei procedimenti in camera di consiglio.

- 1) Cass., 17 maggio 2012, n. 7770 <sup>[22]</sup>, in materia di revisione delle disposizioni accessorie alla separazione relative ai figli – soggetta al procedimento camerale ai sensi dell'art. 710 c.p.c. – dichiara impugnabile per cassazione *ex art. 111 Cost.* il provvedimento reso in sede di reclamo «in quanto *incidente su diritti soggettivi* delle parti, nonché caratterizzato da stabilità temporanea, che lo rende idoneo ad acquistare efficacia di giudicato, sia pure “rebus sic stantibus”»;
- 2) la quasi coeva Cass., 13 settembre 2012, n. 15341 <sup>[23]</sup> nega invece la ricorribilità per cassazione contro i provvedimenti *de potestate*, resi ai sensi degli artt. 317 bis, 330, 332, 333 c.c. all'epoca vigenti <sup>[24]</sup>, *perché* inerenti la sola cura di interessi tipica della volontaria «giurisdizione».
- 3) Cass., 27 febbraio 2012, n. 2986, sul presupposto che si tratti di volontaria giurisdizione, nega il ricorso in cassazione contro il provvedimento che definisce, in sede di reclamo, il procedimento per la revoca dell'amministratore di condominio *ex art. 1129 c.c. e 64 att. c.c.*
- 4) Cass., 29 dicembre 2011, n. 30052 nega la ricorribilità per cassazione contro il provvedimento reso su denuncia di gravi irregolarità nella gestione di una società per azioni ai sensi dell'art. 2409 c.c., in quanto volto alla tutela di interessi e non di diritti.
- 5) La stessa Cass., 30052/2011, in continuità con un indirizzo ormai affermato, precisa che la pronuncia sulle spese, pur contenuta nel provvedimento «su interessi», ha ad oggetto un diritto ed è quindi ricorribile per cassazione. Va avvertito che questa soluzione non vale per tutti i procedimenti «su interessi», ma soltanto per quelli (detti anche «bilaterali» o «plurilaterali») cui partecipano soggetti portatori d'interessi contrapposti; salvo il problema di stabilire quando ricorre un caso e quando l'altro.
- 6) Cass., 20 luglio 2015, n. 15131 assegna alla volontaria giurisdizione il procedimento (*ex art. 745 c.p.c.*, cui rinvia l'art. 113 *bis* disp. att. c.c.) contro il rifiuto del conservatore dei registri immobiliari di ricevere un atto, «..avendo esso ad oggetto non già la risoluzione di un conflitto di interessi, bensì il regolamento, secondo la legge, dell'interesse pubblico alla pubblicità immobiliare». Ne trae la duplice conseguenza «che, non essendo nel procedimento *de quo* ravvisabile una parte vittoriosa o soccombente, non può provvedersi alla condanna alle spese»; ma se la condanna è stata emessa, la relativa pronuncia è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

Dalla casistica riportata ricavo vari elementi significativi, che passo ora a illustrare.

da M. BOVE, *Rito camerale*, cit., 403 ss., spec. 408 s., per sostenere che il secondo tipo di procedimenti, pur volontari, esige al pari dei giudizi su diritti la garanzia della cognizione piena. Questa distinzione interna alla giurisdizione non contenziosa non mi sembra tuttavia in grado di spiegare perché i procedimenti del primo tipo siano meno idonei dei secondi a produrre gravi conseguenze sui soggetti coinvolti: se pure agiscono in «in via mediata» su un dato effetto giuridico, essi sono comunque indispensabili per ottenere un dato effetto di diritto sostanziale. *Da questo punto di vista, il problema della tutela dei soggetti coinvolti non sembra meno grave e delicato.*

22 In *Fam. pers. succ.*, 2012, 682 ss., con nota di L. BIANCHI. Decisione in linea con il più noto precedente di Cass., sez. un., 21 ottobre 2009, n. 22238, pubblicata fra le tante in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1415 ss., con nota di R. DANOVÌ; in *Fam. dir.*, 2010, 364 ss., con nota di A. GRAZIOSI.

23 In *Fam. dir.*, 2013, 586 ss., con nota di G. RESSANI.

24 La pronuncia della Cassazione applica le norme anteriori alla riforma della filiazione. L'avvertenza vale soprattutto per l'art. 317 bis c.c., il cui contenuto, intitolato all'esercizio della potestà, è stato integralmente riscritto e trasferito nell'art. 316 c.c. sulla responsabilità genitoriale.

#### 4. DIRITTI E INTERESSI TRA PROVVEDIMENTI «DE POTESTATE» E MODIFICA DELLE CONDIZIONI DI SEPARAZIONE

Con riferimento agli enunciati *sub* 1. e 2., la Corte (nel quadro normativo anteriore alla l. 219/2012 di riforma della filiazione) nega ai procedimenti «*de potestate*» *sub* 2. la garanzia del ricorso straordinario; mentre la riconosce a quelli *sub* 1. che distingue nettamente dai provvedimenti «sulla potestà». Le ragioni di questa discriminazione mi sembrano scarsamente comprensibili.

I provvedimenti *de potestate* non investono una sfera diversa della persona, né sono meno incisivi sulla sua vita, come testimonia il rango costituzionale (art. 30 Cost.) delle situazioni tutelate. Anzi. Mentre provvedimenti *sub* 1., resi ai sensi dell'art. 710 c.p.c., hanno contenuti eterogenei, patrimoniali e non (v. già l'art. 155 c.c., ora l'art. 337 *ter* c.c.: dal contributo economico al mantenimento, all'assegnazione della casa familiare, all'esercizio della potestà); quelli *sub* 2. si concentrano su aspetti non patrimoniali ed estremamente vulnerabili dei rapporti, dall'esercizio alla stessa conservazione della potestà (ora «responsabilità genitoriale», secondo la scelta compiuta dal d.lgs. 154/2013 attuativo della riforma sulla filiazione). Dunque le misure adottate nei procedimenti del secondo tipo sono di solito più gravi e invasive di quelle connesse ai procedimenti del primo.

Il dato positivo non rivela poi sostanziali differenze dal punto di vista della stabilità. Ammesso che i decreti *ex* art. 710 c.p.c. siano, come dice la Corte, «*rebus sic stantibus*» – ma questa lettura non è supportata dalla lettera della norma, né dal più recente art. 337 *quinquies* c.c., con cui il primo va ora coordinato<sup>[25]</sup> – lo stesso vale per quelli *de potestate* nel caso di decadenza dalla «responsabilità genitoriale» *ex* art. 330 c.c. Lo dice chiaramente l'art. 332 c.c., che consente il recupero delle prerogative del genitore solo «cessate le ragioni per la quali la decadenza è stata pronunciata».

Incidentalmente auspico che la Cassazione, rivedendo il proprio indirizzo, ammetta il controllo di legittimità in entrambi i casi<sup>[26]</sup>. Ma in questa sede mi interessa il fatto che i due casi richiedono una soluzione uniforme del problema.

Ammesso che la distinzione tra «tutela dei diritti» e «cura degli interessi» sia sostenibile in generale, nel particolare ambito nei provvedimenti *de potestate* – ora sulla «responsabilità genitoriale» – il tentativo di tracciare una simile distinzione si risolve in una petizione di principio. Sostenere che i decreti sulla potestà, o sul suo esercizio, «riguardano soltanto gli interessi», mentre quelli *ex* art. 710 c.p.c. hanno ad oggetto diritti, o «incidono su diritti», sorvola sul fatto che i secondi attengono pur sempre l'esercizio della potestà<sup>[27]</sup>; ma soprattutto provoca una «inversione assiologica», conducendo ad associare ai provvedimenti più gravi, come quello di decadenza dalla potestà, un procedimento meno garantista di quello previsto per le misure *ex* art. 710 c.p.c. – e tenuto conto che nessuno dei due, come vedremo subito nel testo, è idoneo al giudicato. Sarà pur vero che, nel caso dell'art. 710 c.p.c., il provvedimento può riguardare l'assegno di mantenimento, quindi investire diritti di credito e correlativi debiti; ma di fronte a provvedimenti assai più rilevanti di contenuto non patrimoniale trovo paradossale che il giudizio di cassazione si giustifichi

25 L'art. 337 *quinquies* c.c., introdotto dal d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, consente la revisione in ogni tempo delle disposizioni relative ai figli. Prima della riforma della filiazione, a sostegno dell'irrevocabilità «allo stato dei fatti» veniva talora richiamato l'art. 9, l. 898/1970, che subordina la revisione delle disposizioni contenute nella sentenza di divorzio al fatto che «sopravvengano giustificati motivi». L'argomento, fondato sull'esigenza di armonizzare le due discipline, era già discutibile di per sé, dato che l'art. 155 *ter* c.c. sulla separazione indicava espressamente una soluzione diversa; ad ogni modo non è più utilizzabile, visto che, per quanto riguarda i provvedimenti sui figli, il punto è ora regolato in modo uniforme dall'art. 337 *quinquies* c.c.

26 Auspicio da tempo formulato in dottrina: F. TOMMASEO, *I procedimenti de potestate e la nuova legge sulla filiazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 558 ss.; P. LAI, *Procedimenti "de potestate" e ricorso straordinario per cassazione: un'esclusione giustificata?* in questa *Rivista*, 2008, 465 ss.; A. Proto Pisani, *Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori*, ora in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, 639 ss.; G. RESSANI, *Ricorso straordinario per cassazione e provvedimento di decadenza dalla potestà genitoriale ex art. 330 c.c.*, in nota a Cass., 15341/2012, cit. Per ora, tuttavia, la giurisprudenza ha dato continuità al proprio orientamento: v. Cass., 20 marzo 2013, n. 7041, spec. p.to 2. della motivazione, in *Fam. dir.*, 2013, 745, con nota di F. TOMMASEO; Cass., 8 aprile 2016, n. 6919, in *Foro it.*, 2016, I, 1655, che ripropone il distinguo tra procedimenti *de potestate* e procedimenti relativi all'affidamento dei figli di genitori non conviventi.

27 Nel senso qui sostenuto, dell'equiparazione tra i provvedimenti *ex* art. 710 c.p.c. relativi ai figli e quelli *de potestate* quanto alla ricorribilità in cassazione, v. Cass., 18 gennaio 2003, n. 586, in *Fam. dir.*, 2004, con nota di A. LIUZZI, che ha negato il ricorso *ex* art. 111 Cost. contro la declaratoria d'incompetenza, assumendo che la domanda di modifica delle condizioni di separazione concernenti i figli non decida né «incida» su diritti. Soluzione dalla quale dissento, ma che almeno attribuisce natura omogenea a procedimenti camerale che effettivamente ce l'hanno. In questo senso v. pure Cass., 4 settembre 1997, n. 8495, in *Giust. civ.*, 1998, I, 786, nonché poche altre decisioni di quel periodo – successivo, beninteso, alla l. 131/1998, che ha «cameralizzato» il procedimento dell'art. 710 c.p.c.

per via delle misure economiche.

L'enunciato *sub* 1. lascia poi intendere che stabilità *rebus sic stantibus* e cosa giudicata si equivalgono, per cui si può estendere la garanzia del ricorso in cassazione ai provvedimenti atti a conseguire la prima.

Non può tuttavia sfuggire che il carattere *rebus sic stantibus* è pacificamente attribuito a molti provvedimenti camerali riferiti a «interessi» e non a diritti. Se quindi fosse corretta l'assimilazione operata dalla Corte, dovremmo concludere che vaste categorie di interessi, affidati al processo camerale in funzione «non contenziosa», subiscono un accertamento idoneo al giudicato. In realtà non è così, né la Cassazione ha davvero inteso sostenerlo.

Si è affermato in dottrina che la stabilità del provvedimento ammesso al rimedio *ex art.* 111 Cost. è più un *posterius* che un *prius* – cioè l'effetto della scelta della Suprema Corte di ammettere il ricorso straordinario, più che l'implicazione ricavabile dal carattere intrinseco del provvedimento e del suo oggetto [28]. Ciò è probabilmente vero – e testimonierebbe la «circularità» del processo di qualificazione tra situazione giuridica e tecnica di tutela [29]. Ma se pure non lo fosse (oppure quando il regime del provvedimento sia chiaramente regolato dalla legge) rimane il fatto che la cosa giudicata descrive un fenomeno diverso da quello consistente nel limitare ai fatti sopravvenuti la revoca e la modifica dei provvedimenti *ex art.* 710 c.p.c. [30].

La decisione che passa in giudicato può essere rimossa soltanto in casi tendenzialmente tassativi, con le forme e i tempi propri delle impugnazioni straordinarie. Inoltre i mutamenti sopravvenuti non ne giustificano la revoca o la modifica tramite un nuovo procedimento e un nuovo decreto; più semplicemente ne esauriscono gli effetti, rendendo la decisione inopponibile nella futura regolazione del rapporto [31].

La stabilità del provvedimento camerale «allo stato degli atti» non può dal canto suo prendersi alla lettera, altrimenti si avrebbe la preclusione assoluta a dedurre fatti preesistenti ma ignorati, o gravi violazioni processuali del provvedimento di ultima istanza; con il curioso effetto di conferire al decreto camerale un'intangibilità maggiore a quella di una sentenza di merito (ricorribile in cassazione) e una stabilità superiore a quella del giudicato sostanziale (soggetto a revocazione). Un sostanziale equilibrio tra provvedimento *rebus sic stantibus* e cosa giudicata può quindi aversi soltanto se il decreto, oltre ad essere ricorribile per cassazione (e ovviamente revocabile per fatti sopravvenuti), rimane revocabile per fatti preesistenti ma ignorati – in generale per quei fatti che nel processo ordinario giustificano la revocazione, escluso il n. 5 dell'art. 395 c.p.c. [32].

In conclusione: con l'enunciato *sub* 1. la Cassazione attribuisce efficacia *rebus sic stantibus* ai provvedimenti *ex art.* 710 c.p.c.; ma non sembra proprio escluderne modificabilità «mutate le circostanze». Dietro l'improprio riferimento alla cosa giudicata, la soluzione adottata dalla Corte vale quanto ammettere che il ricorso per cassazione è proponibile anche contro provvedimenti c.d. su interessi e non idonei al giudicato.

28 Così E. TISCINI, *Il ricorso straordinario in cassazione*, cit., 114 ss.; riassuntivamente, Id., *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, 17.

29 Fenomeno sul quale v. ad es. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, cit., 379, nota 30e che induce spesso a estendere la nozione di diritto a fenomeni lontani dal suo schema formale, con risultati che, se per certi aspetti sono positivi, dall'altro non giovano certo alla chiarezza dei concetti: un chiaro esempio di questa tendenza è la emersione del «diritto soggettivo processuale» (su cui v. A. CARRATTA, *Sulla tutela del diritto soggettivo di natura processuale «inciso» dal provvedimento camerale* – nota a *Cass. 30 agosto 1995 n. 9151* – in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 750). A sua volta la nozione di «diritto potestativo» patisce seri problemi sul piano della coerenza sistematica, in quanto descrive un fenomeno che – a parte la tecnica di tutela giudiziaria, di regola sintonizzata con quella degli altri diritti soggettivi – non richiede una condotta altrui per essere soddisfatto, consistendo nel potere di modificazione giuridica per semplice atto del titolare: v. sul punto F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, 191 ss.; e con riferimento al dibattito interno alla dottrina processualistica, M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, spec. 254 ss.

30 La differenza tra i due fenomeni è tanto più evidente nelle molte decisioni che, pur pacificamente inidonee al giudicato, sono revocabili o modificabili in presenza di elementi nuovi, secondo combinazioni variabili che vanno dalle «nuove ragioni» ai «fatti sopravvenuti»: è il caso dei provvedimenti cautelari, in riferimento ad es. agli artt. 669-*septies* c.p.c. o all'art. 669-*decies* c.p.c.; o dei provvedimenti sui rapporti patrimoniali tra coniugi separati, in relazione all'art. 156, ult. comma, c.c.

31 Varie sentenze e provvedimenti tecnicamente idonei al giudicato sono qualificati «*rebus sic stantibus*» perché regolano rapporti di durata e sono più esposti di altri ai mutamenti sopravvenuti del rapporto: a ben vedere, la maggior parte delle decisioni idonee al giudicato è facilmente esposta a mutamenti del rapporto che limitano la loro efficacia. Tendenzialmente immuni ai mutamenti sopravvenuti mi sembrano invece alcune decisioni, come quelle che dichiarano nullo il negozio giuridico o estinguono un rapporto giuridico; o che accertano particolari stati insuscettibili di mutare nel tempo, come lo stato di genitore biologico, la provenienza della scrittura privata o la falsità dell'atto pubblico. Ma non è certo questo il caso dell'ordinanza *ex art.* 710 c.p.c.

32 In alternativa alla revocabilità *ex art.* 742 c.p.c., gli stessi motivi dovrebbero consentire l'accesso a un giudizio ordinario (così infatti E. GRASSO, *Il procedimento*, cit., 65 s., ma sulla premessa che tutti i provvedimenti camerali siano revocabili o modificabili esclusivamente per fatti sopravvenuti); che sarebbe un sistema certo più dispendioso e, mi sembra, non necessario alla tutela degli interessati.

## 5. «CURA DEGLI INTERESSI» NEI PROVVEDIMENTI DI REVOCA DEGLI AMMINISTRATORI

Gli enunciati *sub* 3.<sup>[33]</sup> e 4.<sup>[34]</sup>, nel regolare anch'essi l'ammissibilità del ricorso straordinario in cassazione, sono tra loro coerenti. I procedimenti camerale cui si riferiscono possono concludersi con la revoca dell'amministratore; che nel caso della società per azioni (enunciato *sub* 4.) è *extrema ratio* rispetto a provvedimenti meno drastici, mentre in quello del condominio (enunciato *sub* 3.) è la sola misura prevista in caso di accoglimento del ricorso. Entrambi sono diretti a tutelare gli interessi facenti capo a una serie di soggetti (*in primis* di quelli che compongono le minoranze assembleari, ma direi anche dell'organizzazione collettiva nel suo complesso) e in grado di incidere pesantemente sul loro assetto. La Cassazione nega l'accesso al ricorso straordinario in entrambi i casi, sul rilievo che le situazioni coinvolte in questi procedimenti abbiano consistenza di «interessi» e non di «diritti».

Aggiungo che l'attuale art. 1129, comma 13, c.c. vieta all'assemblea condominiale di nominare nuovamente l'amministratore revocato. La norma, che ha l'evidente finalità di tutelare le minoranze assembleari dai possibili abusi delle maggioranze, conferisce al provvedimento di revoca un'inedita capacità di proiettarsi sui rapporti sostanziali futuri superiore alla stessa cosa giudicata. E dà il segno della rilevanza che può assumere un provvedimento camerale, qualsiasi definizione voglia darsi alla situazione che ne costituisce l'oggetto.

Se vi è dunque una differenza tra simili situazioni e i diritti, questa certo non risiede nell'importanza (uso volutamente una parola atecnica) dell'interesse tutelato. In cosa allora risiede e con quali implicazioni – e in definitiva cosa sia questo interesse tutelato nei procedimenti camerale c.d. non contenziosi – è questione su cui tornerò *infra*, par. 9.

## 6. .... MA LA PRONUNCIA SULLE SPESE È RICORRIBILE IN CASSAZIONE

L'enunciato *sub* 5. rispecchia un orientamento giurisprudenziale oramai stabile<sup>[35]</sup>. Se il giudizio «verte su interessi» il provvedimento non è ricorribile in cassazione sull'oggetto principale; lo è però sulla statuizione accessoria relativa alle spese processuali. La soluzione ha una sua logica: muovendo dalla premessa che nei procedimenti camerale il controllo in cassazione è riservato alle decisioni sui diritti, prende atto che la pronuncia sulle spese ha per oggetto la prestazione pecuniaria di una parte verso l'altra, che è contenuto tipico di un diritto di credito.

Va avvertito che il criterio enunciato non vale per tutti i procedimenti camerale «su interessi», ma soltanto per quelli caratterizzati da una pluralità di parti portatrici di interessi in conflitto, detti anche «bilaterali» o «plurilaterali» secondo una classificazione oramai accreditata<sup>[36]</sup>, Quelli connotati da assenza di conflitto, al contrario, non consentirebbero al giudice di statuire sulle spese: qui il ricorso per cassazione si giustifica

33 L'enunciato *sub* 3., tratto da Cass., 27 febbraio 2012, n. 2986, recepisce un orientamento consolidato, in linea con la più nota Cass., Sez. un., 29 ottobre 2004, n. 20957, in *Corr. giur.*, 2005, 988, con nota di R. DONZELLI e in *Foro it.*, 2005, I, 80 ss., con osservazione di PIOMBO, resa a composizione di un contrasto sul punto – ma l'indirizzo favorevole alla ricorribilità in cassazione era già allora minoritario: nel senso della ricorribilità v. comunque Cass., 10 gennaio 2003, n. 184, in *Foro it.*, 2003, I, 1094 ss.

34 L'enunciato *sub* 4., tratto da Cass., 29 dicembre 2011, n. 30052, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1085 ss., con nota di R. DONZELLI, rispecchia un indirizzo pacifico in giurisprudenza: v. per richiami G. BERTELOTTI, *La denuncia al tribunale ai sensi dell'art. 2409 c.c.*, in *Giur. it.*, 2015, 2017 ss.; in dottrina v., *ex multis*, A. VALITUTTI, *art. 2409 c.c.*, in G. ARIETA – F. DE SANTIS (dir. da), *Commentario dei processi societari*, Torino, 2007, II, 1260 ss. spec. 1264 s.; F. DE STEFANO, *Manuale di volontaria giurisdizione*, cit., 637; E. DALMOTTO, *art. 2409*, in *Il nuovo processo societario*, Bologna, 2008, II, 1574, nota 196.

35 Cass., 30052/2011, cit., è in linea con Cass., sez. un., 20957/2004, cit., adita proprio con un ricorso limitato al capo delle spese nella procedura *ex art.* 1129 c.c. per la revoca dell'amministratore. Così pure, tra le tante, Cass., 17 marzo 2014, n. 6085, che esclude il ricorso per cassazione contro il decreto di omologazione dell'accertamento peritale *ex art.* 445 bis c.p.c., ma lo ammette per la sola statuizione sulle spese.

36 Sulla distinzione tra procedimenti camerale unilaterali e «bi- o plurilaterali» v. V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 51 ss.; A. PROTO PISANI, *Usi e abusi*, cit., 27; L. MONTESANO, *Sull'efficacia, sulla revoca*, cit., 601; F. CIPRIANI, *Procedimento camerale e diritto alla difesa*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 190; E. GRASSO, *I procedimenti camerale*, cit., 56, sebbene in una prospettiva tesa a equiparare i diritti a ogni altra situazione oggetto di procedimento in camera di consiglio. Il criterio distintivo consiste nel qualificare «unilaterale» il procedimento destinato ad avere effetto nei confronti di una sola persona (di solito richiedente); «plurilaterale», invece, il procedimento camerale, sempre non contenzioso, ma nel quale un soggetto richiede il provvedimento finale nei confronti di un altro o di altri; o dove la situazione sostanziale dedotta vede comunque coinvolte più persone. Più che per la pluralità dei soggetti coinvolti, i procedimenti plurilaterali dovrebbero distinguersi per (potenziale) contrapposizione di interessi tra chi vi partecipa: in tal senso ad es. F. DE STEFANO, *Manuale*, cit., 57.

Lo stesso legislatore aveva accolto la distinzione. L'abrogato processo societario introdotto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, aveva fondando su di essa una disciplina articolata in due modelli procedurali in camera di consiglio: sul sistema dei procedimenti delineato nel d.lgs. 5/2003 v. di recente F. PORCARI, *sub art. 737*, cit., 272 ss.



soltanto nel caso di trasgressione del divieto, cioè per censurare la statuizione sulle spese in quanto illegittima – o addirittura «abnorme» perché emessa in carenza di potere.

*Sub 6.* Cass., 15131/2015 cit. [37] considera la situazione da ultimo descritta, in cui il giudice provvede sulle spese in un caso non consentito. La Corte, secondo una linea consolidata al suo interno [38], ritiene che il procedimento camerale contemplato dall'art. 745 c.p.c. – esteso dall'art. 113 bis att. c.c. al rifiuto o ritardo del conservatore dei registri immobiliari nella ricezione o rilascio degli atti – serva non a regolare un contenzioso su diritti, ma a tutelare un interesse «pubblico» alla corretta attuazione della pubblicità immobiliare. La natura di questo procedimento è dibattuta in dottrina [39]; come lo è la sua riconducibilità allo schema degli artt. 737 ss. c.p.c., generalmente negata dalla giurisprudenza [40]; e la sua ricorribilità in cassazione *ex art.* 111 Cost. [41] Ma per quanto interessa, mi limito a constatare che la Cassazione lo ritiene un procedimento di volontaria giurisdizione, insuscettibile di controllo in cassazione salvo che per denunciare l'indebita statuizione sulle spese processuali.

Della proposizione *sub 5.* osservo questo: sul piano formale è un'implicazione coerente del ricordato «dualismo» nella tutela camerale di diritti e interessi e dal punto di vista dell'economia processuale probabilmente «il male minore» [42]. Ma segnala pure un'incongruenza sostanziale, dove ammette il controllo in cassazione su un capo accessorio e lo nega proprio su quello principale, in quanto relativo a «interessi» – tanto più che l'impiego delle garanzie processuali si concentra di solito sulla cognizione del merito e non sulla valutazione delle spese.

Il problema, può obiettarsi, si presenta anche nell'ambito della giurisdizione sui diritti, quando il procedimento è sommario e si conclude con una pronuncia inidonea al giudicato ma contenente anche una statuizione sulle spese. Così nel procedimento cautelare uniforme il ricorso per cassazione *ex art.* 111 Cost. è pacificamente escluso sul primo aspetto, mentre l'ammissibilità è oggi discussa sulla regolazione delle spese, benché nella giurisprudenza recente prevalga la soluzione di negare accesso al giudizio di cassazione anche su questo capo [43]. Ma il contesto è completamente diverso: la tutela sommaria contenziosa è sempre raccordata ad un modello idoneo al giudicato, per cui è accettabile concentrare su quest'ultimo il controllo di legittimità

37 Consultabile sul sito istituzionale [www.italgiure.giustizia.it/sncass/](http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/).

38 Nello stesso senso v. fra le tante Cass., 11 maggio 2015, n. 9446, *ibid.*; Cass., 28 gennaio 2011, n. 2095, *ibid.* In senso contrario, la più risalente Cass., Sez. un., 1986, n. 1973, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 59, con nota di L.P. COMOGLIO, che ha affermato la natura decisoria del provvedimento. Per la natura disciplinare del procedimento, espressione dell'indirizzo formatosi sotto il codice previgente, v. App. Roma, 6 marzo 1991, in *Dir. fam.*, 1992, 674 ss. Per quanto qui interessa, il divario tra natura non contenziosa e natura disciplinare è del resto minimo: secondo le categorie tradizionali nessuno dei due casi verterebbe su diritti soggettivi, almeno nel senso privatistico; non fosse per il fatto che la funzione disciplinare, per il suo carattere afflittivo, è più sensibile alle istanze proprie del processo penale.

39 Per l'inquadramento del processo in questione tra i procedimenti contenziosi, in quanto relativo a un diritto al rilascio di documenti, v. ad es. G. TRISORIO LIUZZI, *Copia e collazione di atti*, in *Dig. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1989, 405; G. A. Micheli, *In tema di impugnabilità del decreto emesso dal presidente del tribunale ai sensi dell'art. 745 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, II, 276. G. ARIETA, in Montesano-Arieta (dir. da), *Trattato di diritto processuale civile*, II, 2, cit., 1551, in linea con la sua generale concezione dei procedimenti camerale come procedimenti sempre giurisdizionali e contenziosi. Per la riconducibilità alla volontaria giurisdizione v. invece, E. FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, 230, nota 14.

40 Concordi sul punto tutte le pronunce della Cassazione richiamate nelle note precedenti, soprattutto sul rilievo – non proprio irresistibile – che la pronuncia è resa dal presidente del tribunale

41 Negano la ricorribilità in cassazione non solo quanti affermano la natura non contenziosa del procedimento; ma anche molti Autori che lo considerano un procedimento contenzioso su diritti. G. TRISORIO LIUZZI, *Copia e collazione*, cit., 405; *contra*, nel senso della ricorribilità *ex art.* 111 Cost., C. PETRUCCI, *Copia e collazione di atti pubblici*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 641.

Emerge per altro verso un consenso «trasversale», tra i vari orientamenti contrari alla ricorribilità in cassazione, nel ritenere che il decreto camerale – sia o no su diritti – non osti all'instaurazione di un giudizio ordinario diretto a statuire con efficacia di giudicato sull'esistenza del diritto al rilascio e sull'eventuale risarcimento del danno: così, ad es., Cass., 28 gennaio 2011, n. 2095, cit.; Cass., 5 maggio 1998, n. 4523, in [www.italgiure.giustizia.it/sncass/](http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/). Questa soluzione è – almeno su un piano molto formale – coerente con la tesi della giurisdizione non contenziosa, perché quest'ultima assume la diversità di oggetto tra il procedimento volontario e quello ordinario sul diritto incidentalmente coinvolto nel primo; ma se si guarda alla sostanza rivela la sostanziale arbitrarietà della distinzione tra l'oggetto della tutela camerale e quello della cognizione piena, essendo arduo capire dove stia la differenza tra ciò che il ricorrente chiede ai sensi dell'art. 745 c.p.c. e il diritto che farebbe in un giudizio ordinario. La stessa soluzione può anche essere coerente con la tesi che inquadra il procedimento in discorso nella giurisdizione contenziosa: senz'altro per chi esclude in generale la ricorribilità *ex art.* 111 Cost. contro il provvedimento camerale su diritti; con maggiore difficoltà per chi in generale l'ammette, perché significa subordinare il ricorso *ex art.* 111 Cost. alla condizione che il giudizio di merito offra un livello di garanzie adeguato a un provvedimento finale idoneo al giudicato – e soprattutto accettare che, mancando quella condizione, il procedimento rimanga costituzionalmente legittimo senza la necessità di correttivi al suo impianto.

42 Se si esclude l'attitudine al giudicato della statuizione sulle spese, l'indubbia qualificazione come «diritto di credito» del rapporto che ne è l'oggetto spianerebbe la strada a contenziosi ordinari sulle sole spese. A meno di ritenere che per ogni contestazione sul punto soccorrano esclusivamente i rimedi interni al processo camerale, quindi, oltre al reclamo, soltanto la revoca/modifica *ex art.* 742 c.p.c.; ma sarebbe una soluzione in aperto contrasto con la prospettiva «dualistica» (pressoché) unanimemente accolta.

43 In particolare il problema si pone quando il provvedimento è reso *ante causam* e non gli segua necessariamente la causa di merito – perché di rigetto o perché la legge non lo impone. Nel senso dell'inammissibilità v. Cass., 17 febbraio 2015, n. 3117; Cass., 27 dicembre 2013, n. 28673; Cass., 24 maggio 2011, n. 11370, in *Riv. es. forz.*, 2011, 496 ss., con note di B. SASSANI e C. DELLE DONNE; di segno opposto la dottrina prevalente, essenzialmente sul rilievo che, tolto il rimedio *ex art.* 111 Cost., va poi garantito l'accesso alla più onerosa tutela nelle forme ordinarie.

– e gli eventuali dubbi sul livello di garanzie che esso prevede.

La giurisdizione sommaria c.d. non contenziosa non ha invece una «seconda *chance*» di protezione dello stesso interesse in sede di cognizione piena e idonea al giudicato; per cui il controllo di legittimità o lo si ammette nel procedimento camerale o lo si nega *tout court*.

La chiusura al controllo in cassazione non sarebbe del resto giustificabile con la semplice esigenza di speditezza che è propria di molte situazioni trattate in camera di consiglio. Rapidità nel provvedere non impone rinuncia al giudizio di cassazione, come chiaramente dimostra la scelta di affidare alla tutela camerale situazioni che richiedono trattazione spedita ma qualificati come diritti. Se per questi ultimi il processo camerale può percorrere tre gradi di giudizio, altrettanto lo dovrebbe potere nelle altre situazioni [44].

## 7. «IL REGOLAMENTO DELL'INTERESSE PUBBLICO» COME OGGETTO DEL PROCEDIMENTO?

Dell'enunciato *sub* 6. considero in particolare l'affermazione secondo cui «*il procedimento non ha ad oggetto la risoluzione di un conflitto di interessi ma il regolamento ... dell'interesse pubblico alla pubblicità immobiliare*».

La Cassazione usa una formula stereotipa per sostenere che il procedimento in questione non solo esula dalla sfera dei diritti, *ma neppure serve a regolare un conflitto di interessi*; con la rilevante conseguenza che il giudice non potrebbe statuire sulle spese. La massima è assai poco convincente. Fermo che il coinvolgimento di un interesse pubblico in sé nulla dice sull'oggetto del processo (anche nei procedimenti tipicamente contenziosi l'interesse pubblico è coinvolto in vario modo) quello previsto nel caso specifico scaturisce da un conflitto tra l'amministrazione e il privato sul compimento di un atto amministrativo; serve appunto a disciplinare le rispettive posizioni, con un provvedimento che stabilisce se l'atto richiesto dal privato vada compiuto o no. Sostenere che un simile provvedimento non investe l'interesse del privato è una finzione; come lo è astrarlo dal conflitto tra due soggetti – uno che rifiuta e l'altro che pretende l'annotazione – che lo ha provocato.

Inoltre, contrariamente a quanto la Corte afferma, l'interesse pubblico non è chiaramente l'oggetto del giudizio [45]. «L'interesse pubblico» contribuisce semmai a chiarire la *ratio* dell'istituto, nel senso che questo procedimento, oltre a tutelare il privato, assume rilevanza pubblica perché provoca un controllo sull'operato del conservatore dei registri immobiliari in relazione ai compiti specificati nel comb. disp. artt. 113 att. c.c.

Per individuare l'oggetto occorre piuttosto considerare che il ricorrente chiede al giudice l'adozione di un provvedimento «conformativo», che ordini al conservatore dei registri immobiliari di ricevere l'atto per la sua trascrizione, iscrizione o annotazione. La domanda provoca dunque una verifica sul legittimo esercizio del potere da parte del conservatore, fondandosi sull'assunto che non è stato legittimamente esercitato nel caso concreto. Cosa il ricorrente voglia tutelare con questa domanda non è certo un interesse pubblico, ma è un proprio evidente interesse al compimento dell'atto da parte della P.A.

La posizione del ricorrente non mi sembra allora molto diversa da quella che il diritto amministrativo riconosce come situazione giuridica attiva (v. *infra*, par. 9) e pone ad oggetto del contenzioso amministrativo. E trovo alquanto anacronistico che, proprio nell'ambito della giustizia civile, questo interesse sia ancora concepito come mero strumento processuale, funzionale alla tutela di un superiore interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa [46].

44 L'assenza di un distinto processo cautelare non varrebbe in senso contrario, visto che: a) la relativa rapidità del procedimento camerale consente di ottenere in tempi relativamente rapidi una pronuncia di prima istanza; b) l'art. 741 c.p.c. non impedisce l'efficacia immediata del provvedimento, che il giudice può concedere e che in sé non in prima istanza in esito al giudizio di reclamo; c) il fatto che non sia contemplato significa solo che bisogna aspettare il provvedimento di primo grado, ma questo sarebbe comunque un problema, sia che si ammetta sia che non si ammetta il ricorso straordinario

45 Lo è invece per L. Montesano, *Sull'efficacia, sulla revoca*, 596 s., ad avviso del quale la scelta di affidare al giudice la tutela degli interessi «incide anche sulla sostanza delle funzioni, nel senso che gli interessi qui presi in considerazione dal legislatore non vengono «curati in proprio» dai giudici come organi pubblici e sono per i provvedimenti giudiziari non «cause» di loro «comandi» ai destinatari degli effetti dei provvedimenti medesimi ma – come i diritti soggettivi per i provvedimenti contenziosi – oggetto della loro tutela». Un analogo approccio negli Autori citati in senso critico da E. Grasso, *I procedimenti camerali*, 40 s.

46 Così la vecchia – e pacificamente superatissima – teoria dell'interesse legittimo sostenuta da E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, 51 ss., spec. 61.

## 8. SINTESI

Dall'analisi che precede emerge la seguente immagine sulla tutela camerale «non contenziosa».

- Il confine tra diritti e interessi presenta consistenti «zone grigie» dove la qualifica è lasciata a valutazioni non esplicitate e non ponderabili.
- L'oscurità nei criteri di qualificazione è accentuata dalla confusione sull'oggetto del procedimento, talora scambiato con elementi che, come l'interesse pubblico, rilevano su piani diversi, quali la *ratio legis* e l'esercizio della discrezionalità del giudice [47].
- In più la distinzione operata tra diritti e interessi non si riflette in modo lineare sulle tecniche di tutela. A) Contro i provvedimenti camerali ritenuti «decisori su diritti» la giurisprudenza ammette in generale il ricorso in cassazione. Ma non è necessariamente vero il contrario. Anche provvedimenti «su interessi» inidonei al giudicato sono talora ritenuti ricorribili per cassazione, secondo un criterio di «incidenza su diritti» che è peraltro sganciato da parametri oggettivi e controllabili. B) Inoltre molti procedimenti «su interessi», pur qualificati non idonei «a incidere su diritti», sono nondimeno assoggettati alla regola della soccombenza e generano statuizioni sulle spese, queste sole soggette al controllo in cassazione. Col risultato, che a me sembra paradossale, di accordare un trattamento più garantista a una situazione che sarà pure un diritto, ma è del tutto accessoria all'oggetto principale del procedimento.

## 9. LA SITUAZIONE TUTELATA NEI PROCEDIMENTI CAMERALI «SU INTERESSI»: RIFERIMENTO ALL'INTERESSE LEGITTIMO DI DIRITTO PUBBLICO

Qual è dunque la situazione tutelata nei procedimenti in camera di consiglio, chiamata «interesse» per tenerla distinta dai diritti? L'interrogativo racchiude un fascio di questioni complesse, sulle quali intendo soffermarmi.

L'esperienza del diritto amministrativo e del diritto privato fornisce a mio avviso informazioni utili ad affrontare il problema. L'attenzione va rivolta in particolare agli studi sull'interesse legittimo, che nel primo ambito sono preponderanti ma che hanno pure attecchito nella scienza privatistica.

L'accostamento tradizionale della giurisdizione volontaria all'azione della P.A. [48] evoca affinità tra l'interesse legittimo di diritto amministrativo e le situazioni che compongono la c.d. volontaria giurisdizione. Tuttavia, l'indagine sulla loro struttura e la loro esatta collocazione nel processo è per lo più trascurata [49].

Inoltre – dato non meno significativo – l'approccio incentrato sulla tutela dei diritti sorvola sul fatto che l'interesse legittimo di diritto amministrativo ha subito un'evoluzione importante, caratterizzata dal progressivo avvicinamento alla figura del diritto soggettivo e dal ripudio della visione che colloca il diritto in primo piano e l'interesse legittimo sul gradino inferiore di una scala gerarchica [50].

Nell'impostazione classica l'interesse legittimo è definito come situazione giuridica «inattiva», consistente nel contrastare l'attività amministrativa illegittima attraverso le iniziative che ne provocano il controllo e la

47 Così nei processi relativi a minori, il processo è concepito per proteggere il minore e l'interesse del minore è il criterio che deve ispirare la discrezionalità del giudice nel provvedere sulle specifiche situazioni che vengono di volta in volta in rilievo (ad acquistare o alienare un immobile; a limitare la potestà di un genitore o a correggerne l'esercizio).

48 G. ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, Milano, 1918; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1941, 77 s. Ricordo di sfuggita che, sebbene oggi sia definitivamente accreditata la tesi della natura propriamente giurisdizionale (per la quale v. ad es. G. A. MICHELI, *Significato e limiti della giurisdizione volontaria*, in *Riv. Dir. Proc.* 1957, 527 ss.), fino a non molto tempo fa la natura della volontaria giurisdizione era discussa e il campo diviso tra varie soluzioni alcune delle quali tese ad attribuirle natura amministrativa o a negarle in parte quella propriamente giurisdizionale (così rispettivamente le posizioni di E. ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1948, I, 487 ss. e di E. FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, 54); v. sul punto Di Cola, *L'oggetto del giudizio*, cit., 173 ss.

49 Pochi gli studi dedicati allo specifico tema: v. soprattutto L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, cit., spec. 103 ss.; C. M. De Marini, *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, cit., 255 ss.; E. GRASSO, *I procedimenti camerali*, 35 ss. Ciò non toglie, come vedremo tra poco, che la moderna scienza privatistica faccia ormai frequente ricorso alla nozione di interesse legittimo per descrivere varie situazioni giuridiche, alcune delle quali comprese nell'ambito dei procedimenti in camera di consiglio.

50 Sul noto processo di allineamento dell'interesse legittimo al diritto in riferimento alle tecniche di tutela, v. E. FOLLIERI, *Le azioni innanzi al giudice amministrativo*, in E. FOLLIERI ET AL. (a cura di), *Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione*, Napoli, 2014, 11 ss.; G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, Napoli, 2013; F. CARINGELLA, *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, in *Urb. app.*, 2012, 1 ss.; G. SCOCA, *Profili funzionali; Profili oggettivi e strutturali*, in G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013, 146 ss. e 155 ss.; L. R. PERFETTI, *Heart of darkness: l'adunanza plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi* in *Dir. proc. amm.*, 2016, 218 ss.; E. FOLLIERI, *Giurisdizione soggettiva – Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, entrambi in nota a Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5.

rimozione. Ma la prospettiva è appunto mutata, per un complesso di ragioni sulle quali non posso qui intrattenermi, ma di cui è stata chiara manifestazione il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi che Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 <sup>[51]</sup> fonda proprio sulla sostanziale equivalenza della situazione giuridica vantata dal soggetto leso <sup>[52]</sup>. L'opinione maggioritaria equipara l'interesse legittimo al diritto soggettivo anche sul piano strutturale, qualificandolo come situazione giuridica attiva, consistente nella relazione tra il soggetto e l'utilità che gli deriva dall'azione legittima della P.A. <sup>[53]</sup>.

## 10. RIFERIMENTO ALL'INTERESSE LEGITTIMO DI DIRITTO PRIVATO

Nell'ambito del diritto privato, una parte della dottrina riconduce all'interesse legittimo – qui inteso come nozione di teoria generale del diritto – un ampio spettro di situazioni, in cui il potere privatistico attribuito a un soggetto viene limitato a tutela di un altro, titolare di un corrispondente interesse al corretto esercizio del potere <sup>[54]</sup>.

Ne sono classici esempi le limitazioni legali al potere di recesso dai contratti, che consentono alla controparte di contestare giudizialmente il recesso esercitato in violazione di quei limiti. L'interesse legittimo consiste nell'utilità che queste limitazioni rappresentano per la persona soggetta all'altrui potere. La sua protezione è affidata alle azioni che hanno appunto il compito di rimuovere, o comunque contrastare l'atto di esercizio del potere compiuto in violazione di quei limiti.

Nel caso indicato l'interesse legittimo è messo dunque in relazione a poteri posti esclusivamente al servizio del titolare. In altri, può fare da contrappeso ai diritti assoluti per inquadrare le situazioni dei terzi, a tutela dei quali i diritti assoluti subiscono dei limiti.

Ma la figura dell'interesse legittimo privatistico è anche utilizzabile nell'ambito della «potestà», cioè a poteri conferiti per la cura di un terzo che vi è assoggettato <sup>[55]</sup>. La maggiore difficoltà nel cogliere l'interesse è nel fatto che qui la persona soggetta alla potestà, benché interessata al suo corretto esercizio, non è pregiudizialmente portatrice di un interesse in conflitto con il titolare della potestà; al contrario si assume la tendenziale neutralità del titolare (è il caso dell'interdetto nei confronti del tutore) o la convergenza fra i rispettivi interessi (è il caso del minore nei confronti del genitore, che nell'esercizio della responsabilità genitoriale esercita quello che l'art. 30 della Costituzione qualifica come «diritto e dovere»). Inoltre l'esercizio della potestà soggiace a un sistema di controlli giudiziali – dei quali abbiamo detto e sui quali torneremo tra poco – che si attivano indipendentemente dall'insorgere di un conflitto tra le parti, e che fanno affiorare un secondo livello di interessi, stavolta riferiti al potere di controllo del giudice e al suo corretto esercizio <sup>[56]</sup>.

Segnalo che la «variante privatistica» dell'interesse legittimo di diritto pubblico non suscita generale

51 Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, tra le tante in *Danno e resp.*, 1999, 965 ss., con note di V. Carbone e P. G. MONATERI, in *Corr. giur.*, 1999, 1367 ss., con nota di A. DI MAJO, in *Urb. app.*, 1999, 1067 ss., nota di M. PROTTO.

52 Rinvio sul tema a M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, spec. 120 ss.; A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive* – commento a Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 – in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 679 ss.; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 7; C. M. BIANCA, *Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi*, in *Seminari*, 689 ss., spec. 693; A. PROTO PISANI, *Intervento breve per il superamento della giurisdizione amministrativa*, 775 ss. Notevole impulso all'avvicinamento tra le due categorie è venuto dalla citata Sez. un. 500/1999; poi dalla introduzione del codice del processo amministrativo con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, fortemente ispirato ai modelli di tutela dei diritti davanti al giudice ordinario: su cui v. S. RAIMONDI, *Le azioni, le domande proponibili e le relative pronunzie nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 913; F. CARINGELLA, *Il sistema delle tutele*, cit., 1 ss.

53 Meglio sarebbe dire «l'utilità che gli può derivare», perché a differenza del diritto il legittimo esercizio del potere non procura necessariamente un vantaggio al suo titolare: a seconda del potere esercitato la p.a. conserva infatti un margine più o meno ampio di apprezzamento discrezionale e non sindacabile in sede giurisdizionale.

54 V., oltre all'opera di Lina Bigliazzi Geri, AA. VV., in U. BRECCIA – L. BRUSCUGLIA – L. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, Torino, 2001, con contributi *inter alios* di Messinetti, Bianca, Zatti, Rescigno; C. MAZZU, *La logica inclusiva dell'interesse legittimo nel rapporto tra autonomia e sussidiarietà*, Torino, 2014.

55 Esclude che la potestà metta capo a situazioni di interesse L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., 109 ss. e 286, nota 109, sul presupposto che le potestà, pur consistendo in situazioni di potere, sono forme in cui si esplica un dovere di chi le esercita. Mi sembra tuttavia che questa caratteristica, per quanto rilevante da vari punti di vista, non impedisca di innescare fenomeni corrispondenti a quelli che derivano dalla soggezione alla generalità dei poteri regolati dalla legge.

56 Questa duplicità di livello non è percepita dagli Autori che – volendo conservare la simmetria con l'interesse legittimo pubblicistico – nei procedimenti di volontaria giurisdizione concepiscono l'interesse legittimo nel solo rapporto tra giudice (titolare del potere pubblico) e il destinatario del provvedimento: mi sembra questa, ancora, la posizione di Bigliazzi Geri, *Contributo*, cit., 109 ss. Ma per l'inquadramento di tali ipotesi nella categoria dell'interesse legittimo v. poi Zatti, *Considerazioni introduttive al capitolo II «Interesse legittimo» del minore e abuso della potestà*, in U. BRECCIA – L. BRUSCUGLIA – L. BUSNELLI (a cura di), *Il diritto privato nel prisma dell'interesse legittimo*, cit., 97; C. MARTORANA, *A proposito di esercizio abusivo della potestà e tutela del minore*, *ivi*, 100 ss.; C. MAZZU, *La logica inclusiva*, cit., 254 ss.

consenso [57]. Ma noto che l'aspetto qui importante della disputa non sta nella difesa della categoria dogmatica dell'interesse legittimo; quanto nel constatare che il dissenso è chiaramente orientato «verso l'alto». Chi non riconosce la figura in discorso lo fa non perché svaluti le situazioni giuridiche su cui è costruita; ma perché le ritiene situazioni ormai incluse nella categoria dei diritti soggettivi [58]. Ne traggio allora la conferma che nel diritto privato si è già compiuto l'allineamento – o l'assimilazione, a seconda delle costruzioni scelte – tra il diritto soggettivo e l'interesse a far valere i limiti legali dell'altrui potere.

Con questa avvertenza, continuerò a parlare di interesse e non di diritto, se non altro per comodità espositiva – aiuta a capire se sto parlando dei diritti oggetto della giurisdizione contenziosa o «di quegli altri» oggetto della giurisdizione cosiddetta non contenziosa.

Mi sembra comunque che, al di là del loro allineamento per importanza e livello di tutela, le situazioni di «interesse» conservino una loro fisionomia strutturale. Inteso nella accezione da cui siamo partiti, il diritto è una situazione correlata ad un obbligo altrui, cioè ad un comportamento che conferisce direttamente un «bene» a chi si trova in quella situazione. Invece i limiti legali al potere altrui, cui è correlato l'interesse legittimo, non conferiscono direttamente un «bene» a chi è soggetto al potere; perché non impediscono la condotta sfavorevole, ma la disciplinano, distinguendo quella legittima da quella illegittima [59].

Aggiungo una notazione quasi ovvia. L'equiparazione tra diritti e interessi può dirsi effettiva – e appunto «sostanziale» – soltanto se trova riscontro sul piano delle tutele. Se questo non accade, e una delle due riceve un trattamento sostanzialmente peggiore rispetto all'altra, allora non vi è allineamento né sul piano del processo né su quello delle situazioni sostanziali. In questa prospettiva mi sembra ancor più discutibile il modo in cui la Suprema Corte regola l'accesso al giudizio di cassazione e l'esercizio della sua funzione nomofilattica: soprattutto se è vero – come abbiamo visto sopra, par. 4 e 8 – che i criteri di ammissibilità sono sganciati dall'attitudine al giudicato del provvedimento.

## 11. INDIVIDUAZIONE DELL'INTERESSE ALLA LUCE DEGLI ELEMENTI ACQUISITI. I) PROCEDIMENTI CAMERALI E POTERI PRIVATISTICI

La declinazione dell'interesse legittimo riferito alle potestà conduce direttamente alle situazioni tutelate nei procedimenti camerali – «volontari» o no, secondo le premesse accolte. Senza pretesa di completezza, proverò a ricostruire alcune ipotesi.

L'interesse della persona sottoposta alla potestà altrui è tutelato, di regola, con le forme del procedimento in camera di consiglio; si specifica in una serie articolata di situazioni qualificabili come interessi legittimi, secondo le definizioni date in precedenza.

Nel caso delle autorizzazioni al compimento di determinati atti da parte dei genitori o dei tutori, ad esempio, il controllo giudiziale è la diretta conseguenza dei limiti posti all'esercizio di una potestà a beneficio di un determinato soggetto: così i minori nelle ipotesi previste dall'art. 320 c.c.; gli interdetti in quelli previsti dagli artt. 374 e 375 c.c. In questi casi il giudice tutela l'interesse legittimo dell'incapace, nel senso che verifica le condizioni per il corretto esercizio del potere del tutore. La legge lascia al giudice ampia discrezionalità, che però patisce dei limiti: non solo di ragionevolezza, in riferimento al giudizio di convenienza dell'atto da autorizzare, ma anche di stretta legittimità – ad esempio non si può certo dubitare che il giudice sia tenuto a non autorizzare la stipula di un contratto nullo.

Ancor più gravi possono essere le conseguenze di un rigetto dell'istanza. Se un giudice tutelare non concede l'autorizzazione alla vendita per ragioni in diritto non condivise dal ricorrente, e in sede di reclamo lo

57 A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011, 85; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, Milano, 1999, 26; M. BIANCA, *La famiglia*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, I, Milano, 2006, 132 ss., dove ulteriori riferimenti.

58 Sulla base di questa premessa, e con riferimento alla posizione del minore, G. MANERA, *Ancora sul c.d. «diritto di visita» dei nonni* (nota a Trib. Minorenni Bari, 10 gennaio 1991), in *Giur. merito*, 1992, 572 ss., ritiene ormai priva di rilievo il problema di qualificare la situazione del minore come diritto soggettivo o interesse legittimo.

59 È il caso di dire che, nel dialogo tra diritto amministrativo e diritto privato, la circolazione dei modelli ha prodotto una evoluzione «circolare». Il diritto pubblico attinge a quello privato procedendo alla sostanziale revisione dell'interesse legittimo; a sua volta, il diritto privato mutua l'interesse legittimo da quello pubblico, per dare maggiore protezione a chi è soggetto a poteri altrui.

stesso tribunale conferma la soluzione perché in linea con una prassi locale, la possibilità teorica di riproporre domanda ha scarsa o nessuna rilevanza pratica. Per di più il provvedimento ha sicura «incidenza sui diritti» – a conferma dell’ambiguità di questa espressione corrente – se consideriamo che senza l’autorizzazione le parti non possono acquistare i diritti e contrarre i vincoli connessi al negozio da autorizzare. Stessa considerazione può valere per la generalità dei procedimenti camerale «unilaterali», benché incarnino più degli altri il paradigma del processo semplificato.

In altri casi l’interesse è correlato alla conservazione della potestà o al suo pieno esercizio: qui la protezione opera più in radice e può sfociare nella revoca o nella sostanziale limitazione del suo esercizio. La giurisprudenza, come abbiamo visto sopra analizzando (par. 4) l’enunciato *sub* 2., par. 3, riconduce tendenzialmente il processo alla giurisdizione volontaria, ma con notevoli eccezioni come quella (precedente enunciato *sub* 1.) riferita alla modifica ex art. 710 c.p.c. dei provvedimenti relativi ai figli.

Una tecnica analoga si applica ai poteri gestori su enti collettivi, nel cui ambito si collocano gli enunciati *sub* 3. e 4. (possibile revoca dell’amministratore di società per azioni ai sensi dell’art. 2409 c.c.; revoca dell’amministratore di condominio ai sensi dell’art. 1129 c.c.). Con la differenza, rispetto ai casi precedenti, che qui i poteri derivano da un mandato e sono espressione della volontà dell’ente, espressa dalla maggioranza dei suoi componenti. L’interesse legittimo correlato a questi poteri non è riferibile a un solo soggetto o gruppo di soggetti. Mi sembra comunque corretta l’opinione che mette in primo piano l’interesse delle rispettive minoranze assembleari [60].

La tutela di questi interessi – è appena il caso di dirlo – è inscindibile dalla regolazione dei poteri correlativi. Come l’interesse legittimo è intimamente correlato al potere, ed è per così dire «il volto attivo» della soggezione, così lo è per forza la sua tutela giurisdizionale, che inevitabilmente investe entrambi; quando vi è conflitto tra i due, la protezione dell’uno comporta normalmente la compressione o la rimozione dell’altro, secondo una dinamica non dissimile da quella che rinveniamo nei processi contenziosi.<sup>61</sup>

## 12. SEGUE - II) PROCEDIMENTI CAMERALI E POTERI DELLA P.A

Il percorso può proseguire con la ricostruzione dei casi nei quali il provvedimento non incide su un potere di diritto privato ma su un potere della P.A.

Un esempio è nell’enunciato *sub* n. 7. (sopra, par. 3. e analisi nel par. 7.), dove il procedimento camerale (o *lato sensu* camerale, secondo le premesse sistematiche accolte) è provocato dal rifiuto del conservatore dei registri immobiliari di ricevere l’atto: anche qui viene in rilievo un potere, ma si tratta del potere pubblico di un’amministrazione dello Stato. E’ però una caratteristica che a mio avviso non impedisce di estendere le considerazioni svolte nel paragrafo precedente: alla base del procedimento vi è pur sempre l’esercizio di un potere e il correlativo interesse di chi vi è soggetto, che in questo riguarda il compimento di una certa attività da parte della pubblica amministrazione.

La peculiarità risiede nel fatto che questa situazione ha i caratteri dell’interesse legittimo di diritto amministrativo, essendo correlata ad un atto funzionale della P.A.; con l’ovvia differenza che la sua protezione è affidata al giudice ordinario e non a quello amministrativo. Inoltre la tecnica di tutela non è impugnatoria e – appunto – non è affidata al giudice amministrativo ma a quello ordinario e nelle forme del procedimento camerale. Questa differenza non va ovviamente sottovalutata, perché la qualità di una situazione giuridica è

60 In tal senso L. Bigliuzzi Geri, *Contributo*, cit., 299 ss.; comunque in concorso con altri interessi: dello stesso ente come soggetto giuridico distinto dai componenti; dei creditori, e probabilmente della stessa maggioranza assembleare come riconosce ad es. Trib. Genova, 24 marzo 1989, in *Società*, 1989, 961.

61 La tecnica di protezione dell’interesse tende inoltre a investire un rapporto più complesso. Così il potere di recedere dal contratto, al quale l’altra parte oppone il proprio interesse legittimo alla sua conservazione, è evidentemente decisivo per la sopravvivenza dell’intero rapporto contrattuale. Significativa conseguenza del fenomeno è che molte situazioni qualificate come «interessi legittimi» privatistici rientrano nel campo di applicazione dei processi a cognizione piena produttivi della cosa giudicata; e molte altre le rinveniamo nei procedimenti camerale pacificamente considerati «su diritti». Pacificamente «su diritti», ad esempio, il procedimento camerale d’impugnativa del licenziamento, che nella prospettiva seguita tutela l’interesse legittimo alla conservazione del posto di lavoro, fondato sulla limitazione del licenziamento alla giusta causa e al giustificato motivo: la tutela è affidata al rito del lavoro a cognizione piena previsto dagli artt. 413 ss. c.p.c.; ma a certe condizioni (oramai molto limitate) opera il rito semplificato ex legge Fornero (art. 1, commi 47 ss., l. 28 giugno 2012, n. 92), che è considerato un tipico procedimento camerale «su diritti» idoneo a produrre la cosa giudicata.

legata alla qualità della tutela in caso di lesione. Ma nemmeno può essere esaltata, al punto da ridurre questo interesse a una situazione meramente processuale; soprattutto nell'attuale contesto storico, caratterizzato come abbiamo visto (parr. 9. s.) dal sostanziale allineamento tra diritti e interessi legittimi – e, aggiungerei, da una Costituzione che pone la tutela giurisdizionale al servizio di diritti e degli interessi legittimi, cioè di situazioni soggettive, e non dell'interesse generale al rispetto delle regole, che di per sé potrebbe anche fare a meno delle garanzie giurisdizionali.

### 13. SEGUE – III) PROCEDIMENTI CAMERALI DOVE L'INTERESSE LEGITTIMO È CORRELATO AL SOLO POTERE DEL GIUDICE

Altri procedimenti, infine, investono il giudice di compiti che non incidono su poteri di diritto privato, né su poteri della P.A. Un esempio è dato dalle nomine, che talora si pongono come limiti alla libertà negoziale dei privati, altre come rimedi alla loro inerzia (dovuta a conflitto o a semplice inattività).

In questi casi il solo potere che viene in rilievo è quello del giudice di nominare, al quale è direttamente correlato l'interesse della persona che vi è soggetta a che la nomina avvenga. Qui emerge in modo più diretto la somiglianza tra il compito affidato al giudice e quello normalmente riservato alla Pubblica Amministrazione nella cura degli interessi. In entrambi, il provvedimento è espressione di un potere pubblico proceduralizzato e regolato dalla legge, cui corrisponde uno stato di soggezione del destinatario. E in entrambi il destinatario fa valere un proprio interesse assumendolo conforme alla legge.

Le ovvie differenze, rispetto al rapporto con le pubbliche amministrazioni, risiedono nel particolare «statuto» del giudice<sup>[62]</sup> e nella struttura dei controlli. Con specifico riferimento ai controlli, la lesione dell'interesse legittimo da parte della pubblica amministrazione può essere denunciata all'autorità giudiziaria, che è terza e indipendente dalla P.A., con un'azione che di regola provoca un giudizio a cognizione piena, in seconda istanza affidato all'organo di vertice della giustizia amministrativa. Viceversa i provvedimenti camerali in questione – come tutti quelli ai quali si ritiene applicabile lo schema «puro» degli artt. 737 ss. c.p.c. – appartengono a un sistema tendenzialmente chiuso: vanno censurati davanti allo stesso ordine giudiziario, in un procedimento che ricalca nelle forme il precedente grado di giudizio; e non approda alla cognizione piena né al controllo della Cassazione – se non in maniera indiretta, funzionale alla tutela di situazioni diverse qualificate come diritti.

E' appena il caso di dire che l'intervento dell'attività giudiziaria, per quanto semplificato possa essere, non è meno necessario e rilevante di quanto lo sia negli altri casi. La sua importanza è commisurata all'obiettivo cui il provvedimento è funzionale; e se il provvedimento è errato l'obiettivo viene compromesso<sup>[63]</sup>.

### 14. CONCLUSIONI

I risultati di questa prima ricognizione provo a indicarli in estrema sintesi.

Nessun procedimento in camera di consiglio ha *per oggetto* un interesse pubblico o generale (parr. 7, 9 ss.).

Gli «interessi», qualificabili come oggetto dei procedimenti camerali, consistono in situazioni giuridiche soggettive, tutte correlate a specifici poteri.

Queste situazioni, per l'importanza e le implicazioni sulla vita delle persone, sono meritevoli di tutela quanto le situazioni tradizionalmente note come diritti soggettivi. E' questo un giudizio di valore che andrà sostenuto con una indagine più ampia; ma che rispecchia, mi sembra, un'evoluzione in atto nell'intero ordinamento, già approdata a risultati significativi nel campo del diritto amministrativo e del diritto privato.

«Allineamento sul piano del valore» non significa necessariamente identità di tecniche di

62 Sottolinea la differenza tra il giudice e la P.A. dal punto di vista della rispettiva «posizione» rispetto alla materia trattata L DI COLA, *L'oggetto del giudizio di divisione*, 184 ss.

63 Così, nel caso di fusione societaria, la nomina di un esperto ex art. 2501 *sexies* c.c. privo dei requisiti prescritti dallo stesso articolo, se pure non invalida la fusione perché vi osta l'art. 2504 quater c.c., può bloccare il complesso *iter* della fusione, determinando ad esempio il rifiuto a iscrivere la delibera di fusione nel registro delle imprese.

tutelagiurisdizionale.

Le sensibili differenze tra situazioni giuridiche affidate alla tutela in camera di consiglio richiede un approccio attento alle peculiarità di ciascun tipo o gruppo di interessi considerati. Ma riconoscere uguale importanza richiede poi motivi validi per adottare sistemi di tutela diversi; altrimenti la diversità rischia di ridursi a mero trattamento deteriorato di certe situazioni rispetto ad altre.

Quest'ultimo rischio a mio avviso si avvera nel caso del ricorso straordinario per cassazione.

Da un lato, i criteri di accesso usati dalla Suprema Corte sono sganciati dal dato positivo e non implicano necessariamente l'attitudine del provvedimento al giudicato. Lo abbiamo constatato (v. par. 4.) nei provvedimenti *ex art. 710 c.p.c.*, che la Cassazione accetta di giudicare accontentandosi della loro (ritenuta) stabilità *rebus sic stantibus*. Basterebbe ricordare che questa attitudine, oltre a non potersi confondere con la cosa giudicata, è una qualità piuttosto diffusa tra i decreti camerali c.d. non contenziosi – secondo certi indirizzi, che interpretano restrittivamente il potere di revoca, è anzi un tratto comune alla generalità dei provvedimenti camerali.

Dall'altro lato i criteri usati dalla giurisprudenza sono scanditi da formule vaghe o anacronistiche. Così l'attitudine «a incidere su diritti», essendo difficile immaginare un provvedimento camerale davvero inidoneo a influire, direttamente o no, su situazioni qualificabili come diritti; così il riferimento a un «interesse pubblico» come oggetto della tutela camerale, che è il riflesso di una concezione mutuata dal diritto amministrativo ma proprio in quell'ambito superata da tempo.

Queste formule, almeno dall'impressione che ne ho tratto, non giustificano la selezione operata, tra situazioni tutelabili in cassazione e «interessi» relegati nel circuito dei giudici territoriali. Se gli «interessi» in questione si collocano sullo stesso livello dei diritti, mi sembra che la ricorribilità per cassazione debba seguirne come regola generale e siano le deroghe a richiedere adeguata giustificazione.

Può apparire illusoria, se non paradossale, la proposta di elevare il livello di tutela degli interessi nei procedimenti camerali – specie se una conseguenza è quella di garantirne l'accesso in cassazione – quando lo stesso sistema di tutela dei diritti davanti al giudice ordinario versa in grave difficoltà, e per reazione tende a spostarne «verso il basso» i livelli di tutela, in primo luogo privilegiando le forme di tutela c.d. «sommarie» a scapito di quelle «ordinarie». L'equiparazione delle tutele rischia quindi di aversi ma al rovescio, con il progressivo indebolimento della tutela e dei diritti. L'obiezione non può liquidarsi rivendicando l'autonomia della scienza giuridica dal governo della giustizia, perché la prima si alimenta di problemi pratici e se ne fosse impermeabile fallirebbe lo scopo. Ma non è un'obiezione dirimente, perché l'oggetto della scienza giuridica è studio dell'ordinamento, quindi del «dover essere» delle attività umane. Quantità e modo di impiego delle risorse dipendono da scelte politiche discrezionali, legate all'importanza del servizio e alla qualità che gli si vuole – o gli si deve – garantire. Poiché i fatti non sono immutabili e le tendenze possono essere invertite, è preciso compito della scienza – secondo l'oggetto e i metodi che le sono propri – orientare i cambiamenti nella direzione ritenuta più corretta.



# BASE PRINCIPIOLÓGICA DO PROCESSO COLETIVO

Édis Milaré<sup>1</sup>

Sumário: 1. Autonomia do processo coletivo – 2. Princípios fundamentais da tutela coletiva: 2.1 Compreensão dos princípios; 2.2 Princípios em espécie: 2.2.1 Princípio do amplo acesso à justiça; 2.2.2 Princípio da duração razoável do processo; 2.2.3 Princípio da flexibilidade procedimental; 2.2.4 Princípio da disponibilidade motivada; 2.2.5 Princípio da não taxatividade dos direitos tuteláveis; 2.2.6 Princípio da atipicidade da tutela jurisdicional coletiva; 2.2.7 Princípio da boa-fé; 2.2.8 Princípio da eficiência – 3. Advertência necessária.

## 1. AUTONOMIA DO PROCESSO COLETIVO

Numa sociedade industrial de massa, há que existir igualmente um processo civil de massa, solidarista, em que acima da *história individual* – na oportuna observação de Barbosa Moreira – “vai se inscrevendo, em cores mais berrantes, a *história coletiva*. Os olhos da humanidade começam a voltar-se antes para o que diz respeito a todos, ou a muitos, do que para o que concerne a poucos, ou a um só. Essa mudança de enfoque não poderia deixar de refletir-se no quadro das relações sociais reguladas pelo direito. As concepções tradicionais miravam em regra situações de confronto entre indivíduos isolados, ou dispostos em grupos bem definidos. Do legislador esperava-se que disciplinasse, e do juiz que declarasse, direitos e obrigações atribuídos em termos bem precisos a titulares fáceis de identificar. Era a uma pessoa, ou a um número conhecido e fechado de pessoas, que se reservava o lugar de honra, assim nas vicissitudes jurídicas puramente particulares, como nos episódios que envolviam o Estado, ele próprio convertido, pelo requinte da técnica, em pessoa singular. A herança individualista marca ainda hoje os instrumentos com que costumamos operar. Mas bem se vê – e dia a dia com maior clareza – que ela não cobre toda a realidade. À sua margem agitam-se e reivindicam atenção crescente interesses de outro corte, a que se vai aplicando a denominação, possivelmente imprecisa, de *coletivos*”.<sup>2</sup>

No Brasil, as primeiras luzes do processo coletivo coincidem com a reforma de 1977 da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965), que, na origem, de finalidade meramente tutelar do patrimônio público, passou a prestigiar também a proteção de valores não econômicos, tais como os relacionados a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico (art. 2º, § 1º); a seguir, pela edição da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), que reconheceu expressamente a legitimação do Ministério Público para o ajuizamento de ação reparatória por danos infligidos ao meio ambiente (art. 14, § 1º); depois, pela Lei 7.347/1985, disciplinadora da Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e pela promulgação da Constituição Federal de 1988, marco normativo de singular realce para a maturidade do processo coletivo, que incumbiu o Ministério Público de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, sem prejuízo da mesma atribuição a terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na lei; e, finalmente, pelo CDC-Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), cujas disposições processuais são aplicáveis à tutela de

1 Procurador de Justiça aposentado, foi fundador e primeiro Coordenador das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente e Secretário do Meio Ambiente do Estado de São Paulo. Um dos redatores da Lei da Ação Civil Pública. Doutor e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Professor de Direito Ambiental, Advogado e Consultor Jurídico. Membro da União Brasileira de Advogados Ambientalistas- UBAA e da Associação de Professores de Direito Ambiental do Brasil- APRODAB.

2 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 173 e 174.

todo e qualquer interesse ou direito coletivo *lato sensu*, e dos chamados interesses individuais homogêneos (art. 117), estabelecendo-se, assim, um microsistema processual coletivo, com regras e princípios próprios, que lhe conferem a necessária *autonomia* em relação ao processo civil individual.

É força dizer que, malgrado tenham sido estas as principais fontes legais do processo coletivo brasileiro – responsáveis por seu surgimento, sua evolução e sua conceituação doutrinária –, todos os demais diplomas específicos direcionados ao tratamento dos direitos coletivos materiais e processuais passam a integrar este microsistema, dado que, unidos pelos princípios e lógica jurídica comum, não-individualista, se interpenetram e se completam<sup>3</sup>.

Oportunas, neste compasso, as palavras de Ada Pellegrini Grinover: “tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e seus institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual”.<sup>4</sup>

## 2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA TUTELA COLETIVA

### 2.1. COMPREENSÃO DOS PRINCÍPIOS

O Direito, como ciência humana e social, pauta-se também pelos postulados da filosofia das ciências, entre os quais está a necessidade de *princípios constitutivos* para que a ciência possa ser considerada autônoma, ou seja, suficientemente desenvolvida e adulta para existir por si, e situar-se num contexto científico dado. Foi por essas vias que, do tronco de velhas e tradicionais ciências, surgiram outras afins, como rebentos que enriquecem a família; tais como os filhos, crescem e adquirem autonomia sem, contudo, perder os vínculos com a ciência-mãe. Por isso, têm os estudiosos se debruçado sobre a identificação dos princípios ou mandamentos básicos que fundamentam o desenvolvimento da doutrina e que dão consistência às suas concepções.

A palavra *princípio*, em sua raiz latina, significa aquilo que se toma primeiro (*primum capere*), designando início, começo, ponto de partida. Princípios encerram enunciações normativas, de valor genérico, envolvendo a interpretação, aplicação e integração do ordenamento jurídico. Ou, como averba Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é, por definição, “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.<sup>5</sup>

Convém lembrar que, entre ciências afins, um princípio pode não ser exclusivo de uma única dentre elas, cabendo na fundamentação de mais de uma. Com esta advertência, e sem qualquer pretensão de incursionar pela teoria geral dos princípios, desafiadora de traços mais largos em trabalho específico, destacaremos, aqui, apenas a base principiológica que, a nosso juízo, sustenta a autonomia do processo coletivo<sup>6</sup>, com ênfase para a seara ambiental.

Assim, dentre outros<sup>7</sup>, tem-se como informadores da tutela jurisdicional coletiva os princípios que seguem.

- 3 ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direitos difusos e coletivos*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 19.
- 4 GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. Em GRINOVER, Ada Pellegrini et al. (Coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 11.
- 5 *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 976 e 977.
- 6 Para tanto, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. Nesta obra, o autor foca, didaticamente, a concepção de princípios nas teorias de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Luís Virgílio Afonso da Silva, Lenio Streck, José Joaquim Gomes Canotilho e Josef Esser (ver p. 37-46).
- 7 O Substitutivo ao Projeto de Lei 5.139/2009, que acabou arquivado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara Federal, e que visava a dar uma nova disciplina para a ação civil pública, fazia referência a nove princípios processuais específicos da tutela jurisdicional coletiva: a) amplo acesso à justiça e participação social; b) duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; c) isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; d) tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito; e) motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados; f) publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade; g) dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; h) exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer

## 2.2. PRINCÍPIOS EM ESPÉCIE

### 2.2.1. Princípio do amplo acesso à justiça

O direito de acesso à justiça, mais especificamente ao Poder Judiciário, tem assento no art. 5º, XXXV, da CF<sup>8</sup>, reproduzido no art. 3º, *caput*, do CPC/2015,<sup>9</sup> que dizem com a inafastabilidade do controle jurisdicional de qualquer demanda de direito material provocada por um legítimo interessado.

No entanto, importa enfatizar que o direito de ação não é irrestrito, posto que dependente “da concorrência das chamadas condições da ação<sup>10</sup>, filtros mínimos indicados pelo legislador processual pelos quais devem passar o postulante da tutela jurisdicional não apenas para a ela ter amplo acesso, como também para evitar que o adversário seja submetido a um processo temerário, capaz de lhe causar severos prejuízos”.<sup>11</sup>

Percebe-se, assim, que “o acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas”.<sup>12</sup>

Em boa doutrina, sustenta-se que o acesso à justiça não se resume ao abrir de portas ao Poder Judiciário – na linha, é certo, do disposto no art. 10 da *Declaração do Rio* (1992), que fala em “acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos” –, posto que preordenado este mais a um papel subsidiário, de “última tábua de salvação”, que só deve ser acionado quando os mecanismos extrajudiciais não tiverem força suficiente para afastar situações de lesão ou ameaça a bem jurídico ambiental<sup>13</sup>.

Nesse sentido, entre os mecanismos capazes de conferir efetividade ao princípio em comento na área ambiental, avultam: (i) a ampliação da legitimidade para a propositura de ações coletivas ambientais; (ii) a legitimidade do cidadão para a ação popular ambiental; (iii) a ampliação do instituto do *amicus curiae* (amigo da corte) nas ações ambientais; (iv) a assistência jurídica em favor das entidades da sociedade civil e das pessoas necessitadas em matéria ambiental; (v) a criação de justiça especializada em matéria ambiental; (vi) audiências públicas judiciais em matéria ambiental; (vii) compromisso de ajustamento de conduta para a resolução de conflitos ambientais<sup>14</sup>.

A ação civil pública tem se revelado um dos mais proeminentes instrumentos para a democratização do processo, facilitando, generosamente, o acesso à jurisdição às formações sociais intermediárias, ao Ministério Público e a tantos outros colegitimados ativos para a defesa dos superiores interesses da sociedade nos chamados conflitos de massa. Com efeito, alguns conflitos causam microlesões, e a tendência dos lesados é de não ir à Justiça para reclamar quantias mínimas. Por isso, a solução coletiva para esse tipo de conflitos é de fundamental importância. Por exemplo, na área de consumo, a venda de óleo comestível em lata ou garrafa com falta de 10 miligramas é uma lesão tão diminuta no plano individual que ninguém se dará ao trabalho de reclamar disso em juízo. Mas, na dimensão coletiva, a lesão pode ser bastante significativa. O

forma participem do processo; e i) preferência de cumprimento da sentença coletiva sobre o cumprimento da sentença de forma individual com fundamento em sentença coletiva. Em sede doutrinária, Gregório Assagra de Almeida aponta os seguintes princípios: a) do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; b) da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva comum; c) da presunção de legitimidade *ad causam* ativa pela afirmação de direito coletivo tutelável; d) da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum; e) do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum; f) da máxima efetividade do processo coletivo; g) da não-taxatividade da ação coletiva; h) da disponibilidade motivada e da proibição do abandono da ação coletiva; i) da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público; j) da legitimidade ativa concorrente ou pluralista (*Manual das ações constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 33-37); Elton Venturi, a seu turno, se refere aos princípios: a) da inafastabilidade da prestação jurisdicional coletiva; b) da tutela jurisdicional coletiva diferenciada; c) do devido processo social; d) da absoluta instrumentalidade da tutela coletiva; e) da interpretação pragmática (*Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 133-161).

8 “Art. 5º. [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

9 “Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

10 A ausência de uma das condições da ação – interesse processual e legitimidade – importa na extinção do processo sem a resolução do mérito (art. 485, VI, CPC/2015).

11 SCHENK, Leonardo Faria. Em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 114.

12 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo... loc. cit.* p. 11.

13 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 364.

14 *Idem*, p. 364-383.

combate a essas microlesões, por meio de ações coletivas, é de suma importância no plano social, pois pune o fabricante desonesto e protege a sociedade. Nesse sentido, para assegurar pleno acesso da comunidade à Justiça para a tutela de todos os seus direitos, a ação coletiva é dotada de extrema importância, por fortalecer politicamente o indivíduo<sup>15</sup>.

De qualquer forma, independentemente da hierarquia que se queira atribuir a tais mecanismos, importa acentuar que, na seara ambiental, em particular, “quanto mais se abrirem as portas do acesso, mais se terão a proteção e a efetivação deste direito sagrado a todos os seres que habitam este Planeta. Por isso, toda interpretação a ser feita em relação à utilização das técnicas ambientais relativas ao acesso à justiça, especialmente as relacionadas com o poder de agir e de requerer a tutela jurisdicional ao longo da cadeia processual, deve ser vista sob o postulado de que, nas lides ambientais, o acesso à justiça deve ser alargado e jamais restringido”.<sup>16</sup>

Insta observar, por fim, que o acesso à justiça, para não se transformar em mera garantia formal, desafia o Estado a prover meios para que ele se concretize em toda a sua plenitude, investindo na adequada estruturação do Poder Judiciário, na capacitação de funcionários, em novas metodologias de trabalho e, principalmente, na utilização de meios tecnológicos disponíveis.

## 2.2.2. Princípio da duração razoável do processo

Previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF<sup>17</sup>, com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional 45/2004, o princípio encontrou guarida no art. 4º do CPC/2015<sup>18</sup>, complementado pelo art. 6º do mesmo *Codex*<sup>19</sup>, que deixa claro o padrão de conduta e o relevo da cooperação esperados dos sujeitos do processo para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

O direito fundamental à tutela jurisdicional implica, a bem ver, que as partes tenham direito, em tempo razoável, não só à solução de mérito *cognitiva*, mas também à entrega do resultado de eventual atividade executiva. Em outros termos, “o sistema é comprometido com a duração razoável do processo, sem que isso implique uma busca desenfreada pela celeridade processual a qualquer preço. E isto porque um processo que respeita as garantias fundamentais é, necessariamente, um processo que demora algum tempo. O amplo debate que deve existir entre os sujeitos do procedimento em contraditório exige tempo. A adequada dilação probatória também exige tempo. A fixação de prazos razoáveis para a prática de atos relevantes para a defesa dos interesses em juízo, como a contestação e os recursos, faz com que o processo demore algum tempo. Mas estas são dilatações *devidas*, compatíveis com as garantias constitucionais do processo”.<sup>20</sup>

O princípio assume papel de proeminência na seara ambiental – na qual se lida com a proteção da sadia qualidade de todas as formas de vida –, a impor a necessária urgência na tramitação dos feitos a ela relativos, segundo prudente e fundamentado alvitre do julgador, em cada caso concreto<sup>21</sup>.

Exemplo que prestigia o postulado da duração razoável do processo, pode ser entrevisto no acordo a que alude o § 6º do art. 5º da Lei 7.347/1985, por meio do qual o suposto infrator se dispõe a adequar sua conduta às exigências da lei, pondo fim à investigação ou ao processo em tempo bastante reduzido. “Uma indefinição do litígio pelo decurso excessivo do tempo não contempla à parte o devido processo legal, senão mesmo o ‘indevido’ processo”.<sup>22</sup>

Portanto, espera-se do magistrado, na condução do processo, permanente vigilância em relação aos atos inúteis e protelatórios, indeferindo-os prontamente e decretando, em caso de má-fé, as devidas punições<sup>23</sup>.

15 WATANABE, Kazuo. A efetividade dos processos coletivos no direito brasileiro. Em *AASP Boletim*. n. 3054. p. 18-22.

16 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 143 e 144.

17 “Art. 5º. [...] LXXVIII – A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

18 “Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

19 “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

20 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 8.

21 Art. 12, § 2º, IX, do CPC/2015.

22 FUX, Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 56.

23 Ver arts. 130, 139, II e 370, par. único, do CPC/2015.

### 2.2.3. Princípio da flexibilidade procedimental

O processo, no preciso dizer de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, “não representa um fim em si mesmo, mas sim um meio, um instrumento para permitir a justa composição do litígio, ou seja, a resolução da questão de direito material objeto do conflito, visando a alcançar o seu escopo social e jurídico de pacificar com justiça”.<sup>24</sup>

É nesse contexto que se imagina imperiosa a flexibilização do procedimento, como alternativa para as técnicas processuais que venham a se mostrar inadequadas às peculiaridades do direito material sob tutela, em cada caso. Realmente, “não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo”.<sup>25</sup>

Nada obstante a timidez do CPC/2015, a matéria acabou sendo nele versada, ao permitir a dilação de prazos processuais e a alteração da ordem de produção dos meios de prova – desde que determinadas antes de encerrado o prazo regular –, de modo a conferir maior efetividade a tutela do direito (art. 139, VI).

A técnica processual deve ser enxergada sempre a serviço dos escopos da jurisdição e ser flexibilizada, quando necessário, para conferir maior efetividade à tutela do direito. É esta a ideia subjacente ao caráter instrumental do processo, que renega se privilegie o enfoque puramente formal de suas técnicas quando contrastadas com os valores maiores para os quais estão preordenadas. Daí, p. ex., a possibilidade de o juiz promover o saneamento de determinados vícios, desde que não tenham prejudicado qualquer das partes e tenham alcançado a sua finalidade<sup>26</sup>. Evita-se, assim, as indesejadas situações de extinção do feito sem resolução do mérito, garantindo-se a efetiva entrega da tutela jurisdicional.

### 2.2.4. Princípio da disponibilidade motivada

Para os legitimados sujeitos à observância da pertinência temática institucional, a ação civil pública é um *direito*, em harmonia com o princípio dispositivo que informa o Direito Processual Civil. Nada obstante isso, pelo princípio em comento, uma vez ajuizada a demanda coletiva, eventual interesse na sua desistência há de embasar-se em adequada *motivação*, em ordem a permitir um juízo de valor acerca de sua razoabilidade e a possibilitar a assunção da ação pelo Ministério Público ou por qualquer outro colegitimado.

Para o Ministério Público, entretanto, guardião-mor e com legitimação irrestrita para a tutela dos interesses transindividuais, mais que mero poder (= direito), há o dever de agir. É dizer, a ação lhe é indisponível<sup>27</sup>. Por conta desse ônus maior é que o legislador, sobre isentar-lhe de controles prévios de representatividade, conferiu-lhe também o poder exclusivo de promover o inquérito civil para bem aparelhar suas demandas. A eventual inércia ou desistência da ação por parte dos colegitimados poderão ser supridas sempre pelo seu agir obrigatório.

24 Em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*, cit., p. 88.

25 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 68 e 69.

26 Arts. 139, IX, 277 e 282, § 1º, do CPC/2015.

27 Discorda desse entendimento FERRARESI, Eurico, para quem, por ser agente político, o Ministério Público tem plena discricionariedade para a propositura de ações públicas. Segundo faz ver, ao contrário do que se dá na esfera penal, em que a ação é *privativa* do Ministério Público, na seara civil, em razão mesmo do tom *reparatório* que lhe é imaneente, a legitimação é *concorrente e disjuntiva*, onde, à evidência, o princípio da obrigatoriedade não pode ter lugar. Com efeito, que sentido faz dizer-se, por exemplo, que o Ministério Público é obrigado a propor a ação, se para o seu exercício se legitimam outras entidades? O correto “é que cada legitimado – inclusive o *parquet* – examine a situação concreta e promova a demanda coletiva de acordo com critérios de oportunidade e conveniência” (Princípio da não-obrigatoriedade da ação coletiva. *APMP Revista*, n. 47, ano XI, p. 9, 2008). Em outro senso, pondera MAZZILLI, Hugo Nigro que “os agentes políticos não podem fazer o que lhes dê na cabeça, pois, quando a lei lhes traça um caminho, são obrigados a segui-lo, como também o são até mesmo os chefes de Poder. O agente público, qualquer deles, só poderá agir discricionariamente quando a própria lei lhe permita juízo de oportunidade e conveniência. Sem dúvida, aspectos de conveniência prática recomendam a mitigação da indisponibilidade da ação penal, como já tem ocorrido quando a lei permite a transação nas infrações penais de menor potencial ofensivo, ou a tomada de compromisso de ajustamento de conduta na área da tutela coletiva. E, *de lege ferenda*, a lei pode dar-lhe ainda maior liberdade de ação, permitindo-lhe que possa escolher litígios estratégicos ou casos paradigmáticos, que gerem impacto social. O que não pode, sem que a lei o autorize, é o órgão do Ministério Público tomar nas mãos o poder de escolher o que quer fazer. Faltaria não só autorização legal para o Ministério Público dispor de direitos que não pertencem ao próprio Estado (como os interesses transindividuais), como ainda lhe faltaria legitimidade social para abrir mão dos direitos da coletividade. A investidura do Ministério Público é para que ele sirva a lei, e não fazer dela o que bem lhe aprouver. Certo é que, em alguns casos, a própria lei lhe concede margem de avaliação, como nas infrações penais de menor potencial ofensivo ou nos compromissos de ajustamento de conduta. Mas, excetuadas as hipóteses em que a lei cometa à instituição um juízo de discricionariedade, no mais, quando identifique uma hipótese na qual a lei lhe imponha a ação, não pode recusar-se a agir, nem pode, a pretexto de agir, dispensar aquilo que a lei exigiu” (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 98 e 99).

Essa obrigatoriedade deve ser bem compreendida. “Não se admite que o Ministério Público, *identificando* uma hipótese em que deva agir, recuse-se a fazê-lo: nesse sentido, sua ação é um dever [...]. Todavia, se o Ministério Público não tem discricionariedade para agir ou deixar de agir quando *identifique* a hipótese em que a lei exija sua atuação, ao contrário, tem ampla liberdade para apreciar se *ocorre hipótese* em que sua ação se torna obrigatória”.<sup>28</sup>

Não que a atividade do Ministério Público, aí, seja ilimitadamente informada de discricionariedade, ficando a seu critério a propositura ou não da ação. No entanto, verificando que não há suporte legal para o ajuizamento da ação, ou, ainda, que não é oportuna ou conveniente<sup>29</sup> essa propositura, poderá deixar de exercê-la<sup>30</sup>.

Com efeito, lendo-se a Lei 7.347/1985, fica claro que o Ministério Público pode promover o arquivamento do inquérito civil, se convencido da inexistência de fundamento para a propositura da ação, com homologação do Órgão Superior de Revisão<sup>31</sup>. Em tal hipótese, é óbvio, não se terá – nem haveria por que fazê-lo – exercido o direito de ação.

Resumindo: a ação civil pública pode ou não ser proposta pelo seu titular, sendo informado o seu exercício pelo princípio dispositivo. Tal regra, contudo, não se aplica, em sua plenitude, ao Ministério Público, certo que, nesse caso, por manifesto interesse de ordem pública, há como que uma quebra do atributo dispositivo, passando o exercício da ação a ser informado pelo princípio da *disponibilidade motivada* ou, como se queira, da obrigatoriedade mitigada (dever-direito), nos termos antes expostos, e em decorrência do fato de ser indisponível, para o Órgão Ministerial, o interesse tutelado por meio desse específico instrumento que lhe é confiado.

### 2.2.5. Princípio da não taxatividade dos direitos tuteláveis

Atento ao preceito insculpido no art. 6º do CPC/1973 – hoje reproduzido no art. 18 do CPC/2015 –, à luz do qual não se podia pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei<sup>32</sup>, o legislador estabelecia o rol dos direitos materiais tuteláveis pela ação civil pública a conta-gotas, em *numerus clausus*<sup>33</sup>.

Recorde-se, a propósito, que, ao apreciar o Projeto que se transformaria na Lei 7.347/1985, o Presidente da República vetou a norma de extensão à época constante do inc. IV do art. 1º, que visava a dar flexibilidade ao texto legal, numa área de rápidas mutações, permitindo a aplicação imediata da norma às novas situações concretas não imaginadas pelo legislador, mas que se encaixavam, ainda assim, na rubrica da difusão ou coletivização, fundamentos da ação civil pública.

Posteriormente, todavia, a CF (art. 129, III)<sup>34</sup> e o CDC (art. 110)<sup>35</sup> reintroduziram a cláusula geral, que possibilitou, via ACP, a tutela de qualquer direito ou interesse transindividual. Hoje, portanto, a regra é a não taxatividade (= *numerus apertus*), pois onde existirem interesses difusos ou coletivos carentes de proteção,

28 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos...*cit., p. 97.

29 A tese da oportunidade e da conveniência, para fins de propositura da ação civil pública, há que ser tratada com muito cuidado. Não se pode dar-lhe um sentido amplo, vastíssimo, como aquele imperante para a Administração Pública em várias situações. Conveniência e oportunidade, aqui, não é a do Ministério Público (política ou administrativa), mas a da própria proteção dos interesses tutelados pela Instituição. Assim, por exemplo, numa Comarca localizada em área de unidade de conservação, a agressão isolada a uma árvore, decorrente de uma poda pública desconforme, diante da dimensão de outros problemas existentes na região (desmatamento, garimpagem etc.), pode permitir solução intermediária entre a propositura da ação e o nada fazer. Ou, ainda, quando a propositura da ação civil pública, pelas características do fato, se mostrar totalmente desnecessária. Cuidamos, pois, de mitigação controlada, com os olhos postos no interesse público, e não de afrouxamento – pela inépcia, pelas conveniências políticas, pela omissão – do princípio da obrigatoriedade.

30 FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édís; NERY JR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 41 e 42.

31 Art. 9º da Lei 7.347/1985.

32 A afirmação, no regime constitucional anterior, tinha ainda o suporte do art. 153, § 4º, que garantia o direito genérico de ação apenas para a tutela de *direitos individuais*, o que implicava dizer que, para a defesa de *interesses transindividuais* – que constituem o objeto da ação civil pública –, mister se fazia a previsão legal específica.

33 Cf. nossa pesquisa a respeito das hipóteses de ação civil pública no Direito brasileiro, antes da Lei 7.347/1985, publicada na *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. Edição especial. vol. 19. p. 270-275. Porto Alegre, 1986. Ver, também, levantamento de MAZZILLI, Hugo Nigro apontando nada menos que 117 hipóteses de ações civis públicas de iniciativa do MP (*A defesa dos interesses difusos...*cit., p. 79-88).

34 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de *outros interesses difusos e coletivos*” (grifo nosso).

35 “Art. 110. Acrescente-se o seguinte inc. IV ao art. 1º da Lei 7.347/1985: [...] ‘IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo’.”

cabível será a ação civil pública, independentemente de listagem legal (ou regulamentar) casuística<sup>36</sup>.

### 2.2.6. Princípio da atipicidade da tutela jurisdicional coletiva

Este princípio, também chamado de princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva – que diz com as ações ou instrumentos processuais preordenados à defesa dos direitos coletivos –, decorre do disposto no art. 83 do CDC<sup>37</sup>, aplicável às ações fundadas na LACP por determinação de seu art. 21.

Como já anotamos alhures, o art. 3º da Lei 7.347/1985, que originalmente só se reportava a ações condenatórias (ao pagamento em dinheiro ou às obrigações de fazer ou não fazer), ficou ampliado a todas as espécies de ações capazes, no caso, de propiciar adequada e efetiva defesa do ambiente, por força do estatuído no art. 83 do CDC. Não tem, portanto, nenhum sentido prático o *nomen juris* que se dê à ação destinada a pleitear qualquer forma de tutela jurisdicional – declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva –, desde que adequada para a efetiva proteção do direito coletivo<sup>38</sup>.

Em reforço, importa registrar que a ação civil pública foi guindada ao patamar constitucional sem limitações, sendo acatada com abrangência total de objeto imediato, podendo os colegitimados ativos buscar toda e qualquer tutela jurisdicional para a defesa dos valores por ela perseguidos. Pense-se, *v.g.*, na invalidação de um contrato administrativo lesivo ao meio ambiente, pela via da ação civil pública, sem necessidade de utilizar a ação popular, cujos requisitos subjetivos e objetivos são mais estreitos<sup>39</sup>.

Em sede da LACP, portanto, “a amplitude das formas de tutela é necessária (não simplesmente aconselhável), tanto assim que não é possível proteger adequadamente o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inclusive para as gerações futuras, se apenas for tutelado por meio da reparação dos danos ambientais, menos ainda se a reparação for somente pelo equivalente em dinheiro. É essencial para sua integridade que ilícitos tenham sua prática, continuação ou repetição inibidas (tutela inibitória) ou que os efeitos concretos do ilícito sejam removidos (tutela de remoção do ilícito ou reintegratória). Havendo danos, indispensável que a reparação se dê na forma específica (tutela reparatória ou ressarcitória *in natura*) – e apenas em último caso, ou de maneira complementar, em pecúnia. Ainda, tudo isso, não raras vezes, não pode esperar o fim da ‘fase de conhecimento’, sob pena de a tutela ser concedida intempestivamente e, assim, ser inefetiva”.<sup>40</sup>

Dessa feita, uma interpretação restritiva do art. 3º em comento seria o mesmo que negar à ACP o escoreito cumprimento do papel que lhe reservou o legislador, qual o de servir de instrumento para a tutela de inestimáveis valores sociais que, portanto, permaneceriam num verdadeiro limbo, como almas vagantes em busca de um corpo.

### 2.2.7. Princípio da boa-fé

Dentre as normas fundamentais do processo civil avulta em importância a relacionada à boa-fé, por isso que quanto mais adequado for o comportamento dos sujeitos do processo, maior será a probabilidade deste alcançar a sua finalidade.

O princípio da boa-fé, de que se está a falar – previsto especificamente no art. 5º do CPC/2015 –, não se refere a conceito vago de interpretação meramente subjetiva (que se contenta com a ausência de má-fé), mas diz com a boa-fé *objetiva*<sup>41</sup> (que exige postura consentânea com as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece com a maneira como geralmente se espera dos atores processuais).

36 ALONSO JR., Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. Em MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 207.

37 “Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

38 ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direitos difusos e coletivos*, cit., p. 30.

39 GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação coletiva fortalece proteção. *O Estado de S. Paulo*, 14.12.1991, Caderno Justiça. p. 8.

40 MOREIRA, Egon Bockmann *et al.* *Comentários à lei de ação civil pública: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo cpc e temas atuais*. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 74.

41 Conforme enunciado 374 do Fórum Permanente de Processualistas Civis- FPPC.

Dentro dessa perspectiva, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro fala de duas funções precípuas do princípio em comento, a saber: a) estabelecer comportamentos probos e éticos aos diversos personagens do processo; e b) restringir ou proibir a prática de atos considerados abusivos.

Na primeira das funções, estabelece comportamentos que se equiparam a prestações positivas, dentre os quais, *(i) para o juiz*: a obrigação de fundamentar sua decisão (art. 11); assegurar às partes igualdade de tratamento (art. 139, I); velar pela duração razoável do processo (art. 139, II); promover, a qualquer tempo, a autocomposição (art. 139, V); flexibilizar o procedimento quando necessário para conferir maior efetividade à tutela do direito (art. 139, VI) etc.; *(ii) para as partes e seus procuradores*: deveres de veracidade e de lealdade (art. 77, I); cumprimento das decisões jurisdicionais (art. 77, IV); informar nos autos o endereço, residencial ou profissional, onde receberão informações (art. 77, V) etc.

Na segunda função, restringe ou proíbe a prática de atos abusivos, consideradas como prestações negativas, por exemplo: *(i) para o juiz*: vedação de participar de processo em que esteja impedido ou seja considerado suspeito (arts. 144 e 145); não proceder no exercício de suas funções com dolo ou fraude (art. 143, I) etc.; *(ii) para as partes e seus procuradores*: não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou do direito litigioso (art. 77, VI); não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários a declaração ou a defesa do direito (art. 77, III); não deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso (art. 80, I); não provocar incidente ou interpor recurso com o intuito manifestamente protelatório (art. 80, VII) etc.<sup>42</sup>.

Enfim, o princípio da boa-fé, inscrito direta e expressamente no art. 5º, por ser norte de atuação para todos os operadores do direito, encontra referências espalhadas por, praticamente, todo o Código de Processo Civil (p. ex., quando determina sejam riscadas do processo expressões ofensivas contidas nas peças apresentadas por seus personagens – art. 78, § 2º), estabelecendo também, ainda que implicitamente, previsões em leis esparsas.

### 2.2.8. Princípio da eficiência

O princípio da eficiência foi guindado ao plano constitucional pela EC 19, de 04.06.1998, que o acrescentou ao rol dos chamados princípios constitucionais da Administração Pública, mencionados no *caput* do art. 37, que restou assim materializado: “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* [...]”.

Também a Lei 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a ele fez referência no *caput* do art. 2º: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e *eficiência*”.

A bem ver, a *eficiência* a que se referem tais textos, e como dito, está posta como um dos princípios da Administração Pública, estudado à luz do direito administrativo-constitucional, visando “a encontrar os melhores meios para a obtenção otimizada dos fins almejados”.<sup>43</sup> Vale dizer, a observância do princípio em comento implica que o administrador atue de acordo com uma exigência de otimização, ou seja, havendo mais de uma opção possível para se alcançar as finalidades pretendidas pela lei, deverá ele optar por aquela mais célere e que implique menores dispêndios de tempo e recursos.

A seu turno, o CPC/2015, fazendo coro a tais mandamentos, assentou, no seu art. 8º, que, na aplicação do ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando a dignidade da pessoa humana e observando, entre outros, o princípio da *eficiência*. Ou seja – para o que é de interesse deste trabalho –, o que se busca, aqui, é auscultar o sentido do princípio no plano do exercício da função jurisdicional, isto é, da *eficiência processual*.

42 Em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*, cit., p. 82.

43 GABARDO, Emerson. *O princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 91.



A previsão da eficiência, no referido dispositivo, “consubstancia-se na melhor forma de gerenciamento do processo. Alcançar o melhor resultado, no menor espaço de tempo e trazendo a maior satisfação possível para os jurisdicionados é postulado da eficiência processual”.<sup>44</sup>

O processo eficiente, diz bem Fabiano Carvalho, “é processo bem gerenciado mediante atividade jurisdicional rápida, responsável, maximizada e abrangente com o escopo de alcançar a tutela jurisdicional de declaração do direito (solução integral do mérito) e/ou tutela jurisdicional executiva (resultado do processo/procedimento executivo ou satisfação). Além disso, na órbita processual, a eficiência deve ser redutora dos conflitos surgidos por atos ou pronunciamentos judiciais. Assim, a atividade jurisdicional eficiente não pode gerar um sem-número de recursos ou similares impugnativos. O erro judicial decorre da falta de eficiência do juiz e representa custos processuais. A atividade jurisdicional eficiente deve gerar um processo civil de *resultados*”.<sup>45</sup>

De tal arte, no âmbito do processo coletivo, por força do disposto no art. 19 da LACP, a norma do art. 8º, *in fine*, do CPC/2015, que consagra a eficiência processual, haverá de ser aplicada de forma direta e integrativa, inclusive como potencializadora dos demais princípios a ele inerentes.

### 3. ADVERTÊNCIA NECESSÁRIA

Segundo diretriz estampada no art. 20 da LINDB- Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inserido pela Lei 13.655, de 25.04.2018, “*não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*”. Busca o preceptivo, a bem ver, reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal frente a normas (= regras e princípios) indeterminadas, que, como sabido, são passíveis de múltiplas interpretações. Para tanto, o seu parágrafo único impõe ao tomador de decisão o dever de demonstrar, via motivação, “a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Por certo, o comando em análise “não exige conhecimento extraprocessual do julgador, mas sim que concretize sua função pública com responsabilidade. *Veda, assim, motivações decisórias vazias, apenas retóricas ou principiológicas, sem análise prévia de fatos e de impactos*. Obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão. E, claro, esse dever se torna ainda mais importante quando há pluralidade de alternativas. *Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou se limitar a invocar fórmulas gerais como ‘interesse público’, ‘princípio da moralidade’ e outras*. É preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias”.<sup>46</sup>

Destarte, sem negar a extraordinária importância dos princípios como fonte coadjuvante à composição justa de litígios, é preciso cuidar para que não passem a ocupar, sempre e sempre, o lugar das regras postas e legítimas<sup>47</sup>, em clara opção do julgador por uma postura ativista<sup>48</sup>, situação que vem merecendo duras críticas da doutrina, no sentido de que “não podem ser os princípios jurídicos e sua ponderação utilizados como uma caixa preta para legitimar decisionismos, intucionismos e ativismos. Eles não têm o condão de modificar o direito para a forma como a doutrina ou como a jurisprudência pretendem. Esse é o papel do Legislativo”.<sup>49</sup> Ou, ainda, mais apropriado aos tempos esquisitos que correm, a compreensão dos princípios

44 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*, cit., p. 90 e 91.

45 O princípio da eficiência no processo coletivo. Constituição, microsistema do processo coletivo e novo código de processo civil. Em MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 274.

46 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al.* *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017, que resultou na Lei 13.655/2018*. Em <http://static.congressoemfoco.uol.com.br/2018/04/Parecer-Resposta-TCU.pdf>. Acesso em 16.07.2018. Grifamos.

47 Até porque, “é possível haver conflito entre regras, entre princípios ou entre regras e princípios [...]”. *O conflito entre regra e princípio resolve-se, geralmente, pela prevalência da regra, se ambos estiverem no mesmo patamar hierárquico*” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Em WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* (Coords.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*, cit., p. 1304). Grifamos.

48 Para a doutrina, ativismo judicial vem a ser “o pronunciamento que substitui a legalidade vigente pelas convicções do julgador” (ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 421).

49 BRITO, Luis Antonio Gomes de Souza Monteiro de. *Direito ambiental versus justiça ambiental: crítica ao ativismo judicial em matéria de meio*

“nem sempre se encontra imune a excessos de perfil até mesmo fundamentalista ou, pelo menos, o que é mais frequente, de uma dose de voluntarismo que procura se legitimar mediante inovação genérica – e, por vezes, mesmo panfletária – do discurso dos princípios”.<sup>50</sup>

Numa palavra, vale lembrar, aqui, a pertinência e oportunidade do conhecido aviso de advertência tupiniquim fincado à beira de nossas estradas: “Pare, olhe e escute”. É bom dar-lhe atenção.

---

ambiente. Em *Revista de direito ambiental*. vol. 89, p. 147. São Paulo: Ed. RT, 2018.

50 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 18.

# LA MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL: EL DESAFÍO DE ABREVIAR Y DETALLAR AL MISMO TIEMPO

Eduardo Oteiza

## 1. UNA APELACIÓN ALGO ICONOCLASTA ACERCA DEL CUENTO Y LAS SENTENCIAS

La propuesta que someto a la discusión adopta la forma de un ensayo ya que busca moverse con libertad en los márgenes de contacto entre la literatura y el derecho, desde una perspectiva que centra la atención en la tarea de motivar las resoluciones judiciales. Consiste en tomar para el derecho una experiencia literaria. Acercar el derecho a la literatura con objetivos limitados y sin pretender asimilarlos. La filosofía parangona ambos universos, emplea a la literatura para explicar fenómenos jurídicos. Con una perspectiva similar intentaré observar la relación entre literatura y derecho desde las exigencias que se plantean a los escritores tanto de ficción literaria como de pronunciamientos jurídicos. Utilizo la palabra pronunciamiento debido a que posee un significado que me permite aludir también a los abogados y a los académicos, quienes se encuentran compelidos por similares requerimientos narrativos que los escritores y los jueces.

Del universo literario tomaré, como género, el cuento ya que puede ser un parámetro útil para el lenguaje legal. A pesar de tratarse de una simplificación en cuanto a las técnicas de escritura cabe sostener que hay diferencias entre el cuento y la novela relacionadas con la extensión y el número de historias a ser contadas. En la redacción del cuento está presente de un modo diáfano la frontera flexible a observar. La novela tiene dimensiones más ambiguas, es más elástica. El cuento es una síntesis con detalles. El contraste de las escalas ha permitido decir que ciertas novelas hubiesen sido mejor escritas tomando la técnica del cuento. ¿Cuál es el motivo para emplear el tiempo que demanda escribir y leer trescientas páginas cuándo para la estética buscada bastaba con un número que la estructura del cuento podía albergar? Al leer muchas sentencias me he preguntado si no era posible ahorrar un número significativo de palabras. Otras veces me he interrogado cómo entre tantas palabras los puntos neurálgicos de la solución carecían de un tratamiento adecuado.

Al ocuparse de las diferencias entre el cuento y la novela Cortázar<sup>1</sup> sostenía que para diferenciarlos es mejor acudir a las aproximaciones. Las definiciones en ese campo para él no eran aconsejables. Resaltaba las dificultades de dar una definición sobre el cuento y la literatura. De todos modos, decía que la novela es un juego literario abierto que puede desarrollarse al infinito, según las necesidades de la trama y la voluntad del escritor. El cuento, en cambio, es un orden cerrado. Explicaba Cortázar en primera persona: *Alguna vez he comparado el cuento con la noción de la esfera, la forma geométrica más perfecta en el sentido de que está totalmente cerrada a sí misma y cada uno de los infinitos puntos de su superficie son equidistantes del invisible punto central. Esa maravilla de perfección que es la esfera como figura geométrica es una imagen que me viene también cuando pienso en un cuento que me parece perfectamente logrado. Una novela no me dará jamás la idea de una esfera; me puede dar la idea de un poliedro, de una enorme estructura.*

Sin equiparar planos diversos, la potencia de las imágenes de la esfera y el poliedro aplicadas a las ambiciones del derecho, indicarían que el cuento pareciera adecuarse más a las soluciones que se esperan de los jueces.

Entre los cuentos he escogido *Funes el memorioso*<sup>2</sup> de Borges. Opté por esa obra en primer lugar por una razón personal, y en cierto modo banal, consistente en las sensaciones que despierta en mí en cada nueva lectura.

1 Cortázar, J., *Clases de literatura*. Berkeley, 1980, Buenos Aires, 2013, Alfaguara, pp. 25- 34.

2 Borges publicó por primera vez *Funes el memorioso* en el diario argentino *La Nación* el 7 de junio de 1942. Luego formó parte de su libro *Ficciones* de Editorial Sur (1944).

Posiblemente esa subyugación determinó que lo utilizara en mis clases de la Universidad de La Plata para mostrar las dificultades que ofrece un texto y cómo pueden ser solucionadas con maestría. Allí descubrí que facilitaba el examen de la relación entre los hechos, el texto y los nuevos lectores. Además, se trata de una narración que se divulgó en un medio gráfico masivo. El lenguaje empleado por Borges tuvo la ambición de ser comprendido por los lectores de un diario. Seduce encontrar un texto tan rico pensado para un universo de personas tan vasto. Lejos de tratarse de un cuento para minorías el origen de su publicación lo coloca en el terreno de lo masivo.

*Funes el memorioso* contiene una historia de apariencia simple que nos ofrece una experiencia compleja una vez que ahondamos en su trama. Pareciera ofrecer un único mensaje que a poco que se lo lea con cuidado esconde una interesante variedad de puntos para el análisis. Esa contradicción resulta sugerente al abrirnos el camino a algunas preguntas: ¿Cómo darle sencillez a una narrativa que reclama el recuento de detalles a privilegiar? ¿Qué estrategias deben ser desarrolladas en un texto que adjudica derechos a partir de hechos que deben decantarse del sistema jurídico? ¿Cuáles circunstancias y con qué desarrollo argumental se abastece una justificación apropiada para dar satisfacción a los contradictores?

Adelanto que domina mi planteo una visión heterodoxa o al menos poco ortodoxa ya que procura comparar la tarea desarrollada por el juez al sentenciar con la del escritor al trabajar con un texto literario. Así como Nussbaum<sup>3</sup> apela a *Tiempos difíciles* de Dickens para explicar su posición en cuanto a la igualdad, la racionalidad judicial, la fantasía y la imaginación en el derecho, yo acudiré a Borges y su *Funes el memorioso* con tres finalidades centrales. La primera tiene que ver con subrayar la tensión entre el detalle y la abstracción como límites que reclaman la atención de la tarea narrativa desarrollada por el juez al elaborar una decisión. La segunda es la importancia de las personas y los hechos por sobre las abstracciones al construir una resolución que los debería tener como aspectos centrales. Y la tercera es el valor de la claridad al fijar las pautas que tienen la potencialidad de tener efecto sobre futuras soluciones a emplear en casos similares.

No puedo silenciar que me siento influenciado por dos factores. La admiración por las buenas obras literarias y la preocupación por las decisiones judiciales oscuras. En los textos literarios encuentro ejemplos a seguir y en las sentencias cuestiones de estilo a corregir. Resulta una obviedad destacar que el camino contrario es igualmente fácil de encontrar: buenas decisiones judiciales y pésima literatura. Seguramente por la inclinación natural a observar los problemas propios más que los ajenos (además de las evidentes limitaciones para ocuparme de crítica literaria) tomaré como ejemplo la buena literatura para intentar, al menos, ayudar a mejorar la motivación de las decisiones.

El eje del análisis se refiere al desafío que enfrentan los jueces al elaborar textos que describen situaciones, “cuentan” hechos, formulan argumentos y generan consecuencias inmediatas y mediatas. Haré especial hincapié en que las decisiones judiciales tienen un efecto directo sobre las partes que disputan un caso judicial pero también poseen la potencialidad de convertirse en un precedente con influencia sobre la resolución de casos futuros.

## 2. BREVES REFERENCIAS AL DEBER DE FUNDAR

Anticipo que me limitaré a dar solamente algunas notas sobre el deber de fundar. Doy por sobreentendido que las decisiones judiciales deben motivarse por un imperativo democrático, lo cual supone dar una explicación sustentable sobre los actos de autoridad que se deben legitimar en base a buenas razones. El juez se encuentra compelido a sustentar sus resoluciones ya que a ellas no corresponde sostenerlas simplemente como un acto de autoridad. El ejercicio del poder en una sociedad democrática requiere informar sobre las justificaciones razonables que lo sostienen. El juez debe dar los motivos que sustentan la resolución que adopta en el caso. No obstante la justificación teórica que el iluminismo le asignó a la motivación de la decisión en el siglo XVIII<sup>4</sup>, ya en la Partida III<sup>5</sup> se establecía que *E deue ser dictado el juicio por buenas*

3 Nussbaum, M. *Justicia Poética*, edición original Beacon Press, Boston, 1995, consultada la traducción de Garini, C., Santiago de Chile, 1997, Editorial Andrés Bello.

4 Ver Taruffo, M., “L’obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e iluminismo”, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXIX (II Serie), 1974, pp.265-295. También en Taruffo, M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, CEDAM, pp.319-351.

5 Ley 5, Título 22, en *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, T.III, pág. 282, Madrid, 1847 – 1851, Imprenta de La Publicidad, p. 282.

*palabras, que lo puedan bien entender sin dubda niguna.* Tomo dicha Ley de las Siete Partidas debido a su influencia, hasta mediados del ochocientos, sobre el derecho iberoamericano, con matices que aquí no es preciso puntualizar y para señalar que la justificación de lo decidido tiene raíces antiguas que evidencian que la decisión debe apoyarse en las explicaciones que la preceden para no ser tomada como un simple ejercicio del poder. Aliste Santos<sup>6</sup> entiende que de esa Ley de las Partidas se desprendería el deber de expresar sin equívocos el fallo y de dar las razones en que se funda la sentencia. De allí no necesariamente cabe inferir que en la praxis de los jueces la regla fuera respetada. La ideología dominante y los sistemas políticos de occidente previos al iluminismo prestaban una atención muy relativa al deber de fundar las decisiones. Un ejemplo sobre esas concepciones lo encontramos en la Real Cédula de Carlos III del 23 de junio de 1778<sup>7</sup> en la cual se prohibía la motivación. En ella se decía que *Para evitar los perjuicios que resultan con la práctica, que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso, y en las costas que a las partes se siguen; mando cese en dicha práctica de motivar sus sentencias...*<sup>8</sup>.

Con diversas redacciones en los códigos procesales de Iberoamérica encontramos normas específicas que imponen el deber de los jueces de motivar sus decisiones. Es tan generalizado el criterio que carece de interés la cita de cada uno de esos ordenamientos y la identificación de los dispositivos respectivos<sup>9</sup>. Una dimensión de un impacto unificador está presente actualmente en el derecho constitucional y en el convencional. Ya Calamandrei<sup>10</sup>, en la serie de seis conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México en 1952, al comentar el art. 111<sup>11</sup> de la Constitución Italiana de 1947-1948 que establece que todas las resoluciones jurisdiccionales deben ser motivadas, explicaba que: *Este requisito de la motivación tiene preponderantemente una función exhortativa, y por así decirlo, pedagógica. El juez no se conforma con ordenar, no se limita ya al "sin volo, sic iubeo", pronunciado desde lo alto de su sitial, sino que desciende al nivel del justiciable, y al mismo tiempo que manda, pretende explicarle la racionalidad de esa orden. La motivación es, antes que nada, la justificación, que quiere ser persuasiva de la bondad de la sentencia.*<sup>12</sup> A pesar de la influencia de las constituciones italiana y española en América Latina, son pocas las constituciones de la región que explícitamente refieren a ese deber. Encontramos preceptos específicos sobre la fundamentación en las Constituciones de Perú<sup>13</sup>, Ecuador<sup>14</sup> y República Dominicana<sup>15</sup>. En la mayoría de los sistemas jurídicos de Latinoamérica se interpreta que el deber de fundar deriva de la noción que engloba las nociones: debido proceso, garantía jurisdiccional, tutela efectiva o defensa en juicio.

Se ha producido una interpretación del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos del Hombre (CADH) por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que ha fijado algunos estándares trascendentes en la materia. El art. 8 de la CADH enumera los estándares que los Estados deben respetar en materia de *Garantías Judiciales*. En el primer inciso se fijan los criterios generales al establecerse que: *Toda*

6 Prescindo de enumerar la basta bibliografía sobre el tema y solamente me permito indicar el libro de Aliste Santos, T.-J., *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, 2011, Marcial Pons. En particular el capítulo I. Génesis, desarrollo y consolidación del deber de fundamentación de resoluciones judiciales.

7 Incorporada a la Novísima Recopilación de las Leyes de España, ver en *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, T.VII, pág. 472.

8 En Aliste Santos, *La motivación de las resoluciones judiciales*, p. 103.

9 Menciono como dato singular que en Argentina el Código Civil y Comercial de 2014 establece en el art. 3 que: *El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.* Se trata de una norma que reafirma el principio que también reconocen los códigos procesales provinciales y el nacional.

10 Calamandrei, P., *Proceso y Democracia*, Buenos Aires, EJEA, 1960.

11 La Constitución Española de 1978 también establece un principio similar en el art. 120, inc. 3 que dispone que *las sentencias serán siempre motivadas.*

12 Calamandrei, *op. cit.*, pp. 115-143.

13 La Constitución Política del Perú de 1993, en el art. 139, que identifica los principios y derechos de la función jurisdiccional, incluye el inciso 5 que establece que: *La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.*

14 La Constitución de la República de Ecuador de 2008 consagra, en el art. 76, que *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ... 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.*

15 Si bien reducida al orden penal la Constitución de la República Dominicana de 2010 dispone, en el art. 40, inc. 1º, que *nadie podrá ser reducido a prisión o cohibido de su libertad sin orden motivada y escrita de juez competente, salvo el caso de flagrante delito.*

persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Tanto el art. 8 de la CADH, como el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), no contienen una referencia explícita al deber de fundar. La CIDH en sucesivos fallos ha ido dando forma a la garantía. Menciono aquí los casos en los que ha fijado una línea jurisprudencial que contiene las características más salientes de la exigencia de motivación como garantía judicial.

En el caso *Yatama*<sup>16</sup> la CIDH consideró que Nicaragua había violado el art. 8 de la CADH debido a la exclusión de un proceso electoral de la mencionada organización política sin que el Consejo Supremo Electoral diera motivos para esa decisión. Consideró que: *Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la participación política, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias*<sup>17</sup>. La CIDH se limita a enunciar que la ausencia de fundamentación genera arbitrariedad pero no abunda en argumentaciones que sostengan esa posición. Se apoya para hacerlo en dos decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos; los casos: *H. R. vs. Bélgica*<sup>18</sup> y *García Ruiz vs. España*<sup>19</sup>. En el primero de los casos citados la Corte Europea consideró que las reglas que regulaban el proceso ante el *Council of the Ordre des avocats* de Antwerp no exigía dar explicaciones sobre los motivos por los cuales se fundaba una decisión. Más que desarrollar una doctrina sobre la motivación, la Corte Europea explicó las razones por las cuales el proceso específico analizado violaba el art. 6 de la CEDH. En el segundo la Corte Europea reiteró su propia jurisprudencia (*case law*) al considerar que era un principio de una apropiada administración de justicia que los tribunales expusieran las razones que explicaban sus pronunciamientos. Para la Corte Europea la extensión de ese deber de dar razones puede variar de acuerdo con la naturaleza de la decisión y será determinado a la luz de las circunstancias del caso.<sup>20</sup>

La CIDH retoma el tema de la motivación en el caso *Chaparro Álvarez*<sup>21</sup> en el cual al tratar una cuestión referida a la aplicación de medidas cautelares expresa que *se debe ofrecer una fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad... Al respecto, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión*. Además de invocar el criterio general expresado en el caso *Yatama*, citó el caso *Hadjianstassiou*<sup>22</sup> de la Corte Europea. En ese último caso la Corte Europea si bien se ocupa de examinar las obligaciones asumidas por Grecia con respecto al art. 6 del CEDH, tiene como particularidad que se trató en una decisión de una Corte Marcial examinada luego por la Corte de Casación sobre la violación de un secreto militar. Los estándares fijados en el caso europeo guardan escasa relación con los examinados en *Chaparro Álvarez* y el párrafo citado por la CIDH de la sentencia en *Hadjianstassiou* no profundiza en la doctrina invocada.

Luego la CIDH establece como criterio en el caso *Apitz Barbera*<sup>23</sup> que la fundamentación de las decisiones *protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra, y otorga credibilidad a*

16 Caso *Yatama vs. Nicaragua*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23.06.2005. Serie C No. 127.

17 Caso *Yatama*, párr. 152.

18 Sentencia del 30.11.1987, Series A no. 127-B, para. 53, ver en: <http://echr.ketse.com/doc/8950.80-en-19871130/view/>

19 Sentencia del [GC], no. 30544/96, § 26, ECHR 1999-I.

20 *Its established case-law reflecting a principle linked to the proper administration of justice, judgments of courts and tribunals should adequately state the reasons on which they are based. The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision and must be determined in the light of the circumstances of the case.* Citó los siguientes precedents: *Ruiz Torija v. Spain* y *Hiro Balani v. Spain*, sentencias del 09.12.1994, Serie A nos. 303-A and 303-B, p. 12, § 29, y pp. 29-30, § 27; y *Higgins and Others v. France*, sentencia del 19.02.1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, p. 60, § 42.

21 Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez vs. Ecuador*, Sentencia de 21.11.2007, Serie C No. 170, párr. 107.

22 *Hadjianstassiou v. Greece*, Sentencia del 16.12.1992, par. 23

23 Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*, Sentencia del 05.08.2008. Serie C. La CIDH repite el criterio desarrollado en el pár.170 del caso *Chaparro Álvarez*, en el pár. 107, que será reiterado en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia del 01.09.2011, Serie C No. 233, párr. 141.

*las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática*”.<sup>24</sup> La argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.<sup>25</sup>

La doctrina jurisprudencial de la CIDH por diversos factores incide sobre las decisiones que toman los jueces nacionales. La relación entre la CIDH y los sistemas nacionales depende de una gran variedad de factores. Tal vez los más decisivos sean el acierto con que la CIDH decide los casos que llegan ante ella y la importancia que cada Estado y sus estructuras judiciales asignan al cumplimiento de lo establecido por la CADH. De todos modos, luego de desarrollada la doctrina del control de convencionalidad por la CIDH, se ha subrayado su carácter de último intérprete de la CADH, lo cual permite sostener que el deber de fundar las decisiones judiciales cuenta con un reconocimiento legal, constitucional, convencional y jurisprudencial, en los diversos y variados niveles.<sup>26</sup>

### 3. DESDE QUÉ PERSPECTIVA EL DERECHO Y LA LITERATURA

Falcón y Tella<sup>27</sup> plantea que la relación entre el derecho y la literatura puede ser analizada desde tres cuestiones principales. La primera es el *derecho de la literatura*, que refiere a cuestiones tan variadas como la protección de la propiedad intelectual o de la libertad de expresión. El segundo es el *derecho como literatura*, que supone un acercamiento hermenéutico y de teoría general sobre cómo incide la literatura en el derecho o en cómo ayuda la literatura a entender el derecho. Y la tercera es la *presencia del derecho en la literatura*, el relato literario de cuestiones jurídicas.

De esas tres visiones alternativas tomaré el *derecho como literatura* pero con una mirada que difiere de la utilizada por la filosofía jurídica para abordar esa relación. La corriente de la *Law as literature*, de amplio desarrollo fundamentalmente en los Estados Unidos de Norteamérica, parte de considerar que el derecho no es sino un tipo particular de relato.<sup>28</sup>

Dos de los autores que se ocupan del derecho como literatura han tenido particular incidencia sobre éste ensayo. La apelación de Nussbaum al compromiso de los jueces – que según entiendo debería ser similar al de los abogados y los académicos – con quienes resultan beneficiados o afectados por sus actividades profesionales la considero particularmente relevante. Reclama Nussbaum que: *Cuando leemos una novela como Tiempos difíciles, no como teóricos literarios en busca de teorías de la interpretación sino como seres humanos que se conmueven y se deleitan, somos espectadores juiciosos, libres de la parcialidad y el favoritismo personales. Al mismo tiempo, no somos escépticos. No todos reaccionamos de la misma manera ante los personajes y su situación. Pero la estructura de la novela – su manera de presentarnos el mundo y sus tentaciones para identificarnos con ciertos personajes y no con otros- nos sitúa en una postura del corazón y la mente que no es de escéptica indiferencia, pues no cualquier cosa que le suceda a esta gente nos da lo mismo. Por supuesto, podemos rechazar la invitación de la novela a participar de la manera que ella sugiere (aunque entonces no sé para qué continuaremos leyendo)... La novela nos constituye en jueces. Como tales podemos discernir entre nosotros acerca de lo que es correcto y apropiado; mientras los personajes nos importen y actuemos en nombre de ellos, no pensaremos que la disputa es vana ni que se trata de un juego.*<sup>29</sup>

El escritor compone personajes, se ocupa de darles vida, transmite sus preocupaciones y desnuda una

24 Caso *Apitz Barbera*, párr. 77; reiterado en el caso *López Mendoza*, párr. 141.

25 Caso *Apitz Barbera*, párr. 78, repetido en *López Mendoza*, párr. 141.

26 Sobre la dimensión constitucional y convencional del deber de fundar en América Latina ver: Verbic, F. “Motivación de la sentencia y debido proceso en el sistema interamericano”, *La Ley* del 25.02.2014.

27 Falcón y Tella, M.J. *Derecho y literatura*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

28 La amplia bibliografía sobre el tema, que no resulta necesario reseñar aquí, ha sido convenientemente identificada en el libro de Falcón y Tella, *Derecho y literatura*, pp. 49-58.

29 Nussbaum, *Justicia Poética*, pp. 119-120.

conflictividad esencialmente vital. Intenta por intermedio de la imaginación y la fantasía darle contenido a una ficción. El problema no reside en ver cuánto hay de ficción en una novela sino de comprender la realidad que en ella subyace. Describe el drama humano haciéndose eco de sus emociones. El juez, el abogado y el académico inciden de diversos modos sobre situaciones concretas. El derecho opera sobre una realidad que transforma. La emoción, la comprensión y la empatía debieran conformar la cotidiana experiencia de jueces, académicos y abogados. El problema sobre en qué medida se percibe el drama humano sobre el que se actúa tiene una trascendente significación. El acento puesto por Nussbaum hacia el abandono del escepticismo indica la importancia de comprender el efecto de consustanciarse con las cuestiones a resolver y con las personas a las que ellas afectan.

La tesis de Dworkin<sup>30</sup> sobre el derecho como novela en cadena también alentó el presente ensayo. Al dictar una sentencia los jueces se encuentran en una situación similar a los escritores cuando deben escribir el siguiente capítulo de una novela en la hipótesis imaginada por Dworkin. Tanto el juez como el escritor deben tener en cuenta el sentido de la historia anterior. Se proyectan al futuro siguiendo la huella del pasado. Más allá de la discusión sobre el derecho como integridad, el vínculo que establece Dworkin entre la creación literaria y la aplicación judicial del derecho es también un aporte que motivó la realización de éste ensayo. La noción de práctica interpretativa de los jueces tiene una gran riqueza al colocar un alto estándar de responsabilidad en el momento de la decisión. Entiende Dworkin que *Cada juez debe verse a sí mismo al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a la labor de hoy. “Debe” interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe su propio camino.*

Nussbaum y Dworkin con la ayuda de la literatura orientan la sensibilidad del juez y su responsabilidad al resolver. Sin embargo ninguno de ellos plantea cómo deben los jueces concretar esa decisión. ¿Cómo deben los jueces argumentar en la resolución de los casos? Ambos aluden a la novela en lugar del camino del cuento que tiene no pocas ventajas, más allá de la imagen de Cortázar sobre la esfera y el poliedro.

#### 4. BORGES Y SU FUNES EL MEMORIOSO

Pocos escritores del siglo XX han despertado tanto interés por sus aproximaciones a la filosofía. Como recuerda Savater<sup>31</sup>, la obra de Foucault, *Las palabras y las cosas*, comienza por un reconocimiento: *Este libro nació de un texto de Borges*. Muchos filósofos utilizaron los personajes y paradojas de la ficción borgiana. Borges no era un filósofo pero sus posiciones estéticas penetraban en problemas sustantivos, sugerían interrogantes, dejaban abiertas puertas al pensamiento.

Pauls<sup>32</sup> afirma con razón que Borges tenía el talento de *abreviar y detallar al mismo tiempo*. Sus cuentos son especie de filigranas en la que las palabras van sugiriendo caminos a punto de bifurcarse. Hay contenidos microscópicos que el lector va de a poco descubriendo. *Funes el memorioso* pareciera a primera vista subrayar la importancia de comprender los sucesos como secuencia y de prescindir de los ínfimos detalles. Las limitaciones del protagonista Irineo Funes le impiden captar el devenir de los sucesos, carece de esa capacidad. Cada circunstancia y dato ocupa en él un espacio, es detectado, está presente, tiene singularidad, nada cae en el terreno de la abstracción. Para él no hay elipsis, todo es percibido. No hay categorías sino percepciones.

Pero vayamos a la historia de los encuentros de Borges con Irineo Funes. En una síntesis tan simplista como superficial podría decirse que se trata de varios encuentros de un escritor con una persona que ha sufrido un grave daño al caer de un caballo. Como consecuencia de esos hechos ha adquirido una memoria que le permite retener cada hecho del pasado. Es capaz de recordar cada circunstancia, pero no puede olvidar, carece de la capacidad de pensar. Lo meramente aparente es el rescate de esa capacidad que parte de la posibilidad

30 Dworkin, R. “How law is like literature”, en *A matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, consultada la traducción de Pombo Abondano, J.M., publicada en Rodríguez, C. *La decisión judicial. El debate Hart – Dworkin*, Colombia, 1997, Universidad de los Andes.

31 Savater, F. *Borges: la ironía metafísica*, Barcelona, 2002, Ariel, p. 70.

32 Pauls, A. *El factor Borges*, Barcelona, 2004, Anagrama.



de establecer diferencias, de prescindir de lo superfluo y concentrarse en lo importante. Lo llamativo es que el cuento es una suma magistralmente lograda de hechos aparentemente destinados a acercarnos a una conclusión única. La contradicción entre dejar de lado datos y luego rescatarlos. Para Irineo Funes: *Pensar es olvidar diferencias, es generalizar, abstraer. En el abarrotado mundo de Funes no había sino detalles, casi inmediatos.*

En el primer párrafo la palabra *recuerdo* marca un derrotero en el que la medida de la memoria es una de las claves de la historia:

*Lo recuerdo (yo no tengo derecho a pronunciar ese verbo sagrado, sólo un hombre en la tierra tuvo derecho y ese hombre ha muerto) con una oscura pasionaria en la mano, viéndola como nadie la ha visto, aunque la mirara desde el crepúsculo del día hasta el de la noche, toda una vida entera. Lo recuerdo, la cara taciturna y aindiada y singularmente remota, detrás del cigarrillo. Recuerdo (creo) sus manos afiladas de trenzador. Recuerdo cerca de esas manos un mate, con las armas de la Banda Oriental; recuerdo en la ventana de la casa una estera amarilla, con un vago paisaje lacustre. Recuerdo claramente su voz; la voz pausada, resentida y nasal del orillero antiguo, sin los silbidos italianos de ahora. Más de tres veces no lo vi; la última, en 1887... Me parece muy feliz el proyecto de que todos aquellos que lo trataron escriban sobre él; mi testimonio será acaso el más breve y sin duda el más pobre, pero no el menos imparcial del volumen que editarán ustedes. Mi deplorable condición de argentino me impedirá incurrir en el ditirambo —género obligatorio en el Uruguay, cuando el tema es un uruguayo. Literato, cajetilla, porteño: Funes no dijo esas injuriosas palabras, pero de un modo suficiente me consta que yo representaba para él esas desventuras. Pedro Leandro Ipuche ha escrito que Funes era un precursor de los superhombres; “Un Zarathustra cimarrón y vernáculo”; no lo discuto, pero no hay que olvidar que era también un compadrito de Fray Bentos, con ciertas incurables limitaciones.*

Seis veces acude a la palabra *recuerdo* para señalar, al final, que no hay que olvidar. El escritor se describe según la mirada de Irineo y al mismo tiempo nos da una primera imagen de a quien termina por calificar como un compadrito de Fray Bentos.

Al releer el cuento se descubre que el primer párrafo es una anticipación completa de todo lo que sucederá luego.

El tiempo de los encuentros con Irineo Funes sucedió entre el siete de febrero de 1884 y el quince de febrero de 1887. Irineo Funes muere en 1889, diez años antes del nacimiento de Borges.

*Mi primer recuerdo de Funes es muy perspicuo. Lo veo en un atardecer de marzo o febrero del año ochenta y cuatro. Mi padre, ese año, me había llevado a veranear a Fray Bentos. Yo volvía con mi primo Bernardo Haedo de la estancia de San Francisco. Volvíamos cantando, a caballo, y ésa no era la única circunstancia de mi felicidad. Después de un día bochornoso, una enorme tormenta color pizarra había escondido el cielo. La alentaba el viento del Sur, ya se enloquecían los árboles; yo tenía el temor (la esperanza) de que nos sorprendiera en un descampado el agua elemental. Corrimos una especie de carrera con la tormenta. Entramos en un callejón que se ahondaba entre dos veredas altísimas de ladrillo. Había oscurecido de golpe; oí rápidos y casi secretos pasos en lo alto; alcé los ojos y vi un muchacho que corría por la estrecha y rota vereda como por una estrecha y rota pared. Recuerdo la bombacha, las alpargatas, recuerdo el cigarrillo en el duro rostro, contra el nubarrón ya sin límites. Bernardo le gritó imprevisiblemente: ¿Qué horas son, Irene? Sin consultar el cielo, sin detenerse, el otro respondió: Faltan cuatro minutos para las ocho, joven Bernardo Juan Francisco. La voz era aguda, burlona.*

El atardecer descripto por el escritor seduce por el talento con el que nos hace vivir el delicado paso de un atardecer oculto bajo una *tormenta color pizarra que había escondido el cielo*. La pregunta calificada de imprevisible le permite introducir la perfección de la memoria. Ante la plena conciencia del paso del tiempo a Irineo Funes nada le impide dar las horas y minutos con total precisión. Apoda después a Irineo Funes como el “cronométrico”.

Sobreviene la descripción del accidente por el cual Irineo Funes, al caer un caballo, pierde absolutamente la movilidad y adquiere la capacidad de identificar cada ínfima circunstancia. El escritor vuelve a Fray Bentos y a pedido de Irineo Funes le presta dos libros en latín y un diccionario. Ante la noticia de la enfermedad de su padre, el escritor, antes de partir, va a visitar a Irineo Funes para recuperar sus libros.

Borges describe su incapacidad para reproducir el pasado. Dice que renuncia a la reproducción de las palabras de Irineo Funes en aquel diálogo cuyas notas deja libradas a la imaginación del lector.

*Arribo, ahora, al más difícil punto de mi relato. Este (bueno es que ya lo sepa el lector) no tiene otro argumento que ese diálogo de hace ya medio siglo. No trataré de reproducir sus palabras, irrecuperables ahora. Prefiero resumir con veracidad las muchas cosas que me dijo Irene. El estilo indirecto es remoto y débil; yo sé que sacrifico la eficacia de mi relato; que mis lectores se imaginen los entrecortados períodos que me abrumaron esa noche.*

Como concluye Sarlo<sup>33</sup>, para Borges el olvido es básicamente una condición de la memoria y del razonamiento porque, si hay olvido de las particularidades, también es posible la abstracción. El intento de realismo absoluto planteado en boca de Irene Funes ignora los procesos de reconstrucción de la realidad.

La precisión del recuerdo en Irene Funes era tan inservible que *Dos o tres veces había reconstruido un día entero; no había dudado nunca, pero cada reconstrucción había requerido un día entero.*

El interrogante sobre la representación del pasado constituye un dilema siempre presente en los procesos judiciales. Buscamos en ellos una verdad apropiada al debate judicial con la certeza de la imposibilidad de reconstruir la identidad de lo sucedido. El planteo de Borges alienta el análisis sobre cuánta incertidumbre sobre los hechos debemos tolerar al decidir jurídicamente un conflicto.

## 5. LAS SUGERENCIAS LATENTES EN EL RELATO

El imprescindible balance entre detalle y abstracción constituye el nudo central que el juez debe desatar al definir las fronteras de la exposición de su decisión. Al sustentarla en hechos, análisis y argumentos se encuentra compelido por el deber de motivar pero ante el límite de hacerlo en una dimensión discursiva razonable. Hay una tensión entre particularidad y generalidad que debe resolver de un modo adecuado. Borges pareciera ofrecernos una conclusión pero para sustentarla no escatima en microscópicos aportes que no rompen la lógica del relato. La concentración de la prosa se presenta como un recurso efectivo para puntualizar lo relevante.

La lectura del cuento muestra la pasión por el arte de la escritura. Las innumerables referencias internas y el juego que plantean exhiben la importancia que tenían para Borges sus lectores. Revela el compromiso que Nussbaum encontraba en *Tiempos difíciles*. La empatía con las partes revela la medida en que el juez se encuentra consustanciado con los problemas que debe decidir sin escepticismos. La sentencia no es una entelequia encerrada en la imaginación del Magistrado, muy por el contrario, tiene por finalidad resolver en forma justa los conflictos que se plantean en sus estrados con base a los hechos controvertidos y las pruebas aportadas por las partes.

La claridad en el desarrollo y la identificación del mensaje tiene un gran valor jurídico. Las decisiones judiciales impactan sobre las partes. Definen la situación jurídica debatida. Paralelamente forman parte de la novela encadenada que invocaba Dworkin. De allí que la eficaz argumentación tiene indudables bondades que trascienden el primer anillo del conflicto. Son parte de un debate social que reclama toda la precisión posible en la forma de exponer equilibradamente las razones fácticas y jurídicas que hacen que un proceso sea decidido de un determinado modo. Me refiero al *corazón* de la decisión. Aquel que justifica el argumento central que define la posición del juez sobre el caso y que puede orientar decisiones futuras.

33 Sarlo, B., *Borges, un escritor en las orillas*, Buenos Aires, 1985, Ariel, pp. 26-28.

# L'INCIDENZA DELLE PRONUNCE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA SULLA PORTATA DELLE PRONUNCE ITALIANE IN PUNTO DI GIURISDIZIONE. I CASI INTEREDIL E GOTHAER

**Elena D'Alessandro**

*Prof. ass.  
nell'Università di Torino  
elena.dalessandro@unito.it*

Sommario: 1. Introduzione e determinazione dell'oggetto di indagine. – 2. La valenza delle pronunce sulla giurisdizione secondo il sistema processuale italiano. – 3. La sentenza *Interedil* e la sua incidenza sulla portata delle pronunce sulla giurisdizione emesse, dalla Cassazione, all'esito di un regolamento preventivo di giurisdizione. – 4. La sentenza *Gothaer* e l'efficacia meramente endoprocessuale delle pronunce declinatorie della giurisdizione emesse dai giudici di merito.

1. – Come noto <sup>(1)</sup>, il primato del diritto eurounitario fa sì che il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri sia temperato dai principi di effettività (ad oggi espressamente sancito dall'art. 19 del Trattato UE nonché dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione) ed equivalenza, ambedue elaborati a livello europeo per garantire che le situazioni giuridiche soggettive di matrice europea ottengano adeguata protezione giurisdizionale all'interno degli Stati membri.

Lo strumento mediante il quale il diritto processuale (per quel che qui interessa: il diritto processuale civile nazionale) è reso conforme a tali canoni è il rinvio pregiudiziale interpretativo *ex art.* 267 Trattato FUE.

Nell'ultimo decennio gli interventi della Corte del Lussemburgo che hanno determinato una compressione dell'autonomia processuale degli Stati membri hanno avuto un incremento, tant'è che la dottrina si è chiesta, sempre con maggiore insistenza, se il principio dell'autonomia processuale non sia ormai una vuota etichetta, un paradiso perduto.

La finalità che con questo scritto ci proponiamo è quella di provare a dare una risposta a a tale quesito in riferimento ad un particolare settore del diritto processuale civile: quello della giurisdizione.

Cercheremo di verificare in che modo il dialogo tra giudice nazionale e Corte di giustizia, attuato tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale interpretativo di cui all'art. 267 Trattato FUE, abbia inciso sull'autonomia processuale degli Stati membri in punto di giurisdizione e, in particolare: vuoi sul modo con cui, all'interno del nostro ordinamento, sono disciplinati gli effetti delle pronunce italiane in tema di giurisdizione, vuoi sulla funzione del regolamento preventivo di giurisdizione.

Per le nostre finalità saranno prese ad esame:

- 1) le pronunce declinatorie della giurisdizione italiana emesse da giudici di merito o dalla Cassazione;
- 2) le pronunce affermative della giurisdizione italiana rese dalla Corte di cassazione in sede di regolamento di giurisdizione.

---

<sup>1</sup> In luogo di molti v. N. Trocker, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, spec. p. 121 ss. e A. M. Romito, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, spec. p. 62 ss.; G. Greco, *A proposito dell'autonomia procedurale degli stati membri*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 1 ss.; D. U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009, spec. p. 15 ss.; Ead., *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza «Melki»*, in *Dir. Unione Europea*, 2011, p. 223 ss.; M. Giavazzi, *L'effetto preclusivo del giudicato: la corte di giustizia chiarisce il proprio pensiero – L'autonomia procedurale non è dunque un paradiso perduto*, *ivi*, 2015, p. 237 ss.

Viceversa, non saranno prese ad esame le sentenze che abbiano deciso il merito della causa e che con ciò – secondo l'orientamento di legittimità inaugurato nel 2008, che ha ridisegnato la portata dell'art. 37 c.p.c. (2), poi recepito nel testo dell'art. 9 del codice del processo amministrativo – abbiano implicitamente pronunciato sulla giurisdizione, reputandola sussistente.

2. – Tre sono i dati normativi solitamente presi in considerazione per delineare la portata delle pronunce sulla giurisdizione all'interno del nostro ordinamento. Si tratta, segnatamente:

- dell'art. 382 c.p.c., a mente del quale la Corte di cassazione, quando decide una questione di giurisdizione, statuisce su questa, determinando quando occorre, il giudice competente;
- dell'art. 59 della legge n. 69 del 2009 che si occupa della *translatio iudicij* tra giudice ordinario e giudici speciali (3), affermando che le sole pronunce sulla giurisdizione rese dalla Corte di cassazione (a sezioni unite) sono vincolanti per ogni giudice e per le parti anche in altro processo;
- e, infine, dell'art. 362, n. 1, c.p.c., il quale presuppone la sussistenza di conflitti positivi o negativi tra giudici ordinari e giudici speciali.

In forza di tali disposizioni, la giurisprudenza (4) e la dottrina maggioritaria (5) ritengono che le pronunce declinatorie della giurisdizione emesse da giudici di merito abbiano una valenza meramente endoprocessuale, limitata al giudizio in cui sono state pronunciate.

Per contro, le pronunce sulla giurisdizione emesse dalla Cassazione (sia che affermino, sia che declinino la giurisdizione del giudice ordinario) hanno valenza extraprocessuale, essendo idonee a produrre efficacia panprocessuale ma non di giudicato sostanziale. Infatti, secondo un noto insegnamento chiovendiano, solo le sentenze attributive di un bene della vita passano in giudicato sostanziale. L'efficacia panprocessuale, oltre che per il suo oggetto, eminentemente di rito, si distingue dal giudicato sostanziale per la sua inidoneità a resistere allo *ius superveniens* retroattivo.

La valenza extraprocessuale delle pronunce sulla giurisdizione della Corte di cassazione si giustifica trattandosi di organo istituzionalmente regolatore della giurisdizione. Siffatta funzione è valorizzata, in particolare, nel contesto dell'istituto del regolamento preventivo di giurisdizione, la cui finalità è consentire l'ottenimento di una statuizione sulla giurisdizione *in limine litis*.

Il modo con cui il diritto processuale italiano configura la valenza delle pronunce sulla giurisdizione non è la risultante una opzione ontologica, bensì è frutto di una scelta discrezionale: altri legislatori europei, quali, ad esempio la Francia e la Germania (6), hanno effettuato una scelta diversa, ossia quella di

2 V. Cass., sez. un., 17 luglio 2008, n. 19600, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1032 con nota di S. A. Villata, *Efficacia «panprocessuale» della pronuncia implicita sulla giurisdizione contenuta in sentenza di merito passata in giudicato?*, cui hanno fatto immediatamente eco Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Tributi in genere*, n. 1478; Cass., sez. un., 30 ottobre 2008, n. 26019, in *Foro it.*, 2009, I, 806, con nota di R. Poli, *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.* L'orientamento giurisprudenziale *de quo* è ormai divenuto prevalente. Tra le tante, cfr. Cass., sez. un., 22 aprile 2013, n. 9693, *ivi*, Rep. 2013, voce *Cosa giudicata civile*, n. 13; Cass., sez. un., 9 maggio 2016, n. 9280, *ivi*, Rep. 2006, voce *Giurisdizione civile*, n. 114; Cass. 4 agosto 2017, n. 19498, *ivi*, Rep. 2017, voce *Cosa giudicata civile*, n. 9.

In dottrina, sulla tematica del giudicato implicito in tema di giurisdizione cfr. V. Carbone, *Il giudicato implicito sulla giurisdizione evita l'abuso del processo*, in *Corriere giur.*, 2012, p. 407 ss.; C. Delle Donne, *L'art. 37 c.p.c. tra giudicato implicito ed «evoluzione in senso dispositivo della giurisdizione»: a margine di recenti applicazioni della ragionevole durata del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 735 ss.; A. Carratta, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1464 ss.; C. Consolo, *Travagli «costituzionalmente orientati» delle sezioni unite sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1141 ss.

3 Su cui v. in dottrina, senza pretesa di esaustività, E. Manzo, *Translatio iudicij ed effetto vincolante della declinatoria di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1306 ss.; C. Consolo, *Translations giurisprudenziali sulla «riassunzione» (?) intergiurisdizionale ex art. 59, in Giusto processo civ.*, 2011, p. 791 ss.

4 *Ex multis*: Cass., sez. II, 14 gennaio 2005, n. 703, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 667; Cass. civ., sez. II, 27 giugno 2005, n. 13768, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Giurisdizione civile*, n. 260; Cass., sez. un., 22 novembre 1999, n. 814, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Cosa giudicata civile*, n. 5; Cass., sez. un., 23 giugno 1995, n. 7088, *ivi*, Rep. 1995, voce cit., n. 3; Cass., sez. un., 4 novembre 1994, n. 9124, *ivi*, Rep. 1994, voce cit., n. 4; Cass., sez. un., 27 gennaio 1993, n. 1007, *ivi*, Rep. 1993, voce cit., n. 6.

5 In luogo di molti si confrontino: G. Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, 1993, Ristampa, p. 231 ss., spec. 269 ss.; V. Andrioli, *Diritto processuale*, I, Napoli, 1979, p. 993 ss.; L. Montesano, *Sull'efficacia panprocessuale delle sentenze civili di Cassazione*, in *Temi*, 1971, p. 740 ss.; S. Menchini, *Il giudicato civile*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile diretta da Andrea Proto Pisani*, Torino, 1988, p. 277 ss.; Id., voce *Regiudicata civile*, in *Digesto civ.*, Torino, 1997, XVI, p. 404 ss., spec. p. 419; E. Redenti, *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano, 1962, p. 291 ss. nonché, con esclusivo riferimento al provvedimento conclusivo del regolamento di giurisdizione, G. Trisorio Liuzzi, *Regolamento di giurisdizione*, in *Digesto civ.*, Torino, 1997, vol. XVI, p. 507 ss. Sussiste, però, un altro orientamento, ad oggi minoritario, che, nonostante il tenore delle tre disposizioni richiamate nel testo, è propenso a ritenere che tutte le pronunce sulla giurisdizione, anche quelle emesse dai giudici di merito dovrebbero avere valenza extraprocessuale. C. Ferri, *In tema di giudicato sulla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 350; Id., *Note in tema di pronunce sulla giurisdizione*, Pavia, 1968, p. 99 ss. *cui adde* R. Marengo, *Oggetto ed effetti delle pronunce sulla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 335 ss.

6 In Germania ed in Francia – a differenza di quanto si verifica in Italia – le decisioni sulla giurisdizione passate in giudicato formale hanno una gene-

attribuire anche alle pronunce di rito emesse dai giudici di merito valenza extraprocessuale, *recte*: valenza di giudicato sostanziale.

Ebbene, siffatto assetto, nonostante la asserita vigenza del principio dell'autonomia processuale degli Stati membri, è stato – per certi aspetti – messo in crisi da due pronunce interpretative della Corte di giustizia rese nei casi *Interedil* e *Gothaer*.

3. – Con la sentenza *Interedil* del 20 ottobre 2011 (7), originata da un rinvio pregiudiziale posto in essere dal tribunale di Bari, la Corte di giustizia ha “vulnerato” la valenza vincolante (endoprocessuale e panprocessuale) delle pronunce della Corte di cassazione sulla giurisdizione in nome della *primauté* del diritto eurounitario, conseguentemente depotenziando la finalità dell'istituto del regolamento preventivo di giurisdizione nonché la funzione della Corte di cassazione quale organo regolatore della giurisdizione, limitatamente ai casi in cui la giurisdizione italiana si fondi o sia stata negata sulla base di una normativa eurounitaria.

I giudici del Lussemburgo hanno infatti affermato che il diritto dell'Unione osta a che un'autorità giurisdizionale nazionale sia vincolata da una norma di procedura nazionale (segnatamente: l'art. 382 c.p.c.) ai sensi della quale egli deve attenersi alle valutazioni svolte da un giudice nazionale di grado superiore, qualora risulti che le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non sono conformi al diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte. In altri termini: per la Corte di giustizia la portata applicativa del disposto di cui all'art. 267 trattato FUE – che deve essere la medesima in tutti gli Stati membri e, perciò, non deve soffrire restrizioni per effetto dell'operare del diritto processuale del foro – deve essere garantita anche a costo di arrecare un *vulnus* all'operatività della disposizione processuale di cui all'art. 382 c.p.c. (8).

Nel caso che ha originato la pronuncia interpretativa della Corte di giustizia, all'esito di un regolamento preventivo di giurisdizione, la Corte di cassazione aveva affermato la sussistenza della giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 3 dell'allora vigente reg. C.E. 29 maggio 2000, n. 1346 in materia di insolvenza transfrontaliera per la decisione di una richiesta di fallimento avanzata contro la società *Interedil* che, prima della proposizione della domanda giudiziale da parte dei creditori, aveva però trasferito la propria sede legale fuori Italia.

Dopo la conclusione del regolamento di giurisdizione era intervenuta una sentenza interpretativa della Corte di giustizia (sentenza *Eurofood* (9)) che, nell'attribuire valore, ai fini della determinazione dello Stato membro munito di giurisdizione, alla ubicazione della sede legale della impresa al momento dell'apertura della procedura di insolvenza, aveva dato una diversa interpretazione della disposizione del reg. C. E. 29 maggio 2000, n. 1346 su cui era stata radicata la giurisdizione italiana. Nel dispositivo della sentenza *Eurofood* si legge infatti che «quando un debitore è una società controllata la cui sede statutaria è situata in uno stato membro

rale valenza extraprocessuale, anche se emanate da giudici di merito.

Per approfondimenti sulla situazione tedesca, cfr., in luogo di molti, L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17 Auflage, München, 2010, p. 873 ss.

In Francia, v. l'art. 480 del locale codice di procedura civile secondo cui «Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche».

Ulteriori indicazioni circa la vocazione extraprocessuale delle pronunce francesi e tedesche sulla giurisdizione sono rinvenibili, in lingua italiana, in C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande. I. Struttura e funzione*, Padova, 1985, p. 177, nota 108 e M. Fornaciari, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, Torino, 1996, p. 45, nota 91.

7 C. Giust. UE, sentenza 20 ottobre 2011, causa C-396/09, *Interedil*, s.r.l. *Foro it.*, 2011, IV, c. 537 con nota di E. D'Alessandro, *L'ordinanza conclusiva del regolamento di giurisdizione capitola dinanzi alla «primauté» del diritto dell'Unione europea ed altresì commentata da E. M. Barbieri, Considerazioni sull'autorità del giudicato nazionale nel diritto comunitario dopo il caso Interedil*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 354 ss.; L. Panzani, *La nozione di COMI nella disciplina comunitaria dell'insolvenza transfrontaliera: i casi Interedil e Rastelli*, in *Int'l Lis*, 2012, p. 32 ss.; A. Leandro, *Trasferimento di sede e determinazione del COMI*, in *Rivista di diritto societario*, 2012, p. 77 ss.

Il principio affermato nella sentenza *Interedil* è stato ribadito da C. Giust. UE, 24 maggio 2016, causa C-353/15, *Leonmobili* s.r.l., a seguito di un rinvio pregiudiziale posto in essere, ancora una volta, dal Tribunale di Bari.

8 Del resto, già prima della sentenza *Interedil*, C. Giust. UE, sentenza 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2011, p. 540 aveva affermato che il diritto dell'Unione osta a che un organo giurisdizionale nazionale, cui spetti di decidere a seguito di un rinvio da parte di un organo giurisdizionale superiore adito in sede d'impugnazione, sia vincolato, ai sensi del diritto processuale nazionale, da valutazioni formulate in diritto dall'istanza superiore qualora esso ritenga, alla luce dell'interpretazione dal medesimo giudice richiesta alla Corte di giustizia, che dette valutazioni non siano conformi al diritto dell'Unione. Conforme C. Giust. UE, 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Krizan*, in *Int'l Lis*, 2013, p. 24 con nota di G. Raiti, *Dopo Elchinov ed Interedil, Krizan: ribadita l'incompatibilità con il diritto dell'Unione del vincolo processuale interno all'enunciato in iure della corte superiore*, secondo l'articolo 267 del Trattato FUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale di ultima istanza ha l'obbligo di sottoporre d'ufficio alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale anche quando esso statuisca su rinvio a seguito dell'annullamento della sua prima decisione ad opera del giudice costituzionale dello Stato membro interessato e una norma nazionale gli imponga di risolvere la controversia conformandosi alla valutazione in diritto espressa da quest'ultimo giudice.

9 C. Giust. UE, sentenza 2 maggio 2006, causa C- 341/04, in *Int'l Lis*, 2006, p. 123 con nota di L. Baccaglini, *Il caso «Eurofood»: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*.

diverso da quello in cui ha sede la sua società madre, la presunzione contenuta nell'art. 3 n. 1, seconda fase, del reg. C. E. consiglio 29 maggio 2000 n. 1346, relativo alle procedure di insolvenza, secondo la quale il centro degli interessi principali di detta controllata è collocato nello stato membro in cui si trova la sua sede statutaria, può essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi consentono di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione in detta sede statutaria; ciò potrebbe, in particolare, valere per una società che non svolgesse alcuna attività sul territorio dello stato membro in cui è collocata la sua sede sociale; per contro, quando una società svolge la propria attività sul territorio dello stato membro in cui ha sede, il fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro stato membro non è sufficiente per superare la presunzione stabilita dal regolamento».

La sopravvenienza della pronuncia pregiudiziale interpretativa aveva indotto il tribunale di Bari (dinanzi al quale la procedura di fallimento aveva continuato il suo corso, stante l'affermata sussistenza della giurisdizione italiana) a dubitare della correttezza della soluzione assunta dalla Corte di cassazione in sede di regolamento di giurisdizione.

Il tribunale di Bari avrebbe potuto assimilare la pronuncia interpretativa della Corte di giustizia ad uno *ius superveniens* retroattivo<sup>(10)</sup> e, conseguentemente, ritenerla prevalente sulla statuizione sulla giurisdizione della Cassazione (che, avendo efficacia panprocessuale, non resiste *allo ius superveniens* retroattivo) ma evidentemente ha scelto di percorrere un'altra strada e, proprio per questo, considerando l'art. 382 c.p.c. di ostacolo alla operatività dell'art. 267 Trattato FUE, ha rimesso la questione alla Corte di giustizia che, in effetti, in nome della primazia del diritto eurounitario, lo ha dichiarato cedente e, dunque, disapplicabile a favore dell'art. 267 Trattato FUE<sup>(11)</sup>.

L'esito era prevedibile dopo che, già nel lontano 1974, con la sentenza *Rheinmühlen* la Corte di giustizia affermò che il giudice nazionale non di ultima istanza può disapplicare le norme processuali nazionali che gli impediscono di effettuare un rinvio pregiudiziale interpretativo in quanto lo vincolano alla decisione di una questione di diritto effettuata, nel medesimo processo, da un'autorità giurisdizionale di grado superiore. Evidentemente, i giudici del Lussemburgo mostrano di assimilare la valenza delle pronunce di mero rito in punto di giurisdizione al principio di diritto della Corte di cassazione<sup>(12)</sup> e non già alla disciplina del giudicato sostanziale.

In tal modo, in nome della *primauté* del diritto eurounitario e della necessità di addivenire ad una uniforme operatività dell'art. 267 Trattato FUE, la Corte di giustizia ha inciso sull'autonomia del diritto processuale civile italiano, indirettamente "mettendo in crisi" il ruolo del regolamento preventivo di giurisdizione quale istituto finalizzato ad ottenere *in limine litis* una statuizione sulla giurisdizione e vulnerando, al contempo, il ruolo della Corte di cassazione quale organo istituzionale regolatore della giurisdizione italiana, quante volte quest'ultima sia correlata ad una norma eurounitaria (chè in questi casi spetta alla Corte del Lussemburgo la uniforme interpretazione di tali previsioni).

Si consideri, infatti, che la portata della pronuncia *Interedil* appare ben più incisiva di quanto possa sembrare a prima lettura: il principio sancito nel suo dispositivo sembra invero applicabile ogni volta che la Corte di cassazione, in sede di regolamento preventivo di giurisdizione, affermi o neghi la sussistenza della giurisdizione italiana riferendosi ad una normativa europea (e non necessariamente al solo reg. C.E. 29 maggio 2000, n. 1346), l'ordinanza conclusiva del giudizio sarà suscettibile di essere rimessa in discussione in forza

10 Come hanno ritenuto di fare Cass., sez. lav., 12 settembre 2014, n. 19301, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3992 e Cass. civ., sez. trib., 2 luglio 2014, n. 15032, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Cassazione civile*, n. 146. La qualificazione delle pronunce della Corte di giustizia in termini di *ius superveniens* retroattivo stride, però, con la qualificazione, che la medesima giurisprudenza di legittimità utilizza, delle pronunce pregiudiziali interpretative come sentenze di mero accertamento che chiariscono retroattivamente il significato che una determinata normativa europea ha avuto dal giorno della sua emanazione. Per ulteriori indicazioni sia consentito rinviare a E. D'Alessandro, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012, p. 257, nota 94.

11 Segnatamente, il punto 1 del dispositivo della sentenza *Interedil* afferma che: «Il diritto dell'Unione osta a che un giudice nazionale sia vincolato da una norma di procedura nazionale ai sensi della quale egli deve attenersi alle valutazioni svolte da un giudice nazionale di grado superiore, qualora risulti che le valutazioni svolte dal giudice di grado superiore non sono conformi al diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte».

12 Cit *supra* nota n. 8.

dell'art. 267 Trattato FUE<sup>(13)</sup>.

La portata della sentenza *Interedil* appare altresì invocabile in presenza di altre fattispecie, anch'esse non direttamente poste all'attenzione della Corte di giustizia nella vicenda che ha occasionato la pronuncia *de qua*. Sembra ad esempio che:

A) quando il giudice della causa di merito non concordi con il tenore dell'ordinanza conclusiva del regolamento di giurisdizione (emessa senza preventivo rinvio pregiudiziale a Lussemburgo) reputandola non conforme al tenore del regolamento eurounitario su cui, a seconda dei casi, dovrebbe fondarsi o essere negata la giurisdizione italiana, in nome della *primauté* del diritto eurounitario e della necessità di una sua corretta ed uniforme interpretazione all'interno dello spazio giudiziario comune, potrà (ma non dovrà, in quanto non giudice di ultima istanza) disapplicare il disposto di cui all'art. 382 c.p.c. (*i.e.* potrà ritenersi non vincolato dalla statuizione della Cassazione conclusiva del regolamento di giurisdizione), rimanendo libero di effettuare un rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 Trattato FUE, per avere delucidazioni, con obbligo di attenersi al contenuto della sentenza pregiudiziale interpretativa, anche se di tenore contrario all'ordinanza emessa dalla Corte di cassazione<sup>(14)</sup>;

B) quando la pronuncia della Corte di giustizia, originata da rinvio pregiudiziale *ex art. 267 Trattato FUE* posto in essere in un differente giudizio e rilevante per l'interpretazione della norma eurounitaria su cui, a detta dell'attore, si fonderebbe la giurisdizione italiana sia antecedente alla pubblicazione dell'ordinanza conclusiva del regolamento di giurisdizione, e vada di diverso avviso rispetto al tenore dell'ordinanza *de qua*, in base al principio desumibile dal dispositivo della sentenza *Interedil*, il giudice di merito potrà "non tenere conto" della statuizione della Corte di cassazione (disapplicando l'art. 382 c.p.c.) ed interpretare la norma di matrice eurounitaria, su cui si fonda (o deve essere negata) la giurisdizione italiana, nel senso indicato dalla pronuncia della Corte di giustizia.

Del resto, a voler ritenere non percorribile l'*iter* appena illustrato (*i.e.* non direttamente applicabile il precedente interpretativo della Corte di giustizia), sulla base di quanto affermato in *Interedil* si dovrà almeno ammettere la possibilità, per il giudice italiano di merito, di effettuare un nuovo rinvio pregiudiziale *ex art. 267 Trattato FUE*; rinvio che, probabilmente, sarebbe definito con ordinanza, stante la sussistenza di un precedente sulla medesima *quaestio juris*. Con buona pace delle ragioni di economia processuale;

C) tutte le volte in cui, all'esito di un regolamento preventivo di giurisdizione, la giurisdizione italiana sia stata riconosciuta dalla Corte di cassazione in virtù di una norma eurounitaria autonomamente interpretata dal giudice nazionale di vertice, qualora, durante la prosecuzione del giudizio di merito, sopravvenga una pronuncia interpretativa della Corte di giustizia (avente tenore difforme e) concernente quella stessa norma su cui si fonda la giurisdizione italiana, sarà possibile, per il giudice di merito, fare riferimento all'interpretazione datane dalla Corte di Lussemburgo, a discapito della statuizione della Corte di cassazione conclusiva del regolamento preventivo di giurisdizione.

La fattispecie *sub C* ne fa presagire una ulteriore, oltremodo problematica:

D) si immagini, infatti, che la sussistenza della giurisdizione italiana in base ad una norma eurounitaria sia stata affermata dalla Corte di cassazione in sede di regolamento preventivo di giurisdizione e che, per l'effetto, il giudice di merito abbia chiuso il giudizio (per l'appunto) nel merito, con una decisione passata in giudicato. Si immagini ancora che quella statuizione di merito (resa sul presupposto della sussistenza della giurisdizione italiana) sia invocata in un diverso processo, tra le stesse parti, avente ad oggetto un diritto dipendente da quello, pregiudiziale, accertato dal primo giudicato (*relazione di pregiudizialità tecnica-dipendenza*). In alternativa si può immaginare che nel secondo giudizio tra le stesse parti sia invocato un effetto giuridico derivante dal medesimo contratto (*relazione di pregiudizialità in senso logico*) accertato come esistente – quale

13 Infatti, la vicenda *Interedil* è stata conclusa dal Tribunale di Bari con sentenza 8 luglio 2013, inedita, declinatoria della giurisdizione italiana. La pronuncia è stata fatta oggetto di ricorso per cassazione ma il ricorso è stato rigettato da Cass. 15 giugno 2015, n. 12317 poiché "il Tribunale di Bari, una volta che aveva investito la Corte di Giustizia sulla questione pregiudiziale e questa aveva ritenuto di pronunciarsi su di essa non poteva non attenersi ai principi stabiliti da quella Corte".

14 «il giudice nazionale che abbia esercitato la facoltà conferitagli dall'articolo 267 TFUE è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalle valutazioni dell'organo giurisdizionale di grado superiore qualora ritenga, alla luce di detta interpretazione, che queste ultime non siano conformi al diritto dell'Unione»: C Giust. UE, sentenza 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, cit., punto 30 della motivazione; C. Giust. UE, 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Krizan*, cit., punto 69 della motivazione.

antecedente logico necessario – dal primo giudicato, reso sul presupposto della sussistenza della giurisdizione italiana in base ad una norma eurounitaria.

Potrà la parte interessata contestare l'efficacia positiva spiegata dal primo giudicato nel processo pendente – avente ad oggetto un diritto dipendente ovvero un ulteriore effetto giuridico nascente dal contratto di cui sia stata già accertata con giudicato la validità ed efficacia – invocando gli effetti della sentenza *Interedil* – *i.e.* affermando che il primo giudicato non è utilizzabile nel secondo processo, in quanto la statuizione sulla giurisdizione della Cassazione, su cui il giudicato di merito si basa, deriva da una erronea interpretazione della normativa eurounitaria:

- i) come accertato da una sopraggiunta sentenza pregiudiziale interpretativa della Corte di giustizia, o
- ii) come da acclarare tramite rinvio pregiudiziale da predisporre, a cura del giudice adito, ai sensi dell'art. 267 Trattato FUE? <sup>(15)</sup>.

Se, prendendo spunto da qualche precedente giurisprudenziale <sup>(16)</sup>, si sceglie di equiparare le sentenze interpretative della Corte di giustizia allo *jus superveniens* retroattivo, al quesito dovrà essere data risposta positiva, quanto meno nel caso *sub i*).

Questo, in tale ipotesi, il ragionamento: la pronuncia del giudice di Lussemburgo, in quanto *ius superveniens* retroattivo, caduca la statuizione della cassazione sulla giurisdizione, che ad esso non resiste. Ciò comporta, *ex art.* 336, 2° comma, c.p.c. <sup>(17)</sup>, *i.e.* per effetto della efficacia espansiva esterna, anche la caducazione della statuizione sul diritto pregiudiziale.

Il tutto con buona pace (non soltanto della valenza delle statuizioni sulla giurisdizione a cui il nostro ordinamento attribuisce valenza panprocessuale, ma anche) del principio della certezza del giudicato che, in tal modo, si vede esposto ad un imprevedibile pericolo di caducazione *ex post*.

Se, invece, come a chi scrive appare preferibile, si ritiene che le sentenze interpretative della Corte di giustizia non siano equiparabili ad uno *ius superveniens* retroattivo (in quanto dichiarano quale è il significato che una determinata norma eurounitaria ha fin dal momento della sua entrata in vigore, formalmente senza alcuna innovazione dal punto di vista normativo) e non siano, perciò, in grado di travolgere l'efficacia panprocessuale della statuizione sulla giurisdizione della Corte di cassazione, vi è forse un "pertugio" che consente la protezione del giudicato nazionale di merito e del suo valore di certezza. Il "pertugio" passa per la valorizzazione di quelle pronunce della Corte di giustizia che, in diversi settori della cooperazione giudiziaria civile, esclusa la materia particolare degli aiuti di Stato, hanno a più riprese sostenuto che il diritto dell'Unione europea, mentre impone di far capitolare il principio di diritto o la pronuncia sulla giurisdizione, non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione per porre rimedio ad una violazione del diritto eurounitario <sup>(18)</sup>. Siffatta valorizzazione consente di ritenere

15 Analoga questione potrà porsi quando il giudicato sul diritto pregiudiziale o sull'antecedente logico necessario contenga un giudicato implicito sulla giurisdizione.

16 *Supra*, nota n. 10. *Si vis* v. le nostre osservazioni critiche contenute nel contributo monografico ivi citato.

17 Lo stesso dicasi con riferimento alle ipotesi in cui il giudicato sul diritto pregiudiziale o sull'antecedente logico necessario contenga un giudicato implicito sulla giurisdizione, in base all'orientamento giurisprudenziale secondo cui le sentenze dei giudici ordinari di merito, passate in giudicato, che abbiano statuito su profili sostanziali della controversia e, perciò, sia pure implicitamente, sulla giurisdizione, sono suscettibili di acquistare efficacia panprocessuale in punto di giurisdizione, determinandone l'incontestabilità nei successivi giudizi tra le stesse parti, che abbiano ad oggetto questioni identiche rispetto a quelle già esaminate e «coperte»: così, *ex multis*, Cass., sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26620, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Cosa giudicata civile*, n. 11; Cass., sez. un., 19 luglio 2006, n. 16462, *ivi*, Rep. 2006, voce cit., n. 3; Cass., sez. un., ord. 21 aprile 2006, n. 9337, *ivi*, Rep. 2006, voce cit., n. 46.

In tal caso, tuttavia, la caducazione del capo di merito avverrà per effetto dell'art. 336, 1° comma, c.p.c. ossia per effetto dell'operare della cosiddetta efficacia espansiva interna e non già per effetto dell'art. 336, 2° comma, c.p.c.

18 C. Giust. UE, sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. c. Benetton International NV*, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 470, con nota di S. Bastianon, *L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*; C. Giust. UE, sentenza 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schick GmbH*, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 1021, punto 22 della motivazione; C. Giust. UE sentenza 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle entrate c. Fallimento Olimpiclub s.r.l.*, 2009, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce cit., n. 1663, punto 23 della motivazione; C. Giust. UE, sentenza 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Nogueira*, in *Foro it.*, Rep. 2010, voce cit., n. 2148; C. Giust. UE, sentenza 6 ottobre 2015, causa C-69/14, *Dragoș Constantin Târșia c. Statul român e Serviciul Public Comunitar Regim Permise de Conducere și Inmatriculare a Autovehiculelor*, *ivi*, Rep. 2015, voce cit., n. 495, punti 28 e 29 della motivazione; C. Giust. UE, sentenza 22 dicembre 2010, causa C-507/08, *Commissione europea c. Repubblica slovacca*, *ivi*, Rep. 2011, voce cit., n. 1444, punto 60 della motivazione; C. Giust. UE, sentenza 10 luglio 2014, causa C-213/13, *Impresa Pizzarotti & C. s.p.a. c. Comune di Bari*, *ivi*, Rep. 2014, voce cit., n. 1463, punto 59 della motivazione.

In dottrina, a commento del caso *Olimpiclub v. R. Caponi, Corti europee e giudicati nazionali*, [http://www.astrid-online.it/rassegna/11-01-2010/Caponi\\_Rel-Congresso-Ass-processo-civile\\_25-26\\_09\\_09](http://www.astrid-online.it/rassegna/11-01-2010/Caponi_Rel-Congresso-Ass-processo-civile_25-26_09_09); C. Consolo, *Il percorso della corte di giustizia, la sentenza «Olimpiclub» e gli eventuali*



preclusa, a salvaguardia della stabilità del giudicato sostanziale, la possibilità di censurare, nel secondo processo in corso, la sussistenza della giurisdizione del giudice che tale decisione emise, anche se sulla base di una non corretta interpretazione della normativa eurounitaria che gli consentì di reputarsi munito di giurisdizione<sup>(19)</sup>.

4. – La seconda sentenza ad essere presa ad esame, ossia la sentenza *Gothaer*, del 15 novembre 2012<sup>(20)</sup> si presta ad incidere, anch'essa, sul modo con cui il nostro sistema processuale ha tradizionalmente configurato la portata delle pronunce sulla giurisdizione, in particolare quelle emesse da giudici di merito; pronunce che, secondo costante orientamento, all'interno del nostro ordinamento risultano essere prive di valenza extraprocessuale.

L'efficacia extraprocessuale, viceversa, è il presupposto per l'operare dell'istituto del riconoscimento automatico delle sentenze straniere: la pronuncia dotata di una valenza extraprocessuale nel proprio ordinamento di origine, grazie alle norme sul riconoscimento automatico contenute nei regolamenti europei (tra cui, per quel che adesso interessa, il reg. C. E. n. 44 del 2001 e il successivo regolamento U.E. n. 1215 del 2012), vedrà tale efficacia estendersi in tutto lo spazio giudiziario europeo.

In tale contesto, la sentenza *Gothaer* ha risolto una questione interpretativa riguardante l'art. 32 reg. C. E. n. 44/2001, all'epoca in vigore. Ai giudici del Kirchberg era stato chiesto, da parte del Landgericht di Brema, se la nozione di "decisione" riconoscibile di cui all'art. 32 reg. C.E. n. 44/2001 fosse riferibile, oltre che alle pronunce di merito, anche a quelle di rito con cui il giudice di uno Stato membro declini la propria giurisdizione o competenza giurisdizionale a favore di altro Stato membro ovvero di uno Stato terzo. Nel caso di specie si trattava di una pronuncia declinatoria della giurisdizione per sussistenza di una clausola attributiva della giurisdizione contenuta in una polizza di carico con la quale la *potestas decidendi* era stata conferita ad un giudice islandese, *i.e.* ad un giudice di un ordinamento non facente parte dell'Unione europea e tuttavia vincolato dalla Convenzione di Lugano del 2007, siglata dall'allora Comunità, le cui disposizioni sulla competenza giurisdizionale coincidono con quelle del reg. C.E. n. 44/2001.

La Corte di giustizia ha risposto al quesito affermando che sono idonee a circolare ai sensi dell'art. 32 reg. C.E. n. 44/2001 anche le decisioni declinatorie della giurisdizione per sussistenza di una clausola attributiva della giurisdizione<sup>(21)</sup>.

I giudici del Lussemburgo sono quindi passati all'esame del secondo e del terzo quesito formulati dal Landgericht di Brema, ambedue finalizzati a conoscere quale fosse la portata preclusiva di una decisione in rito declinatoria di giurisdizione per sussistenza di una clausola attributiva della *potestas decidendi* sottoscritta dalle parti.

Si noti fin da ora che, nel caso di specie, la pronuncia declinatoria della giurisdizione emessa dalla Corte d'appello di Anversa, per diritto processuale nazionale, aveva autorità di cosa giudicata sostanziale, *i.e.* era munita di una valenza extraprocessuale che la rendeva idonea ad estendere i propri effetti anche all'interno

limiti di diritto europeo all'efficacia esterna ultrannuale del giudicato tributario (davvero ridimensionato in funzione antielusiva iva del divieto comunitario di abusi della libertà negoziale?), in *Riv. dir. trib.*, 2010, I, p. 1143 ss.; F. Fradeani, *Di nuovo il giudicato sostanziale di fronte alla corte di giustizia Ce: il caso «Olimpiclub»*, in *Dir. e pratica trib.*, 2010, II, p. 781 ss.

Sul caso *Asturcom*, senza pretesa di completezza, cfr. G. Lo Schiavo, *La Corte di giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 287 ss.

Infine, a commento della sentenza *Pizzarotti v. V. Ferraro*, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il diritto europeo: le recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2014, p. 1065 ss.; C. Romano e D. Conti, *Il ritorno dell'intangibilità del giudicato?*, in *Corriere trib.*, 2014, p. 3165 ss.

19 Cfr. in tal senso il punto 28 della motivazione della sentenza *Elchinov*, cit. «occorre sottolineare che la facoltà attribuita al giudice nazionale dall'art. 267, secondo comma, TFUE, di chiedere un'interpretazione pregiudiziale della Corte prima di disapplicare, eventualmente, istruzioni di un organo giurisdizionale superiore che risultassero in contrasto con il diritto dell'Unione non può trasformarsi in un obbligo». Conf. C. Giust. UE, sentenza 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*, in *Racc.* 2010, p. I-365, punti 54 e 55 della motivazione.

20 C. Giust. UE, sentenza 15 novembre 2012, causa C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung A G c. Samskip GmbH*, in *Foro it.*, 2013, IV, 32, con nostra nota, *Pronunce declinatorie di giurisdizione: la corte di giustizia impone limiti di efficacia europei*; in *Int'l Lis*, 2014, p. 16 ss. con nota di D. Dalfino, *Un giudicato «europeo» sulla competenza giurisdizionale?*; in *Dir. comm. internaz.*, 2013, p. 1085 ss. con nota di A. Henke, *Verso una nozione europea di res iudicata: l'efficacia extraprocessuale della declinatoria di giurisdizione e il giudicato sui motivi*; in *Iprax*, 2014, p. 163 con nota critica, a p. 136 ss., di H. Roth, *Europäischer Rechtskraftbegriff im Zuständigkeitsrecht?* ed altresì commentata criticamente da T. Koops, *Der Rechtskraftbegriff der EuGVVO – Zur Frage der Unvereinbarkeit der Entscheidung Gothaer Allgemeine Versicherung ./. Samskip GmbH mit der EuGVVO*, *ivi*, 2018, p. 11 ss.

21 Avevano già optato per la soluzione prescelta dalla Corte di giustizia, nell'ambito della dottrina italiana, S. Bariatti, *What are judgments under the 1968 Brussels Convention?*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2001, p. 9 ss.; P. Franzina, *Successive Proceedings over the Same Cause of Action: A Plea for a New Rule on Dismissal for Lack of Jurisdiction?*, in F. Pocar, I. Viarengo, F. Villata, *Recasting Brussels I*, Padova, 2012, p. 253 ss., spec. p. 257 ss.; F. Salerno, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (Ce) n. 44/2001*, 3 ed., Padova, 2006, spec. p. 247 ss.

di altri Stati membri <sup>(22)</sup>.

Ciò posto, si poneva dunque un unico dubbio ossia se tale provvedimento fosse vincolante:

A) solo per la sua parte negativa, *i.e.* per la sola parte in cui il giudice belga aveva declinato la propria giurisdizione, in modo da impedire ad altri giudici dello spazio europeo di affermare la sussistenza della giurisdizione belga; oppure

B) anche per la parte riguardante il c.d. antecedente logico della decisione, quella concernente l'accertamento della validità ed efficacia della clausola di deroga alla giurisdizione.

In effetti, quando il giudice di uno Stato membro si dichiara(va) privo di giurisdizione per mancata integrazione di una delle norme del reg. C.E. n. 44/2001 con cui il legislatore europeo individua(va) i criteri attributivi della giurisdizione (es. l'art. 2 o l'art. 5), per evitare il sorgere di conflitti negativi, era sufficiente far circolare e considerare vincolante la parte negativa di tale *dictum*. Ove, invece, l'autorità giurisdizionale si fosse dichiarata carente di potere decisionale a causa della sussistenza di un valido ed efficace accordo processuale di deroga alla giurisdizione, come nel caso che ha originato la vicenda *Gothaer*, la situazione diveniva più complessa. Infatti, come ha osservato la Corte di giustizia, se fosse consentito al giudice di altro Stato membro di considerare come nulla o inefficace una clausola attributiva della giurisdizione che il giudice dello Stato membro di origine ha ritenuto valida ed efficace, una simile affermazione, oltre a far sorgere il rischio di un conflitto negativo di giurisdizioni «rimetterebbe in discussione non soltanto le conclusioni preliminari del giudice dello Stato membro d'origine in merito alla validità della clausola attribuiva di competenza ma anche la decisione di tale giudice di escludere la propria competenza in quanto tale» <sup>(23)</sup>. Ciò si verifica (va), in particolare, tutte le volte in cui la validità ed efficacia dell'accordo attributivo della giurisdizione veniva valutato, dal secondo giudice, sulla base delle medesime disposizioni processuali applicate dal primo, *i.e.* quando si verte (va) entro la sfera di applicazione dell'art. 23 reg. C.E. n. 44/2001 ovvero dell'art. 23 della Convenzione di Lugano del 2007; non, invece, quando la valutazione è posta in essere in base al diritto processuale nazionale.

La Corte di giustizia ha escluso che la soluzione del quesito sia dipendente da come il diritto processuale nazionale dello Stato in cui fu pronunciata la declinatoria di giurisdizione configura la portata oggettiva di tale decisione: se la valenza extraprocessuale è limitata al dispositivo ovvero si estende anche ai motivi della decisione.

Come sottolineato dall'avvocato generale Bot nelle sue conclusioni «lasciare al diritto nazionale il compito di determinare gli effetti connessi ai motivi che dirimono la questione....genera.... un'incertezza, per le parti, quanto alla ripartizione delle competenze fra i giudici nazionali suscettibili di essere aditi, e complica il compito del giudice nazionale dinnanzi al quale viene chiesto il riconoscimento» <sup>(24)</sup>.

I giudici del Lussemburgo hanno pertanto ritenuto che, al fine di rendere effettivo e funzionale il funzionamento del sistema di riparto di competenze di cui al regolamento C.E. n. 44/2001 (*i.e.* in nome del principio di effettività), fosse necessario derogare alla regola della autonomia processuale degli Stati membri e delineare tali limiti di efficacia a livello europeo, estendendoli anche ai motivi della decisione che costituiscono il fondamento necessario del dispositivo (c.d. antecedente logico necessario). A prescindere da quanto prevede, in proposito, il diritto processuale nazionale. Dunque, con riferimento alla categoria delle decisioni di rito declinatorie della giurisdizione, l'art. 32 reg. C. E. n. 44/2001 conferiva alle decisioni di rito declinatorie della giurisdizione, nel momento in cui le rendeva idonee alla circolazione nello spazio giudiziario comune, nuovi limiti oggettivi di efficacia, uniformemente delineati a livello europeo.

Tuttavia l'entrata in vigore del reg. U.E. n. 1215/2012, per tutti i procedimenti in materia civile e commerciale instaurati a partire dal 10 gennaio 2015 (a prescindere dalla data in cui è stata sottoscritta la clausola attributiva della giurisdizione), ha ormai reso tendenzialmente irrilevante la portata della sentenza *Gothaer* in riferimento allo spazio giudiziario europeo. Ciò in quanto, dal tenore dell'art. 31 reg. U.E. n. 1215/2012 si

22 Cfr. gli art. 24 («*toute décision définitive a, dès son prononcé, autorité de chose jugée*») e 25 («*L'autorité de la chose jugée fait obstacle à la réitération de la demande*») del code judiciaire belga.

23 Punto 39 della sentenza *Gothaer*. Meno pertinente appare il richiamo della Corte di giustizia al divieto di riesame nel merito della pronuncia declinatoria della giurisdizione: invero l'accordo di deroga alla giurisdizione, in quanto accordo processuale, attiene al profilo di rito e non già a quello di merito del processo.

24 Punto 79 delle conclusioni dell'avvocato generale Bot presentate il 6 settembre 2012.

evinces che il giudice indicato dalla clausola attributiva della giurisdizione è l'unico a poter vagliare la validità sostanziale e formale della clausola stessa, dovendo le altre autorità limitarsi a sospendere il giudizio e a declinare la giurisdizione, senza pronunciarsi sulla validità della clausola <sup>(25)</sup>. Dopodiché, la verifica sulla validità dell'accordo attributivo della giurisdizione posta in essere dal giudice in esso indicato sarà vincolante per tutti i giudici dell'Unione in base all'art. 31, par. 3, reg. U.E. n. 1215/2012 («Se l'autorità giurisdizionale designata nell'accordo ha accertato la propria competenza in base all'accordo, qualunque autorità giurisdizionale di un altro Stato membro dichiara la propria incompetenza a favore della prima»), senza necessità di richiamarsi alle norme sul riconoscimento delle sentenze di merito (artt. 36 ss. reg. U.E. n. 1215/2012).

La portata della sentenza *Gothaer* resta però intatta in caso di operatività della Convenzione di Lugano del 2007, il cui testo corrisponde a quello del reg. C.E. n. 44/2001, ossia nei rapporti tra l'Italia e i paesi Efta (Svizzera, Norvegia, Islanda).

In un siffatto contesto, per effetto della giurisprudenza *Gothaer*, l'ordinanza con cui la Corte di cassazione risolve un regolamento preventivo di giurisdizione dichiarando, ad esempio, la carenza della giurisdizione italiana per la controversia *x* vertente tra Tizio e Caio a causa della sussistenza di un accordo che conferisce la *potestas decidendi* all'autorità giurisdizionale svizzera, vincolerà il giudice di uno Stato Efta, dinanzi a cui sia successivamente proposta la medesima controversia, in riferimento alla valutazione posta in essere dalla Cassazione sulla sussistenza e validità di tale accordo processuale, ed in ordine alla sua vincolatività per Tizio e Caio. Si tratta, si noti, di una valenza extraterritoriale di cui il provvedimento conclusivo del regolamento di giurisdizione sarebbe stato privo in base al mero diritto processuale civile italiano.

Ben più problematico, invece, è determinare la valenza delle pronunce declinatorie della giurisdizione emesse da un giudice italiano di merito che considerino valido ed efficace ovvero invalido e non efficace un accordo attributivo della giurisdizione a favore di uno Stato Efta o di altro Stato membro, quando la causa sia successivamente instaurata in un paese Efta.

Due le possibili alternative:

- 1) ritenere che siffatte pronunce possano circolare nello Stato Efta in forza della Convenzione di Lugano solo se provviste di valenza extraprocessuale nell'ordinamento in cui furono emesse; requisito non integrato nel nostro ordinamento, in cui le pronunce declinatorie della giurisdizione emesse da giudici di merito non hanno valenza panprocessuale, oppure
- 2) comprimere ulteriormente l'autonomia processuale degli Stati membri e sostenere che la sentenza *Gothaer*, che ha delineato uno statuto europeo dei limiti oggettivi di efficacia delle pronunce declinatorie di giurisdizione, abbia voluto istituire anche ed *in primis* un regime europeo di efficacia di tali decisioni; soluzione, quest'ultima, che pare quella maggiormente compatibile con l'obiettivo della sentenza *Gothaer* e con il tenore delle conclusioni dell'avvocato generale. Sarebbe, cioè, l'art. 32 della Convenzione di Lugano a munire tutte le decisioni declinatorie della giurisdizione di una valenza extraprocessuale che le rende idonee alla circolazione all'interno dei territori degli Stati siglatari. Se così fosse, la declinatoria di giurisdizione emessa, ad esempio, dal tribunale di Milano per sussistenza di un valido accordo attributivo di giurisdizione a favore del giudice di Lugano sarebbe vincolante in territorio svizzero ma non anche per il tribunale di Torino o per quello di Roma. In tal modo, però, si creerebbe una incongruenza di sistema che potrebbe condurre ad una rimediazione della scelta effettuata dal nostro ordinamento, ossia quella di attribuire valenza panprocessuale alle sole statuizioni sulla giurisdizione della Corte di cassazione. Si tratterebbe di una rimediazione volontariamente posta in essere dal nostro ordinamento, *i.e.* nel rispetto del principio dell'autonomia processuale degli Stati membri, sebbene non propriamente spontanea, bensì resa opportuna dalle risultanze del dialogo tra corti *ex art.* 267 Trattato FUE.

25 Sugli accordi attributivi di giurisdizione nel sistema del reg. U.E. n. 1215/2012 v., senza pretesa di completezza, L. Penasa, *La nuova disciplina degli accordi sulla giurisdizione alla luce del reg. n. 1215/2012 (Bruxelles bis)*, in *Int'l Lis*, 2013, p. 117 ss.; Id., *La priorità riconosciuta al giudice eletto in via esclusiva dalle parti in base al Regolamento UE n. 1215/2012*, [http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione\\_Penasa.pdf](http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Penasa.pdf); C. Silvestri, *Gli accordi sulla giurisdizione nella nuova disciplina degli artt. 25 e 31 nel reg. 1215/2012*, in *International Journal of Procedural Law*, Volume 5 (2015), p. 16 ss.

# CLASS ACTION: REPRESENTATION OR SUBSTITUTION? THE ELI-UNIDROIT PROJECT EXAMPLE

**Emmanuel Jeuland**

University Paris 1 Panthéon-Sorbonne

I met Ada Pellegrini and Juan Carlos Barbosa Moreira in Bahia in 2004 (IAPL Colloquium). While talking with them, I realized the strong connection between Europe – especially Italy – and South America as far as procedure was concerned. This is the reason why I would like to raise an issue that concerns both continents: is a class action a kind of representation or a kind of substitution? I would like to raise the question in English since the answer is a matter of language.

If it is a kind of representation, group members in a class action become parties to a civil litigation. In contrast, if it is a kind of substitution, they do not become parties. This was actually the question which was addressed to the working group I belonged to, and which was dedicated to ‘parties and collective redress action’, as part of the joint ELI-UNIDROIT project “From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure”. The difficulty stems from a concept of representation which is wider at Common Law than it is at Civil Law. Consequently, the category of representative action may encompass class actions in Common Law systems but not necessarily fit the notion of collective redress actions in Civil Law countries such as Spain, Brazil or France. The expression of representative action is used in Northern European countries (the Netherlands, Belgium, Norway) that are closer to the Common Law tradition than to Southern countries. However, it creates some kind of confusion between a traditional representative action where the represented person remains a party and the new collective redress action.

In order to tackle the difficulty, I would like to have a theoretical reasoning. I would like to avoid two individualistic approaches of procedure through rights and economy based on a rational and isolated agent. I would like to see parties as connected people.

As a matter of fact, I have a relationist approach to procedure, and this implies significant implications not only for the parties but also for the analysis of class actions as representative or substitutive actions. Actually, in my definition, it is not enough to define a party as a member of a lawsuit. A party is the one who is part of a procedural relationship. To that definition, I shall add another concept: the concept of ‘prospective party’. In other words, a specific person should be part of a lawsuit because his/her rights are at stake. In a representative action in a Civil Law sense, a party may be represented in court and remain a party to the procedural relationship. In a substitutive action, a prospective party who has rights at stake in a litigation does not become a party to the procedural relationship but only to the substantive relationship. A group member in a class action becomes a defendant’s creditor.

I will first present the relationist approach to procedure and then the consequences of the analysis of collective redress action in relation to the ELI-UNIDROIT Project on European Model Rules of Civil Procedure (which has started in 2014 and should become public in 2019).

## **PART. 1. – THE RELATIONIST APPROACH TO PROCEDURE**

The main idea of this approach is to analyse litigations as a set of legal relationships. It was developed by 19<sup>th</sup>-century German authors but should be revisited today. I will present a brief history of the relationist approach to procedure and then will show how it is possible to revisit it today.

## 1. THE TRADITIONAL RELATIONIST APPROACH TO PROCEDURE

Apart from the field of procedure, the relationist approach of law was initiated by Savigny (F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (8 vols., 1840 – 1849 ; *System of the Modern Roman Law* by Friedrich Carl Von Savigny, William Holloway (translator), 2013 ; *Système de droit romain*, v. sur Gallica) who considered the legal relationship, « *rechtsverhältnis* », as *the* key concept in law .

By the mid-19th century, Bülow affirmed that litigation was a legal relationship distinct from the substantive legal relation at stake, for example a contract or a tort situation (*Die Lehre von den Prozesseinreden*, 1868, § 1 s, p. 3). For this reason, he is considered as the founder of procedural science since his analysis lead him to show that procedure was distinct from substantive law.

A debate took place afterwards in Germany concerning procedural relationships. Bülow thought that procedural relationships were the ones between a judge and the parties, so that there was a public bond between them. At the end of the 19th century, Bülow was criticised by Kohler who suggested that procedural relationships consisted in the relations between the parties under the aegis of the judge (*Der Prozess als Rechtsverhältnis*, 1888).

At the outset of the 20<sup>th</sup> century, Goldschmidt said that this situation was vain (*Der Prozess als Rechtliche*, Berlin 1925) since parties had no obligations in procedural relationships but charges. However, such distinction between obligations and charges has not been used in the ELI-UNIDROIT project; the concept of obligation has hence been preserved without difficulty. As a result of this German debate, it seems that in Germany some professors have a relationist approach to procedure while others consider that it is not useful and that litigations are simply legal situations.

This debate also influenced Italian scholars: to name but one, Chiovenda kept the idea of procedural relationships, hence describing litigations as relations mainly between parties under the aegis of the judge. In France, Vizioz was in turn influenced by the latter Italian scholar and retained the idea of procedural bond, coining the term “*lien d’instance*”, instance bond.

It is easy under this approach to define parties as members of a procedural relationship. But it is, in a way, too easy and not satisfactory, since a party to a procedural relationship may well not have a good reason to be a party. It might be due for example to a simple mistake made by the claimant (Liza Veyre, *La notion de partie en procédure civile*, PhD France, 2016). Conversely, a person may have a right at stake in a civil litigation but feel reluctant to bring the action in court. Such is the case of substitutive actions. From that perspective, how shall we know who should be a party to this procedural relationship? A further concern is also related to a certain lack of content to the procedural relationship, which needs to be elaborated: what is its object, its regime, etc.? Last but not least, what choice between public procedural relations i.e. between judges and parties and private relations i.e. between parties under the aegis of judges? As a result, it is necessary to revisit the relationist approach to procedure.

## 2. REVISITING THE RELATIONIST APPROACH TO PROCEDURE

Apart from the procedure itself, Savigny’s relationist approach has been updated and revisited by different authors: Jennifer Nedelsky did so for Canada in 2011 and Alexander Somek for Austria in 2017. I tried to contribute my share for the French tradition in a book released two years ago (*La théorie relationiste du droit*, LGDJ, 2016). J. Nedeslky suggests adopting a three-step relationist method when assessing human rights for example: What are the legal relationships and interests at stakes? – What are the conflicting values? – Which solution best enhances the party’s autonomy? (Jennifer Nedelsky, *Law’s Relations: A Relational theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford University Press, 2011). Alexander Somek suggests that it is worth considering law, first, as a set of legal relationships and after, as norms, rights and institutions. He adds that in a relationship, one can imagine standing in for another person to solve a dispute. That is the role of procedural relationships (Alexander Somek, *The Legal Relations*, Cambridge University Press, 2017).

It seems to me that there are two sets of relationships in procedure, i.e. the public and the private ones. I share the point of view of both Bülow and Kohler. The point is that, in each type of relationships, different

duties, obligations, powers and rights do coexist. Over the 20th century, the idea has emerged that the principle of cooperation is obviously a consequence of the Franz Klein reform (the Austrian Code of Civil Procedure achieved by Klein, who served as Minister of Justice around 1900), as well as of the relationist approach (Bernhard Hahn *in Kooperationsmaxime im Zivilprozess?*, Carl Heymanns, Cologne, Verlin, Bonn, München, 1983, p.1 cf. too R. Wassermann, *op. cit.*, p. 97 ff, the paragraph is entitled: « *Der Zivilprozess als Arbeitsgemeinschaft* » i.e. civil litigation is a team work). Such set of duties, rights of the parties and powers of the judge has to be balanced, which is the exact definition of the principle of cooperation. It appears to be the main principle of the ELI-UNIDROIT Model Rules.

Now, it is not enough to revisit the relationist approach. I need to give some content to the procedural relationship I'm talking about. It is important to specify that the parties to this relation may have capacity or not. Procedural relationships are tangible, not abstract in the Kantian way. In this line, we have to take into account the care approach, which means that weak people who have litigation capacity but cannot bring an action themselves have to be protected.

If we want to be as realistic as possible, we should consider not only the parties but also their rationality and emotions. This is what is called the Emotion Turn in philosophy and law. An American scholarship actually focuses on "Law and Emotion", with Martha Nussbaum and Peter Goodrich among the academics.

The main idea of the trend is not only that judicial reasoning involves emotion as much as reason but also that we need to take into account emotion in order to reach the best possible decision. However, emotions fluctuate over the course of the day and the place involved, which means in practical terms that they vary depending on the country and the period of time at stake. In ancient time, the goal of procedure may have been to calm down the judge who might have felt upset with the dispute. The cultural approach of procedure should actually take into account the cultural construction of emotions. A test in the United States has shown that female witnesses who get angry while under examination appear less convincing than male witnesses experiencing the same feelings. Consequently, it may be said that emotion is gendered.

Emotions are channelled during the procedure, not only to keep them in check but also to reach the best possible solution to the dispute. Channelling emotions implies that a procedural process – which is a symbolic one – is to be entered into, such as a courtroom, the courtroom decorum, lawyers and judges' robes. In light of the above, digital proceedings will create difficulties; this is also a topic we discussed in Rome: robots as parties. So, I would suggest that procedural relationships as a whole establish a symbolic space between the parties, but not a physical bond.

A legal bound is not a physical bond; much to the contrary, it is a symbolic space between the parties. The goal is to have autonomous parties or to help parties be autonomous. Some legally capable people are just too weak and dependent, such as consumers or employees in the modern world. Hence, the representation device in the strict sense of someone bringing an action on behalf of another is not always sufficient. We need what Italian scholars call a procedural substitution.

## **PART. 2. – RELATIONIST APPROACH TO PROCEDURE AND THE ANALYSIS OF COLLECTIVE REDRESS ACTION IN THE ELI-UNIDROIT PROJECT**

The ELI-UNIDROIT project in Rule 1 provides a definition of a party:

- 1) Parties to a civil action are all the persons by and against whom the action is being brought.
- 2) Anybody who has the capacity to possess a right under substantive law may be a party in civil proceedings.

This is a double definition: a party is a member of a procedural relationship – called 'civil action' in the rule; additionally, a party should be a member of such procedural relationship if s/he has a right at stake in the case. In a precise sense, his/her rights are potentially concerned by the case. So, there is both a descriptive and an axiological definition of what a party is: the one who is a party and the one who should be a party.

The principle is that the person who has an interest to bring an action should be a party, since s/he has

a prospective right.

From this theoretical definition, the concept of procedural parties leads to four typical situations:

- Some people should be parties since they have rights but they have no litigation capacity: they need to be represented;
- Some people may bring an action in the name of a superior interest, be it public or collective;
- Some people should be parties but do not take part in the proceedings; however, they could become parties: this is what we call intervention;
- Some people could be parties but they are not able to bring the action; their interests are nevertheless protected: this is what we call the mechanism of substitution.

Those four situations are covered by four mechanisms: representation of parties, public and collective interest, intervention of parties, and substitution of parties. I will only focus in this paper on representative actions and substitutive actions.

## 1. REPRESENTATION OF PARTIES

In our Model Rules, a distinction is made between, on the one hand, the capacity to possess rights in civil actions and, on the other hand, litigation capacity. The distinction is found all over the world under different names.

Rule 2 [Litigation Capacity of Natural Persons]:

- 1) Litigation capacity is the capacity to exercise rights in civil actions.
- 2) Anybody who has full capacity to exercise rights or obligations in their own name under substantive law shall be recognized as having litigation capacity.
- 3) Anybody not within the scope of paragraph (2) must be represented in proceedings by a representative according to the rules of the applicable law.

This is especially the case of a legal person.

Rule 3 [Representation of Legal Persons]: Legal persons and other entities, which are parties, shall exercise their rights through the natural persons entitled to represent them according to the rules of substantive law.

Again, this is a very traditional solution, at least in Western law. The concept of legal persons includes “other entities” which can be e.g. trusts, partnerships or unincorporated associations. In the future, it may also include technical entities (e.g. robots) or natural entities (e.g. animals, rivers, trees) should they be granted legal capacity under substantive law.

An issue for the future is whether or not robots should be considered as legal persons. Again, that will depend on substantive law. It might be useful to find out who is behind the damage caused by a robot. It actually might be difficult to determine whether it is the producer, the owner or the user of the robot who will be held liable. And what about wild robots, free of owners? One solution might consist in considering robots as legal persons, hence obliging owners to insure their robots accordingly. In a tort situation, the insurer would directly compensate the victim.

For the time being, I am not in favour of considering technical or natural entities as parties. I stick to my idea that a procedural relationship is a symbolic link involving a mixture of reason and emotion to get the best possible judgment, so it has to be a relationship between human beings. Even a legal person is created at the outset by a set of people; there are reasons and emotions behind such legal person.

A robot may have the ability to reason but has no emotions: a self-driving car recently killed some people in the United States and it showed no emotion whatsoever in doing so. In a near future, engineers might be able to incorporate the fear factor in a robot, thus preventing accidents, but in my opinion, it is going to be a limited and channelled kind of emotion and such emotion is not going to be transformed at court by procedural rules.

As far as animals or trees are concerned, I can understand they have emotions, they do suffer for example, but they do not reason and there is no possibility for them to symbolise their emotions in a courtroom.

I would prefer to consider that natural and technical entities brought in court are objects of a lawsuit by or against the owner or a person who is of the opinion s/he has interest in the litigation. With regard to wild animals, trees or robots without owners (which might exist in the future), we will need another mechanism, such as the possibility for natural or interested associations to bring an action instead of natural and technical entities. It is not a matter of representation since such natural or technical entities will not become parties. I will come back on this point later on.

However, the New-Zealand parliament considers the river Whanganui as a legal person. Nature is a legal person in some south-american countries (« *Pachamama* » in Ecuador, « Mother Earth » in Bolivia). In India, the High Court of Uttarakhand (case *Modh Salim v. State of Uttarakhand*, n°126 of 2014) stated the 20<sup>th</sup> of March 2017 that: “All the Hindus have deep Astha (faith) in rivers Ganga and Yamuna and they collectively connect with these rivers. Rivers Ganga and Yamuna are central to the existence of half of Indian population and their health and well being. The rivers have provided both physical and spiritual sustenance to all of us from time immemorial. Rivers Ganga and Yamuna have spiritual and physical sustenance. They support and assist both the life and natural resources and health and well-being of the entire community ». So the director of the Namani Gange, the Chief Secretary of the State of Uttarakhand and the General Advocate of the State of Uttarakhand are « persons in loco parentis ». Thus, a river « may be represented by designated persons as would be a child. Now, the concept of representative action in Common Law countries is larger than in Civil Law country. I will come back to this point afterwards.

## 2. SUBSTITUTION OF PARTIES

The mechanism of substitution was discovered by Kohler (in *Succession in das Processverhältnis*, S. 296, 1888); an Italian book was published in Italy in 1942 on the topic (E. Garbagnati, *La sostituzione processuale*, 1942, paragraph 81 Italian Code of Civil Procedure: « Sostituzione processuale. Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far vallare nel processo in nome proprio un diritto altrui »). The idea is that a person – usually in a weak or a dependent situation – might be substituted by another one who is not a representative. A distinction is to be made between representation and substitution: in the mechanism of substitution, the one who brings the action is a party indeed, even though the interest of another person, a third party, is taken into account. The third party does not become a party. Substitutive actions exist in different countries (Art. 18 of the New Brazilian Code of Civil Procedure refers to law in general, and not any longer only to statute law to make exceptions, so that case law may create a substitutive action<sup>1</sup>).

The Italian CCP inspired us Rule 6 of the ELI-UNIDROIT project:

Rule 6 [Persons Entitled to Bring Actions]

Persons having litigation capacity must bring actions in their own name and on the basis of their own substantive rights unless either the rules in Chapter X and Y or a rule of substantive law permits otherwise.

This means that generally speaking, people will bring actions in their own name, although a substantive law may permit otherwise. For example, a derivative action will allow a minority of shareholders to bring an action in lieu of the corporation against the corporation’s managers for their mistakes. Different kinds of indirect actions exist as well (e.g. “action oblique” in France).

Chapter X stresses another very important exception to collective redress actions. It actually highlights the fact that collective redress action gives standing to an entity to bring an action on behalf of group members although those group members do not become parties.

Rule [X1] Collective Redress Action

A collective redress action is an action which is brought by a qualified claimant on behalf of a group of persons who he claims are affected by an event giving rise to mass harm, but where those persons are not parties to the action (“group members”).

1 I would like to thank Hermes Zaneti for this comment. See F. Didier e H. Zaneti, *Curso de direito processual civil*, 8° ed. 2013, pub. Podium, Brazil, chap. 6.



We avoided writing in the Rule that collective redress actions are representative actions. It would have created some confusion with the mechanism of representation we had previously used in the rules. I acknowledged that at Common Law the concept of representation is wider than it is on the Continent. Take the example of a legal representative: s/he may be the heir to the estate under Common Law (JC Gémar et V. Ho-Thuy, *Nouvelles difficultés du langage du droit au Canada*, éd. Thémis, Montreal 2016, pp. 488-491). So, under Common Law, it is possible to talk about representative action in lieu of class action in a very wide sense: this is not the notion we use in our Rule when mentioning representation since in this situation, the owner of the right remains a party. To be consistent and give only one meaning to the notion of representative action, we consider that it applies only to the situation where a party is represented in a civil action and remains a party. In a collective redress action, the party who brings the action is the actual party while group members do not become parties. So, s/he is not a representative party but a qualified claimant. This analysis entails the whole system of collective redress actions. This way of thinking allows us to have collective redress actions which fit in with the European categories, hence which are culturally acceptable tools. However, there is an on-going discussion to know if collective redress actions are substitutive actions in Italy (Remo Caponi<sup>2</sup>), in France<sup>3</sup> and there could be debate in Germany as well, should class actions be implemented<sup>4</sup>.

CONCLUSION. Collective redress actions are substitutive actions since group members do not become parties. It is a matter of efficiency. If group members were to become parties to the procedural relationship, they would interfere with the litigation. However, technically, group members are parties to the substantive relationship since they are the defendant's creditors. One possibility would be to have class actions with an opt-in system where group members might become parties to the litigation. In such a case, they would be represented by a qualified claimant, should the group member give him/her special mandate. That could be a good situation analysis as specific objections between a group member and the defendant are always raised (individual challenges are possible in French collective redress actions). Hermes Zaneti suggests that in the opt-in system, group members would have the choice between a representative action and a substitutive action, especially where a specific question that concerns the two of them<sup>5</sup> is raised. It must be said that there may be different kinds of substitutive actions according to the (more or less distanced) relationship, between the substituted person and the substitute (4 of them in Brazil).

I would like to conclude on animals, trees and robots. I'm not in favour of allowing these entities to become parties, not because they are inferior to human beings, but because procedure involves reason, emotion and symbol, which are specifically human. I'm not in favour of considering a robot as a legal person for example. However, I think that all interests should be recognised in court. So, I would admit that someone get some legal standing to bring an action instead of an animal, a tree or a robot. It would be a substitutive action based on our Rule 6 requiring a substantive law to recognise it. These entities would not become parties but could benefit from the judgement as group members of a collective redress action. We could even imagine a specific collective redress action where animals, trees, rivers or robots would be group members. The action at stake would not be a representative action since natural and technical persons cannot be parties (even with a representative) but a substitutive action.

2 **Litisconsorzio «aggregato» L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori**, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, p.819, n°14 : "La ricostruzione proposta esclude che l'attore formale possa essere qualificato come legittimato straordinario o sostituto processuale ex art. 81 c.p.c.". Other Italian scholars analyse the Italian class action (art. 140) as a substitutive action (BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, risposta n. 1. Più cauta sul punto la posizione di CONSOLO, in CONSOLO, BONA, BÜZZELLI, *Obiettivo class action: l'azione risarcitoria collettiva*, cit., VI, 4). R. Caponi's idea is that a qualified association to bring the class action is a formal party, not the real party and so it has no extraordinary standing to bring the action.

3 See E. Jeuland, **Substitution ou représentation ? À propos du projet d'action de groupe**, *JCP Générale* n° 37, 9 Septembre 2013, 927 ; Retour sur la qualification de l'action de groupe à la lumière de la loi « justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *JCP* 2017, 354.

4 Remark of B. Hess in Rome 2017 pointing out that ZZP parag 51 to 54 on Proceßstandshaft could be understood as a mechanism of representation or substitution.

5 Discussions in Dubrovnik, May 2018, and F. Didier e H. Zaneti, *Curso de direito processual civil*, 8° ed. 2013, pub. Podium, Brazil, chap. 6, p.209, 235.

# ARBITRATO RITUALE E IRRITUALE: UNA DICOTOMIA PECULIARE ALL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

Enrico Righetti

## 1. NASCITA E SVILUPPO DELL'ARBITRATO IRRITUALE O "LIBERO"

Sostanzialmente unico nel panorama giuridico internazionale – con la sola eccezione, peraltro assai controversa, dell'*arbitraje libre* o *irritual* spagnolo<sup>1</sup> – l'ordinamento giuridico italiano conosce una vera e propria dicotomia fra due distinti istituti, ovverosia l'arbitrato rituale e l'arbitrato irrituale o "libero". Quest'ultimo, in particolare, appare il frutto di una prassi negoziale diffusasi nel mondo del commercio e delle imprese nazionali (pur influenzata da figure di composizione stragiudiziali delle liti diffuse anche a livello internazionale<sup>2</sup>) e risalente addirittura al XIX secolo, nata da esigenze di speditezza, competenza e segretezza nell'ambito di un ceto mercantile che attribuiva ai propri eguali il potere di risolvere le controversie insorte al suo interno<sup>3</sup>.

L'istituto dell'arbitrato irrituale aveva trovato, in un certo senso, una consacrazione da parte della giurisprudenza italiana di legittimità con la nota sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 27 dicembre 1904<sup>4</sup>, ove era stato per la prima volta affrontato il problema della validità di una clausola compromissoria che, nell'ambito dello Statuto dell'Associazione Serica di Milano, disponeva che eventuali controversie che potessero insorgere fra soci fossero definite con una decisione di arbitri da assumersi *pro bono et aequo*, riconosciuta non appellabile e da depositarsi soltanto presso il consiglio direttivo dell'Associazione.

In particolare, nel confermare l'impugnata sentenza resa dalla Corte d'Appello di Milano che, pur ravvisando un difetto dei requisiti formali previsti dall'allora vigente codice di procedura civile riguardo l'accordo compromissorio, il procedimento arbitrale ed il deposito del lodo, aveva comunque riconosciuto la validità della clausola arbitrale, i giudici di legittimità avevano ritenuto non applicabili al caso di specie le norme codicistiche in quanto "*il responso dei probiviri non è una sentenza e non può avere altro valore che quello di una risoluzione contrattuale, contro cui sarebbero sempre proponibili dinanzi all'autorità giudiziaria, come contro ogni specie di convenzione, tutte le eccezioni che potessero insorgere dalla mancanza dei requisiti necessari alla validità di un contratto, non mai eccezioni derivanti da mancanze delle formalità prescritte*".

Per contro, anteriormente alla riforma del d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 che, come si vedrà *infra*, gli ha dedicato (peraltro del tutto inaspettatamente) un nuovo art. 808-ter, l'arbitrato irrituale non aveva mai trovato diritto d'ingresso all'interno del codice di procedura civile italiano, se non in una forma anomala e ibrida qual era l'art. 412-ter c.p.c. (nel testo previgente la riforma del 2010) in materia di controversie individuali di lavoro<sup>5</sup>.

In verità, com'è stato da più parti evidenziato<sup>6</sup>, la nascita in Italia di un arbitrato libero accanto a quello

1 Vedi, sull'argomento, *amplius* MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, 60 ss.; LA CHINA, *La nuova legge spagnola sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 486 ss.; CREMADES, *España estrena nueva ley de arbitraje*, in *Riv. Arb.*, 1991, 35 ss.

2 Si rinvia in merito all'ampia analisi a livello comparatistico svolta da MARINELLI, *op. cit.*, 30 ss.

3 Vedi ALPA, *L'arbitrato irrituale*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di ALPA e VIGORITI, Torino, 2013, 237 ss.; ID., *L'arbitrato irrituale. Una lettura civilistica dell'art. 808 ter del codice di procedura civile*, in *Contratto e Impresa*, 2011, 2 ss. In alcuni settori, questa figura di arbitrato veniva anche definita "*alla genovese*" per la presenza nel porto di Genova di una serie di Camere arbitrali settoriali, quali la Camera Arbitrale Cereali e Semi (nata nel 1891), la Camera Arbitrale del Carbone (nata nel 1921), la Camera Arbitrale del Caffè (nata nel 1933) e la Camera Arbitrale delle Pelli (nata nel 1936).

4 Corte di Cassazione di Torino, 27 dicembre 1904, in *Riv. dir. comm.*, 1905, 45, con nota di BONFANTE, *Dei compromessi e lodi fra industriali come vincolativi dei loro rapporti*, in *Foro it.*, 1905, 366.

5 L'art. 412-ter c.p.c., intitolato "*arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi*", prima delle modifiche attuate dall'art. 31, legge 4 novembre 2010 n. 183, dettava infatti una disciplina che delineava una forma di arbitrato a metà strada fra il rituale e l'irrituale, in quanto, pur prevedendo l'impugnabilità del lodo davanti al Tribunale, in funzione del giudice del lavoro, tuttavia disponeva, da una lato, che si trattasse di un giudizio "in unico grado e, dall'altro, che il lodo stesso potesse essere dichiarato esecutivo con decreto previo suo deposito presso la cancelleria del tribunale competente.

6 In dottrina, vedi CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 2, Torino, 1958, 874 ss.; FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento*

ordinario rituale appare la conseguenza di una vera e propria reazione del mondo imprenditoriale e commerciale all'“*esasperata processualizzazione*” dell'istituto dell'arbitrato, così come era stato disciplinato dal codice di rito del 1865 e poi anche da quello del 1940, oltre che al suo formalismo eccessivo.

Ad esempio, già l'art. 24 del codice del 1865 prescriveva, a pena espressa di nullità, l'obbligo di deposito del lodo rituale (in allora denominato “*sentenza arbitrale*”) in un termine perentorio di cinque giorni presso la cancelleria della pretura del mandamento in cui era stato pronunciato. Anche il successivo codice del 1940, pur eliminando la sanzione della nullità, aveva tuttavia mantenuto, nel testo originario dell'art. 825 c.p.c., il predetto termine perentorio per il deposito del lodo, tanto che la stessa giurisprudenza italiana, per lunga pezza assai diffidente verso questa forma di giustizia “privata”, e spesso dimostratasi “*più realista del Re*”, non aveva perso l'occasione per accanirsi contro questo istituto stabilendo che il lodo non depositato avrebbe dovuto considerarsi addirittura “*inesistente*”<sup>7</sup> e neppure convertibile in un lodo irrituale<sup>8</sup>.

Inoltre, il successo registrato negli anni dall'arbitrato irrituale era certamente dovuto anche agli indubbi vantaggi sotto il profilo fiscale di cui questi godeva rispetto all'arbitrato rituale. Da un lato, infatti, il decreto giudiziale con cui, a seguito del procedimento di deposito (*exequatur*) di cui al predetto art. 825 c.p.c., si dichiara esecutivo il lodo rituale deve essere assoggettato all'imposta di registro ai sensi dell'art. 8, tariffa all. A del T.U. sull'imposta di registro (D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 634). Dall'altro, l'art. 63 dello stesso T.U. pone un obbligo a carico degli arbitri di trasmettere all'ufficio del registro, entro trenta giorni dal deposito del lodo, tutti gli atti prodotti dalle parti, soggetti a registrazione in termine fisso.

Ancora, in passato, un terreno fertile in cui in Italia l'arbitrato irrituale ha potuto diffondersi con vigore è stato quello delle controversie individuali di lavoro, rispetto alle quali l'originario art. 808, 2° comma, del codice di rito del 1940 sanciva il divieto di compromettere per arbitri rituali<sup>9</sup>. In questo quadro, la legge 15 luglio 1966 n. 604 in materia di licenziamenti individuali disponeva che, in caso di esito negativo del tentativo di conciliazione, le parti avessero la facoltà di “*definire consensualmente la controversia mediante arbitrato irrituale*” (art. 7, u.c.). Analogamente, la legge n. 533/1973 sulla riforma del processo del lavoro, dedicava un apposito articolo 5 all'arbitrato irrituale: “*Nelle controversie riguardanti i rapporti di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile l'arbitrato irrituale è ammesso soltanto nei casi previsti dalla legge ovvero dai contratti e accordi collettivi. In questo ultimo caso, ciò deve avvenire senza pregiudizio della facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria*”.

Ancora più diffusi nella prassi risultavano, poi, gli arbitrati “disciplinari”, ossia quelli previsti in caso di erogazione di sanzioni disciplinari a carico del lavoratore.

Un ulteriore interessante esempio di riconoscimento a livello normativo dell'istituto dell'arbitrato irrituale è fornito dall'art. 619 del codice della navigazione italiano, il quale, nell'ambito del procedimento di liquidazione delle avarie comuni, stabilisce che gli interessati possano, mediante la stipulazione per iscritto di un particolare negozio compromissorio, detto “chirografo d'avaria”, far decidere da arbitri (liquidatori d'avaria) le cause relative alla formazione del regolamento contributorio. In tal caso, qualora gli interessati intendano che al regolamento venga conferita efficacia di sentenza dal giudice competente e ne facciano espressa dichiarazione nel chirografo, al detto chirografo ed alla relativa procedura dovranno applicarsi le disposizioni del codice di rito sull'arbitrato rituale (artt. 806 ss. c.p.c.). Altrimenti, il chirografo darebbe ingresso ad un arbitrato irrituale o libero<sup>10</sup>.

italiano, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 459 ss.; PUNZI, *L'arbitrato nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, 327 ss.; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, I, 220 ss.

7 Così, ad esempio, Cass. 1 dicembre 1979, n. 6277; Cass. 16 settembre 1978, n. 5287.

8 In questo senso, v. Cass. 15 luglio 1957 n. 2775 e, in dottrina, CARNACINI, *Arbitrato rituale*, cit., 906; PUNZI, *L'arbitrato nel diritto italiano*, cit., 339; ID., *Disegno sistematico*, cit., 221.

9 Nel testo originario, infatti, il 2° comma dell'art. 808 c.p.c. prevedeva: “*La clausola compromissoria non può essere inserita nei contratti collettivi di lavoro, negli accordi economici o nelle norme equiparate. E' altresì nulla la clausola contenuta in qualunque specie di contratto, con la quale si sottraggono alla competenza dei giudici ordinari le controversie indicate nell'articolo 467*”. Modificato prima dall'art. 5 della legge 11 agosto 1973 n. 533, e poi a seguito dell'ulteriore intervento dell'art. 43 del d.lg. 31 marzo 1998 n. 80, il nuovo art. 806, 2° comma, c.p.c. dispone ora che “*le controversie di cui all'art. 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro*”.

10 Vedi, RIGHETTI, *Il procedimento di liquidazione delle avarie comuni*, in *Trattato di diritto marittimo* di G. Righetti, IV, Milano, 1999, 516; LUISO, *Diritto processuale civile*, V, 6° ed., Milano, 2011, 101 ss.

## 2. LA TRADIZIONALE DISTINZIONE FRA ARBITRATO RITUALE E ARBITRATO IRRITUALE

Nell'impostazione tradizionale adottata soprattutto dalla giurisprudenza italiana susseguentemente alla surrichiamata sentenza della Corte di Cassazione di Torino del 27 dicembre 1904, l'elemento distintivo fra le due diverse figure di arbitrato risiede sostanzialmente nel fatto che l'arbitrato rituale sarebbe caratterizzato dall'esplicazione di una vera e propria funzione giurisdizionale, benché considerata come una "giurisdizione privata". Al contrario, sarebbe irrituale l'arbitrato che non comporta esercizio di un'attività giurisdizionale e che si configura quale mandato negoziale con cui, nell'esercizio della loro "autonomia negoziale", le parti conferiscono ad un soggetto terzo il potere di "disporre dei propri diritti", più precisamente di comporre una lite con un accertamento sostitutivo della loro volontà e quindi con la redazione di un atto negoziale direttamente riconducibile alla loro volontà e, come tale, per esse vincolante<sup>11</sup>.

In sostanza, secondo questo orientamento tradizionale, l'arbitrato irrituale viene quindi a delinearsi come la "determinazione affidata ad un terzo del contenuto di una transazione, impegnandosi le parti ad accettare il risultato dell'opera del terzo come se lo avessero voluto esse stesse direttamente"<sup>12</sup>. Sempre in quest'ottica, benché non siano mancati riconoscimenti di una similitudine sia funzionale che strutturale fra i due istituti, è stato altresì precisato che, mentre l'arbitrato rituale verrebbe ad estrinsecarsi in un procedimento a carattere "aggiudicativo", ossia un vero e proprio "giudizio", quello irrituale costituirebbe invece né più né meno che un semplice negozio di diritto sostanziale, assimilabile in particolare al contratto di transazione (art. 1965 c.c.).

In altre parole, come è stato precisato, all'arbitro irrituale verrebbe conferito il potere di *disposizione del diritto* o di *transazione* della lite: "qui il terzo non decide la controversia, non accerta chi ha ragione e chi ha torto, non accoglie o respinge la domanda, ma interviene, in sostituzione della parte, nella stipulazione del contratto al fine di 'costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale' (art. 1321 cod. civ.) o di porre fine ad una lite o di prevenirla, non con l'accoglimento o il rigetto delle pretese delle parti, ma con 'reciproche concessioni'"<sup>13</sup>.

Un esempio significativo, ma anche emblematico, di questa concezione tradizionale dell'arbitrato irrituale è dato dal c.d. "biancosegno"<sup>14</sup>, che consiste in uno o più fogli già firmati in bianco dalle parti in lite che le stesse affidano ad un terzo-arbitro perché questi, senza alcuna formalità di procedura, li riempia con la sua determinazione. Peraltro, come è stato correttamente sostenuto, questa determinazione non può prescindere dal rispetto di un minimo di contraddittorio, in modo che le parti possano sempre far sentire all'arbitro le rispettive ragioni<sup>15</sup>.

Tuttavia, la dottrina e, in parte, anche la giurisprudenza italiane tendono ora a riconsiderare il suesposto orientamento tradizionale concordando su una progressiva emersione di omogeneità delle due *species* di arbitrato fino, per alcuni, a pervenire ad una sostanziale *reductio ad unum* delle stesse<sup>16</sup>; tanto che, da qualche tempo, sembra andare assottigliandosi la residua reale differenza fra arbitrato rituale e libero<sup>17</sup>: distinzione che viene ravvisata in pratica soltanto sul piano degli effetti della pronuncia del lodo, di carattere giurisdizionale nell'un caso, meramente negoziale nell'altro.

Infatti, la distinzione fra queste due figure di arbitrato non può fondarsi sull'assunto di una differenza

11 Come evidenziato da ALPA, op. ult. cit., "l'autonomia delle parti è definita, infatti, come "potere di disporre dei propri diritti", potere che si esprime mediante modalità "negoziali", correlate cioè alla espressione della volontà di vincolarsi reciprocamente. Questo vincolo ... è riconosciuto dall'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.) che conferisce ad esso forza "di legge" ex art. 1372 c.c."

12 LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, 11-12.

13 Vedi PUNZI, op. ult. cit., 54; cfr. anche CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Bologna, 1998, II, 118 ss.

14 In argomento, v. diffusamente GALLETTO, *Il biancosegno*, in *Arbitrato. Profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, a cura di ALPA e VIGORITI, Torino, 2013, 237 ss.; PUNZI, op. ult. cit., 55 ss.

15 In questo senso, FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1994, 516, nonché la prevalente giurisprudenza, ad esempio, Cass. 5 marzo 1992 n. 2650, in *Riv. arb.*, 1993, 48 con nota di FAZZALARI. Secondo MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 10, nota (13), l'esigenza minima di contraddittorio che si impone anche nel "biancosegno" si identificerebbe con l'indicazione all'arbitro dei "termini della controversia", cioè non con una regola procedimentale, ma con un requisito sostanziale del negozio di "compromesso per arbitrato libero" inerente alla determinazione o determinabilità del suo oggetto.

16 Cfr., ad esempio, RUFFINI, *Arbitrato (Dir. proc. civ.)*, in *Il Diritto, Enc. Giur. Sole 24 Ore*, Milano, 2007, I, 554; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 101 ss.; SASSANI, *Arbitrato irrituale*, in *Dig. Civ., Disc. Priv., Agg.*, I, Torino, 2007, 112.

17 Si chiede giustamente ALPA, op. ult. cit., se l'arbitrato costituisca una figura *unitaria* (avendo una essenza processuale) che conosce due modalità espressive, l'una rituale l'altra non rituale, oppure se si possa ancora pensare all'istituto in prospettiva *dualistica*.

ontologica fra le stesse, dal momento che, a ben vedere, entrambe, non solo quella dell'arbitrato irrituale, hanno natura privatistica. Né tantomeno sull'affermazione che soltanto l'arbitrato rituale darebbe corso ad un processo su una controversia sfociante nel giudizio di un arbitro; invero, nella prassi, anche l'arbitrato irrituale consiste in un vero e proprio procedimento, quantunque meno *formale* del primo, il cui epilogo è in ogni caso costituito da una determinazione dell'arbitro che definisce la lite.

E' innegabile quindi che la funzione di risolvere, nel senso di giudicare e decidere (*jus dicere*), una controversia, una lite insorta, caratterizza anche la figura dell'arbitrato irrituale, che quindi può dirsi assolvere anch'esso alla funzione di un giudizio-decisione non soltanto secondo equità, ma anche secondo diritto<sup>18</sup>; mentre del giudizio potrebbe, forse, non avere tutti i caratteri strutturali, poiché, sotto questo profilo, l'arbitrato libero unisce, in diverse possibili combinazioni secondo la scelta delle parti, i caratteri della transazione con quelli procedurali del giudizio, tra i quali ultimi rimane comunque essenziale il rispetto del contraddittorio<sup>19</sup>.

In ogni caso, com'è stato autorevolmente osservato, *“anche nell'arbitrato libero, la parte, ciascuna delle parti, non vuol concedere qualcosa, non vuole transigere e ... se l'arbitro libero deve giudicare secondo il diritto e, secondo il diritto, una delle parti ha torto al cento per cento è impossibile parlare di transazione. Il vero è che anche nell'arbitrato libero la parte, che nulla vuol concedere, chiede, tuttavia, la giusta composizione della controversia, chiede che venga individuata la soluzione giusta 'secondo diritto' o 'secondo equità', soluzione che deve divenire vincolante per tutte le parti”*<sup>20</sup>.

L'arbitrato irrituale si configura, in sostanza, come la composizione di una lite che, nel suo momento formativo, presenta generalmente taluni caratteri del giudizio ed in cui contenuto concreto è determinato dall'arbitro o dagli arbitri a cui le parti avevano in precedenza affidato il compito (spesso definito quale “mandato a transigere”) di comporre, con un giudizio in contraddittorio e per lo più, ma non esclusivamente, equitativo, la controversia fra di esse insorta e dando talora, ma non necessariamente, a questo giudizio la forma della transazione<sup>21</sup>.

Che cosa allora distingue veramente l'istituto dell'arbitrato irrituale da quello disciplinato dal nostro codice di rito? Principalmente il fatto che soltanto in questo secondo genere di arbitrato il lodo – ossia la decisione degli arbitri – è suscettibile di acquisire gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (art. 824-*bis* c.p.c.) nonché di essere reso esecutivo (art. 825 c.p.c.).

Il lodo irrituale, invece, pur assolvendo anch'esso normalmente ad una funzione decisoria (come già detto, per lo più equitativa), rimane ben distinto dalla sentenza giudiziale, alla quale non potrà mai essere assimilato e della quale non potrà mai acquisire né l'efficacia esecutiva né l'attitudine ad essere assoggettato ai mezzi d'impugnazione propri delle medesime sentenze.

A quest'ultimo riguardo, anteriormente all'introduzione del nuovo art. 808-*ter* c.p.c., giurisprudenza e dottrina ritenevano che, essendo il lodo irrituale considerato alla stregua di un contratto, gli unici rimedi configurabili contro una tale decisione sarebbero state le impugnazioni che trovano fondamento nello stesso diritto sostanziale, ossia i mezzi previsti per l'impugnazione dei contratti (artt. 1416 ss., 1425 ss. c.c.) o, più specificatamente, della transazione (artt. 1966, 2° comma, 1969 ss. c.c.). Tra questi, vanno annoverati i motivi di annullamento del contratto che attengono, in particolare, oltre alla violazione dei limiti del mandato, all'errore essenziale (artt. 1428 e 1429 c.c.), in pratica il c.d. “travisamento di fatto” che consiste nell'errore revocatorio di cui all'art. 395, n. 4. c.p.c., ossia in un'alterata percezione o a una falsa rappresentazione della realtà sottoposta all'esame degli arbitri<sup>22</sup>, escluso l'errore di giudizio.

18 La nostra Suprema Corte ha, infatti, riconosciuto la validità di un lodo irrituale ove gli arbitri si sono pronunciati secondo diritto: v., ad esempio, Cass. 1 aprile 2011 n. 7574.

19 FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 127 ss.

20 Così PUNZI, op. ult. cit., 75.

21 Precisa, al riguardo, PUNZI, op. ult. cit., 77, che *“quando ... le parti conferiscono ad uno o più terzi non il potere di giudicare e decidere la controversia, bensì di disporre del diritto – con rinunce, con aliquid datum ed aliquid retentum e quindi con poteri transattivi ovvero con poteri conciliativi – siamo fuori dell'area dell'arbitrato”*.

22 Secondo Cass. 19 agosto 1992 n. 9654, quest'errore si tradurrebbe in una “deviazione della formazione della volontà degli arbitri da un'alterata percezione o falsa rappresentazione”.

### 3. GLI EFFETTI DELLA STIPULAZIONE DI UNA VALIDA CONVENZIONE PER ARBITRATO IRRITUALE

Secondo l'insegnamento tradizionalmente prevalente della giurisprudenza italiana di legittimità, l'accordo con cui le parti deferiscono ad arbitri rituali o irrituali il compito di dirimere la controversia fra loro già insorta o che potrebbe in futuro insorgere, comporterebbe una vera e propria "rinuncia alla giurisdizione". In particolare, la Suprema Corte italiana aveva avuto modo di stabilire che "l'arbitrato, sia rituale che irrituale, costituisce espressione di autonomia negoziale e rinviene il suo fondamento nel potere delle parti di disporre dei diritti soggettivi rinunciando alla giurisdizione ed all'azione giudiziaria"<sup>23</sup>, con la conseguenza che si verrebbe a porre "una questione non di giurisdizione ma di merito"<sup>24</sup> dalla quale discenderebbe una "improponibilità della domanda per rinuncia all'azione"<sup>25</sup> da rilevarsi soltanto su istanza di parte<sup>26</sup>.

Ora, se ad un simile indirizzo si potrebbe in qualche modo aderire relativamente alla convenzione per arbitrato irrituale, giacché in effetti con questa le parti intendono sottrarre la risoluzione della propria lite alla *potestas iudicandi* del giudice ordinario, ponendosi invece esse sul piano nella disposizione dei propri diritti nell'ambito dell'autonomia negoziale, per contro lo stesso orientamento appare assolutamente non condivisibile per quel che riguarda l'arbitrato rituale.

Infatti, con l'affidare ad arbitri rituali il compito di dirimere la controversia le parti non rinunciano in alcun modo alla giurisdizione, nel senso proprio di *ius dicere*; semplicemente, intendono ricorrere ad uno strumento pur sempre a carattere giurisdizionale ma alternativo alla via giudiziaria statale, facendola cioè decidere da "giudici privati".

In primo luogo, che, a dispetto della tesi propugnata come sopra dalla Corte di Cassazione italiana, i rapporti dei giudici nazionali con l'arbitrato (rituale) estero vertano sotto il profilo dei rapporti di giurisdizione appare evidente dall'art. 4, 2° comma della legge italiana di diritto internazionale privato e processuale n. 218/95, in forza del quale "la giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un *arbitrato estero* se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili".

Inoltre, per quel che concerne l'arbitrato rituale domestico, il legislatore italiano della riforma dell'arbitrato del 2006 è stato ben chiaro nel voler inquadrare i rapporti fra autorità giudiziaria statale ed arbitri rituali nel segno della *competenza*, così come espressamente dichiarato e disciplinato dall'art. 819-ter c.p.c.

Non solo. Come s'è già osservato, il lodo pronunciato in un arbitrato rituale è suscettibile di acquisire gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria (art. 824-bis c.p.c.), nonché di essere reso esecutivo attraverso il procedimento del deposito (art. 825 c.p.c.).

Più di recente, la Suprema Corte, in diverse occasioni, ha avuto modo di ribadire che tanto l'arbitrato rituale quanto quello irrituale hanno "natura privata" per poi precisare che, pertanto, la differenza tra l'uno e l'altro non può fondarsi sull'idea che con il primo le parti abbiano affidato agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice, ma va ravvisata nel fatto che, nell'arbitrato rituale, le parti vogliono che si pervenga ad un

23 Cass. 8 ottobre 2008, n. 24886. Nello stesso senso, vedi, anche, recentemente Trib. Roma 17 giugno 2013: "la deduzione dell'esistenza di un compromesso o di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale non implica una questione di giurisdizione, derivandone, invece, l'improponibilità della domanda per rinuncia all'azione. Ed infatti, mediante l'arbitrato de quo è demandato agli arbitri l'espletamento di un'attività negoziale in sostituzione delle parti e giammai l'esercizio di una funzione di natura giurisdizionale".

24 Vedi Cass. S.U. 5 gennaio 2007 n. 35, secondo cui, in presenza di una clausola compromissoria per arbitrato estero, non si può parlare di deroga alla giurisdizione e quindi non si pone una questione di giurisdizione, bensì di merito "inerente all'accertamento, da effettuarsi dal giudice fornito di giurisdizione secondo i normali criteri, della validità del patto prevedente l'arbitrato estero, che comporta la rinuncia ad ogni tipo di giurisdizione, sia essa italiana o straniera". Nella stessa scia, v. anche Cass. 21 ottobre 2009, n. 22236, ha stabilito che "in presenza di un compromesso o di una clausola compromissoria per arbitrato estero, si pone una questione non di giurisdizione - posto che il "dictum" arbitrale è un atto di autonomia privata, non esercitando gli arbitri funzioni giurisdizionali - ma di merito, inerente all'accertamento, da parte del giudice fornito di giurisdizione secondo i normali criteri di sua determinazione, della validità del patto prevedente l'arbitrato estero, il quale comporta la rinuncia ad ogni tipo di giurisdizione, sia essa italiana o straniera".

25 In questo senso, vedi anche, recentemente, Appello Roma 7 febbraio 2013, nonché Trib. Roma 17 giugno 2013: "la deduzione dell'esistenza di un compromesso o di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale non implica una questione di giurisdizione, derivandone, invece, l'improponibilità della domanda per rinuncia all'azione. Ed infatti, mediante l'arbitrato de quo è demandato agli arbitri l'espletamento di un'attività negoziale in sostituzione delle parti e giammai l'esercizio di una funzione di natura giurisdizionale". Inoltre, secondo Cass. 4 marzo 2011 n. 5265 "l'improponibilità della domanda a causa della previsione d'una clausola compromissoria per arbitrato irrituale è rilevabile non già d'ufficio, ma solo su eccezione della parte interessata".

26 Infatti, secondo Cass. 4 marzo 2011 n. 5265 "l'improponibilità della domanda a causa della previsione d'una clausola compromissoria per arbitrato irrituale è rilevabile non già d'ufficio, ma solo su eccezione della parte interessata".

lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 824-bis c.p.c., con l'osservanza delle regole del procedimento arbitrale, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono demandare all'arbitro la soluzione di controversie – insorte o che possano insorgere in relazione a determinati rapporti giuridici – soltanto attraverso lo strumento negoziale, con cui le parti si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come l'espressione della propria volontà<sup>27</sup>.

#### 4. IL NUOVO ARTICOLO 808-TER C.P.C.<sup>28</sup>

Anteriormente all'introduzione nell'ordinamento processuale civile italiano del nuovo art. 808-ter c.p.c. attuata dalla riforma del d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, in giurisprudenza estremamente dibattuta appariva la questione relativa ai criteri d'individuazione, in presenza di un accordo compromissorio, dell'effettiva volontà delle parti riguardo alla scelta dell'arbitrato rituale oppure di quello irrituale<sup>29</sup>.

Invero, il problema si poneva con una certa frequenza, in quanto non sempre era agevole stabilire, di primo acchito, per quale specie di arbitrato le parti avessero optato in concreto, nel caso in cui queste non ne avessero specificato chiaramente il genere oppure avessero espresso una volontà non inequivoca.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza italiana, in tali evenienze l'interpretazione dell'accordo compromissorio avrebbe dovuto tendere ad indagare ed accertare l'effettiva volontà delle parti (ricostruita secondo le ordinarie regole di ermeneutica contrattuale), senza cioè limitarsi al mero criterio letterale, potendo le espressioni letterali usate essere integrate anche dal comportamento tenuto dagli stessi contraenti nelle trattative, nella formulazione dei quesiti e nelle discussioni svoltesi nel corso del giudizio arbitrale<sup>30</sup>.

In altre pronunce, la Corte di Cassazione, dopo aver esaminato il tenore della clausola compromissoria ed il testo a cui essa inerisce, precisava che gli elementi prettamente letterali non risulterebbero decisivi allorché in essi ricorrano tanto espressioni tipiche di chi vuol demandare agli arbitri un giudizio quanto altre locuzioni che lascino, invece, intuire la volontà di una sistemazione negoziale. In tali eventualità, i giudici di legittimità ritenevano che si dovesse, allora, procedere con il metodo di “pesare” le varie indicazioni contrapponendo quelle solite dell'uno e dell'altro tipo e cercando di cogliere l'incidenza di quelle più o meno neutre: quali, ad esempio, quelle che impongono l'equità come regola di giudizio, oppure l'esonero dalle formalità di rito o ancora la previsione della non impugnabilità del lodo<sup>31</sup>.

In ogni caso, il criterio maggiormente impiegato dalla Suprema Corte italiana al fine di propriamente distinguere fra arbitrato rituale ed irrituale è quello che si fonda sugli effetti che si intendono conferire al lodo. Sarebbe quindi “rituale” quello in cui le parti abbiano chiesto agli arbitri una pronuncia sostitutiva di quella propria del giudice e suscettibile di ottenere, attraverso l'eventuale deposito del lodo, efficacia esecutiva. Per converso, sarebbe “irrituale” l'arbitrato ove agli arbitri sia stato conferito un mandato a definire la controversia con un lodo destinato ad incidere sul piano meramente contrattuale con una decisione riconducibile alla volontà dei mandanti<sup>32</sup>.

Sempre sulla scia dell'orientamento tradizionale della giurisprudenza italiana, qualora fosse persistito un dubbio nell'interpretazione della effettiva volontà delle parti, si sarebbe allora dovuto propendere per la qualificazione della fattispecie in termini di arbitrato irrituale, “*tenuto conto del carattere del tutto eccezionale*

27 In questo senso, Cass. 18 novembre 2015 n. 23629; Cass. 12 ottobre 2009, n. 21585; Cass. S.U. 3 agosto 2000 n. 527.

28 In generale, sull'argomento, vedi l'ampia analisi di SALVANESCHI, *Arbitrato (artt. 806 – 840). Commentario del Codice di Procedura Civile*, Bologna, 2014, 150 ss.

29 In argomento, v. CURTI, *L'arbitrato irrituale*, Torino, 2004, 47 ss.

30 Cass. 29 marzo 1991, n. 3427.

31 Cass. 4 ottobre 1994, n. 8075. Ad esempio, era stato ritenuto rilevante a favore della natura rituale dell'arbitrato l'uso nella clausola compromissoria di espressioni proprie del procedimento giurisdizionale, quali espressioni terminologiche congruenti con l'attività del “giudicare” e con il risultato di un “giudizio” in ordine ad una controversia: vedi Cass. 1 febbraio 1999, n. 833; Cass. 14 aprile 1992, n. 4528.

32 Cass. 12 ottobre 2009, n. 21585; Cass. 22 maggio 1999, n. 4977; Cass. 21 maggio 1999, n. 5954; v. anche Cass. 18 novembre 2015 n. 23629, secondo cui proprio perché la qualificazione dell'arbitrato incide sull'ammissibilità dell'impugnazione della decisione arbitrale, la Cassazione, al fine di determinare la natura rituale o irrituale dell'arbitrato, ha il potere di accertare direttamente, come giudice del fatto (attraverso l'esame degli atti e degli elementi acquisiti al processo, ferma restando l'esclusione di nuove acquisizioni probatorie), la volontà delle parti espressa nella clausola compromissoria.

*dell'arbitrato rituale introduttivo, pur sempre, di una deroga alla competenza del giudice ordinario*<sup>33</sup>.

A ben vedere, tuttavia, in questo caso il ragionamento dei giudici di legittimità si dimostrava del tutto incongruente. Intanto, con la scelta dell'arbitrato libero il giudice ordinario viene ancor più spogliato della *potestas iudicandi*, ossia dell'attività giurisdizionale di cognizione, per cui proprio questo istituto, quindi, andrebbe considerato di carattere "eccezionale". Inoltre, non si comprende perché, riconosciuto dalla legge alle parti il potere di derogare la competenza del giudice ordinario mediante il deferimento ad arbitri rituali della decisione di una controversia, il mancato ricorso alla via giudiziaria debba essere considerata un'eccezione. Infine, non va sottaciuto il fatto che soltanto l'arbitrato rituale assicura alle parti una serie di garanzie che sono invece ignote nell'ambito dell'arbitrato libero.

In questo quadro, il nuovo art. 808-ter c.p.c. ha avuto quantomeno il merito di imporre il principio inverso in base al quale soltanto nella certezza che le parti si siano espresse a che la controversia sia definita da arbitri mediante una determinazione contrattuale, l'arbitrato sarà da considerarsi *irrituale*, altrimenti dovrà prevalere la forma *rituale*: "le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'art. 824-bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo".

Come può intravedersi da un raffronto con gli artt. 807 e 808 c.p.c., questa disposizione pare non prescrivere che l'accordo compromissorio per arbitrato irrituale debba rivestire la forma scritta "a pena di nullità". Già in precedenza, la nostra giurisprudenza riteneva che, in caso di arbitrato irrituale, la forma scritta *ad substantiam* fosse vincolante solo nel caso di clausola inserita in contratti formali ai sensi dell'art. 1350 c.c.<sup>34</sup>. In tale ottica, è stato altresì precisato che "la clausola compromissoria per arbitrato irrituale, anche quando la forma scritta sia richiesta soltanto ad probationem, necessita comunque di una espressa approvazione da parte dei contraenti"<sup>35</sup>.

Inoltre, nel suo ultimo comma, la disposizione in esame dispone chiaramente che al lodo irrituale non potrà mai essere concessa efficacia esecutiva a seguito del procedimento di deposito presso la cancelleria del tribunale competente disciplinato dal successivo art. 825 c.p.c.

Infine, nel 2° comma, questa norma detta una serie di motivi di annullamento del lodo irrituale, afferenti segnatamente *errores in procedendo*, proponibili in un'azione davanti al giudice di primo grado competente secondo le disposizioni generali del libro I del codice di procedura civile:

- a. l'invalidità della convenzione arbitrale
- b. la pronuncia degli arbitri su conclusioni che esorbitano dai loro limiti (con la conseguente violazione del principio della "corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato")
- c. i vizi nelle forme e modi di nomina degli arbitri
- d. l'incapacità ad essere arbitro ex art. 812 c.p.c.
- e. la violazione delle regole procedurali dettate dalle parti come condizione di validità del lodo
- f. la violazione del principio del contraddittorio<sup>36</sup>.

## 5. ALTRI MOTIVI DI IMPUGNAZIONE DEL LODO IRRITUALE DI NATURA NEGOZIALE

In aggiunta ai surriportati motivi di annullamento per specifici *errores in procedendo*, così espressamente elencati dall'art. 808-ter c.p.c., il lodo irrituale può altresì essere impugnato, sempre davanti al giudice di

33 Così, Cass. 23 giugno 1998, n. 6248; nello stesso senso, v. anche Cass. 17 giugno 1993, n. 6757. *Contra*, invece, Cass. 1 febbraio 1999, n. 833, che precisa, quantunque in un *obiter dictum*, che "l'arbitrato libero non ha la minore incisività derogatoria che ad essa era iscritta prima della evoluzione dogmatica e normativa dell'istituto", ma è anzi caratterizzato da una maggiore incisività derogatoria in quanto la sua scelta ad opera delle parti esclude del tutto la *potestas iudicandi* del giudice statale.

34 Vedi, ad esempio, Cass. 5 settembre 1992 n. 10240.

35 Così, Cass. 12 settembre 2011 n. 18679.

36 Secondo Cass. 18 settembre 2001 n. 11678, la violazione del principio del contraddittorio si risolverebbe in un "abuso di mandato". Vedi, anche, App. Roma 12 luglio 2011, a detta della quale "nell'arbitrato irrituale, il contraddittorio delle parti si realizza assicurando alle stesse le possibilità di svolgere l'attività assertiva e deduttiva, in qualsiasi modo e tempo, sulle questioni oggetto del contendere, ovvero in relazione agli elementi utilizzati dall'arbitro per giungere alla sua pronuncia".



primo grado, per ulteriori motivi di nullità o annullamento di natura prettamente negoziale, quali ad esempio:

- a. la violenza o il dolo (artt. 1434 e 1438 c.c.)
- b. l'errore essenziale (artt. 1428 e 1429 c.c.)
- c. l'incapacità delle parti (art. 1425 c.c.)
- d. la violazione del mandato ricevuto in relazione ai poteri demandati agli arbitri (c.d. «eccesso di potere»).

Con riferimento, in particolare, all'errore essenziale che consentirebbe l'impugnazione del lodo irrituale, la Suprema Corte italiana ha avuto modo di precisare che questo deve concretarsi in un vero e proprio "travisamento di fatto", ossia in un errore revocatorio ex art. 395, n. 4, c.p.c., in pratica in una "deviazione della formazione della volontà degli arbitri da un'alterata percezione o falsa rappresentazione della realtà e degli elementi di fatto sottoposti al loro esame"<sup>37</sup>.

Al contrario, si ritiene che il lodo irrituale non sia impugnabile né per eventuali vizi relativi alla "motivazione" della pronuncia<sup>38</sup>, né vieppiù per "errores in iudicando"<sup>39</sup>.

Ancora, sulla scorta di una prevalente giurisprudenza di legittimità, quand'anche il lodo irrituale fosse stato (erroneamente) depositato presso la cancelleria del tribunale e reso esecutivo ai sensi dell'art. 825 c.p.c., non sarebbe comunque ammissibile la sua impugnazione per nullità secondo la disciplina stabilita per il lodo rituale dall'art. 829 c.p.c., mentre risulterebbe esperibile la sola azione per opporre eventuali vizi del negozio, da proporre con l'osservanza delle norme ordinarie sulla competenza e del doppio grado di giurisdizione<sup>40</sup>.

Infine, in un'ottica non condivisibile di "prevalenza della forma sulla sostanza", la Corte di Cassazione ha affermato che il mezzo di impugnazione del lodo arbitrale – rituale o irrituale – deve essere concretamente individuato in base alla natura dell'atto concretamente posto in essere dagli arbitri e non del tipo di arbitrato come previsto dalle parti. Di conseguenza, se gli arbitri avessero pronunciato un lodo irrituale nonostante alcune parti sostenessero di avere, in realtà, pattuito una clausola per arbitrato rituale, il lodo medesimo non potrà essere impugnato innanzi alla Corte d'Appello, a norma degli artt. 828 ss. c.p.c., sia pur per far valere il carattere rituale dello stesso, ma dovrà esserlo in base alle norme ordinarie sulla competenza e con l'osservanza del doppio grado di giurisdizione, facendo valere i vizi di manifestazione della volontà negoziale<sup>41</sup>.

## 6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Giunti all'epilogo della nostra breve trattazione sull'istituto dell'arbitrato irrituale, ci si può allora chiedere se ha ancora senso mantenere questo istituto nell'ordinamento italiano e se, pertanto, possa condividersi la scelta attuata dal legislatore del 2006 che all'art. 808 *ter* c.p.c. ne ha addirittura operato una sorta di "codificazione".

La risposta non può che essere negativa. Infatti, oltre ai sempre esistiti problemi circa l'effettiva

37 Così, ad esempio, Cass. 19 agosto 1992 n. 9654. Cfr. anche Cass. 29 maggio 2013 n. 12418: "il lodo nell'arbitrato irrituale può essere impugnato per errore essenziale esclusivamente nell'ipotesi in cui la formazione della volontà degli arbitri sia stata deviata da un'alterata percezione o da una falsa rappresentazione della realtà e degli elementi di fatto sottoposti al loro esame, e non anche quando la violazione attenga alla valutazione di una realtà i cui elementi siano stati esattamente percepiti".

38 Vedi, Trib. Milano 27 settembre 2013: "il vizio di motivazione è un motivo di nullità ex art. 829, comma 1, c.p.c. previsto per l'arbitrato rituale che non rientra tra quelli deducibili come motivi di impugnazione dei lodi irrituali. Ed infatti questi ultimi possono essere oggetto di gravame solo mediante le impugnative di natura negoziale, vale a dire per violenza, dolo, incapacità delle parti o degli arbitri, errore essenziale e violazione del mandato ricevuto in relazione ai poteri demandati agli arbitri".

39 In questo senso, Tribunale Milano 27 settembre 2013: "il lodo emesso in relazione all'arbitrato irrituale non è censurabile per *errores in iudicando*, neppure ove questi consistano in un'erronea interpretazione dello stesso contratto stipulato dalle parti e da cui ha avuto origine il mandato agli arbitri".

40 Cassazione 31 ottobre 2013 n. 24552: "poiché nell'arbitrato irrituale le parti intendono affidare all'arbitro la soluzione di una controversia mediante uno strumento strettamente negoziale ... non è ammissibile l'impugnazione per nullità di un lodo, ancorché il provvedimento sia stato depositato e reso esecutivo ai sensi dell'art. 825 c.p.c., mentre è legittimamente esperibile la sola azione per eventuali vizi del negozio, da proporre con l'osservanza delle norme ordinarie sulla competenza e del doppio grado di giurisdizione".

41 In questo senso, v. Cassazione 8 novembre 2013 n. 25258. Vedi anche, nell'ipotesi speculare, Cass. 24 marzo 2013 n. 6482 e Trib. Milano 11 ottobre 2012, secondo cui "ove gli arbitri abbiano ritenuto la natura rituale dell'arbitrato, ed abbiano pertanto provveduto nelle forme di cui all'art. 816 c.p.c. e ss., l'impugnazione del lodo, anche se diretta a far valere la natura irrituale dell'arbitrato e i conseguenti "errores in procedendo" commessi dagli arbitri, va proposta davanti alla corte d'appello ai sensi dell'art. 827 c.p.c. e ss., e non nei modi propri dell'impugnazione del lodo irrituale, ossia davanti al giudice ordinariamente competente". Ancora, secondo Cass. 4 settembre 2012 n. 14788, il giudice d'appello può giudicare sulla validità del lodo in sede di impugnazione ex art. 828 c.p.c. soltanto se si tratta di un lodo rituale, mentre non è ammissibile una tale impugnazione in presenza di un lodo irrituale e ciò anche se si propone l'impugnazione del lodo allegando la nullità della clausola compromissoria.

indipendenza ed imparzialità degli arbitri di parte nell'arbitrato irrituale<sup>42</sup>, adesso grazie anche alle più significative riforme dell'arbitrato del 1983, 1994 e 2006, sono sostanzialmente venuti meno gran parte di quei vantaggi di cui esso poteva inizialmente godere rispetto all'arbitrato rituale e che, come s'è visto sopra, ne hanno determinato la nascita e favorito la diffusione. In particolare:

- a. sono ormai venute meno l'esasperata "processualizzazione" e le rigidità formalistiche che caratterizzavano l'arbitrato rituale nel codice di rito del 1865 e ancor più nel testo originario di quello del 1940;
- b. anche sotto il profilo fiscale, dopo che a seguito della riforma del 1994 non è più necessario procedere al deposito del lodo rituale per la sua validità e neppure per poterlo impugnare davanti alla Corte d'Appello, ma, ai sensi dell'art. 825 c.p.c., soltanto per fargli attribuire efficacia esecutiva (c.d. *exequatur*), l'arbitrato irrituale presenta ora un regime sfavorevole in quanto il "contratto" che ne discende richiede la sua registrazione;
- c. anche riguardo alla "arbitrabilità attenuata"<sup>43</sup> di alcune controversie, quali quelle previste dall'art. 409 c.p.c., le precedenti limitazioni sono andate decisamente scemando con la riforma del 2006, che ha modificato gli artt. 808 e 806 c.p.c., stabilendo che tali controversie siano deferibili ad arbitri "solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro";
- d. infine, sempre a seguito della riforma del 2006, che ha modificato il regime dell'impugnazione del lodo rituale per *errores in iudicando* ex art. 829, 3° comma, c.p.c., non si può più fondatamente sostenere che il lodo irrituale goda di una maggiore "stabilità".

Al contrario, l'arbitrato irrituale conserva tutti quegli svantaggi che ne farebbero legittimamente auspicare la definitiva scomparsa, quali l'impossibilità di attribuire al lodo irrituale efficacia esecutiva ex art. 825 c.p.c., da cui consegue che, in caso di inadempimento del soccombente alle sue statuizioni, la parte vittoriosa dovrà intraprendere un'azione giudiziale davanti al giudice di primo grado (eventualmente mediante un procedimento d'ingiunzione) al fine di ottenere un titolo giudiziale di condanna.

Non solo. L'istituto dell'arbitrato libero offre assai minori garanzie giurisdizionali tanto alle parti del procedimento quanto agli stessi arbitri.

Con riguardo alle prime, non può non stigmatizzarsi *in primis* che, secondo l'insegnamento della giurisprudenza italiana di legittimità, le disposizioni in materia di ricusazione degli arbitri dettate per l'arbitrato rituale dall'art. 815 c.p.c. non sono ritenute applicabili anche all'arbitrato libero<sup>44</sup>, con la ulteriore conseguenza che "in difetto di connotato pubblicistico, non sussiste in tal caso un principio di ordine pubblico di imparzialità dell'arbitro"<sup>45</sup>. Va, poi, ricordato come per il lodo irrituale non sia richiesta necessariamente la motivazione; per cui, a differenza del lodo rituale, questo non è impugnabile per eventuali vizi relativi alla "motivazione" della pronuncia<sup>46</sup>.

Infine, la prevalente giurisprudenza considera che agli arbitri irrituali non sarebbe consentito il ricorso al procedimento speciale di liquidazione dei compensi previsto dall'art. 814, 2° comma, c.p.c., dal momento che, secondo l'interprete, questo strumento speciale, finalizzato a far valere davanti al Presidente del Tribunale le pretese creditorie legate all'attività svolta e ad ottenere rapidamente un'ordinanza non impugnabile che costituisce titolo esecutivo, sarebbe disponibile soltanto a favore degli arbitri rituali<sup>47</sup>.

42 Soprattutto quando, in passato, gli arbitri venivano designati nell'ambito dello stesso ceto mercantile a cui appartenevano le parti in lite.

43 Così LA CHINA, L'arbitrato ..., cit., 47.

44 Cass. 13 giugno 2002 n. 8472.

45 Cass. 25 giugno 2005 n. 13701.

46 Vedi sopra nota (33).

47 In merito, v. Cass. 16 maggio 1997 n. 4347.

# LAS INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS EN EL PROCESO PENAL CHILENO

**Enrique Letelier Loyola**  
Universidad de Valparaíso (Chile)

## 1. INTRODUCCIÓN

A partir de hechos muy recientes que involucran a la policía chilena<sup>1</sup>, es necesario reflexionar detenidamente sobre algunas preguntas que rodean la técnica policial de las escuchas, interceptaciones y grabaciones telefónicas, tan utilizadas no solo en la investigación de grandes redes de criminalidad organizada, como tráfico de drogas, terrorismo o trata de personas, sino también en la de otras conductas delictuosas que, por su modalidad comisiva, se sirven de la comunicación entre los agentes del delito. Desde el punto de vista de la eficiencia de la técnica, parece poco cuestionable que esta actividad investigativa sea de gran utilidad para la investigación de algunos delitos, en sus diversas fases de ejecución, y para la recopilación de las evidencias que el Estado persecutor, en esta etapa de investigación preliminar. Incluso más, no es infrecuente que la interceptación de comunicaciones telefónicas sea utilizada y así diseñada como una herramienta dirigida a la prevención de delitos o, al menos, a la evitación de sus resultados lesivos; de ahí que los sistemas consideren normas que regulan diversas formas de vigilancia y espionaje, acústicos y visuales, pequeñas y grandes escuchas, que involucran no solo comunicaciones bidireccionales sino también de múltiples partícipes, en espacios abiertos y cerrados.<sup>2</sup>

Pero, por otra parte, es evidente también que esta técnica investigativa, al invadir la esfera de privacidad de los sujetos pasivos, pone en tensión el legítimo interés del Estado en la persecución penal con el respeto, sin límites ilegítimos, de los derechos a la intimidad y privacidad, reconocidos como fundamentales y garantizados en favor de los sujetos particulares por normas de rango constitucional y convencional; la técnica de interceptación telefónica, así como otras técnicas intrusivas, violentan una *expectativa razonable de intimidad*, noción que se ha ido desarrollando al tiempo que se admite la interferencia, por los medios de comunicación y las nuevas tecnologías, en los núcleos centrales de la esos derechos.<sup>3</sup> Por lo mismo, no son pocos los casos en que las evidencias provenientes de escuchas telefónicas declaradas ilegales, por haberse obtenido con infracción de derechos fundamentales, sean desechadas por el sistema y neutralizadas en su valor probatorio por aplicación del estatuto de la prueba ilícita.

## 2. LA INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES COMO LÍMITE AL DERECHO A LA PRIVACIDAD

Bajo pretexto de la realización de un interés social, el Estado puede invadirla esfera privada de los individuos, premunido de algunas potestades que otorga la ley.<sup>4</sup>

El art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH) reconoció por primera vez el derecho a la intimidad, como derecho fundamental de toda persona, derecho que ha evolucionado desde una visión liberal (derecho para oponer a la injerencia de los medios) hacia una noción más acorde con el avance de las nuevas tecnologías de las comunicaciones (tutela activa de la privacidad). Otros pactos sobre

1 Nos referimos al conocido como “Operación Huracán”, que involucra a Carabineros de Chile con un sistema montado de interceptación ilegal de comunicaciones telefónicas en perjuicio de diversas personas, provocando, incluso, falsas imputaciones penales. La información puede verse en <https://ciperchile.cl/2018/04/05/operacion-huracan-la-secreta-casa-donde-se-hacian-centenares-de-escuchas-telefonicas-ilegales/>

2 Carbone (2008) 50 y sig.

3 *Vide* Guerrero Peralta (2011) 60 y sig., con explicación de la doctrina Katz, desarrollada a partir de la famosa decisión *Katz vs. U.S.* de 1967.

4 Pellegrini Grinover (2013) 101 – 101; Chiavario (2015) 394.

derechos humanos lo han reconocido también: la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) en su art. 8, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su art. 17 y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en su art. 11, como protección a la honra y la dignidad.

La evolución de los casos en que se despliega este derecho y su desarrollo por la doctrina y jurisprudencia constitucional, lleva a efectuar la distinción entre *derecho a la intimidad* y *derecho a la privacidad*, teniendo núcleos esenciales diversos: el primero como derecho de toda persona para resguardar del resto de la sociedad los espacios o aspectos de su existencia que decida (incluyendo el derecho a estar solo) y el segundo, como el derecho de toda persona para mantener en reserva algunos datos de su vida que no desea sean conocidos ni divulgados por otros.

La jurisprudencia internacional sobre protección de los derechos humanos se ha encargado de precisar que, en los casos de estas técnicas intrusivas de investigación criminal, los sistemas deben prever legalmente los casos en que ellas pueden ser decretadas y las razones que las justifican, estableciendo mecanismos de protección y garantía oportuna de los derechos, todo ello con el fin de evitar decisiones arbitrarias. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) lo ha resuelto así, recientemente, en el caso *Roman Zakharov v. Russia*, a propósito de la técnica de vigilancia encubierta con interceptación telefónica, declarando la violación del art. 8 de la CEDH.<sup>5</sup>

A su turno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), conociendo casos de escuchas telefónicas, ha fijado también estándares para que las injerencias en las conversaciones telefónicas privadas no sean abusivas en un Estado democrático. Así, en el caso *Escher y Otros vs. Brasil*, la CtIDH declaró que, para que las limitaciones a las comunicaciones privadas superen un análisis de convencionalidad, deben estar previstas expresamente en la ley, perseguir un fin legítimo, ser idóneas, necesarias y superar el *test* de proporcionalidad.<sup>6</sup>

Siguiendo una tendencia a la constitucionalización de los derechos de la personalidad y, entre ellos, el derecho a la intimidad<sup>7</sup>, la Constitución Política de la República de Chile de 1980 (CPR 1980) reconoce, en su art. 19 N° 4, el derecho a la privacidad y asegura a toda persona el respeto y protección a la vida privada y a la honra de las personas y su familia y, además, la protección de sus datos personales.<sup>8</sup> A su turno, el art. 19 N° 5 CPR asegura, a toda persona, que el hogar y de toda forma de comunicación privada son inviolables, dejando al legislador la regulación de las limitaciones e interferencias a este derecho.<sup>9</sup>

### 3. LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS EN EL CONTEXTO DE LA INVESTIGACIÓN PENAL EN CHILE

La ley procesal chilena no provee de un concepto de interceptación telefónica, cuestión no menor a la hora de preguntarse por el ámbito de aplicación, modalidades y efectos de esta medida intrusiva. Puestos en la necesidad de comprender su alcance, *stricto sensu*, nos parece adecuado que se le defina como *aquel acto de procedimiento que se efectúa mediante instrumentos técnicos de percepción y que tiende a captar el contenido de una conversación o de una comunicación secreta en curso entre dos o más personas, cuando la aprehensión misma*

5 “The Court concludes that Russian legal provisions governing interceptions of communications do not provide for adequate and effective guarantees against arbitrariness and the risk of abuse which is inherent in any system of secret surveillance, and which is particularly high in a system where the secret services and the police have direct access, by technical means, to all mobile telephone communications. In particular, the circumstances in which public authorities are empowered to resort to secret surveillance measures are not defined with sufficient clarity. Provisions on discontinuation of secret surveillance measures do not provide sufficient guarantees against arbitrary interference. The domestic law permits automatic storage of clearly irrelevant data and is not sufficiently clear as to the circumstances in which the intercept material will be stored and destroyed after the end of a trial. The authorisation procedures are not capable of ensuring that secret surveillance measures are ordered only when “necessary in a democratic society”. The supervision of interceptions, as it is currently organised, does not comply with the requirements of independence, powers and competence which are sufficient to exercise an effective and continuous control, public scrutiny and effectiveness in practice. The effectiveness of the remedies is undermined by the absence of notification at any point of interceptions, or adequate access to documents relating to interceptions.” TEDH, caso *Roman Zakharov v. Russia*, sentencia de 4 de diciembre de 2015, (“Conclusion”, pf. 302. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159324> [última consulta 2018-08-15])

6 CtIDH, caso *Arlei J. Escher y Otros vs. Brasil*, sentencia de 6 de julio de 2009 (pfs. 116 y 129 y sig.) en sentido similar, el fallo en el caso *Santander Tristán Donoso vs. Panamá*, sentencia de 27 de enero de 2009 (pfs. 55 y sig.)

7 Pellegrini Grinover (2013) 108 – 112.

8 «Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

4°. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley; (...).»

9 «Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

5°. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.»

Nuestro texto constitucional sí prevé limitaciones al derecho a la privacidad de las comunicaciones, sin fijar estándares a la regulación legal que limite su ejercicio. En nuestro orbe, la Constitución Política de Brasil (art. 5 inc. 12°) permite, expresamente, que la ley considere limitaciones a las comunicaciones telefónicas en el contexto de una investigación penal. Véase Pellegrini Grinover (1997) 112 y sig.

*es efectuada por parte de un sujeto que oculta su presencia.*<sup>10</sup>

De la lectura de las normas que regulan sus presupuestos y modalidad de ejecución, puede colegirse que en el sistema chileno los elementos constitutivos de la medida: a) la reserva o privacidad de la comunicación interceptada, es decir hecha con la precisa intención de excluir a terceros ajenos al acto de comunicación; b) la aplicación de instrumentos de percepción particularmente invasivos (electrónicos, electromecánicos o digitales), idóneos para superar la elemental cautela que los participantes en la comunicación hubieren adoptado y que permitan su captación fonográfica; y c) la clandestinidad e intervención de un tercero (*terzietà*), puesto que el sujeto a cargo de la intervención debe ser un personaje extraño en la comunicación interceptada y actuar de modo secreto u oculto.<sup>11</sup>

### 3.1. NECESIDAD DE ACUDIR A ESTA TÉCNICA INVESTIGATIVA

En el proceso penal chileno la investigación está a cargo del Ministerio Público, órgano que monopoliza la investigación oficial dirigiendo las órdenes a las policías y los demás agentes y organismos colaboradores.<sup>12</sup> Es posición del persecutor público no es un obstáculo, al menos en el diseño del sistema, para que los particulares intervengan en la investigación, puesto que el Código Procesal Penal (CPP) permite al imputado y al querellante que propongan al Ministerio Público las diligencias de investigación que requieran, debiendo éste ordenar la práctica de las que estime pertinentes.<sup>13</sup>

Durante la fase de investigación, el CPP regula la interceptación de comunicaciones de manera más pormenorizada que otras técnicas de investigación. En este estatuto general, entre los artículos 222 y 225, el CPP contiene normas sobre los presupuestos fácticos que justifican esta orden de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas u otras formas de comunicación que utilice el imputado, los requisitos formales y de contenido que rodean a la orden judicial, deber de colaboración de las empresas e instituciones que presten los servicios de comunicaciones, registro y conservación de las grabaciones, las limitaciones y responsabilidades que genera.

Lo relevante es que el Ministerio Público, cuando según la investigación, requiera practicar esta medida intrusiva, debe demostrar ante el juez un alto estándar indiciario e instrumental: existencia de *fundadas sospechas* basadas en *hechos determinados* y que la medida sea imprescindible para la investigación.<sup>14</sup> El art. 222 CPP así lo exige:

*«Interceptación de comunicaciones telefónicas. Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciere pena de crimen, y la investigación lo hiciera imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación.»<sup>15</sup>*

Existen otras normas especiales que permiten la práctica de la interceptación de comunicaciones, dada la complejidad de los delitos que en esos ámbitos pueden cometerse. La Ley N° 18.314, sobre Conductas Terroristas, así lo permite en su art. 14; la Ley N° 19.913 de 2003, que creó la *Unidad de Análisis Financiero*, en su art. 33; y la Ley N° 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes, en su art. 24. Todas estas normas se caracterizan por contener un estatuto especial que prevalece por sobre el general del CPP y que suele flexibilizar los requisitos y límites de la diligencia de investigación.<sup>16</sup> También, en el ámbito de la investigación de los

10 Tonini (2010) 378; Chiavario (2015) 394.

11 Lozzi (2008) 285; Tonini (2010) 378; Pellegrini Grinover (2013) 256 – 257.

12 Art. 166 inciso 2° CPP: “Cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley.”  
Art. 180 CPP: “Investigación de los fiscales. Los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos.”

13 Art. 183 CPP: “Proposición de diligencias. Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal deberá pronunciarse dentro de los diez días siguientes a la solicitud y ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.”

14 Horvitz Lennon – López Masle (2002) 527 – 528.

Con toda razón Pellegrini Grinover (1997) 116, en su análisis de la Ley 9.296 de 1996, comenta que la orden de interceptación está correctamente calificada como una providencia cautelar de aseguramiento de prueba.

15 La medida de interceptación telefónica, propuesta en el Mensaje del Ejecutivo, había sido suprimida por la Cámara de Diputados; el Senado, sin embargo, acordó reponerla elevando, eso sí, el límite penológico para decretarla, pues en el proyecto original se contemplaba para delitos que merecieran pena afflictiva. Vide Pfeffer Urquiaga (2001) 237; con más detalles, Alvarado Urizar (2014) 426 – 428.

16 La Ley sobre conductas terroristas contemplaba la diligencia aun antes que la regulación del CPP de 2000. Una vez vigente el nuevo proceso penal,

delitos que afecten a la libre competencia, el Decreto Ley 211 sobre defensa de la libre competencia, faculta al Fiscal Nacional Económico para solicitar la interceptación de “todo tipo de comunicaciones”, requiriendo para ello de autorización judicial.<sup>17</sup>

Fuera del ámbito del proceso penal, se permite la interceptación de comunicaciones telefónicas en la Ley 19.974, que regula el sistema de inteligencia del Estado y que creó la *Agencia Nacional de Inteligencia*. Este cuerpo legal contempla diversos “procedimientos especiales de obtención de información”, dirigidos exclusivamente a “actividades de inteligencia y contrainteligencia que tengan por objetivo resguardar la seguridad nacional y proteger a Chile y su pueblo de las amenazas del terrorismo, el crimen organizado y el narcotráfico.” (art. 23).

Por su parte, el artículo 369 *ter* del Código Penal, en la regulación común para los delitos de prostitución de menores y pornografía infantil, permite la interceptación de telecomunicaciones de las personas o bandas delictivas investigadas, aplicándose en lo demás el estatuto de los artt. 222 a 225 del CPP.

## 3.2. REQUISITOS Y FORMALIDADES PARA DECRETAR LA INTERCEPTACIÓN TELEFÓNICA, SUS EFECTOS Y LÍMITES

La ley regula varios requisitos que copulativamente deben concurrir para que el Juez de Garantía decrete esta medida intrusiva, siendo éste el primero: solo el Juez de Garantía puede ordenarla, careciendo el Ministerio Público de atribuciones para hacerlo, a diferencia de otros sistemas. Ello es coherente con la disposición del art. 83 CPR 1980, que obliga al Ministerio Público para requerir de aprobación judicial previa para la práctica de “actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o lo perturben...”.

### 3.2.1. Presupuestos de procedencia

1) *Fundadas sospechas* de que una persona ha cometido, o se prepara actualmente para cometer, o bien que ha participado en la comisión o ha participado en la preparación para cometer un hecho punible que merezca, en abstracto, una pena de crimen.

Los delitos que merecen pena de crimen son considerados por el sistema como delitos de alta gravedad, con penas de presidio mayor hasta presidio perpetuo calificado (art. 21 del Código Penal). El legislador acude

se adecuó el nuevo modelo, regulándola como una medida cautelar para evitar peligro de obscurecimiento:

«Artículo 14.- En los casos del artículo 1º de esta ley, durante la audiencia de formalización de la investigación o una vez formalizada ésta, si procediere la prisión preventiva del imputado, el Ministerio Público podrá pedir al juez de garantía que decrete, además, por resolución fundada, todas o algunas de las siguientes medidas:

1.- Recluir al imputado en lugares públicos especialmente destinados a este objeto.

2.- Establecer restricciones al régimen de visitas.

3.- Interceptar, abrir o registrar sus comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica.

Las medidas indicadas precedentemente no podrán afectar la comunicación del imputado con sus abogados y la resolución que las imponga sólo será apelable en el efecto devolutivo.»

La Ley 19.913 que creó la Unidad de Análisis Financiero, hace aplicable a la investigación de los delitos de blanqueo y lavado de activos todas las diligencias que el legislador permite al Ministerio Público en la investigación de tráfico ilícito de estupefacientes:

«Artículo 33.- Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente ley, serán aplicables respecto de los delitos establecidos en los artículos 27 y 28, todas las normas de la ley No 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y las que contenga cualquier otra ley que la sustituya o modifique, que se refieran a las siguientes materias:

a) Investigación: se comprenden, especialmente, la colaboración de organismos del Estado, la facultad del Ministerio Público para efectuar actuaciones fuera del territorio nacional o sin previo conocimiento del afectado y la cooperación internacional en general; levantamiento del secreto bancario; gratuidad de los antecedentes requeridos durante la investigación; técnicas especiales de investigación, como la entrega u operación vigilada, la utilización de agentes encubiertos e informantes, la interceptación de comunicaciones y demás medios técnicos; (...)

En la Ley 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes, las normas que regulan la interceptación de comunicaciones liberan al Ministerio Público de dar información que pudiera afectar el éxito de las investigaciones, pues en varias ocasiones en éxito de unas depende del buen resultado de otras:

«Artículo 24.- Las medidas de retención e incautación de correspondencia, obtención de copias de comunicaciones o transmisiones, interceptación de comunicaciones telefónicas y uso de otros medios técnicos de investigación, se podrán aplicar respecto de todos los delitos previstos en esta ley y cualquiera sea la pena que merecieren, de conformidad a las disposiciones pertinentes del Código Procesal Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, no regirá lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 222 de ese Código, en cuanto a indicar circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida, siendo suficiente consignar las circunstancias que lo individualizaren o determinaren.»

17 Decreto Ley 211, de 22 de diciembre de 1973 (texto refundido):

«Artículo 39.- El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones.

Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: (...)

n) En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3º, solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a: (...)

n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y

n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.»

al criterio de la gravedad del delito como justificación para que, concurriendo los demás requisitos, el Juez de Garantía pueda decretar la medida, parámetro sobre el que desde hace mucho discurrió el TEDH en el caso *Malone vs. Reino Unido* (1984), declarando que los ordenamientos de cada país deberían determinar los casos en los que pueden efectuarse las intervenciones y hacerlo sólo en el caso de delitos graves.

Pero resulta contrario al principio de legalidad penal que, en general, pueda aplicarse esta técnica de investigación a quienes participan o han participado en la *preparación* de un delito, pues los actos preparatorios no son punibles a menos que la ley los sancione penalmente en forma expresa (art. 8 del Código Penal). La interpretación sistemática y conforme con el principio de legalidad es que, si los actos no son punibles, no exista fundamento legal para aplicar la medida.<sup>18</sup>

2) Tales fundadas sospechas deben basarse en *hechos determinados*.

Son todos estándares, al menos en el texto, de alta exigencia indiciaria que el Ministerio Público debe superar en la prueba de necesidad, idoneidad y proporcionalidad que el Juez de Garantía está llamado a realizar. Que las fundadas sospechas deban basarse en hechos determinados, pareciera sugerir, en principio, dos cosas: por una parte, que las sospechas sean *fundadas*, es decir, construidas sobre la base de *hechos indicadores*; por otra, que tales hechos indicadores sean reales y precisos, lo que excluye hechos genéricos, hipótesis, meras conjeturas o denuncias anónimas.<sup>19</sup> La primera exigencia, que parece tautológica, refuerza la estructura indiciaria de la sospecha, desde que ésta debe basarse en una realidad manifestada y no en la mera subjetividad de un agente. Pero un segundo acercamiento sugiere que la sospecha está fundada cuándo se justifica epistémicamente, es decir, cuando el hecho indicador tiene una aptitud epistémica justificadora, cuestión que, ineludiblemente, debe evaluar el juez.<sup>20</sup>

Corresponde también al juez evaluar que los hechos sobre los que se fundan la sospecha sean determinados, actuando en condiciones de poder examinar todos los antecedentes de que dispone el Ministerio Público, pues, por su estructura en la investigación, la medida se decreta *inaudita altera pars*, sin soslayar el hecho que este estándar sirva para delimitar y concretar el requisito flexible y terminológicamente poco preciso de la sospecha fundada.<sup>21</sup>

3) Que la diligencia resulte ser *imprescindible* para la investigación.

La interceptación telefónica debe ser imprescindible para la investigación, carácter que también debe extraerse del examen de todos los antecedentes de que disponga el Ministerio Público, los que en ningún caso y menos tratándose de esta diligencia, pueden ser de menor calidad o completitud que los que disponga la policía (y viceversa).<sup>22</sup>

Si bien es el Ministerio Público quien dirige la investigación con auxilio de las policías (art. 180 CPP), el Juez de Garantía es quien, sin que ello implique un ruptura del acusatorio, debe evaluar si la diligencia de interceptación es o no *indispensable* para la investigación, cualidad que alguna doctrina entiende como manifestación de *principio de intervención mínima*, como derivación del *principio de prohibición de excesos*.<sup>23</sup> Es en esta tarea que resulta fundamental el desarrollo de “criterios jurídicos claros, sólidos uniformes y susceptibles de un control racional”<sup>24</sup>, que sirvan al juez para justificar su decisión y a los intervinientes, para

18 Sobre el punto, Horvitz Lennon – López Masle (2002) 528.

19 La existencia de una base real y objetiva, al tiempo en que solicita la medida, es fundamental para que ella se sustente y justifique. En este sentido, Muñoz Conde (2007) 51 – 52.

20 El CPP italiano de 1988 supone, como presupuesto de la medida, la existencia graves indicios de delito y el carácter indispensable de la interceptación para una investigación en curso, requisitos que se interpretan en armonía con el criterio que el TEDH ha sostenido acerca del riguroso control sobre la necesidad de la interceptación telefónica en una sociedad democrática. Vide Chiavario (2015) 398.

21 Van Weezel – Darricades (2011) 42: “(...) resulta razonable que en esta materia la ley establezca requisitos flexibles, que den al tribunal un cierto margen de acción. Y cuanto más flexibles son los requisitos que la ley establece conformándose, por ejemplo, con la presencia de “presunciones fundadas” – tanto más importante y necesaria es la función del juez en su delimitación.”

22 La Corte Suprema en la SCS Rol 3016-2011, de 29 de junio de 2011, conociendo de un recurso de nulidad planteado por la defensa de la acusadas condenada como autora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, reconoce que la policía, al solicitar al fiscal respectivo que pidiera ante el juez la orden para interceptar el teléfono investigado, aportó información falsa, puesto que hizo descansar la sospecha fundada en los antecedentes provenientes del uso de “diversas técnicas de investigación” y la “aplicación sistemática de técnicas de investigación”, siendo que éstas, en los hechos, habían consistido en interceptaciones no autorizadas de las comunicaciones telefónicas de la imputada. Si bien el recurso de nulidad por un muy discutible de falta de trascendencia del vicio, la Corte se hace cargo del argumento que “esa fraseología compleja de la policía acerca de la aplicación sistemática de técnicas de investigación” no es clara en cuanto “a qué se apunta” (qué significa) con el uso de esos vocablos.

23 Horvitz Lennon – López Masle (2002) 529.

24 Van Weezel – Darricades (2011) 42.

provocar contrales horizontales (incidencias) o verticales (recursos), incluso *ex post*. La cuestión no carece de complejidad si se repara en el hecho que, frente a la ineludible necesidad que los jueces vayan forjando estándares jurisprudenciales que sean usados a la hora de pronunciarse sobre estas medidas intrusivas, con criterios de proporcionalidad entre los intereses de la persecución penal y la afectación de derechos y garantías, el casuismo voluminoso y rico de las investigaciones penales hace difícil la aplicación de criterios generales.<sup>25</sup> A nuestro juicio, sin embargo, los Jueces de Garantía, puestos en la posición de resolver una solicitud de medida intrusiva como la interceptación telefónica, deberían tomar en cuenta, al menos, estos cuatro criterios: que toda limitación de derechos y garantías en el proceso penal debe interpretarse restrictivamente (art. 5 CPP)<sup>26</sup>, que con el uso de los vocablos “fundadas sospechas basadas en hechos determinados” el legislador ha querido reforzar el valor epistémico del indicio que funda la petición del persecutor, que como el juez ha de estar en condiciones de poder examinar todos los antecedentes de que disponga el Ministerio Público y, además, que la aplicación de un *test* de proporcionalidad exige evaluar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad – *stricto sensu*– de la medida puesta en relación con el derecho a la intimidad afectado.<sup>27</sup>

### 3.2.2. Efectos materiales

La adopción de esta medida intrusiva consiste, según el CPP, en la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas y la interceptación y grabación de otras formas de comunicación. Por su parte, el art. 14.3 de la Ley 18.314 sobre conductas terroristas se refiere, expresamente a la interceptación, apertura o registro de las comunicaciones telefónicas e informáticas del imputado, el art. 33 a) de la Ley 19.913 que creó la Unidad de Análisis Financiero se refiere la “interceptación de comunicaciones y demás medios técnicos”, y el art. 24 de la Ley 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes, a la “interceptación de comunicaciones telefónicas” del imputado.

### 3.2.3. A quiénes afecta o puede afectar

Según el estatuto general del CPP, la interceptación de comunicaciones telefónica puede afectar al imputado, a otras personas respecto de las cuales existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que sirven como intermediarios de las comunicaciones del imputado que han sido interceptadas, y a quienes faciliten sus medios de comunicación al imputado a dichos intermediarios.

El *Reglamento sobre Interceptación y Grabación de Comunicaciones Telefónicas u otras formas de Telecomunicación* (Decreto 142 de 2005), dispone que los prestadores de los servicios de telecomunicación deben adoptar las medidas para evitar alteraciones que puedan alertar a las personas cuyas comunicaciones se han interceptado.

### 3.2.4. Especial límite a la interceptación de las comunicaciones telefónicas entre el imputado y su abogado

La regla general es que tal medida esté proscrita por el sistema; incluso en la Ley sobre Conductas Terroristas, se prohíbe expresamente tal medida (“Las medidas indicadas precedentemente no podrán afectar la comunicación del imputado con sus abogados...”, según el art. 14 inc. 2º Ley 18.314). El CPP, excepcionalmente, faculta al Juez de Garantía para decretarla cuando estime que el abogado pudiere tener responsabilidad penal en los hechos investigados, disponiéndolo por medio de resolución fundada en hechos determinados, de los que debe dejar constancia expresa en su resolución.<sup>28</sup>

25 Riego – Duce (2000) 130.

26 Artículo 5º CPP: «*Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad*. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes. Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.»

27 La idea de proporcionalidad no solo se vincula con la gravedad del delito, sino con la verdadera existencia de indicios del delito; incluso se vincula al examen del grado de vinculación entre los hechos investigados y los delitos en que la ley admite disponer la interceptación. *Vide* Muñoz Conde (2007) 53.

28 El sistema se erige sobre la idea que la interceptación de las comunicaciones con el abogado es una intrusión aún más intensa, que requiere grados de verosimilitud y necesidad más graves. Así lo ha entendido la Corte Suprema, declarando: “Que encerrando esta última medida una afectación de considerable intensidad en el ejercicio de la defensa, se justifican los mayores estándares que exige el inciso 3º del referido precepto para su autorización. Es decir, esta actuación del Ministerio Público no puede prescindir de normas esenciales del procedimiento, pues de lo contrario carece de legitimidad y su infracción genera la existencia de prueba ilícita; (...) “En efecto, se traspasó un ámbito reservado o protegido, en el cual los supuestos de intrusión y sus límites están expresamente regulados en la ley, incluyendo en la situación en estudio controles más estrictos por ser la intrusión más intensa;” (SCS Rol 2765-2009, de 12 de julio de 2011).



### 3.2.5. Formalidades de la resolución que la ordena

La orden judicial debe consignarse por escrito, pues el Juez de Garantía debe dejar constancia de los antecedentes fundantes en la respectiva resolución (art. 222 inc. 3º CPP). La misma orden debe indicar *circunstanciadamente* el nombre y dirección de afectado por la medida, la forma cómo se cumplirá la interceptación y la duración de la medida.

Por aplicación del estatuto general, de la orden que dispone la medida debe dejarse constancia, registrarse y conservarse en la forma que dispone la ley procesal (artt. 39 y sig. CPP).

### 3.2.6. Ejecución de la medida

1) Las empresas de telecomunicaciones requeridas por el Ministerio Público para la práctica de la diligencia deben otorgar a facilidades necesarias para su realización, otorgando la información necesaria sobre sus abonados (rangos de las direcciones IP y de los números IP). El incumplimiento de la medida o su entorpecimiento puede dar lugar a responsabilidad penal por el delito de desacato.

El Decreto 142 impone a los prestadores de servicios de telecomunicaciones el deber de tener disponible esta información para los organismos operativos policiales que correspondan, “incluyendo todos los servicios a los que pueda acceder el usuario o suscriptor respecto del cual se hubiere decretad la intervención de sus comunicaciones”, norma que se justifica en el entendido que la práctica de las diligencias de investigación se realiza por las policías, bajo la dirección del Ministerio Público.

2) El CPP impone a los *encargados* de realizar a diligencia y a los *empleados* de las empresas involucradas, el deber de guardar *secreto*, pudiendo, sin embargo, ser citados como testigos al procedimiento.

La norma se refiere, genéricamente, a los “encargados de realizar la diligencia” y a los “empleados de las empresas” involucradas, omitiendo regular con precisión qué funcionarios deben realizarla (¿podría, por ejemplo, encargarse a un funcionario administrativo del Ministerio Público y no a un funcionario policial?) y qué requisitos deben cumplir los trabajadores de las empresas para intervenir en la ejecución de la medida (vínculo contractual, nivel de responsabilidad, nivel de capacitación técnica). Ello resulta delicado, si se impone un deber de secreto sin sanción.

El deber de guardar secreto se omite con la citación a declarar en el “procedimiento”, sin embargo, surge la duda fuerte respecto de los funcionarios y empleados que, no obstante haber tenido algún grado de participación en la medida y, por tanto, haber tomado conocimiento de las comunicaciones de los sujetos afectado, no son citados a declarar en calidad de testigos. ¿Cómo resguardar el secreto de la información que poseen, que se refiere a la vida personal del imputado, si no se establece un régimen de responsabilidad?

3) Las interceptaciones telefónicas deben registrarse mediante su grabación por los “medios técnicos que aseguren la fidelidad del registro.” Los registros de la grabación deben ser puestos a disposición del Ministerio Público, que debe conservarlas y custodia bajo reserva de terceros, aun cuando decida la transcripción de las grabaciones.

Si el Ministerio Público decide ordenar la transcripción de la grabación el funcionario que la practique actuará “como ministro de fe de la fidelidad de aquélla.” (art. 223 inc. 2º CPP).

Esta norma merece alguna crítica: evidentemente el funcionario a que se refiere la ley no es un fiscal del Ministerio Público, sino otro de la misma institución a quien se le encomiende la tarea. Se echa en falta un régimen legal de responsabilidad administrativa y penal para el funcionario que transcriba el contenido de las grabaciones, que omita o tergiverse información, siendo insuficiente garantía que cumpla el simple rol de un “ministro de fe”. Por otra parte, es muy discutible que, en un proceso penal en que las pruebas se valoran bajo un sistema de libre valoración racional, la declaración de un ministro de fe de la fidelidad de una transcripción tenga más valor que la de un testigo del hecho de haberla trascrito o que de un perito que se pronuncia sobre su fidelidad.

4) Las comunicaciones irrelevantes para el “procedimiento” deben ser entregadas “en su oportunidad” a los afectados con la medida, debiendo además destruirse toda transcripción o copia de ellas por el Ministerio Público. El sistema, permite, sin embargo, conservar los registros y no devolverlos, si la información recibida en la diligencia pudiese ser relevante para otros procedimientos seguidos por hechos punibles que merecieren pena de crimen.

En esta última parte, siguiendo la lógica de los “hallazgos casuales”<sup>29</sup>, el legislador permite hacer uso de estas grabaciones “conforme a las normas precedentes”, por lo que el Ministerio Público podría utilizarlas como evidencia y posterior prueba en otras investigaciones y procesos.

La norma descrita merece, nuevamente, algunos reparos, pues en ella el legislador reemplaza al Juez de Garantía en la aplicación del *test* de necesidad, conexión, idoneidad y proporcionalidad entre la medida ya decretada y los presupuestos de hecho que legalmente la hacen procedente. La relevancia de la diligencia y su resultado debe medirse con relación a los hechos investigados y no con el procedimiento. En nuestra opinión, la opción garantista y respetuosa del derecho a la privacidad, amén de una interpretación en clave constitucional de la ley procesal penal, debería conducir a que el Ministerio Público requiera del Juez de Garantía la autorización para conservar las grabaciones, acreditando, con hechos determinados, que las mismas son relevantes para otras investigaciones y que son imprescindibles para su éxito. A su turno, el Juez de Garantía debería cumplir con el deber de dictar una resolución motivada, autorizando, en su caso, al Ministerio Público a la conservación de las grabaciones.

Sobre el deber de entrega y destrucción de las comunicaciones que “fueren irrelevantes” (art. 223 inc. 4° CPP), hay un tanto más que decir. Por una parte, parece peligroso que la devolución de los antecedentes irrelevantes deba realizarse “en su oportunidad”, sin establecer límites temporales concretos que garanticen el derecho a la privacidad de los afectados. Por otra, que la destrucción debería recaer sobre todos los registros y copias de comunicaciones interceptadas, sean relevantes o no, una vez agotada la investigación y terminado el proceso (por cualquier vía, incluso no adjudicativa); no parece legítimo que el Estado conserve los registros de las interceptaciones telefónicas una vez que han sido utilizados, ya sea para fundar una decisión de acusar o no proseguir con el proceso, ya sea para ser presentados en juicio, salvo que con ello se quiera mantener una especie de base de datos con el contenido de las comunicaciones interceptadas, con objetivos de inteligencia policial y para investigar futuros delitos, con una muy discutible finalidad preventiva.

### 3.2.7. Límite temporal y provisionalidad

En principio la interceptación no puede exceder de sesenta días, pero el Juez de Garantía, a petición del Ministerio Público, puede prorrogar su duración por períodos de hasta igual duración, debiendo en cada caso revisar la concurrencia los requisitos para decretarla (art. 222 inc. 4° CPP), por medio de resolución motivada, según una interpretación sistemática de las normas hasta ahora citadas. La medida debe ser “interrumpida inmediatamente”, además por vencimiento del plazo fijado, cuando las “sospechas tenidas en consideración para ordenar la medida se disiparen” (art. 222 inc. 6° CPP), norma que refuerza el carácter instrumental y provisional de esta medida (regla *rebus sic stantibus*).

Entendemos que la interrupción inmediata que manda la norma es un efecto que no requiere de declaración judicial; lo contrario sería permitir un campo fértil para la subsistencia de interceptaciones carentes de fundamento fáctico o justificación temporal.

## 3.3. EL DEBER DE INFORMAR

Después de ejecutada la interceptación (una vez agotada), la medida debe ser *notificada* al afectado, aplicándose el estatuto general sobre publicidad y secreto de las actuaciones de la investigación.

El secreto de las actuaciones nunca puede afectar al imputado ni su defensa respecto de las actuaciones en que aquél ha intervenido o ha tenido derecho a intervenir (art. 182 CPP), por lo que, agotada la interceptación, sea por vencimiento del tiempo o por la insubsistencia de las condiciones que la justificaron, todos los antecedentes de la investigación, incluyendo las derivaciones de esta medida intrusiva, deben ser públicos para el imputado y su defensa.<sup>30</sup>

Con todo, puede mantenerse la reserva de la interceptación telefónica respecto del afectado con la medida, en dos hipótesis: cuando el objeto de la investigación no permitiese la información, o bien cuando con ella pudiese afectarse o ponerse en riesgo la vida o integridad personal de terceros (art. 224 CPP). La primera hipótesis se entiende en los casos de investigaciones complejas, en los que la investigación de un delito deriva

29 Horvitz Lennon – López Masle (2002) 531.

30 Alvarado Urizar (2014) 452 – 453.

de la de otros o da origen a otras investigaciones conexas. La segunda, por la misma tipología delictuosa en la que habitualmente se aplican estas técnicas: conductas terroristas, asociaciones ilícitas para delinquir, tráfico ilícito de estupefacientes, delitos que pueden afectar la seguridad nacional, etc., casos en que el propio estatuto normativo restringe aun más la publicidad de los antecedentes para el imputado.<sup>31</sup>

En cuanto al deber de notificación, entendemos que, en todo caso, él éste pesa sobre el tribunal, pues este órgano es el competente para decretar la medida intrusiva; si el Ministerio Público no justifica, con sustento en el art. 224 CPP, que la medida debe mantenerse en secreto respecto del imputado, el tribunal debe proceder a su notificación de acuerdo al régimen general.

### 3.4. ILEGALIDAD DE LA MEDIDA

Si la interceptación telefónica hubiese sido decretada “fuera de los supuestos previstos por la ley” o bien en su otorgamiento “no se hubieren cumplido los requisitos previstos en el artículo 222 para [su] procedencia...”, sus resultados no pueden ser utilizados como medios de prueba en “el procedimiento” (art. 225 CPP). Sin perjuicio de lo que diremos más adelante, esta norma merece algunas observaciones.

En esa dualidad de supuestos, el art. 225 prevé la *inutilizabilidad* probatoria<sup>32</sup> como reacción a la ilegitimidad e ilicitud, efecto que los intervinientes afectados podrán provocar acudiendo al régimen de la nulidad procesal (art. 159 y sig. CPP) o al de la prueba ilícita (art. 276 CPP).<sup>33</sup>

Esta disposición es muy similar a la contenida en el art. 271.1 del CPP italiano 1988<sup>34</sup>. Esta norma discurre también en dos hipótesis cuya ocurrencia genera que los resultados de la interceptación no puedan ser utilizados: el otorgamiento de la interceptación fuera de los casos admitidos por la ley (art. 103.5, que prohíbe la interceptación de las comunicaciones del defensor, y art. 266, que contiene el catálogo de delitos en los que opte procede la medida) y la inobservancia de las normas que regulan los presupuestos (graves indicios de delito y absoluta necesidad) y formalidades<sup>35</sup> de la resolución y ejecución de la medida.

Volveremos sobre el tema en el punto subsiguiente.

## 4. APTITUD PROBATORIA DE LAS INTERCEPTACIONES TELEFÓNICAS

### 4.1. COMO INDICIOS Y EVIDENCIAS EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

Las interceptaciones son una técnica de investigación que produce diversos resultados en el proceso. Si bien para decretarlas es necesario que existan las sospechas fundadas, objetivas y subjetivas, que exige el art. 222 CPP, y sus resultados pueden arrojar relevantes indicios que permitan al Ministerio Público formalizar la investigación, solicitar la imposiciones de medidas cautelares, solicitar otras medias intrusivas (allanamientos, registros, incautaciones, otras interceptaciones) y presentar una acusación, ellas mismas, además, pueden configurar los indicios suficientes para investigar otros delitos más o menos conexos con el que les sirve de origen. Por lo mismo, esta técnica investigativa es de mucha utilidad para las *investigaciones en contexto*, que exigen una plantificación inteligente y metódica de la investigación de uno o varios delitos, según la relevancia e impacto que tengan.

Con ello, pesa sobre el Ministerio Público el deber de registrar en la carpeta de investigación todos los resultados asociados a la práctica de esta diligencia: llevar el registro detallado de los encargados de practicarla, funcionarios policiales y empleados de las empresas de telecomunicación correspondientes; guardar y conservar

31 Así lo ha desarrollado como criterio la Corte Suprema: “(...) la especial complejidad que revisten las investigaciones por delitos de la Ley N°20.000, en que las circunstancias en que se comete esta clase de ilícitos revela que quienes participan de la investigación en alguna de las calidades mencionadas en la disposición objeto de estudio están más expuestos que en la generalidad de los casos a sufrir represalias de parte de los malhechores que forman parte de la red de comercio de estupefacientes, las que pueden llegar a afectar incluso su vida, por lo que puestos en juego por un lado la posibilidad de acceso a los intervinientes, frente a la necesidad de dotar de eficacia a las investigaciones relativas al tráfico de drogas por otro, la ley ha optado por favorecer esta última, reconociendo el derecho de la defensa a conocer el contenido íntegro de la investigación, que se hace efectivo en la oportunidad procesal relativa al juicio oral, en que tendrá de todos modos la posibilidad de conocer todos los antecedentes y puede preparar su teoría del caso.” (SCS Rol 556-2014, de 26 de febrero de 2014, considerando 5°)

32 Usamos el término *inutilizabilidad siendo* conscientes de que nuestro sistema procesal penal no regula este efecto, como sí lo hace el CPP italiano de 1988. Acá usamos el término en el sentido de los resultados de los actos de investigación que, por provenir de actos invalidados, no integran el acervo probatorio del juez que debe valorar la prueba (Chiavario, 2018, 418)

33 Horvitz Lennon – López Masle (2002) 532; Alvarado Urizar (2014) 443 – 444.

34 Una mirada crítica al art. 225 CPP desde la experiencia de la aplicación del art. 271.1 del CPP italiano de 1988 en Alvarado Urizar (2014) 443 – 445.

35 Lozzi (2008) 291; Tonini (2010) 385 – 386.

los soportes electrónicos, registrar y conservar sus transcripciones, cuando corresponda, con individualización del funcionario encargado de realizarla y registrar las declaraciones que presenten los mismos funcionarios y empleados intervinientes que durante esta etapa fueren citados a declarar ante el Ministerio Público.

Sobre el tribunal, pesa el deber de registrar y conservar, en la carpeta electrónica, todas las resoluciones que hubieren decretado la medida, con expresión de sus fundamentos, fecha y duración, individualización de los afectados y demás requisitos de contenido que dispone la ley (art. 222 CPP).

Insistimos en este doble deber de registro y conservación, puesto que, tratándose de una diligencia probatoria sustentada en una técnica de investigación limitativa de derechos, respecto de la que se aplica el claro mandato del art. 5 CPP (principio de legalidad en materia de restricciones a la libertad), sus fundamentos y resultados, legalmente conservados, pueden ser ofrecidas por el MP como pruebas fundantes de la acusación fiscal y servir de base, cuando corresponda, para los interesantes debates probatorios sobre su eventual irregularidad e ilicitud durante la audiencia de preparación de juicio oral.

## 4.2. COMO PRUEBAS EN EL JUICIO

El CPP dispone que la incorporación a juicio oral de los resultados obtenidos de la medida interceptación se efectuará “de la manera que determinare el tribunal, en la oportunidad procesal respectiva.” (art. 223 inc. 3º CPP). Es decir, que la oportunidad procesal determina la forma como el tribunal competente ordenada cómo se incorporan a juicio los resultados de la interceptación. Pero la interpretación armónica de los artt. 223 (registros de la interceptación), 259 (contenido de la acusación), 277 (auto de apertura de juicio oral), 296 (oportunidad para la recepción de la prueba en el juicio oral), 298 (prueba de testigos en el juicio oral), 314 (prueba pericial) y 323 (otros medios de prueba en el juicio oral) del CPP, manda que debemos distinguir bajo qué forma se presentan sus resultados en juicio.

Siempre podrá presentar el Ministerio Público los resultados de la interceptación ofreciendo, en la acusación, el soporte electrónico donde se contiene, para que sea reproducido en juicio oral. En consecuencia, el tipo de soporte determinará la forma cómo su contenido es reproducido en la audiencia de juicio.

El Ministerio Público podría haber tomado la decisión de transcribir el contenido de las conversaciones interceptadas y grabadas; en tal caso deberá ofrecer la correspondiente prueba documental en la acusación y ella deberá rendirse en juicio oral, según las reglas que se aplican en esa sede para la lectura de documentos. En este caso, además, el Ministerio Público podría presentar, como testigo para que declare sobre la transcripción, al funcionario a quien se le hubiere encomendado esta actividad, dado que, por mandato legal, tiene el carácter de “ministro de fe” acerca de su fidelidad.<sup>36</sup> Lo mismo podría hacer la defensa, pues es probable que le interese examinar o contra examinar al funcionario que haya realizado la transcripción, si hubiere dudas sobre sus aptitudes e idoneidad.<sup>37</sup>

También se faculta al Ministerio Público para presentar, como testigos, a los funcionarios encargados de practicar la diligencia y a los empleados de las compañías de telecomunicaciones involucradas, ofreciéndolos, en esta calidad, en la acusación. Nuevamente esta prueba podría interesar no solo al ente acusador, sino también a la defensa, la que podría aplicar sobre su testimonio las reglas de litigación necesarias para que la información que esta prueba aporta sea completa, útil y verídica. La ley se encarga de reforzar esta idea, previendo que “en todo caso” los encargados de practicar la diligencia podrán ser citados declarar en calidad de testigos al juicio, norma que entendemos operativa solo en el entendido que los mismos hayan declarado previamente durante la investigación.<sup>38</sup>

Y más aun, la diligencia de interceptación podría dar origen a una prueba pericial (*vg.* peritaje de voz), cuando sean necesarios en juicio los conocimientos técnicos que aporta este tipo de prueba, siendo ofrecidos en esa calidad por el Ministerio Público o la defensa y sujetos a las reglas de examinación que se

36 Horvitz Lennon – López Masle (2002) 530

37 En nuestra opinión el hecho que la ley otorgue al funcionario que transcribe la grabación el carácter de “ministro de fe acerca de la fidelidad de aquella”, no le otorga, *ipso jure*, un halo de credibilidad. Perfectamente podría ser examinado y *contraexaminado* en juicio con la finalidad de comprobar si, en la transliteración, ha sido fiel al contenido de las grabaciones.

38 «En todo caso, podrán ser citados como testigos los encargados de practicar la diligencia», prevé el art. 223 inc. 3º, parte final CPP (cursivas nuestras).

prevén para el juicio oral.

## 5. DUDAS Y DIFICULTADES PROBATORIAS DE LA INTERCEPTACIÓN DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

La práctica de esta diligencia de investigación en el proceso penal acarrea no pocas dudas teóricas y problemas prácticos, puesto que a partir de su adopción y puesta en marcha pueden obtenerse un número significativo de evidencias, con una limitación relevante a la esfera de intimidad del sujeto o los sujetos investigados. Es por ello por lo que el legislador ha puesto un especial énfasis en los requisitos de otorgamiento, puesto que la limitación a este y otros derechos fundamentales, en el ámbito del proceso penal, solo puede justificarse cuando, sin superar límites de proporcionalidad y estricta necesidad, sus efectos y resultados no son espurios.

El Juez de Garantía es el primer agente de la jurisdicción llamado a resguardar el uso estricto de esta técnica de investigación; hemos reseñado antes sus requisitos de otorgamiento establecidos por el CPP, los que son un mandato, finalmente, dirigido al juez. Lo que corresponde plantearse es qué sucede si, ordenada y practicada la interceptación telefónica, se promueve por la defensa del o los afectados una incidencia que cuestione la licitud de ésta y las alternativas de que dispone el juez para resolver la situación.

Dado que la provisionalidad es un carácter esencial de interceptación, siempre será posible para los afectados reclamar que no se presentan los supuestos fácticos y jurídicos que habilitan su pervivencia. El problema, como es fácil de comprender, es que la medida está diseñada, precisamente, para que los afectados no se enteren de su otorgamiento e implementación práctica, por lo que al decretarse *inaudita altera pars* y ejecutarse en secreto -por cierto, el secreto es consustancial al éxito de la medida-, al menos para los afectados y su defensa, ni en su génesis ni durante su ejecución existen reales posibilidades de debatir su legalidad.

### 5.1. ENCARGADOS DE PRACTICAR LA DILIGENCIA COMO TESTIGOS EN EL JUICIO

Decíamos antes que el Ministerio Público puede “en todo caso” citar como testigos, al juicio oral, a los encargados de practicar la diligencia no distinguiendo a ley entre los agentes públicos encargados (policías) de los particulares que hubiesen intervenido en la ejecución de la diligencia. Con ese énfasis (“En todo caso, podrán ser citados...”), ¿significa que el Ministerio Público citarlos a juicio oral aun cuando no hubiesen declarado previamente en la investigación?

La pregunta revive un debate que pareciera no estar aún cerrado en la doctrina chilena. Algunos consideran que, habiendo desaparecido la figura del juez con competencia penal a cargo de una investigación preliminar (sumario), pues es hoy el Ministerio Público el que dirige la investigación y tiene el monopolio en el ejercicio de la acción penal pública, la existencia de un deber de examinar durante la investigación a todo testigo que haya de ser presentado luego en juicio oral, impondría al Ministerio Público de un imperativo de conducta que no se aviene con un modelo acusatorio de separación de funciones.<sup>39</sup> Siguiendo esta tesis, los funcionarios encargados de practicar la diligencia de interceptación de comunicaciones telefónicas podrían ser citados a declarar a juicio aun cuando, previamente, no hubieren declarado ante el Fiscal de la causa, puesto que, además, en todo caso pueden ser convocados como testigos en juicio oral.

En nuestra opinión esa postura es errada, por cuanto desconoce el *desequilibrio estructural* que existe entre el Ministerio Público y el imputado en la fase de investigación y, por consiguiente, pone en riesgo los derechos de la defensa.<sup>40</sup> El fiscal, que ha tenido un contacto temprano y directo con las evidencias derivadas de la investigación, está en una posición de ventaja frente al imputado<sup>41</sup>; pues bien, el derecho de la defensa de conocer, antes del juicio oral, las declaraciones que los testigos hubiesen prestado en la fase de investigación es una herramienta jurídica de compensación del desequilibrio y la ventaja que el sistema confiere al persecutor público, amén de garantizar un necesario equilibrio dialéctico entre el Ministerio Público y el imputado, al

39 En este sentido Tavolari Oliveros (2005) 81 – 112.

40 La tesis ha sido desarrollada por Bofill (2005) 51 y sig., quien plantea la existencia, para el Ministerio Público, de una obligación de registro de las actuaciones de la investigación.

41 Nieva Fenoll (2012) 62.

menos en la fase de juicio.<sup>42</sup> En otras palabras: solo en la medida que el imputado conozca oportunamente, esto es antes del juicio oral, todos los elementos en que se funda la acusación, está en condiciones de preparar su defensa y ejercer el derecho de contradicción en condiciones de igualdad.<sup>43</sup>

Sostenemos, entonces, que el Ministerio Público no podría citar a los encargados de practicar la diligencia para declarar en el juicio oral, como testigos o peritos, si previamente no hubieren declarado como testigos o peritos en la investigación; en lo que nos ocupa, no podría, por tanto, presentar como testigos o peritos a los funcionarios a cargo de practicar la diligencia si, previamente, no han declarado ante el fiscal. Una solicitud en tal sentido podría ser excluida en la audiencia preparatoria de juicio oral, por atentar contra el pleno ejercicio de derecho de defensa.

## 5.2. LA ILEGALIDAD (ILEGITIMIDAD E ILICITUD) DE LA MEDIDA

Decíamos antes que si la interceptación telefónica hubiese sido decretada “fuera de los supuestos previstos por la ley” o bien en su otorgamiento “no se hubieren cumplido los requisitos previstos en el artículo 222 para [su] procedencia...”, sus resultados no pueden ser utilizados como medios de prueba en “el procedimiento” (art. 225 CPP). Contra la aparente claridad de la norma, se ha que no permite arribar, fácilmente, a criterios uniformes en cuanto a la sanción que contiene, opinión con la que coincidimos<sup>44</sup>; en otras palabras, al régimen sancionatorio que conduce al resultado de impedir la utilización de la evidencia obtenida como prueba en el procedimiento o en el juicio.

Una opinión muy autorizada de la doctrina nacional distingue las dos hipótesis de la norma, es decir, en un caso la medida ha sido decretada fuera de los supuestos previstos por la ley y en otro, la medida ha sido decretada sin cumplirse con los requisitos del art. 222 para su procedencia, señalando que la primera “constituye uno de los pocos casos en que la ley regula expresamente los efectos de la prueba obtenida ilícitamente, la que puede ser excluida del procedimiento en la etapa de preparación de juicio oral” y, que la segunda, “se refiere exclusivamente a la inobservancia de los requisitos de procedencia de la medida, esto es, aquellos que se refieren al estándar de antecedentes de la investigación y al tipo de delito investigado.”<sup>45</sup> Se colige, de esta opinión, que la primera hipótesis, es decir, la que estaría sancionada con la declaración de ilicitud de la prueba (art. 276 inc. 3º CPP), no comprende los casos en que la medida fue decretada sin los estándares de investigación (fundadas sospechas basadas en hechos determinados y que la interceptación sea imprescindible para la investigación) o para casos que quedan fuera del límite penológico fijado en la ley (hecho punible que merezca pena de crimen).

Nos parece, sin embargo, que la comprensión de art. 225 CPP, puesto en relación con el régimen sancionatorio del CPP, debe ser otra. Sin desatender el efecto que establece esta norma, esto es, la *inutilizabilidad* de los resultados de la interceptación, conviene preguntarse cuáles son las vías de que disponen los intervinientes, en especial el imputado y su defensa, para provocar la consecuencia de excluir del acervo probatorio la evidencia proveniente de esa medida intrusiva. Las opciones son, al menos dos: el régimen de las nulidades del CPP (artt. 159 y sig.) o la exclusión por ilicitud probatoria (art. 276 inc. 3º CPP), distinción que debe observarse desde el punto de mira de una muy aceptada diferenciación conceptual entre ilicitud probatoria e irregularidad probatoria.<sup>46</sup>

En nuestra opinión, debe partirse del supuesto que la interceptación de comunicaciones telefónicas es una medida intrusiva que limita una libertad fundamental<sup>47</sup> y que, por tanto, debe interpretarse restrictivamente conforme al principio de legalidad (art. 5 CPP), amén que su decisión jurisdiccional reviste el

42 Illuminati (2008) 154 – 155.

43 El planteamiento queda muy claro en la SCS 5516-2012, de 5 de septiembre de 2012, que comenta Duce (2012) s/p : “...la correcta comprensión del ejercicio de derecho a defensa del imputado y del debido proceso que conlleva como garantías mínimas el derecho a conocer en detalle la imputación y los elementos de cargo, así como el derecho a contrainterrogar a los testigos de cargo, supone el acceso sin restricciones al contenido íntegro de la investigación (salvo los casos excepcionales de secreto) y ello supone necesariamente el acceso a la información completa.” (cita textual del considerando 11”).

44 Alvarado Urizar (2014) 441 y sig.

45 Horvitz Lennon – López Masle (2002) 532.

46 Tavolari Oliveros (2005) 138 – 140; Armenta Deu (2009) 78 – 80.

Explica Pellegrini Grinover (2013) 416 – 417, que en ambos casos la violación de una prohibición probatoria configura una ilegalidad; si embargo, la violación de una prohibición de naturaleza procesal genera un acto ilegítimo (y un medio de prueba ilegítimamente producido) y la violación de una prohibición de naturaleza substancial, un acto ilícito (y un elemento de prueba ilícitamente obtenido).

47 Chiavario (2015) 394

carácter de una providencia cautelar de aseguramiento probatorio<sup>48</sup>, por lo que requiere satisfacer estándares de verosimilitud (*fumus*) y de necesidad (*periculum*). Cuando esta medida se decreta por el juez “fuera de los supuestos previstos por la ley”, esto es, sin que existan “fundadas sospechas, basadas en hechos determinados” de que un sujeto investigado tiene participación en “un hecho punible que mereciere pena de crimen” y sin que los requerimientos de la investigación “lo hiciere imprescindible”, la vía para lograr la *inutilizabilidad* de la evidencia obtenida es su reclamar la exclusión por ilicitud probatoria (art. 276 inc. 3º CPP). Esto, porque la prohibición subyacente de conceder la medida fuera de los supuestos previstos por la ley es una proscripción de *naturaleza material*, puesta en función del derecho fundamental que la Constitución reconoce al sujeto investigado y que la interceptación limita en su libre y pleno ejercicio.

En cambio, cuando la irregularidad que se acusa consiste en que en su otorgamiento no se hubieren cumplido los requisitos legales del art. 222 CPP para que proceda la interceptación telefónica decretada, entre los que han de contarse la resolución motivada del juez, su registro, los límites y condiciones legales de ejecución de la medida, la *inutilizabilidad* de la evidencia obtenida debe obtenerse por medio del incidente de nulidad procesal (art. 159 y sig. CPP y art. 276 inc. 3º parte 1ª CPP). Ello porque la infracción descrita atenta contra normas de naturaleza procesal, puestas en función de la lógica y finalidad del proceso<sup>49</sup>, entre las que destaca la necesidad que esta medida intrusiva sea decretada por medio de una *resolución judicial motivada*.

## 6. CONCLUSIONES

6.1. La interceptación de comunicaciones telefónicas es una medida intrusiva que limita el ejercicio del derecho fundamental a la privacidad e incluso, el derecho a la inviolabilidad del hogar, según se ejecute. Por lo mismo tanto su decreto como su ejecución debe ceñirse, estrictamente, al principio de legalidad, estando proscrita cualquier interpretación analógica (art. 5 CPP).

6.2. Si bien el CPP chileno no contiene una definición de interceptación de comunicaciones telefónicas, es posible colegir que los elementos que configuran esta diligencia intrusiva son que la comunicación entre los sujetos afectados sea reservada o privada, que se apliquen medios técnicos invasivos y que el agente a cargo actúe en secreto.

La falta de definición no se acusa por la mera satisfacción de un prurito científico, sino porque si contáramos con una no habría dudas de los específicos límites dentro de los que el Estado puede actuar limitando, por esta vía, el derecho a la privacidad. Ello impide afirmar, por ahora, que estén permitidas o proscritas, por ejemplo, la grabación ambiental de comunicaciones en el domicilio del o los afectados, la interceptación de comunicaciones consentida y conocida por uno de los participantes del acto comunicativo o las grabaciones del tipo *plan view*, entre otras modalidades que la doctrina extranjera identifica.

Una definición clara de la medida permitiría, por ejemplo, distinguir entre datos íntimos y datos meramente privados útiles para la investigación penal y los mecanismos para preservar el núcleo intangible de la intimidad del imputado.

6.3. No obstante esa deficiencia, la ley parece construir un alto estándar indiciario para que esta medida intrusiva sea decretada; a pesar de la flexibilidad e incluso poca claridad terminológica, la necesidad que existan fundadas sospechas basadas en hechos determinados y que la medida resulte indispensable para la investigación, debería elevar los estándares epistemológicos para el juez llamado a resolver de la solicitud, quien, en todo caso, debe estar en condiciones de revisar todos los antecedentes de que disponen las policías y el Ministerio Público.

6.4. El CPP contempla una poderosa herramienta para restar de valor probatorio a las evidencias obtenidas de la orden judicial otorgada fuera de los supuestos establecidos por la ley o sin los requisitos legales de procedencia. Y más allá de las distinciones que hemos planteado, diferenciando tipos de ilegalidad, lo cierto es que el mismo sistema provee a los afectados de dos vías para lograr la *inutilizabilidad* probatoria de la evidencia

48 Pellegrini Grinover (1997) 116.

49 Pellegrini Grinover (2013) 417.

derivada: la exclusión de la prueba ilícita y la nulidad procesal. Sostenemos que al otorgarse la medida fuera de los supuestos que contempla la ley, la resolución del Juez de Garantía y sus efectos atentan contra el núcleo del derecho fundamental a la privacidad del sujeto pasivo, por lo que la evidencia ha de excluirse como ilícita. Por otro lado, si el mismo juez ordena la medida sin cumplir con los requisitos legales de procedencia, o bien ella se adopta prescindiendo de la orden judicial, se está vulnerando una norma establecida para garantizar los fines del proceso, por lo que la evidencia obtenida debe excluirse por ilegítimamente obtenida.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO URÍZAR, Agustina (2014). “El control de la resolución motivada que autoriza una interceptación telefónica en Chile y duración de la medida”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIII, 2ª sem. 2014, pp. 421-464.
- ARMENTA DEU, Teresa (2009). *La Prueba Ilícita (Un estudio comparado)*. Madrid: Marcial Pons.
- BOFILL GEENZCH, Jorge (2005). “Alcance de la obligación del fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación. Consecuencias de su incumplimiento en las diversas etapas del procedimiento”. *Revista de Estudios de la Justicia*, (6), pp. 45-61.
- CARBONE, Carlos Alberto (2008). *Requisitos Constitucionales de las Intervenciones Telefónicas*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
- CHIAVARI, Mario (2015). *Diritto Processuale Penale*. Milano: Utet.
- DUCE, Mauricio (2012). “La declaración en juicio de testigos del Ministerio Público sin registro en la etapa de investigación: un cambio relevante en la jurisprudencia de la Corte Suprema”. En *El Mercurio Legal*, noviembre 2012.
- GUERRERO PERALTA, Oscar (2011). “La expectativa razonable de intimidad y el derecho Fundamental a la intimidad en el proceso penal”. En *Revista Derecho Penal y Criminología*. Vol. XXXI, N° 92, enero-junio de 2011, pp. 55-84.
- HORVITZ LENNON, M<sup>a</sup> Inés; LÓPEZ MASLE, Julián (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- ILLUMINATI, Giulio (2008) “El Sistema Acusatorio en Italia”. En BACHMAIER, Lorena (Coord.). *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios* (Trad. Lorena Bachmaier). Madrid: Marcial Pons.
- LOZZI, Gilberto (2008). *Lezioni di Procedura Penale*. Torino: Giappichelli.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2007). *Valoración de las Grabaciones Audiovisuales en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2012). *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: B de F.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada (1997). “O regime brasileiro das interceptações telefônicas”. En *Ciências Criminais. Revista dos Tribunais*, N° 17, janeiro – março, 1997, pp. 112 – 127.
- (2013) *Provas lícitas, Interrcepções e Escutas*. Brasília: Gazeta Jurídica.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2001). *Código Procesal Penal. Anotado y Concordado*. Santiago de Chile: Edit. Jurídica.
- RIEGO, Cristián; DUCE, Mauricio (2000). “La etapa de investigación en el nuevo proceso penal”. En CAROCCA, Alex et Alter (2000). *Nuevo Proceso Penal*. Santiago de Chile. LexiNexis, pp. 99 – 137.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2005). *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos*. Santiago de Chile: Jurídica.
- TONINI, Paolo (2010). *Manuale di Procedura Penale*. Milano: Giuffrè.
- VAN WEEZEL, Alex; DARRICADES, Tomás (2011). “Interceptaciones telefónicas. Oportunidades para avanzar”. En *Revista del Abogado*. Colegio de Abogados de Chile. N° 52, año 15, julio 2011, pp. 40 – 43.

## Jurisprudencia citada

- CtIDH, caso *Arlei J. Escher y Otros vs. Brasil*, sentencia de 6 de julio de 2009.
- CtIDH, caso *Santander Tristán Donoso vs. Panamá*, sentencia de 27 de enero de 2009.
- TEDH en el caso de *James Malone vs. Reino Unido*, sentencia de 2 de agosto de 1984.
- TEDH, caso *Roman Zakharov v. Rusia*, sentencia de 4 de diciembre de 2015.
- SCS Rol 3016-2011, de 29 de junio de 2011
- SCS Rol 2765-2009, de 12 de julio de 2011
- SCS Rol 5516-2012, de 5 de septiembre de 2012
- SCS Rol 556-2014, de 26 de febrero de 2014

## Nomas citadas

- Código Procesal Penal (Ley 19.696, de 12 de octubre de 2000)
- Ley 18.314, sobre conductas terroristas (17 de mayo de 1984)
- Ley 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes (16 de febrero de 2005)
- Ley 19.913, crea la Unidad de Análisis Financiero (18 de diciembre de 2003)
- Ley 19.974 sobre el Sistema de Inteligencia del Estado y crea la Agencia Nacional de Inteligencia (2 de octubre de 2004).
- Decreto Ley 211, sobre defensa de la libre competencia (22 de agosto de 1973)
- Decreto N° 142, que contiene el *Reglamento sobre Interceptación y Grabación de Comunicaciones Telefónicas o otras formas de Telecomunicación*. Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (11 de abril de 2005).
- Abreviaturas y siglas: art./artt (artículo/ artículos); CADH (Convención Americana de Derechos Humanos); CEDH (Convención Europea de Derechos Humanos); CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos); cons. (considerando/s); CtIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos); CPR 1980 (Constitución Política de la República); DUDH (Declaración Universal de Derechos Humanos); inc. (inciso); pf./pfs. (párrafo/s); PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); SCA (sentencia de la Corte de Apelaciones); SCS (sentencia de la Corte Suprema); TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos); *vg.* (*verbigracia*).



# EL ÁMBITO DE LOS PROCESOS COLECTIVOS

Enrique M. Falcón

## 1. PRELIMINAR. LA CUESTIÓN

Aunque en la actualidad está ya incorporado al campo del proceso de tipo continental del *civil law* la categoría de procesos colectivos<sup>(1)</sup>, quedan aún numerosas cuestiones cuya aplicación y revisión aparecen como necesarias a cada momento en que se analizan los distintos aspectos de este sistema. Y ello es debido al carácter dinámico del Derecho, carácter que se ha desarrollado especialmente en la segunda mitad del siglo pasado y continúa desarrollándose en la actualidad. Decía Ada Pellegrini que “los procesos colectivos, en los países del *civil law*, todavía no alcanzaron la etapa de maduración y evolución de las *class actions* norte-americanas, pero la tendencia se desarrolla en el sentido de que cada vez más países crean verdaderos sistemas de procesos colectivos”. En este aspecto, es también importante tener en cuenta la aclaración que hace en el mismo texto que resulta esencial a los fines de comprender la evolución a que nos referimos, y es que “Los países de *civil law* no adoptan las mismas técnicas utilizadas en las *class actions* norte-americanas, acuñando institutos propios, más ligados a los principios de sus sistemas procesales”<sup>(2)</sup>. La pregunta que cabe responder, en consecuencia, es si se puede construir una definición omnicompreensiva de los procesos colectivos que nos permita desarrollar una normativa genérica para todos los supuestos<sup>(3)</sup>.

Claro que para ello hay que entrar en el nicho conceptual de los procesos colectivos y ver si constituyen una unidad, o por el contrario presentan un mosaico de soluciones distintas, cuyo único componente para tratarlas de modo conjunto es que en todos los casos se trata de grupos indiferenciados o numerosos. Es decir, la pregunta se sintetiza inquiriendo si el modelo colectivo es concentrado o disperso, y en este último caso la importancia o la implicancia de esta ubicación. Para poder visualizar la respuesta hay que realizar un diagnóstico de la situación actual que comienza por la evidencia de categorías de proceso colectivo compartimentadas, en un primer momento en dos grandes grupos: intereses difusos e intereses individuales homogéneos. Esta visualización que parece mostrar dos vías o aspectos de un mismo sistema olvida que la categoría de colectivo corresponde también a otros procesos que han marcado ya su vía a través del tiempo y la legislación como son, por ejemplo, la quiebra y el colectivo laboral y se ocupa sólo del proceso privado, sin atender al proceso penal que tiene también su categoría colectiva y a las cuestiones de derecho público.

De esta manera tendríamos, que comenzar viendo con son y cómo llegan ser las sintetizaciones actuales tomando dos ejemplos para comparar, como son la ley de Derecho del Consumidor de Brasil (art. 81 y el Proyecto de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (art. 1º). Veámoslo:

## CODIGO DE DERECHOS DEL CONSUMIDOR

1) Intereses o derechos difusos, así entendidos, para los efectos de este Código, los transindividuales de naturaleza indivisible, de los que sean titular personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho,

1 Utilizaremos arbitrariamente como modo general la expresión procesos colectivos, sin desconocer que existen numerosas otras formas de expresión como ha señalado BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo -*La protección de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 59 y 60, y más escuetamente, pero también en esa línea LORENZETTI; Ricardo Luis – *Justicia colectiva*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe Argentina 2010, p. 11.

2 PELLEGRINI GRINOVER, Ada – *Os procesos coletivos as class actions na perspectiva do “civil-law”*, en “Procesos colectivos. Class actions” Edición de la I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (6-9 Junio 2012), Buenos Aires, Argentina, IAPL, AADP, IIDP, Santa Fe, Argentina, 31-5-2013, pp. 62 y 63 (versión castellana del autor).

3 El concepto de definición es variado, por ello en nuestro caso, decimos que la definición a la que nos referimos es aquella que delimita el concepto del objeto definido “proceso colectivo”, es decir la que indica los límites conceptuales del mismo respecto de los demás procesos, de manera que podamos saber mediante dicha definición si cualquier proceso de que se trate es colectivo o no. Pero además necesitamos una definición que nos permita desarrollar para todos los procesos colectivos un mismo sistema.

2) Intereses o derechos colectivos, así entendidos, para los efectos de este Código, los transindividuales de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base,

3) Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los derivados de un origen común.

## PROYECTO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO

I – intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base;

II – intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

Parecería que ambas descripciones hablan de lo mismo y que el Proyecto Iberoamericano sólo refundió los incisos 2 y 3 del Código en uno sólo, pero sin ahondar más, por el momento, se puede ver que la parte contraria (el demandado) desaparece en el Proyecto Iberoamericano para ser mencionado sólo después, en el articulado, por las consecuencias y actitudes que debe tomar en el proceso tanto por el criterio de colaboración, cuanto por las responsabilidades que surgen de la sentencia. Además durante el transcurso del Proyecto se diferencian los intereses individuales homogéneos y se trata especialmente la cuestión de las categorías, grupos o clases, ausentes en la definición.

## 2. EVOLUCIÓN DE ESTOS SISTEMAS

Tal vez sea conveniente ver cómo se desarrolló y llegó hasta nosotros el sistema de proceso colectivo en general. Para ello haremos una breve referencia a la evolución histórica de este instituto, siguiendo el criterio que enseñó Toynbee con relación a la Historia<sup>(4)</sup>.

a) *El origen.* La cuestión más antigua de un proceso colectivo tratada por el Derecho debe haber sido el cambio de las ejecuciones sobre la persona por el de la cesión voluntaria de bienes del deudor insolvente, que se produjo bajo Julio César o tal vez Augusto (lex Julia del 737 de Roma, aprox. 16 a.C.)<sup>(5)</sup>, luego de un a larga evolución. Posteriormente el procedimiento derivó en el de quiebra que hoy conocemos y cuyo origen, en la modalidad actual, se encuentra en los Estatutos de la ciudad Estado de Venecia, y de las ciudades italianas de Génova, Milán y Florencia, quienes siguiendo las viejas instituciones del Derecho Romano, trazaron un procedimiento más o menos simple, para confrontar y solucionar el estado de insolvencia de los deudores y el cobro de las acreencias por parte de los acreedores. Ya hacia 1498, Génova, contaba con un estatuto en el cual se contemplaba el concordato mayoritario y las nulidades de las operaciones realizadas por los comerciantes en estado de cesación de pago en el denominado “período sospechoso”, los cuales caracterizan este proceso. Por otra parte en 1262 aparece en la *Constitutio de Siena* (que data originalmente de 1179) donde la palabra cesante identifica al comerciante en estado de quiebra y que dio lugar, luego en los Estatutos medievales a la expresión *cesación de pagos*. Luego, los principios italianos se trasladaron a Francia que dictó varias leyes hasta

4 La utilidad de la historia, más allá de contribuir a formar el acervo cultural de la humanidad, de predecir o propiciar políticas de los Estados, sirve para que las personas se conozcan mejor mediante sus respectivos pasados históricos. Como el objetivo de la humanidad es conocerse mejor para llegar a formar una gran familia, no podemos pretender conocer a un ser humano sólo por lo que vemos de él en un momento determinado; lo importante es saber cómo ha llegado a ser lo que es. Y lo que sucede con los individuos ocurre también con las naciones, civilizaciones y religiones y, para comprenderlas en su más íntimo significado, debemos compenetrarnos de su pasado histórico, al igual que de su presente (TOYNBEE, Arnold J. *-Para qué estudiar historia*, trad. del inglés por Raquel Busto, Emece Editores, Buenos Aires, 1966, p. 28).

5 La *bonorum venditio* es la venta en bloque de los bienes de un deudor insolvente en beneficio de los acreedores...para el deudor despojado de su patrimonio, la *bonorum venditio* llevaba consigo la nota de infamia (Cicerón *Pro Quintio*, 15. — Gayo, II, § 154), y si vivía, podía ser aprisionado. Además, siempre quedaba expuesto a la acción de los acreedores, y si con el tiempo adquiría nuevos bienes, los acreedores que no estuviesen completamente desinteresados podían perseguirle y hacer proceder a una nueva *bonorum venditio* (Gayo, II, § 155). Pero entonces, el deudor gozaba del beneficio de competencia, a condición de que la persecución tuviera lugar en el mismo año (L. 6, C., *de revoc. his.*, VII, 75). Una ley *Julia*, del tiempo de César o de Augusto, mejoró la situación del deudor insolvente y de buena fe, permitiéndole hacer *cesión voluntaria* de sus bienes a sus acreedores. Mediante esta cesión se libraba de la prisión y de la infamia (L. 11, C., *de caus.*, II, 12). Además, los acreedores desde entonces no podían hacerle condenar por sus deudas anteriores a la *bonorum venditio*, nada más que en el límite de sus facultades, y este beneficio de competencia no estaba limitado al plazo de un año, sino concedido en cualquier época que tuviese lugar la persecución (Ulpiano, L. 4, pr., *de ees. bon.*, XLIII, 3, L. § 40, *de adt.*, IV, 6) (PETIT, Eugene – *Tratado elemental de Derecho Romano*, párrfs. 703 y 705.2, pp. 811 y 813, trad. del francés de Ferrández González, Copyright by Radio Chasis TV. SRL., Buenos Aires, 1966).

la concreción del sistema en la ley de 1838, varios de cuyos principios aun rigen<sup>(6)</sup>.

b) *Los antecedentes anglosajones.* Parece que el instituto de procesos o procedimientos colectivos tuvo bastante vigencia en Inglaterra medieval a partir del 1200 DC., donde grupos de personas demandaban o eran demandados en las acciones en el derecho común, basados en intereses comunes de los pueblos, ciudades, parroquias, asociaciones, etc., pretensiones que eran admitidas claramente por los tribunales, tal vez fundadas en la necesidad de ese actuar en virtud de lo complicado de las comunicaciones y la imposibilidad de gestionar en todo el territorio del país cuestiones cuyo traslado y trámite resultaría muy costoso a los individuos particulares, por un lado, y por otro, el hecho de que la comunidad actuaba en grupos. Aunque en el período que corre entre el 1440 y 1700 las distintas guerras impidieron muchas veces funcionar a los tribunales, la idea del proceso colectivo fue creciendo aunque de manera dispersa y compleja hasta la reforma de 1812, que admitió oficialmente las acciones relacionadas con este proceso, aunque de manera más limitada. En el vaivén de intereses políticos y sectoriales hubo posteriores reformas terminaron en 1850 donde prácticamente quedó eliminado. Pero las ideas pasaron a Estados Unidos de América, donde sobrevivieron<sup>(7)</sup>.

El más antiguo predecesor a la acción de clase en los Estados Unidos de América fue la Regla n° 48 incluida en las *Reglas de Equidad* promulgada en 1833, que permitió actuar representativamente en situaciones en las que había muchos reclamos individuales (que ahora forma el primer requisito para los litigios de acción de clase, numerosidad). El Tribunal Supremo interpretó la Regla 48 de tal manera para que pudiera aplicarse a las partes ausentes en determinadas circunstancias, pero sólo por ignorar el significado simple de la regla. En el siglo pasado la regla de equidad n° 48 se sustituyó con la regla de equidad n° 38 como parte de una importante reestructuración de las normas de equidad. Cuando los tribunales federales fusionaron sus sistemas de procedimiento equitativo y legal en 1938, se transformó en la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil. Las *class actions* tuvieron importantes revisiones, de las cuales una de las más importantes fue la de 1966, pero tuvo también otras notables posteriores. Durante todo este tiempo se fueron combinando las reformas legislativas con las judiciales, según la competencia que en cada parte de la historia tuvo la Suprema Corte de Estados Unidos<sup>(8)</sup>. La regla 23 se encuentra actualmente en revisión y el *Advisory*

6 FERNANDEZ, Raymundo LL. – *La cesación de pagos en el derecho argentino y universal*, Cía Impresora Argentina S.A., Buenos Aires 1939, pp. 60 a 61.

7 En el derecho anglosajón, tal vez se encuentre el antecedente más lejano es el de la *class actions*, también conocida como *acción de representación*. Owen Fiss ha señalado que la acción de clase, de hecho, implica una acción de representación -el demandante nominado presenta una demanda en favor de todos los miembros inominados de la clase- aunque emplea una concepción peculiar de la representación: la autodesignación. A diferencia de aquella situación en la cual yo nombro a mi mandatario, en la acción de clase el demandante se nombra a sí mismo como representante. La autodesignación no constituye un hecho totalmente desconocido en el ámbito de la política, así como tampoco en otros medios sociales. De hecho, parece más bien una situación común en ocasiones de transición política donde existe un cambio radical de un régimen a otro. Las personas que se reunieron en Filadelfia en el verano de 1787 para redactar la Constitución de los Estados Unidos eran representantes autodesignados. Lo mismo para el caso de aquellos que lo hicieron en Budapest u otras capitales de Europa del Este, en 1989. De todos modos, esto no implica negar que la autodesignación sea una forma anómala de representación, sólo que la misma se encuentra justificada, en todo caso, en las circunstancias más excepcionales. Que se utilice esta vía en las acciones de clase revela el carácter realmente excepcional (revolucionario?) de este instrumento procesal (FISS, Owen – *La teoría política de las acciones de clase*, trad. de Roberto Gargarella para la Revista de la Universidad de Palermo, abril de 1996, año 1, n° 1, Buenos Aires, Argentina; traducido de “The Political Theory of the Class Action”, Owen M. Fiss – Yale University-Publications | Yale Law School- 1° de enero 1996 - Washington and Law Review, vol. 53, N° 1, 1996).

8 Hasta el siglo XIX, la ordenación del procedimiento estuvo en gran parte controlada por los tribunales, los cuales elaboraban sus propias normas y las cambiaban siempre que lo consideraban procedente. A partir de entonces los legisladores empezaron a asumir tal función, debido en parte a que las normas elaboradas en los tribunales de Inglaterra habían llegado a ser excesivamente rígidas, poco realistas e inadecuadas a las necesidades de los litigantes, y en parte debido al incremento general del poder y actividad legislativos durante esta época. Uno de los grandes logros legislativos fue la promulgación del *Field Code de Nueva York en 1848*, que derogaba antiguas formas de procedimiento, dotaba de un procedimiento uniforme para todos los tipos de acciones e integraba en un tribunal único de jurisdicción general poderes que hasta entonces se habían ejercido separadamente por los tribunales de *common law* y la cancillería o tribunales de equidad. El tiempo probó, sin embargo, que la regulación legislativa del procedimiento no era satisfactoria, por las razones apuntadas por el juez Cardozo: «Los cuerpos legislativos, informados solo ocasional e intermitentemente sobre las necesidades y problemas de los tribunales, sin un asesoramiento profesional responsable, desinteresado o sistemático respecto a las consecuencias de una u otra norma, se limitan a poner parches según surge la ocasión, haciendo a menudo agujeros donde sería necesario zurrir» (Cardozo, Benjamin.- *A Ministry of Justice*, Harvard Law Review, 1921, n° 35-páginas 113-114). Como resultado de tales críticas, la tendencia ha sido devolver el poder normativo procedimental a los tribunales. Ha ocurrido así no sólo en muchos Estados, sino en el gobierno federal, donde el Congreso delegó en el Tribunal Supremo la facultad reglamentaria sobre los tribunales federales inferiores. Las normas promulgadas por el Tribunal de acuerdo con esta autoridad (que comprende tanto las causas civiles como las penales) son breves y sencillas, despojando de importancia a los tecnicismos y complejidades procedimentales en aras de una mayor atención respecto de los motivos de la litigación. Han proporcionado inspiración y modelo para la reforma procedimental en muchos de los Estados. Aunque se hicieran grandes progresos durante el siglo XX hacia un procedimiento simplificado y mejorado, existen aún muchas zonas que exigen urgente atención. Una de ellas es el derecho probatorio, innecesariamente complicado y cerrado a cierto tipo de información en nombre de razones técnicas que carecen de sentido excepto para los abogados con mentalidad conservadora. Otra es el logro de un equilibrio adecuado entre el derecho a un juicio justo y el derecho a una prensa libre. Los periódicos, la televisión y la radio se ocupan de los hechos en ciertos casos con anterioridad al juicio de forma tan extensa y espectacular que hacen prácticamente imposible un juicio equitativo. Otra es la devolución al juez de su poder tradicional para manejar el juicio, incluyendo la facultad de comentar las pruebas a fin de guiar y ayudar al jurado en la determinación de las cuestiones de hecho. Estos pocos ejemplos, lejos de constituir un catálogo de lo que queda por hacer, sugieren únicamente el alcance y naturaleza de algunos de los problemas con que debemos enfrentarnos (Karlem, Delmar – *Proceso Judicial- Administración judicial*, en Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales, dir. por Sills y ed. española por Cervera Tomás, Aguilar 1976, tomo 8, p. 503) y en lo que a nosotros interesa la regla 23 FRPC.

*Committee on civil ruler- Tab 8* (Comité Asesor de Reglas de Procedimiento Civil) ha presentado en Abril de 2015 una serie de propuestas para su modificación, algunas bastante profundas, en especial las referidas a la notificación, que aún no se han puesto en vigencia.

c) *La cuestión en el sistema del civil law*. Sin embargo el modelo americano no iba a ser receptado en los países de Derecho Continental, aunque la aplicación de procesos colectivos tenía práctica en muchos de ellos en grandes conglomerados de sujetos procesales, más allá del litisconsorcio, especialmente en los procesos concursales que habían nacido – como hemos visto- en Roma con Julio César. Las cuestiones colectivas de intereses difusos (único criterio sobre el que se operó en la primera fase de principios del siglo XX) se entendían como lo señaló por ejemplo Chiovenda en cuestiones que correspondían al Estado. El autor citado nos decía que “No hay necesidad de creer, sin embargo, que toda voluntad de ley que obliga a los órganos del Estado a hacer o no hacer alguna cosa sea de tal naturaleza que puede ser invocada por el particular. Hay normas que regulan la actividad pública para conseguir un bien público, es decir, propio del conjunto de todos los ciudadanos, de la colectividad (tal es el interés en tener una buena administración un ejército, buenas fortificaciones; el interés a la conservación de las carreteras públicas y cosas semejantes). De estas normas nacen derechos colectivos (o derechos cívicos generales), los cuales están difundidos en un número indeterminado de personas, que no se individualizan en ninguna de éstas en particular: el particular no puede hacerlos valer, a menos que la ley le conceda el convertirse en el órgano de la comunidad. El particular, como tal, tiene un derecho hacia el Estado, sólo cuando la ley que regula la actividad pública ha tenido en cuenta su interés personal, inmediato directo”<sup>(9)</sup>. Pero en esta concepción, aunque el Estado cumpliera sus funciones de la mejor manera (cosa que no hace), no podía resolver los conflictos interindividuales colectivos entre los particulares. La actividad colectiva de los sujetos individuales moderna, en los países de Derecho continental, primero apareció a través los procesos colectivos del trabajo, donde se veía claramente un conjunto numeroso de sujetos que tenían intereses comunes y a los que los sindicatos aparecían representándolos para lograr lo que luego fueron las Convenciones Colectivas de Trabajo. En varios países, más allá del proceso judicial. Si uno revisa la literatura de la primera mitad del siglo XX puede ver que sólo se habla de procesos colectivos con referencia a las cuestiones del trabajo y la actividad de los gremios respecto de los trabajadores<sup>(10)</sup>. Ciertamente que estos procesos laborales pueden ser colectivos y así se manifiestan en muchas oportunidades, pero no son los únicos ni constituyen una generalización como la que vino después. El proceso colectivo como lo comprendemos hoy llevó todavía un tiempo, aunque ya en Italia TARUFFO y otros estudiosos se habían ocupado de la acción de clase americana<sup>(11)</sup>.

Por otro lado ya en el siglo XVIII había aparecido (aunque no había tenido una estructura formal constitucional) la figura del Ombudsman, establecido por las Constitución Sueca de 1809, y cuya función era dar respuesta inmediata a los ciudadanos por los abusos de difícil solución que se producían en el campo burocrático y judicial. El Ombudsman es el antecedente del actual Defensor del Pueblo, que en Francia se denomina Médiater de la République y otros lugares Defensor de los ciudadanos. De todos modos sus funciones tampoco son iguales en todas las latitudes. En algunos países está dispuesto para defender derechos de los ciudadanos y en otros para control de la Administración Pública. Una de las maneras de destrabar el problema de la representación difusa, por un lado y cumplir los deberes del Estado por otro, lo constituye el Defensor del Pueblo u Ombudsman. Vanossi, ha explicado que el defensor del pueblo es un delegado parlamentario, cuya misión es, a solicitud de los particulares o de oficio y con las limitaciones que correspondan de acuerdo a la competencia, ejercer funciones como controlar y supervisar lo concerniente al funcionamiento y cumplimiento de la ley por parte de la Administración Pública nacional, entes descentralizados, empresas del Estado, empresas privadas concesionarias de un servicio, funcionarios en los entes binacionales, etc., para lo cual tendría facultades de investigación o inquisitorias relativamente amplias<sup>(12)</sup>.

9 CHIOVENDA, Giuseppe – *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. Gómez Orbaneja, Madrid, 1940, t. I, p. 5 y 6.

10 Ver por ejemplo CARNELUTTI, Francesco – *Instituciones del proceso civil*, trad. Santiago Sentís Melendo, vol II., Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1973, pp.318 y sgtes. en especial pp. 322 y sgtes.

11 TARUFFO, Michele – *I limiti soggettivi del giudicato e le class actions*, Rivista di Diritto Processuale, n° 24, 1969-618. Sobre la evolución del proceso colectivo puede verse el completo desarrollo que realiza GIDI, Antonio – *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil-Un modelo para países de derecho civil*, UNAM, México 2004, p. 5. DENTI, Vittorio – *L'avvocato e la difesa di interessi collettivi*, en Foro Ital., vol. CI, fasc. 4 -1978, p. 7

12 VANOSSO, Jorge Reinaldo -*El defensor del pueblo o comisionado parlamentario en el régimen constitucional argentino*, en Revista Jurídica de

d) *La formación del proceso colectivo en Iberoamérica*. En la América del *Civil Law* fue Brasil el primero en introducir en el ordenamiento la tutela de los intereses difusos y colectivos, de naturaleza indivisible, en primer término por la reforma de 1977 a través de la Ley de la Acción Popular; después, mediante la ley específica de 1985 sobre la denominada “acción civil pública”; siguiendo, en 1988, cuando se eleva a nivel constitucional la protección de los referidos intereses; y finalmente, en 1990, por el Código de Defensa del Consumidor (cuyas disposiciones procesales son aplicables a la tutela de todo y cualquier interés o derecho transindividual) <sup>(13)</sup>. Este Código fue más allá de la dicotomía de los intereses difusos y colectivos, receptó la categoría de los llamados intereses individuales homogéneos, que abrieron camino a las acciones reparadoras de los perjuicios individualmente sufridos (correspondiendo, en el sistema americano, a las *class actions for damages*- acciones de clase por daños y perjuicios)<sup>(14)</sup>. La idea general de los procesos colectivos referido a los derechos individuales homogéneos fue fijada en el Código de Defensa del Consumidor en el art. 81 al establecer tres categorías para los procesos colectivos, como hemos podido observar en la comparación con el Proyecto Iberoamericano.

Pero ya en las dos últimas décadas del siglo pasado los profesores BARBOSA MOREIRA y PELLEGRINI GRINOVER habían realizado numerosos trabajos sobre los procesos colectivos<sup>(15)</sup>, que sirvieron también al ideario de los Proyectos del Instituto Iberoamericano y a las legislaciones de los distintos países del área, sin perjuicio de que siguieron trabajando sobre la materia puliendo ideas, mostrando caminos y dando muestras de una vocación formadora excepcional. En la actualidad la explosión bibliográfica sobre el proceso colectivo es de gran magnitud, ya sea en congresos, en obras o artículos específicos sobre la materia<sup>(16)</sup>. Y explicaba Barbosa Moreira con antelación: De más de una forma se concibe que el proceso sirva esencialmente a la sociedad. Le servirá, desde luego, siempre que ofrezca medios de tutela adecuados a intereses que, trascendiendo el horizonte de las relaciones entre dos sujetos o dos grupos bien definidos de sujetos, tocan a extensas e indeterminadas colectividades, no obstante la indivisibilidad del objeto, como son en general los intereses relacionados con la preservación del ambiente, con la promoción de valores espirituales y culturales de la comunidad, con la protección de la masa de los consumidores, y así en adelante. La concepción tradicional de la estructura del proceso, modelada según las características de los litigios, puramente interindividuales, condicionaba de manera decisiva el análisis y la solución de varias cuestiones de primera importancia, por ejemplo la de la legitimación para obrar y la de los límites subjetivos de la cosa juzgada. A medida que crece en importancia, en nuestro tiempo, el problema de los llamados intereses “colectivos” o “difusos”, el derecho procesal es convocado a revisar el tratamiento de estos y de otros tópicos, en miras a asegurar ahí a la tutela jurisdiccional un nivel de efectividad compatible con las necesidades del mundo contemporáneo. Son ideas que agitan sectores prestigiosos de la doctrina y a las cuales, en ciertos países, ha sido sensible el legislador. En el Brasil hasta cabe decir que éste, curiosamente, se anticipó a las preocupaciones doctrinales de los últimos años. Ya en 1965, en efecto, la Ley N° 4.717, al reglamentar una disposición constitucional, abrió a la acción

Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1985, pág. 151.

- 13 Este Código cuyos autores fueron ADA PELLEGRINI GRINOVER y KAZUO WATANABE, fue publicado y comentado por los autores del Anteproyecto, como *Código Brasileiro de Defesa do consumidor*, Rio de Janeiro-Forense Universitaria, 1999, y se constituyó en una de las bases importantes del Anteproyecto de Código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica.
- 14 PELLEGRINI GRINOVER, Ada- *Dalla “class action for damages” all’azione di classe brasiliana*, en “*Rivista di Diritto Processuale*”, 2000, p. 1068.
- 15 Por ejemplo: BARBOSA MOREIRA, José Carlos -*La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)*”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2 de 1992, p. 235 -*Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos*”, *Temas de direito processual (Terceira Série)*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 196; *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, *RePro*, nro. 61, São Paulo, 1991; -*Dimensiones sociales del proceso civil* – Conferencia dictada en 1986 en el Colegio de Abogados de Panamá, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. 6 n° 6 (1987), p.111. PELLEGRINI GRINOVER, Ada, *O novo processo do consumidor o processo em evolução*. Rio de Janeiro, 1996, p. 140; *Significato sociale, politico e giuridico della tutela degli interessi diffusi*, *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1, enero-febrero de 1999; y más adelante en el tiempo -*Derecho procesal colectivo*, *Revista de Derecho Procesal (Rubinzal Culzoni)*, Santa Fe Argentina, Tomo: 2006 – 2, p. 387.
- 16 Para una referencia suscita y claramente incompleta mencionaré algunos de los trabajos generales publicados con artículos de numerosos autores en los que se puede buscar un material inestimable para esta materia. En primer lugar las Actas del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, Argentina, 1995, publicadas por La Ley, Buenos Aires 1995, luego Antonio GIDI y Eduardo FERRER MAAC-GREGOR coordinaron y expusieron en dos obras; La primera denominada “La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos-Hacia un Código Modelo para Iberoamérica”, que contiene los trabajos sobre el Anteproyecto del Código Iberoamericano, Editorial Porrúa México, e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003; y la Segunda “Procesos Colectivos- La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada”, Editorial Porrúa, México, 2003. Eduardo OTEIZA coordinó “Procesos Colectivos”, obra de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina 2006 y finalmente el libro de los trabajos, artículos y especialmente conferencias de la I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal con el tema “Procesos Colectivos-Class Actions”, Buenos Aires – Argentina, 6-9 de Junio de 2012. Publicación de la International Association of Procedural Law, la Asociación Argentina de Derecho Procesal y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Santa Fe, Argentina 2012.

popular — que allí estaba prevista en términos genéricos, para la impugnación, por cualquier ciudadano, de actos dañosos al patrimonio de entes públicos — la posibilidad de actuar como instrumento judicial de defensa de bienes y derechos de valor no solamente económico, sino también artístico, estético o histórico. Fue un avance muy significativo, que, en cierta medida, dio al derecho brasileño una posición de vanguardia en este terreno, inclusive por las soluciones inteligentes que se adoptaron para algunos problemas delicados, como el de la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia y de la autoridad de la cosa juzgada material. Pero la sistemática de la acción popular no se ha mostrado capaz, en determinados puntos, de satisfacer las necesidades de tutela (17).

El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal recogió la idea brasileña de la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, con algunas modificaciones, que comienzan en el concepto de procesos colectivos al suprimir el párrafo III del art. 81 de la ley de Defensa del Consumidor brasileña en el Proyecto de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal dejando la relación sólo para los intereses difusos y los individuales homogéneos. A su vez, agregó al modelo brasileño cuestiones relacionadas con la legitimación (que incluye cualquier interesado) y al control sobre la representatividad adecuada. Con relación a la cosa juzgada se adoptó la eficacia erga omnes de la sentencia, salvo insuficiencia de pruebas, a diferencia del Derecho americano en que la sentencia es definitiva y total(18).

### 3. UNIDAD Y PLURALIDAD DE LOS PROCESOS COLECTIVOS

A esta altura de los tiempos con la aproximación de los derechos de la Cuarta Generación, determinar el ámbito de los procesos colectivos surge como necesidad y con evidencia cuando se examinan tanto la doctrina como la legislación sobre este tema. La normativa del Proyecto Iberoamericano no terminó con las diferencias. Inclusive, las definiciones que parecen tener una coincidencia no la tienen. En doctrina ya se notaron las primeras disquisiciones. BARBOSA MOREIRA había señalado que desde un punto de vista objetivo, esos litigios a los que denominó esencialmente colectivos se distinguen porque su objeto es indivisible. No se trata de una yuxtaposición de litigios menores que se reúnen para formar uno mayor ... es imposible satisfacer el derecho o el interés de uno de los miembros de la colectividad y viceversa: no es posible rechazar la protección sin que ese rechazo afecte necesariamente a la comunidad como tal... los intereses colectivos en sentido amplio son *intereses esencialmente colectivos*, en tanto que los intereses individuales homogéneos sólo son *intereses accidentalmente colectivos*(19). Por su parte GIDI ofrece la siguiente definición: *una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo(cosa juzgada). Y agrega que algunos juristas distinguen entre “acciones de clase” (class actions), acciones civiles públicas (parens patriae civil actions) y acciones de organizaciones o asociaciones (organizational actions o associational actions) (20). A su vez PELLEGRINI GRINOVER, por su parte, al diferenciar intereses colectivos e intereses difusos dijo que no obstante considerar a ambos meta-individuales, no referibles a un determinado titular, la doctrina designa como “colectivos” a aquellos intereses comunes a una colectividad de personas y a ellas solamente, cuando exista un vínculo jurídico entre los componentes del grupo: la sociedad mercantil, el condominio, la familia, los entes profesionales o el propio sindicato dan margen al surgimiento de intereses comunes, nacidos en función de una relación-base que une a los miembros de las respectivas comunidades y que no confundiendo con los intereses estrictamente individuales de*

17 BARBOSA MOREIRA -*Dimensiones sociales del proceso civil*, cit. p.114

18 PELLEGRINI GRINOVER, Ada; WATANAVE, Kazúo y GIDI, Antonio – *Anteproyecto de Código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica*, en “Revista de Derecho Procesal – Rubinzal Culzoni”, Santa Fe, Argentina, 2004-I-455. Este Anteproyecto, con las modificaciones de la comisión revisora integrada y coordinada por Ada PELLEGRINI GRINOVER- Aluisio G. de CASTRO MENDES -Anibal QUIROGA LEÓN – Antonio GIDI -Enrique M. FALCÓN -José Luiz VÁZQUEZ SOTELO – Kazuo WATANABE -Ramiro BEJARANO GUZMAN (voto de abstención) -Roberto BERIZONCE -Sergio ARTAVIA, bajo la presidencia del Instituto de Roberto O. BERIZONCE, quien hizo el prólogo y con la redacción revisada por Ángel LANDONÍ SOSA), lo que dio lugar al “Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal)” que fue aprobado en Caracas el 28 de Octubre de 2004.

19 Barbosa Moreira, José Carlos -*Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos, Temas de direito processual (terceira série)*, Sao Paulo, Saraiva, 1984, pp. 195 y 196.

20 GIDI – *Las acciones colectivas...*, cit. p. 31. El autor remite sobre la cosa juzgada a obra “Coisa julgada e ôlitispendencia em Ações Coletivas”, Editora Saraiva, São Paulo 1995, que reitera luego de modo resumido en páginas 95 y siguientes de esta obra.

cada sujeto, permite su identificación. Por intereses propiamente difusos se entienden aquellos que, no fundándose en un vínculo jurídico se basan sobre datos de hecho genéricos y contingentes, accidentales y mutables: como habitar en una misma región, consumir iguales productos, vivir en determinadas circunstancias socio-económicas, someterse a particulares emprendimientos<sup>(21)</sup>. Y si sumamos a esta pequeña muestra la diferenciación que se tiene con muchos países de Europa donde las “acciones colectivas” son limitadas para determinadas asociaciones, veremos que establecer el ámbito de los procesos colectivos no es un campo unificado. En el Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, en el trabajo relacionado con los proyectos de legislación, en el caso del Proceso Colectivo lo hemos definido de la siguiente manera: “Art. 1. (*Concepto*). Será aplicable el proceso colectivo cuando se demande o se encuentre demandado<sup>(22)</sup> un grupo de personas con relaciones jurídicas que correspondan a derechos transindividuales provenientes de un origen común, jurídico o de hecho, en los que existiesen intereses difusos de carácter indivisible o individuales homogéneos en los que por el elevado número de miembros o el carácter indeterminado de los mismos se hiciera impracticable la reunión de todos ellos. Estas normas serán aplicables de modo directo cuando una situación jurídica no cuente con una regulación específica y de manera supletoria cuando esa regulación exista”

Pues bien, se aprecia en las distintas definiciones que el Proceso Colectivo, en sentido técnico estricto actual, no es sólo un proceso con un grupo amplio de personas, sino que se trata de un grupo de personas numeroso relacionado con una identidad de pretensión o de defensa, en ambos casos transindividual, que tiene un origen común y una relación jurídica de base. La pretensión puede ser indivisible o no, la cosa juzgada puede ser *erga omnes* o *secundum eventum litis*, existen principios fundamentales en la actuación colectiva (como sucede en el campo ambiental), pero ellos sólo se aplican a determinado tipo de derechos. La identificación particular de los sujetos comprendidos no es posible porque: o bien se trata de quienes tienen *intereses difusos* donde el reclamo responde a intereses que corresponden a todos, pero a nadie en particular, como sucede en el Derecho Ambiental, donde la pretensión comprende todos los individuos que se encuentren afectados por el reclamo relacionado con el medio ambiente; o bien se trata también de un grupo numeroso de personas, que si bien pueden reclamar de manera individual cada una de ellas, existe un reclamo general y en ese reclamo juntar a todos los miembros resulta impracticable ya sea por el elevado número o su indeterminación. La indeterminación proviene de la falta de elementos para conocer a todos o que pudiéndolos conocer en un momento determinado, la movilidad de los integrantes del grupo (muerte, renuncia, incapacidad, oposición a integrar el reclamo, etc.). En ambos casos existen cuestiones de derecho y hecho comunes, pero no se puede ir más allá con acierto.

Para adentrarnos ahora en el tema a dilucidar debemos mostrar dos modelos de los que ya hemos adelantado algo respecto de la primera dificultad, es decir respecto de la definición y así diremos que existen

1) El modelo concentrado es aquél que es útil para todos los reclamos en que se articule una pretensión colectiva, cualquiera sea su origen. Es el modelo pretendido por las *class actions*, aunque omiten la cuestión penal.

2) El modelo disperso trata cada uno de los supuestos de proceso colectivo por su tipo, que puede tener un procedimiento de base, pero luego debe ser adaptado a cada situación. Esto se da tanto en los procesos de intereses difusos como en los de intereses individuales homogéneos. Por ejemplo, si hablamos de daños colectivos, los mismos pueden estar referidos: a los derechos del consumidor, al comercio electrónico, al derecho de la competencia, al Derecho Ambiental, a los derechos económico sociales, a los litigios de interés público<sup>(23)</sup> y otros más como podría ser si se tratase de distintos tipos de consumidores en atención a que responden a distintas normativas, etc.

21 PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores”, comunicación presentada en las X Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá 1º-15 de agosto de 1986, pág. 3-4.

22 El proceso colectivo también puede representarse por vía del actor, del demandado o ambos. En el derecho americano la mayoría de las acciones de clase se llaman “las acciones de clase del demandante,” porque en un pleito los partes que hacen demandas se llaman los “demandantes.” Pero en circunstancias limitadas, una acción de clase se puede activar contra unos o más demandados que representan a un grupo de demandados, y sería llamada “una acción de clase del demandado”.

23 LORENZETTI, *Justicia colectiva*, cit., los trata en páginas 14 a 18.

Asó a poco que ahondemos en el sistema vamos a advertir que todos los procesos colectivos, en cualquier reglamentación son en mayor o menor medida dispersos. Y esta característica hace que las definiciones y las caracterizaciones establecidas lo son en tanto se establezca a su vez el ámbito en el cual son aplicables. Supongamos ahora que tomemos un sistema aparentemente concentrado. Ese sistema concentrado lo está naturalmente respecto de determinado tipo de reclamos, que pueden ser muy amplios pero no totales. Algunos ejemplos pueden aclarar el concepto. Por ejemplo en la Argentina cuando frente al sistema aparentemente concentrado del Amparo (vía que tuvo que modificar sus alcances para atender los requerimientos del proceso colectivo), aparece un reclamo en materia penal a través ahora del *habeas corpus colectivo* reclamando por el estado de las cárceles<sup>(24)</sup>, en ese caso se tuvo que resolver *pretorianamente* la cuestión y la vía a tramitar. Luego tímidamente, en 2009 se modificó el Código Penal, agregado por ley 26.559, el art. 82 bis<sup>(25)</sup>, pero no se estableció ningún procedimiento particular. En otros casos cuando un gremio hace un reclamo por sus agremiados, no lo hace en forma de litisconsorcio, sino por vía colectiva, ya que si bien pueden identificarse los integrantes asociados a ese gremio, debido a la movilidad (renuncia, expulsión, muerte, incorporación, etc.), el hecho de algunos trabajadores no estén agremiados, y la cantidad y dispersión que pueden tener los trabajadores incluidos hace económica y jurídicamente impracticable una individualización de cada uno de ellos, a la vez que el gremio tiene representación para el reclamo y esa representación es legalmente *adecuada*. Y esto, como hemos citado ya se conocía hace mucho tiempo porque las cuestiones laborales son las constitucionales de la segunda generación. Por otra parte si se reclamase por inconstitucionalidad de una norma, realizada por una sola persona, debido a que podría ser aplicable la solución a todos los habitantes bastaría esa sola legitimación para que, en caso de triunfar el pedido se extienda a todos los implicados, pero qué consecuencias tendría el rechazo. Cuando se hace el reclamo de bienes colectivos, referido a la discriminación o el patrimonio cultural, la determinación de los legitimados, el alcance de las medidas y los efectos de las sentencias son distintos<sup>(26)</sup>. Y las litigaciones contra el Estado (*Public litigation*) no entran dentro de estas categorías totalmente, porque el cumplimiento de la sentencia es diverso del cumplimiento de las sentencias contra particulares. LORENZETTI distingue en este último caso dos supuestos. Aquel en el cual la manda contra el Estado no establece los medios y las vías por las cuales debe cumplirse, de aquellas en las cuales la decisión penetra en la órbita del otro poder estableciendo la manda y los elementos y vías para su cumplimiento<sup>(27)</sup>, lo que supone un conocimiento por parte de la jurisdicción de los actos que debe realizar otro poder y el orden de prioridades que tiene.

#### 4. CONCLUSIÓN

Lo expresado anteriormente nos muestra que no podemos llegar a una definición como la que queremos. Parece ser que el “proceso colectivo” es un instituto o tipo de proceso claramente desconcentrado. En los tipos desconcentrados y advertimos que guardan una similitud, pero no podemos llegar al centro de su esencia notamos, no obstante, que funcionan en distintos niveles o grupos sistémicos de procesos interrelacionados por algunos factores esenciales, que, estos sí, excluyen de su órbita a los procesos que no son colectivos. Estos factores son los siguientes:

1) Hay un núcleo de imputación que inclusive sirve a otros tipos de procesos. Ese núcleo se encuentra dentro del marco de los principios y en caso que nos ocupa, el Principio del Debido Proceso, que es el que garantiza el acceso a la justicia, tanto para petitionar de manera positiva cuanto negativa (por ej. demanda, defensa). Este núcleo que tiene numerosas ramificaciones, en una de ellas se ata a un segundo núcleo.

2) Este segundo núcleo que es el que enlaza el proceso y sus garantías, deberes y derechos, es el que

24 CSJN, 3 de mayo de 2005, V. 856. XXXVIII. Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus.

25 Ley 26.550 ARTICULO 1° — Incorpórase el artículo 82 bis al Código Procesal Penal de la Nación, con el siguiente texto: Artículo 82 bis: Intereses colectivos. Las asociaciones o fundaciones, registradas conforme a la ley, podrán constituirse en parte querellante en procesos en los que se investiguen crímenes de lesa, humanidad o graves violaciones a los derechos humanos siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados. No será obstáculo para el ejercicio de esta facultad la constitución en parte querellante de aquellas personas a las que se refiere el artículo 82.

26 SALGADO, José María — *Tutela individual homogénea*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 344.

27 LORENZETTI — *Justicia colectiva*, cit. pp. 183 y 184.



a su vez extiende y diferencia sus ramas en tanto se trate ciertas características subjetivas (intereses difusos, intereses individuales homogéneos, derechos fundamentales de la persona humana)

3) Del anterior derivamos hacia el tercer núcleo, que es el que establece los requerimientos básicos y hace la diferenciación de los procesos, que en el caso del proceso colectivo son, a) la legitimación colectiva que tiene que referirse a un grupo de personas con ciertas características (independientemente del que realiza el pedido, porque si no hubiera grupo no habría proceso colectivo). En este caso podrá o no ser necesaria la representación adecuada o que al momento de su formación aparezca o no el grupo, b) que la razón de requerimiento de un sistema particular se refiera a su carácter subjetivo difuso, a la numerosidad que haga impracticable su notificación individual, a la imposibilidad de determinación de todos los afectados, a la vulnerabilidad de los sujetos a ser protegidos o alcanzados por el proceso, a los efectos sociales de la decisión, a la determinación específica realizada por la ley, etc. c) que se trate de hechos o derechos transindividuales que justifiquen la agrupación y d) que todos los sujetos queden sometidos a la sentencia, con alcances diversos según la distintas legislaciones y en su caso de sus distintos intereses particulares.

4) Y el cuarto y último paso es que todos estos requisitos permitan constituir un sistema procesal adecuado para el desarrollo que corresponda a la solución de la cuestión jurídica involucrada donde el juez es un partícipe esencial en la conducción del proceso.

De esta manera, si bien no se alcanza una definición absolutamente excluyente de modo general, se puede lograr una serie de requisitos y conceptos que alberguen cuestiones que van desde la Acción Popular, hasta la sentencia extensiva, quedando abierto en un futuro a nuevas incorporaciones o eliminaciones en la medida que se deseen ajustar los requisitos.

Abril de 2018.

# NORME PROCESSUALI NELLE GIURISDIZIONI STATALI TRA PRASSI, REGOLE E PRINCIPI NEL MONDO OCCIDENTALE

Fabio Santangeli

## *Abstract*

*The paper critically analyses the various system of the sources of civil procedure with particular reference to the countries of Central Europe, North America and South America, and the rules and principles of supra-national bodies (which today need necessarily to be sought and applied in different legal systems).*

*It also offers a historical reconstruction until the most recent innovations. From procedural laws (laws based on rules and laws based on principles), to the parties' agreement regarding the specific proceedings, to the discipline dictated by institutional and representative bodies, to the application practices, to the rules and principles elucidated by the jurisprudence. The positive and negative aspects of the different forms of production are identified, and the features are discussed, and proposals are made to identify the best dynamics for the construction of the civil procedure.*

**Sommario:** Introduzione.- Prima parte. Tre utili premesse. 1. Prima premessa. Il processo nel diritto europeo medievale e moderno come magistrale esempio di possibile radicale diversità nella scelta delle fonti. 2. *Segue.* Seconda premessa. I principi di ordine pubblico processuale quale elemento da rispettare imprescindibile per qualunque “positore” di regole processuali. 3. *Segue.* Terza premessa. Chi decide quale (giudice e quale) processo. Tra giurisdizione privata e giurisdizione statale. – Seconda parte. 4. La giurisdizione statale. Chi pone e come le regole del processo. 5. Il legislatore. 5a. *Segue.* Suggerimenti per la redazione di leggi processuali “integrali” e non atomisticamente parcellizzate. Puntualizzazione sul ruolo dei principi.- 5b. *Segue.* Suggerimenti per la redazione di migliori leggi in campo processuale. – 6. I giudici. Attraverso i precedenti giudiziari. 6a. *Segue.* Le regole processuali dei giudizi determinate da giudici di ultimo grado. 6 b. *Segue.* Come migliorare la “qualità” dei precedenti giudiziari in materia processuale così da garantire soluzioni migliori. – 6 c. *Segue.* Le regole processuali tra *binding precedent* e *prospective overruling*. – 7. *Segue.* Organismi. – 8. Le parti. Regole elastiche del processo. – 9. Le regole del processo. Tra duttilità e rigidità. – 10. Considerazioni conclusive. I principi di garanzia come elemento essenziale del processo. Conoscenza, condivisione, democraticità come elemento qualificante dei migliori processi decisionali per la formazione di migliori regole del diritto processuale.

## INTRODUZIONE

Il tema che tratterò è ampio, ma circoscritto.

Mi propongo di analizzare i vari metodi di approccio alla individuazione (creazione) delle norme processuali e di individuare le migliori dinamiche per la costruzione del diritto processuale civile.

## PARTE PRIMA. TRE UTILI PREMESSE

### 1. PRIMA PREMESSA. IL PROCESSO NEL DIRITTO EUROPEO MEDIEVALE E MODERNO COME MAGISTRALE ESEMPIO DI POSSIBILE RADICALE DIVERSITÀ NELLA SCELTA DELLE FONTI

Il tema della individuazione dei soggetti o delle istituzioni deputate a imporre le regole processuali è

ovviamente risalente nel tempo, e diversamente trattato e risolto nelle diverse epoche storiche<sup>1</sup>.

Fermiamoci, per avere una dimensione temporale limitata e tuttavia suggestiva, alla formazione del diritto processuale civile nei secoli XVII e XVIII nel diritto europeo<sup>2</sup>.

È il momento affascinante dello scontro tra due visioni contrapposte. La prima, di derivazione romana, costruisce il processo nel contraddittorio<sup>3</sup>, nella corretta regolamentazione del dialogo, nell'esaltazione del metodo dialettico, della verità probabile; in ambito istruttorio valorizza la testimonianza<sup>4</sup> e l'assunzione della stessa in giudizio (e non *aliunde*), in un processo che è caratterizzato dal ruolo importante attribuito agli avvocati, e l'inquadramento del giudice come figura di operatore professionale.

La seconda, di derivazione germanica<sup>5</sup>, esalta il concetto dell'ordine nel processo; esplicita la svalutazione del ruolo degli avvocati, laddove il giudice è ritenuto il migliore avvocato delle parti<sup>6</sup>. Definisce il ruolo statale del giudizio, la prevalenza del documento sulla testimonianza, l'aspirazione alla verità materiale o formale, ma comunque non alla verità "probabile"<sup>7</sup>. Determina l'Inquadramento del giudice come funzionario dello stato, e non quale figura tecnico-professionale come invece l'avvocato<sup>8</sup>.

Ora, nella idea romana, il processo non è regolato da leggi statali, ma da leggi logiche, e da regole desunte da avvocati e giudici insieme, dalla prassi; anzi, le regole processuali non possono essere decise da una legge<sup>9</sup>. Al contrario, seconda la visione germanica, la giurisdizione è necessariamente statale<sup>10</sup>, e da ciò discende che le regole del processo le determina ovviamente la legge statale.

Dunque, regole processuali antitetiche, ricavate da poteri di creazione delle stesse antitetici<sup>11</sup>; evidente

- 1 Per una attenta analisi dei rapporti tra giurisdizione e sovranità nel diritto processuale europeo, con la chiara dimostrazione di come la tradizionale affermazione della giurisdizione come emanazione della sovranità e funzione fondamentale dello Stato sia semplicemente errata sotto un profilo storico, Picardi, N., *Giurisdizione e sovranità. Alle origini della giurisdizione statale*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2007, p. 685 ss.
- 2 La letteratura in materia è sterminata. Rinvio a Picardi, *Processo civile (diritto moderno)*, Enc. Dir XXXVI, p. 104 ss., ivi anche per ulteriori citazioni. Di particolare interesse il raffronto operato sulle concezioni di due giuristi del Seicento, l'italiano Sigismondo Scaccia ed il germanico Althusius, particolarmente sensibili ai problemi generali del processo e del giudizio.
- 3 Giuliani, *Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, in *Atti del X Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica*, Bari, 3-5 ottobre 1974, a cura di R. Orecchia, Milano, 1976, 169 ss. Considerato come efficace metodologia di ricerca della verità. V. Giuliani,
- 4 Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano 1961, 115 ss.
- 5 La concezione "germanica", va rammentato, si pone anche come reazione al fenomeno delle cd. *Litis immortales* che la applicazione deteriora della idea romana del processo nei fatti spesso provocava; si comprende, così, il fascino per regole più autoritarie ma sperabilmente più efficaci, e il tentativo di individuare criteri decisori della controversia fondate su regole di automatica applicazione, guidate da criteri "matematici", piuttosto che fondati su logiche dialettiche.
- 6 Del resto, già Leibniz aveva ridimensionato la funzione dell'avvocato, sostenendo che il giudice è, d'ufficio, l'avvocato generale delle parti; confr. Grua, *La justice humaine selon Leibniz*, Paris 1956, 263.
- 7 Picardi, *Processo civile (diritto moderno)*, cit. 117, rammenta come, secondo questa concezione, alla concezione classica della verità «probabile» subentrava la fiducia nell'esistenza di una verità oggettiva, assoluta, preconstituita, diversamente individuata sulla base di postulati razionalistici, con la verità «materiale» o con la verità «formale». E queste verità possono, secondo tali teorie, essere attinte anche al di fuori del contraddittorio. Correlativamente, in quest'epoca, si delineava la tendenza a svalutare la prova testimoniale e la tendenza a privilegiare il documento, la prova preconstituita e la prova legale. Il nuovo *ordo* presenta, in definitiva, un carattere «asimmetrico» in quanto fondamentalmente impostato sull'autorità, sulla gerarchia e sulla logica burocratica (Giuliani, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: nuova retorica e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto* 1986, 85 ss, lo distingue dall'ordine isonomico che connota invece l'*ordo iudiciarius*, fondato sull'uguaglianza.).
- 8 Il ruolo del giudice era così radicalmente mutato. La funzione giudiziaria veniva spersonalizzata ed attribuita ad un giudice concepito come *homo burocraticus*, il cui compito era prevedibile, fungibile e controllabile. La *iurisdictio* era ormai considerata come *pars summi imperii*.
- 9 Picardi, *Processo civile (diritto moderno)*, 114, "Fino all'età moderna la procedura era considerata manifestazione di una ragione pratica e sociale, che si era realizzata nel tempo attraverso la collaborazione della prassi dei tribunali e della dottrina. In effetti, durante il tardo diritto comune, in Italia si sosteneva ancora che lo *Stylus* o consueto *curiae pro lege habetur*. Anzi, la prassi, purché fosse *rationabilis*, doveva essere osservata anche se *contra ius*, altrimenti sarebbero stati nulli gli atti processuali («*nulla sit citatio facta contra stylum*») ed il giudice sarebbe stato esposto a responsabilità («*non observans stylum litem suam facit et tenetur in Syndicatu*»). In altri termini, si riconosceva al tribunale il potere di stabilire i modi stessi del suo operare; la procedura, con il suo carattere pubblico, argomentativo e giustificativo, rappresentava un capitolo della dialettica. L'*ordo iudiciarius* aveva natura originaria e, in un certo senso, extra statale: nessuno, neppure il papa, avrebbe potuto prescindere. L'intervento del principe, o comunque di una volontà esterna, avrebbe rappresentato una *perversio ordinis* e si sarebbe tradotto in un'azione odiosa, quanto quella di alterare la moneta. In definitiva, all'*ordo iudiciarius* (inteso come *ordo quaestionum* e *ordo probationum*) veniva riconosciuto un carattere extra statale nel senso che esso dipendeva non da una volontà ordinatrice esterna, ma dagli stessi principi della dialettica. L'*ordo* mirava a garantire l'uguaglianza fra i governanti ed i governati, «*princeps citationis defectum supplere non potest*». Il giudice, che rivestiva un carattere professionale e non burocratico, assumeva una posizione neutrale, ma non passiva, in quanto la sua funzione era quella di scegliere, nel contraddittorio delle parti, fra due ipotesi argomentative (*fecisti* – non *fecisti*), evitando ogni *perversio ordinis*. L'*ordo iudiciarius*, in quanto garanzia di uguaglianza, ben può essere definito, pertanto, un tipico esempio di «ordine isonomico»".
- 10 Con la formazione degli Stati moderni, pur fra notevoli resistenze, si andò, invece, affermando l'opposto principio della statualità del processo: il sovrano rivendicò il monopolio della legislazione in materia processuale. Già nel XVII secolo vennero realizzati i due primi codici di procedura, quello sassone (115) e quello francese (116), con effetto abrogativo rispetto alla prassi. Solo a partire dal XVIII secolo le legislazioni processuali trovarono, però, risvolti e prolungamenti sul piano culturale. Le riforme vennero imposte su più livelli (dall'educazione giuridica all'ordinamento giudiziario e al processo) ed assunsero colorazioni efficientistiche, con particolare attenzione al momento organizzativo. Esempiare può essere considerata la *Justizreform* prussiana che, con il *Prozess-Ordnung* del 1781 (118), realizzò un modello di processo che si colloca agli antipodi del modello italiano.
- 11 Nell'Europa Continentale, l'ideologia germanica ha avuto il sopravvento, fino ai nostri giorni; e però la riflessione si farebbe ancora più interessante se allargata anche alla dimensione della giurisdizione privata-arbitrale, laddove la prevalenza dell'ideale Romano può indurre a differenti letture dell'attuale risposta giudiziaria ne continente Europeo.

la correlazione, e la conclusione della dimensione politica nella individuazione del soggetto istituzionale chiamato a determinare le regole.

Ma c'è tuttavia un automatico insegnamento da trarre quanto alle regole processuali che, ad esempio, disegnerà la prassi piuttosto che il legislatore, come è stato per il processo europeo del diritto moderno? Tenderei ad escluderlo. Un esempio immediato oggi può ricavarsi dall'ordinamento Italiano; quando le regole processuali di fatto sono affidate alla prassi, questa non rappresenta una prassi condivisa da giudici e avvocati, ma scelte che in pratica sono esclusivamente espressione delle determinazioni dei giudici. Si tratta, dunque, pur sempre dell'espressione di un potere statale; nel diritto legislativo, un potere esterno al processo, con regole almeno indirettamente democratiche, nel secondo caso, un potere pur sempre statale perché riservato ad un giudice-funzionario, quanto dunque di più lontano dalle prassi realizzate nell'approccio logico-dialettico del processo romanico in epoca moderna.

## 2. SEGUE. SECONDA PREMessa. I PRINCIPI DI ORDINE PUBBLICO PROCESSUALE QUALE ELEMENTO DA RISPETTARE IMPRESCINDIBILE PER QUALUNQUE "POSITORE" DI REGOLE PROCESSUALI

Oggi, però, esistono dei principi e delle regole minimali, definite come ordine pubblico processuale, che debbono essere rispettate tanto nei processi privati che nei pubblici, ed a prescindere da chi dispone principi e regole processuali nel singolo processo o nel singolo ordinamento.

A) Scontato in prima battuta il riferimento alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo e alla giurisprudenza maturata in tema dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo in particolare, ma non soltanto<sup>12</sup>, per come ricavata dagli artt. 6<sup>13</sup> e 13 della Convenzione dalla giurisprudenza di Strasburgo<sup>14</sup>.

Notevole, in tali ambiti, il ruolo svolto nel determinare le scelte in materia processuale nei differenti Stati; si veda, ad esempio, per il diritto processuale inglese lo *Human Right Act* 1998, che ha incorporato la Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo nell'ordinamento inglese, e che impone al giudice di interpretare le leggi inglesi (anche in materia processuale) in modo da evitare violazioni dei diritti garantiti dalla Convenzione, fino a dichiarare l'incompatibilità della legge interna<sup>15</sup>.

12 V. ad es. l'art. 10 della «*Déclaration universelle des droits de l'homme*» adottata dalla Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948. Ricordiamo pure l'art. 14 (1) del Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite, adottato a New York il 16 dicembre 1966. Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta.

13 La Corte di Strasburgo nella sua opera di interpretazione e ricostruzione della portata precettiva delle garanzie strutturali del giusto processo, enunciate nell'art. 6 della Convenzione, quali il principio del contraddittorio fra le parti, di imparzialità e indipendenza del giudice, di precostituzione del giudice, di ragionevole durata del processo, di pubblicità delle udienze e delle decisioni, ne ha ampliato il contenuto riconoscendo ad esempio, il principio generale dell'obbligo di motivazione delle decisioni ricompreso nel diritto ad un equo processo, obbligo che però può variare in funzione della natura della decisione e delle circostanze del caso, (v. sentenza *Hirvisaari c. Finlandia*, 27 settembre 2001, punto 30, "Although Article 6 §1 obliges courts to give reasons for their decisions, it cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument"); il diritto alla tutela giurisdizionale, non espressamente sancito dagli artt. 6 e 13, che affermano un diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, non necessariamente giurisdizionale. (Al riguardo paradigmatica è la sentenza del 1974 *Golder c. Regno Unito*, in cui la Corte riconosce al diritto di accesso ai tribunali il valore di parte integrante del diritto del giusto processo). Pronuncia che ha poi condotto all'affermazione del diritto al gratuito patrocinio in materia civile, quale strumento di garanzia di un esercizio "reale ed effettivo" dei diritti di difesa e di accesso alla giustizia a favore di chi non ha i mezzi necessari per pagare un difensore (v. sentenza *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979, § 26, Serie A n. 32; *Anghel c. Italia*, 25 giugno 2013, in cui la Corte rileva che pur non esistendo una clausola per le cause civili, a differenza che per le cause penali, l'art. 6 §1 può talvolta obbligare lo Stato ad accordare l'assistenza di un avvocato, laddove tale assistenza si dimostri indispensabile per garantire l'effettivo accesso a un tribunale perché la rappresentanza legale è resa obbligatoria, come richiesto dal diritto nazionale di alcuni Stati contraenti in vari tipi di controversie oppure perché la procedura o la causa sono particolarmente complesse). E ancora, il principio della certezza giuridica su cui si fonda l'intangibilità del giudicato "However, the requirements of legal certainty are not absolute; in certain circumstances, reopening of proceedings may be the most appropriate reparatory measure where Article 6 requirements have not been satisfied", (V. *Gridan ed altri c. Romania*, 4 giugno 2013, (nn. 28237/03, 24386/04, 46124/07 e 33488/10), §14-15; *Brumărescu c. Romania*, 28 ottobre 1999, (28342/95), § 61-62).

14 L'art. 13, che sancisce il diritto ad un ricorso effettivo a favore di ogni persona i cui diritti e libertà fondamentali riconosciuti dalla Convenzione stessa siano stati violati, inizialmente relegato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo ad un ruolo residuale rispetto all'art. 6, a partire dalla sentenza *Kudla*, 20 ottobre 2000, (*Kudla c. Polonia*, n°30210/96) ha assunto un'importanza cruciale nell'interpretazione della Corte, volta ad attribuire una maggiore attenzione all'adeguatezza dei rimedi offerti dagli Stati per la tutela dei diritti violati. Ivi la Corte afferma che l'art. 13 "guarantees the availability at national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an 'arguable complaint' under the Convention and to grant appropriate relief. The scope of the Contracting States' obligations under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint; however, the remedy required by Article 13 must be 'effective' in practice as well as in law", e ravvisa una violazione degli artt. 6 e 13 della Convenzione da parte del governo polacco, in quanto la legislazione interna non prevedeva alcun rimedio "efficace", nel senso sia di prevenire la presunta violazione o la sua continuazione, o di offrire un adeguato risarcimento per una violazione già avvenuta, che consentisse al ricorrente di far valere il suo diritto ad un "processo entro un termine ragionevole".

15 V. *Human Right Act* 1998, Section 4, paragraph 2. In arg. De Luca, *La riforma costituzionale tra modernizzazione e continuità*, in (a cura di De Luca) *Una rivoluzione all'inglese. La giustizia a dieci anni dal constitutional reform act*, Torino, 2016, p. 78 ss.

B) Ma deve farsi anche riferimento ad altre espressioni normative di rango sovranazionale nelle parti in cui dettano espressamente principi e regole in materia processuale, che impegnano tuttavia solo gli Stati che aderiscono espressamente.

Un esempio particolarmente significativo può ricavarsi dalle disposizioni in materia dell'Unione Europea. Per i principi di ordine processuale che variamente si ricavano, sia indirettamente attraverso l'opera della Corte di giustizia nell'enucleazione di principi di ordine pubblico processuale (il cui rispetto è ritenuto necessario dall'art. 45 n. 1 reg. UE n. 1215/2012 affinché una sentenza resa in uno Stato sia obbligatoriamente eseguita negli altri Stati membri<sup>16</sup>); sia direttamente dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>17</sup>, e dalla lettura che ne viene data dalla giurisprudenza della Corte di giustizia attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale<sup>18</sup>. Tale disposizione enuncia esplicitamente il principio della effettività della tutela giurisdizionale<sup>19</sup> e individua le caratteristiche che deve avere ogni processo civile come strumento di tutela delle situazioni giuridiche soggettive garantite dalle norme sostanziali dell'Unione<sup>20</sup>; caratteristiche che, fatta eccezione per il diverso ambito di applicazione, corrispondono alle garanzie dell'equo processo offerte dalla CEDU<sup>21</sup>.

- 16 Seppur entro i ristretti limiti che consentono alla Corte di Lussemburgo e ai giudici interni di accertare la contrarietà della decisione ai principi considerati essenziali, cioè la grave violazione delle garanzie processuali, l'ordine pubblico si pone come un ulteriore meccanismo che conduce all'adeguamento dei sistemi processuali degli Stati membri ai canoni comunitari del processo equo. Lo spazio di operatività della clausola è infatti delimitato dall'intensità della violazione, in quanto solo una violazione palese può determinare la negazione del riconoscimento, e dall'onere di far valere già nel corso del giudizio *a quo* la contrarietà ai principi processuali fondamentali, non potendo rinviare la censura al momento del riconoscimento della decisione, salvo in caso di mancata disponibilità dei mezzi di impugnazione nell'ordinamento dello Stato di origine. In tal senso, De Cristofaro, *Ordine pubblico Ordine pubblico «processuale» ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale «europeo»*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2008, 623 ss. In base ad un orientamento ormai consolidato della Corte di giustizia, avviato con la sentenza del 28 marzo 2000 *Dieter Krombach c. André Bamberški*, causa C-7/98 (pronunciata nell'interpretazione dell'art. 27 n. 1 della Convenzione di Bruxelles, 27 settembre 1968), tra i principi fondamentali che compongono il nucleo dell'ordine pubblico vi è anche il principio generale di diritto comunitario per cui ciascuno ha diritto ad un processo equo che si svolga in osservanza delle garanzie processuali ad esso connesse, tutelate sia dalla CEDU sia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Il rispetto dell'equo processo, e dei diritti connessi, costituisce quindi un requisito che condiziona il riconoscimento o l'exequatur dei provvedimenti stranieri, in forza della clausola dell'ordine pubblico. Nell'impostazione della Corte ad essa non spetta il compito di definire il contenuto dell'ordine pubblico di uno Stato membro, in quanto riservato esclusivamente allo stesso, ma essa è tuttavia tenuta al controllo dei limiti entro i quali il giudice dello Stato richiesto può ricorrere a tale nozione per non riconoscere una pronuncia resa da un giudice di un altro Stato contraente (v. *Krombach*, punto 23; *Gambazzi/Daimler-Chrysler*, 9 aprile 2009, C-394/07, punto 26; *Apostolides*, 28 aprile 2009, C-420/07, punto 57). I limiti della clausola dell'ordine pubblico comunitario rientrano, infatti, nell'attività di interpretazione del Regolamento (e prima della Convenzione di Bruxelles) a cui la Corte di giustizia può essere chiamata in via di rinvio pregiudiziale (*Krombach* punto 22). Ciò implica due ordini di conseguenze: 1) La Corte ove adita a verificare l'operatività della clausola con riferimento al riconoscimento di una sentenza straniera può giungere a identificare il principio di ordine pubblico processuale che si presume violato dalla decisione, allorché esso sia riconducibile ad una fonte di diritto dell'Unione europea. Ed è per questa via che i giudici del *Kirchberg* hanno enucleato dei principi processuali fondamentali, come il diritto di difesa, il principio del contraddittorio, il principio dell'accesso alla giustizia, che assurgono al rango di principi di ordine pubblico comunitario e intervengono, oltre il limite dell'ordine pubblico nazionale degli Stati membri, nell'ambito della procedura di riconoscimento delle pronunce straniere. Non è peraltro da escludere che la ricostruzione della nozione (aperta) di ordine pubblico ad opera della giurisprudenza comunitaria potrà nel tempo arricchirsi di altri valori processuali, quale riflesso anche di un mutato sentire. 2) La nozione di ordine pubblico e la valutazione che il giudice dovrà compiere nel caso in cui la sentenza da riconoscere sia censurata sotto il profilo della violazione dell'ordine pubblico, abilita i vari giudici nazionali ad esaminare nell'osservanza delle garanzie processuali europee nell'ambito del processo svolto nello Stato di origine, ed affida anche a loro la possibilità di enucleare i principi e i valori ascrivibili all'ordine pubblico comunitario.
- 17 L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, rubricato «Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale» nella versione italiana e «*Right to an effective remedy and to a fair trial*» nella versione inglese, ha elevato il diritto al ricorso effettivo al rango di diritto fondamentale dell'Unione. La disposizione stabilisce che: «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.»
- 18 Che a sua volta tiene conto dell'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in riferimento alle regole del giusto processo sancite dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, divenuta vincolante anche per l'Unione europea in forza del rinvio contenuto nell'art. 6 § 2 del Trattato UE. Pare opportuno ricordare che il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, ha modificato l'articolo 6 del Trattato UE, il quale adesso prevede, da una parte, che i diritti fondamentali, quali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e, dall'altro, che l'Unione aderisce alla CEDU. Per una panoramica sul percorso evolutivo di formazione giurisprudenziale dei principi processuali, v., Trocker, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 361, ss.
- 19 Principio che aveva trovato riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Johnston*, 15 maggio 1986, C-222/84, (punto 18), con cui ha statuito che il diritto ad una tutela effettiva costituisce un principio generale su cui sono basate le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, sancito anche dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e che nell'ambito del diritto comunitario si deve tener conto dei principi ai quali è ispirata la convenzione. Sull'art. 47 *ex plurimis*, Comoglio, L. P., *L'effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2001, p. 477 ss.; Trocker, N., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 1173 ss.; Diez-Picazo, L., *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: la prospettiva spagnola*, in *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, 2002, p. 43 ss.; Borraccetti, M., *Art. 47 della Carta, Corte di giustizia e Tribunale di primo grado*, in *Le scommesse dell'Europa. Diritti. Istituzioni. Politiche*, Roma, 2009, p. 233 ss.
- 20 L'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione limita l'ambito di applicazione della stessa Carta «esclusivamente» all'attuazione del diritto dell'Unione.
- 21 Come evidenziato dalle «*Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*», sub Art. 47, pubblicate in G.U.U.E. del 14 dicembre 2007, C303 ss., l'art. 47 riproduce, rispettivamente al primo e secondo comma, l'art. 13 e 6, par. 1, della CEDU, e si pone in linea di continuità, nel terzo comma, con la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo nel prevedere il patrocinio a spese dello Stato, qualora l'individuo non disponga di mezzi sufficienti ed ove la mancanza di un'assistenza legale renderebbe inefficace la garanzia di un «accesso effettivo alla giustizia». Il contenuto omogeneo all'art. 6 della CEDU implica, in virtù del principio di omogeneità sancito all'art. 52, par. 3, della Carta, che ad esso sia riconosciuto lo stesso significato e la stessa portata dell'articolo 6 CEDU, tenuto conto anche dell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, il che però non preclude che il diritto dell'Unione (o la Corte di giustizia) conceda una protezione più ampia. Ciò emerge dalle Spiegazioni sub art. 53, ove si legge

A questi principi generali si aggiungono delle regole processuali ben precise, dettate dai vari regolamenti europei con l'obiettivo di sviluppare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri nelle materie civili con implicazioni transfrontaliere<sup>22</sup>, e dalle direttive riguardanti singole materie, come la parità di trattamento tra le persone e il divieto di discriminazione<sup>23</sup>, il risarcimento del danno per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza<sup>24</sup>, la tutela dei consumatori<sup>25</sup> (gli aiuti di Stato illegalmente concessi<sup>26</sup>), che incidono variamente in materia di legittimazione ad agire, onere della prova, misure di tutela tempestive ed efficaci etc., in favore della parte "debole".

L'osservanza dei principi e delle regole processuali provenienti dal diritto europeo costituisce dunque un limite all'esercizio dell'autonomia processuale dei singoli Stati membri<sup>27</sup>, delimitata dalla necessità che la disciplina interna sia conforme ad esso ed integri gli *standard* di protezione dei diritti di origine comunitaria, elaborati dalla Corte di giustizia al fine di rafforzarne la tutela. Il rispetto delle norme europee impone altresì, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Lussemburgo, al giudice nazionale di adottare una interpretazione adeguatrice della norma processuale interna quando essa non sia compatibile con i principi e le regole di matrice europea. Laddove poi l'interpretazione della disposizione interna ad opera del tribunale nazionale non riesca ad attribuire un significato conforme alle norme europee, il giudice deve procedere, nell'ambito della controversia di cui è investito, alla disapplicazione della norma confligente, sia essa precedente o successiva alla norma dell'Unione<sup>28</sup>,

"Il riferimento alla CEDU riguarda sia la convenzione che i relativi protocolli. Il significato e la portata dei diritti garantiti sono determinati non solo dal testo di questi strumenti, ma anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia dell'Unione europea [...] La protezione accordata dalla Carta non può comunque in nessun caso situarsi ad un livello inferiore a quello garantito dalla CEDU".

- 22 Quali ad esempio, il Reg. n. 44/2001 e Reg. n. 1215/2012, sulla competenza giurisdizionale e riconoscimento delle decisioni in materia civile e commerciale; il Reg. n. 2201/2003, sulla competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale; il Reg. n. 805/2004, sul titolo esecutivo europeo; d) Reg. n. 1896/2006, sul procedimento di ingiunzione europeo; il Reg. n. 1206/200 sull'assunzione delle prove in materia civile o commerciale; il Reg. n. 1393/2007, in materia di notificazione; il Reg. n. 861/2007, sulle controversie di modesta entità; il Reg. n. 1/2003, in materia di concorrenza; il Reg. n. 4/2009, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari.
- 23 V. Direttiva 2006/54/CE sulla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione; Dir. 2004/113/CE sulla parità di trattamento tra uomini e donne per l'accesso a beni e servizi; Dir. 2000/43/CE sulla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; Dir. 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione indipendentemente dalla religione o convinzioni personali, dall'orientamento sessuale, dall'età e dalle disabilità. Tali direttive, al fine di assicurare un livello più efficace di protezione contro la discriminazione, dettano norme specifiche riguardanti l'obbligo degli Stati membri di introdurre i provvedimenti necessari per consentire alla vittima di una discriminazione di accedere a procedure giurisdizionali e/o amministrative, la legittimazione ad agire anche agli enti esponenziali collettivi, l'onere della prova a carico dell'autore della discriminazione nel caso in cui vi sia una presunzione di discriminazione; e anzi proprio l'errata attuazione della regola europea che alleggerisce l'onere probatorio a carico della vittima di discriminazione ribaltando sul convenuto la dimostrazione dell'insussistenza della discriminazione, aveva portato all'avvio da parte della Commissione di una procedura di infrazione contro l'Italia e l'Austria. Cfr., Di Salvo, C., *The right to equality and non-discrimination. Recent case-law of the EU Court of Justice concerning the burden of proof, in Acts of the conference European Convention on Human Rights. New perspectives and challenges*, 2016, 225 ss, Opolska Polytechnic; *Anti-discrimination law on the grounds of Religion within the Italian Legal system: substantive and procedural aspects*, in *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, Vol. 64, Br. 3, 2016, 94 ss.
- 24 V. direttiva 2014/104/UE "relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea", in particolare artt. 6, 7 e 9, sull'agevolazione nell'accesso alle prove dei fatti, sull'alleggerimento dell'onere della prova a carico del consumatore attraverso il riconoscimento della vincolatività per il giudice civile, ai fini delle azioni per il risarcimento del danno, della decisione resa da un'autorità nazionale garante della concorrenza sulla violazione del convenuto di una norma di diritto della concorrenza, sulla natura di prova di *prima facie* della decisione di un giudice di un altro Stato membro. In arg., De Santis, A. D., *La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile*, in <http://romatrepress.uniroma3.it>, 2017.
- 25 V. ad esempio direttiva 93/13/CEE in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (art. 7 sulla legittimazione ad agire alle associazioni dei consumatori per far accertare il carattere abusivo delle clausole redatte per un impiego generalizzato e far cessare l'inserimento); direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico (art. 18 sulla risoluzione giudiziale delle controversie stabilisce che gli Stati membri prevedano che le attività dei servizi della società dell'informazione possano essere oggetto di ricorso giurisdizionale che "consentano di prendere rapidamente provvedimenti, anche provvisori, atti a porre fine alle violazioni e a impedire ulteriori danni agli interessi in causa"); dir. 98/27/CE relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori, che impone agli Stati membri di designare gli organi giurisdizionali o le autorità amministrative competenti a deliberare su ricorsi o azioni proposti dagli enti legittimati al fine di ordinare con la debita sollecitudine e, se del caso, con procedimento d'urgenza, la cessazione o l'interdizione di qualsiasi violazione (art. 2). Per una ricostruzione del quadro normativo europeo, Zeno-Zencovich-M.C. Paglietti, *"Verso un diritto processuale dei consumatori"?*, in *Nuova giur. Civ. com.*, 2009, 251 ss.
- 26 In arg. Carratta, Antonio, *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1413 ss.
- 27 Sull'autonomia processuale degli Stati membri, v. C. giust., 16 dicembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG*, causa C 33-76, punto 5; C. giust., 25 luglio 2002, *Unión de Pequeños Agricultores*, causa C-50/00, Racc. [2002], I-6677, punto 41, "spetta agli Stati membri stabilire un sistema di vie di ricorso e di procedure che garantisca il rispetto della protezione giuridica effettiva dei diritti derivati dal diritto comunitari".
- 28 È interessante notare che la Corte costituzionale italiana, chiamata a pronunciarsi più volte sui rapporti tra le norme dell'Unione e le norme interne, si è gradualmente uniformata all'interpretazione della Corte di giustizia. V. sentenza *Granital*, 8 giugno 1984, n. 170, in cui la Corte cost. pur muovendo dalla diversa premessa che l'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale sono autonomi e distinti, anche se coordinati tramite un'articolazione di competenze, afferma che laddove vi sia competenza comunitaria in base al Trattato, i giudici comuni a fronte di una normativa interna incompatibile con il diritto comunitario direttamente applicabile, devono procedere all'applicazione di quest'ultimo e alla non applicazione della norma interna confligente, anteriore e successiva; e osserva che "in tutti indistintamente gli ordinamenti degli Stati membri, quale che poi, in ciascuno di essi, possa essere la giustificazione di siffatto regime alla stregua delle rispettive previsioni costituzionali. Ed è, certamente, significativo che il controllo sulla compatibilità tra il regolamento comunitario e la norma interna, anche posteriore, sia lasciato alla cognizione del giudice ordinario pur dove un apposito organo giudicante è investito, analogamente a questa Corte, del sindacato di costituzionalità sulle leggi. Così accade, sebbene per ragioni in parte diverse da quelle sopra spiegate, nell'ordinamento federale tedesco. Il criterio ora sancito gode, dunque, di generale osservanza. Il che conferma che esso serve a stabilire e garantire condizioni di parità, sia degli Stati membri, sia dei loro cittadini, di fronte al modo come funziona la disciplina. e la stessa organizzazione, del Mercato Comune [...] Vanno denunciate in questa sede quelle statuizioni della legge

senza dover chiedere o attendere la previa rimozione della stessa da parte degli organi interni competenti.

Ma vi è di più. Anche nell'ipotesi in cui il legislatore europeo non abbia dettato delle norme processuali specifiche, dirette a garantire la tutela dei diritti di origine comunitaria spettanti ai singoli, il giudice nazionale ha tuttavia il dovere di interpretare le modalità procedurali applicabili al ricorso di cui è investito «per quanto possibile in modo tale che dette modalità possano ricevere un'applicazione che contribuisca al perseguimento dell'obiettivo [...] di garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto» (principio dell'effettività)<sup>29</sup>, modalità che non possono «essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale (principio di equivalenza)»<sup>30</sup>. Ciò vuol dire che anche in mancanza di specifiche disposizioni europee concernenti i meccanismi giurisdizionali di tutela dei diritti conferiti dall'Unione può ugualmente configurarsi un contrasto tra la disciplina processuale statale e la disciplina europea se gli istituti processuali predisposti dai singoli ordinamenti non assicurano un'adeguata protezione ai diritti comunitari o offrono un livello di tutela inferiore rispetto a quello garantito ai diritti attribuiti dalle norme nazionali. Le norme nazionali saranno in tal caso confliggenti con il diritto all'effettività della tutela.

Il principio di effettività della tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario e il principio di equivalenza divengono, quindi, dei criteri di valutazione dell'eventuale difformità delle norme processuali statali al diritto europeo o agli obiettivi di settore dello stesso, in grado di incidere sulla legislazione processuale degli Stati membri o mediante l'attività interpretativa della Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale o mediante l'operato dei giudici nazionali<sup>31</sup>.

L'applicazione di questi principi si spinge infatti fino ad attribuire al giudice dello Stato membro speciali poteri (pur non previsti dall'ordinamento processuale del singolo Stato), volti a garantire l'efficace protezione delle situazioni soggettive accordate dal diritto europeo o di determinate categorie di soggetti, meritevoli di particolare protezione<sup>32</sup>. E mentre il principio di equivalenza impone al giudice nazionale solo di ricorrere alla disposizione processuale già presente nell'ordinamento interno per la tutela di posizioni soggettive analoghe, il principio di effettività della tutela dei diritti di derivazione europea esige invece che il giudice nazionale adotti un'interpretazione conforme della norma processuale interna non idonea a garantire l'effettività dei diritti dell'Unione che può spingersi «sino ad imporre la creazione di una regola *ex novo* idonea a fornire una adeguata protezione giurisdizionale del diritto»<sup>33</sup>, o proceda alla sua disapplicazione<sup>34</sup>.

statale che si assumano costituzionalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi: situazione, questa, evidentemente diversa da quella che si verifica quando ricorre l'incompatibilità fra norme interne e singoli regolamenti comunitari».

29 V. Corte di giustizia, 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Ltd e Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*, punto 44.

30 Corte giust., *Rewe*, cit., punto 5.

31 Carratta, A., *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, cit., 506 ss., il quale rileva che «l'esercizio da parte degli Stati membri dell'autonomia processuale è stato modulato, attraverso gli orientamenti forniti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in sede di sindacato dei mezzi processuali nazionali, sino a renderlo «servente» rispetto al generale scopo di garantire l'effettività alle libertà fondamentali e alle disposizioni europee che le concretizzano, secondo un rapporto di sostanziale sussidiarietà».

32 Assumono particolare rilievo in tal senso, ad esempio, alcune sentenze della Corte di giustizia che in virtù dell'obiettivo di assicurare l'effettività della tutela del consumatore, soggetto debole nei confronti del professionista, hanno inciso sulla disciplina processuale degli ordinamenti nazionali; v. ad esempio, Corte giust., 27 giugno 2000, C-240/98 e C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA e Salvat Editores SA*, ove si afferma il potere/dovere del giudice nazionale di valutare d'ufficio la nullità delle clausole abusive del contratto di cui è causa anche se l'ordinamento interno non preveda tale facoltà; Corte giust. 21 novembre 2002, causa C-473/00, *Cofidis CA c. Fredout*, ha ritenuto incompatibile il limite temporale previsto dall'art. L. 311-37 del *Code de la consommation* francese per la rilevabilità, d'ufficio o a seguito di un'eccezione, del carattere abusivo di una clausola contrattuale nei procedimenti aventi ad oggetto l'esecuzione di clausole abusive promossi da professionisti nei confronti di consumatori, rilevando al riguardo che «ritenere che una norma processuale che vieti al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata da un consumatore l'abusività di una clausola la cui esecuzione viene richiesta dal professionista è idonea a rendere eccessivamente difficile, nelle controversie in cui i consumatori sono convenuti, l'applicazione della tutela che la direttiva intende loro garantire»; Corte giust., 9 novembre 2010, causa C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt c. Ferenc Schneider*, investita dal *Budapesti II. és III. kerületi bíróság* (Tribunale dei distretti II e III di Budapest) della questione pregiudiziale se «la tutela dei consumatori garantita dalla direttiva (...) richieda che il giudice nazionale valuti d'ufficio – indipendentemente dalla natura del procedimento, sia esso o meno contraddittorio – anche senza una specifica richiesta al riguardo, nell'ambito dell'esame della sua competenza territoriale, il carattere abusivo di una clausola contrattuale ad esso sottoposta», ha stabilito che il giudice nazionale, al fine di accertare se una clausola attributiva di competenza giurisdizionale territoriale esclusiva contenuta nel contratto abbia carattere abusivo deve adottare d'ufficio misure istruttorie, attribuendo il tal modo al giudice un potere istruttorio non sempre previste dai sistemi processuali nazionali, come ad esempio il sistema inglese e quello spagnolo. Sul potere di rilievo officioso del giudice spagnolo, v. Nieva Fenoll, *La actuación de oficio del juez nacional europeo*, in *Diario La Ley*, n. 9000, 2017.

33 Cfr. Carratta, A., *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, cit., 508, secondo cui «Il sindacato fondato sul principio di effettività consente in effetti alla Corte di analizzare le normative processuali nazionali dal punto di vista del livello di tutela giurisdizionale da esse assicurato alle posizioni giuridiche derivanti dal diritto dell'Unione e, indirettamente di verificare quanto queste normative siano conformi alle libertà fondamentali fissate dal Trattato». L'autore individua nella giurisprudenza della Corte di giustizia tre diverse linee di tendenza nell'affermare la supremazia del principio di effettività rispetto alla disciplina processuale dei singoli Stati membri che si differenziano per il grado di incisività sugli ordinamenti processuali interni; sul principio di effettività v. anche Trocker, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia*

34 V. Corte giust., 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame Ltd*, ove ha giudicato contrastante con il diritto comunitario una norma inglese che osta alla concessione di provvedimenti provvisori in attesa della pronuncia sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario; Corte

### C) *Codici modello* e soft law

Inoltre, ad esempio per i paesi del Sud America, spesso è determinante il riferimento a testi, regole, principi, espressioni di alcune associazioni-istituzioni, i cui “prodotti” assumono una importanza notevole nelle determinazioni dei singoli paesi, pur in assenza di un vincolo normativo.

Così, ad esempio, il *Código Modelo Procesal Civil*<sup>35</sup>, il *Código Modelo Procesal Penal*<sup>36</sup>, il *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*<sup>37</sup> e le *100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*<sup>38</sup>, elaborati dall’*Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* e dalla *Cumbre Judicial*. Si tratta di regolazioni di *soft law*, create allo scopo di fornire un modello-base di processo civile<sup>39</sup>, di processo penale e di processo collettivo, e tuttavia recepiti negli ordinamenti nazionali<sup>40</sup> in virtù dell’autorevolezza e del pregio riconosciuto a questi corpi organici elaborati da giuristi<sup>41</sup>.

D) Principi e regole processuali di ogni singolo ordinamento, in definitiva, non sono più “liberi”, ma si costruiscono all’interno di una cornice da cui non si può più prescindere.

- giust., 14 dicembre 1995, Causa C-312/93, *Peterbroeck*, nella pronuncia resa sulla questione posta dalla *Cour d’appel* di Bruxelles, vertente sull’interpretazione del diritto comunitario quanto al potere del giudice nazionale di valutare d’ufficio la compatibilità del diritto nazionale con il diritto comunitario, ha affermato che la norma processuale belga che preclude al giudice di rilevare tale incompatibilità, ove non invocata dal singolo, deve essere disapplicata.
- 35 Il *Código Procesal Civil “Modelo o Tipo”*, è stato approvato nel 1988 nell’ambito delle *XI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (Rio de Janeiro) per dare impulso ad una trasformazione degli sistemi processuali allora vigenti, per lo più influenzati dalla *Ley de Enjuiciamiento Civil Española* del 1855 e ritenuti ormai inefficienti. Esso si fonda su taluni principi base come l’oralità, l’immediatezza, la concentrazione e la pubblicità degli atti, l’imparzialità e l’indipendenza del giudice, l’accesso alla giustizia, l’uguaglianza delle parti, la deformalizzazione dei procedimenti civili; cfr. Gelsi Bidart A., Torello L., Vescovi E., *Hacia la preparación de Códigos Procesales Modelos: las bases para la reforma*, in *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, 25 ss.; Gelsi Bidart A., *Código tipo y reforma del proceso en América Latina: Entre derecho Común o uniforme*, in *Un “codice tipo” di procedura civile per l’America Latina*, (a cura di) Schipani-Vaccarella, Padova, 1990, 41 ss.; sugli antecedenti progetti, v. Vescovi E., *El proyecto de Código procesal uniforme para América Latina*, in *Rev. Inst. Colombiano de Der. Proc.*, 1986, n. 4.
- 36 Il *Código Modelo Procesal Penal*, ispirato ad un modello teorico accusatorio, si fonda su principi base come ad esempio la separazione delle funzioni processuali di accusa, difesa e giudizio, l’effettività delle garanzie del giusto processo, l’inammissibilità della prova ottenuta illecitamente, l’attenuazione del principio dell’obbligo di azione legale in talune ipotesi, v. per tutti, Bertolino P., *La situación del proceso penal y la influencia del Código Modelo Procesal Penal para Iberoamérica*, in *Roma e America. Dir. Rom. Com.*, 2004, 322 ss.
- 37 Approvato nel 2004 nell’ambito delle *XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (Caracas) allo scopo di garantire la tutela effettiva degli interessi collettivi e diffusi dei consumatori; a tal fine le preesistenti regole dei diversi ordinamenti processuali iberoamericani in materia di protezione giurisdizionale degli interessi superindividuali (come ad esempio quello brasiliano), vengono arricchite e perfezionate creando così un modello di tutela originale. Tra le peculiarità di questo modello processuale vi è il rafforzamento della posizione del giudice nella conduzione del processo, l’attribuzione della legittimazione ad agire agli enti esponenziali, l’adozione di misure cautelari, il potere di iniziativa probatoria del giudice, l’efficacia *erga omnes* della sentenza passata in giudicato, salvo che la domanda sia stata rigettata per insufficienza di prove. Cfr. Pellegrini Grinover, A., *Le azioni collettive ibero-americane: nuove questioni sulla legittimazione e la cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 10 ss.; Id., *Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, in *Roma e America. Dir. Rom. Com.*, 2004, 258 ss.; Bujosa Vadell, *La posición del juez en el código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica*, in <http://www.ambito-juridico.com.br>.
- 38 Cfr. <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/americ/ReglasdeBrasilia-2008.pdf>; “Reglas” approvate nel 2008 durante il *XIV Cumbre Judicial Iberoamericana* (struttura di cooperazione e coordinamento composto dai vertici dalle massime autorità giudiziarie iberoamericane) con l’intento di promuovere l’adozione da parte degli operatori del sistema giudiziale di misure volte a facilitare l’accesso alla giustizia dei soggetti in condizione di vulnerabilità, in modo da ridurre o eliminare le difficoltà e gli ostacoli al pieno esercizio dei loro diritti. Secondo la classificazione contenuta in queste regole, costituiscono, tra gli altri, elementi di vulnerabilità, l’età, la disabilità, la povertà, l’appartenenza a comunità indigene, il genere e la mancanza di libertà. Tali misure sono già state implementate in alcuni paesi Iberoamericani, come il Paraguay, la Colombia, il Messico e il Perù che ha approvato il 7 aprile 2016 il “*Plan Nacional de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad 2016-2021*”. V. Andreu Guzman, F.-Courtis, C., *Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, in *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2008, 25 ss.; Silvina Ribotta, *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia*, in *Revista Electrónica Iberoamericana*, <http://www.urjc.es/ceib>, vol. 6, 2012.
- 39 E promuovere altresì la diffusione di un unico “*modus operandi*” processuale nei paesi dell’America Latina, in grado di favorire l’integrazione e la cooperazione giudiziale. Cfr. Gelsi Bidart A., *Código tipo y reforma del proceso en América Latina: Entre derecho común o uniforme*, cit., 57.
- 40 Ad esempio, il *Código Procesal Civil Modelo* è stato integralmente recepito nel *Código general del Proceso* dell’Uruguay e parzialmente nel *Código Procesal Civil* peruviano del 1992, nelle province argentine della Terra del fuoco, nelle riforme del sistema processuale brasiliano. Sull’applicazione del Codice Modello in America Latina, v. Simon L. M., *La aplicación del Código Procesal Civil en Iberoamérica*, in *Revista uruguaya de derecho procesal*, 2003, *passim*; con riferimento al codice dell’Uruguay, da ultimo Santiago Pereira Campos, *Los procesos civiles por audiencias en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, in *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2009, 1 ss.; con riferimento al codice peruviano, Monroy Galvez J., *La reforma del proceso civil peruano quince años después, en Reforma procesal civil*, Oteiza E., coord., Buenos Aires, 2009, 125 ss.; con specifico riferimento alle modifiche del codice di rito brasiliano v. Pellegrini Grinover, A., *Cambios estructurales en el proceso civil brasileño*; Barbosa Moreira, *Os novos rumos do processo civil brasileiro entre dois mundos*, in *Oitava Serie*, 2004, 41 ss.; Berizonce, R. O., *El nuevo CPC brasileño. Hacia la efectivización de los derechos y garantías fundamentales*, in *Revista de información legislativa*, 48, n. 190, 2011, 203 ss.; da ultimo, Wambier Arruda Alvim T., *Le novità del codice di procedura civile brasiliano.....*; con riferimento al codice dell’Uruguay, da ultimo Santiago Pereira Campos, *Los procesos civiles por audiencias en Uruguay. 20 años de aplicación exitosa del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, in *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2009, 1 ss. Il codice per i processi collettivi è stato recepito in Uruguay e Argentina.
- 41 Giuristi che avanzano anche proposte di attualizzazione di questi corpi, talora allo scopo di adeguarli ai nuovi diritti economici, sociali e culturali riconosciuti dalle più recenti Costituzioni nazionali e dalle Convenzioni Americane sui diritti umani; con riferimento al codice modello del processo civile, v. ad esempio Berizonce, R. O., *Bases para actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica*, in *Civil Procedure Review*, n. 2, 2011, 104 ss., il quale osserva che “*se gestan nuevos desafíos para el legislador, y no menos acuciantemente para los jueces, llamados todos a imaginar nuevos y más complejos instrumentos y técnicas procesales de todo tipo, para asegurar en concreto la virtualidad y operatividad de todo el catálogo de los nuevos derechos y garantías*”.



### 3. TERZA PREMESSA. CHI DECIDE QUALE (GIUDICE E QUALE) PROCESSO. TRA GIURISDIZIONE PRIVATA E GIURISDIZIONE STATALE

La terza e ultima premessa attiene all'esigenza di individuare, prima delle regole processuali, quale sia il giudice deputato a decidere la controversia in materia civile; in particolare, se la scelta debba ricadere sulla giurisdizione statale, o se le parti possano alternativamente rivolgersi anche ad una giurisdizione privata.

È questa, nella più parte dei casi, la soluzione adottata nei diversi ordinamenti; sono, cioè, le parti concordemente a decidere se affidarsi all'una o all'altra giurisdizione (ferma l'attribuzione alla giurisdizione statale in ipotesi di disaccordo); e tuttavia, alcuni Stati ritengono di riservare una "fetta" di giurisdizione esclusivamente alla giurisdizione statale, come ad esempio nell'ordinamento Italiano, che impedisce l'accesso alla giurisdizione privata per i c.d. "diritti disponibili"<sup>42</sup>.

Beninteso, la scelta di adire una giustizia privata o pubblica non è poi non così libera, dato che è fortemente condizionata dal comportamento dello Stato in cui la decisione dovrà essere utilizzata. Se l'ordinamento statale "adotterà" la decisione arbitrale attribuendole la stessa efficacia di una decisione di un giudice, questo sarà una spinta alla libera scelta delle parti; se invece non la riconoscerà, o frapperà forti limiti e condizioni al riconoscimento, allora i privati saranno indirettamente spinti a ricorrere alla giurisdizione statale<sup>43</sup>. Un esempio estremo in argomento si può ricavare dalle differenti posizioni che gli ordinamenti assumono nei confronti dei c.d. *faith based arbitration*, nei cui confronti il differente approccio da parte dei vari Paesi rivela la maggiore o minore tensione dello Stato laico e multiculturale all'accettazione di moduli decisori fondati su differenti valori<sup>44</sup>.

Quando poi le parti decidono di affidare la controversia ad una giurisdizione privata, il tema della posizione delle regole processuali va diversamente declinato; la scelta può ricadere su organismi arbitrali dotati per lo più integralmente di regole proprie (il c.d. Arbitrato amministrato), oppure le parti potranno influire più direttamente sulla scelta degli arbitri, come anche delle regole processuali da adottare, se del caso attribuendo anche agli arbitri questo potere<sup>45</sup>.

E poi, certo, le parti possono scegliere invece di affidarsi alla giurisdizione statale o alle giurisdizioni internazionali quando competenti. In questo caso, la situazione cambia.

Ed è questo il tema centrale delle mie riflessioni in questo contributo, cui dedico la seconda parte di questo scritto.

42 Note le ragioni di tale limitazione, difesa per tramite di vari argomenti (vedine, ad esempio, in Ruffini, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002) ma non indiscussa (cfr. tra le altre le opinioni G. Verde, o di Ricci, E. F., *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 951 ss., che a suo tempo osservava di non riuscire a comprendere il "legame tra arbitrabilità della controversia e carattere disponibile dell'oggetto in lite, perché mi pare che di tale oggetto si disponga non tanto mediante la scelta di un arbitro in luogo di un giudice togato, quanto mediante la scelta di un giudizio di equità in luogo del giudizio di diritto"; adde Caponi, "Natura" dell'arbitrato e controversie arbitrabili, in Aa.Vv., *Sull'arbitrato. Scritti offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 123 ss.; tutti favorevoli alla previsione dell'arbitrato anche in liti su diritti indisponibili). Si aggiunga che la nozione di indisponibilità è soggetta a mutamenti, nel tempo e nello spazio, per ragioni sovente di carattere ideologico: Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato*, Torino, 1999, I, 59-62 che definisce la indisponibilità come un "concetto assai vasto ed al contempo assai vago, legato al carattere prioritario che in un momento storico l'ordinamento attribuisce a taluni diritti sulla base di valutazioni solo in parte di ordine giuridico e assai spesso di matrice politica e sociale, di cui il legislatore non offre una definizione comprensiva ed unitaria ma del quale si ritrovano sparsi nella disciplina normativa, sia sostanziale che processuale, cenni e riferimenti". Precisando poi che "l'evanescenza si coniuga così con l'estrema mutevolezza, per cui diviene frequente rilevare l'esistenza di situazioni qualificate come indisponibili che divengono disponibili e viceversa".

43 Tra le altre ragioni volte a favorire la scelta arbitrale dipendenti da istituti apprestati dai singoli ordinamenti potrebbero altresì menzionarsi il conferimento agli arbitri del potere di emettere provvedimenti cautelari o, più in genere, la quantità e qualità di meccanismi di assistenza giudiziaria all'arbitrato (si pensi all'assistenza necessaria in materia di istruzione probatoria): v. diffusamente Fabbi, *La prova nell'arbitrato internazionale*, Torino, 2014, 175 ss., nonché, circa i poteri cautelari, 178 nt. 195.

44 Abbamonte, *L'esperienza dei faith-based arbitrations*, in Ontario, Stati Uniti e Inghilterra, p.1 ss, in *Studi in onore di Nicola Picardi*, I, Pisa 2016

45 A tal proposito, si enucleano talune disposizioni o principi inderogabili, discorrendo di garanzie processuali minime, incompressibili in arbitrato sia se per iniziativa degli arbitri che per comune accordo tra le parti, identificate nei principi facenti parte del concetto di giusto processo. In arg., Fabbi, *Art. 816-bis c.p.c.*, in Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, *Commentario del codice di procedura civile*, Milano, 2014, C.3; in precedenza, Fazzalari, *L'arbitrato*, Milano, 54, nonché Cecchella, *L'arbitrato*, Torino, 1991, 146, per l'affermazione secondo cui l'ordinamento non può mai abdicare a principi generali di "ordine pubblico", quali l'insieme di garanzie e regole "che oggi potremmo definire del giusto processo e che troviamo codificate nell'art. 111 Cost. (il contraddittorio; l'imparzialità; la motivazione; l'impugnativa per vizio di legittimità)"; Ricci, G. F., sub art. 816-bis, in Carpi (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2016, 466; Auletta, *Autonomia delle parti, poteri degli arbitri e procedimento arbitrale*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2011, 2, 385 ss.

## PARTE SECONDA. LA GIURISDIZIONE STATALE

### 4. LA GIURISDIZIONE STATALE. CHI PONE E COME LE REGOLE DEL PROCESSO

Nella giurisdizione nazionale più sono i soggetti che nei diversi ordinamenti, ed in modi diversi, possono porre le regole da applicare, nella individuazione del giudice, nella definizione della competenza, nella determinazione delle regole processuali<sup>46</sup>.

Può essere direttamente il legislatore, attraverso le leggi processuali. Possono essere i giudici, per delega del legislatore, o per “autoattribuzione”. Possono essere organismi per questo creati dal legislatore o per “autoinvestitura”. Possono essere le parti del processo.

Ogni soluzione ha, come sempre, pregi e difetti.

E va parametrata, peraltro, con una contestuale riflessione, ovvero, la figura del giudice nella giurisdizione statale, che in alcuni ordinamenti è pubblico funzionario a seguito di concorso, in altri organismo elettivo, in altri nominato dal potere politico<sup>47</sup> o con il concorso di organismi indipendenti<sup>48</sup>, in altri ancora nominato per cooptazione. È naturale come questo aspetto svolga una funzione centrale in qualunque riflessione sulle fonti e sulle dinamiche di posizione delle regole processuali nei vari ordinamenti; data l'ampiezza, questo contributo non conterrà tuttavia alcuno approfondimento sul punto, pur nella consapevolezza della assoluta importanza di questa riflessione.

### 5. IL LEGISLATORE

In alcuni casi, le regole processuali sono dal singolo ordinamento riservate esclusivamente o principalmente al diritto legislativo.

Nell'ordinamento Italiano, fatta salva la diversa declinazione in concreto, addirittura l'art. 111 della Costituzione è stato talora<sup>49</sup> inteso come indice di una riserva assoluta di legge, che impone che il processo sia regolato esclusivamente in tale guisa.

Affermazione, invece, non così riprodotta in altri paesi Europei di *civil law*, pur se quella della determinazione legislativa sembra la soluzione maggiormente adottata, per fare un ulteriore ed antitetico esempio, la legalità processuale nel sistema francese è anche intesa, ad un livello inferiore, quale riserva di regolamento e/o di consuetudini, ed è espressamente definita come differente da quella valida in materia penale<sup>50</sup>.

Ma anche in Inghilterra, nella patria del *common law*, l'evoluzione del processo passa oggi da soluzioni prevalentemente legislative.

L'introduzione nell'ordinamento inglese delle *Civil Procedure Rules* del 26 aprile 1999: (con la contemporanea introduzione delle c.d. *practice directions*), sposta infatti l'asse di produzione normativa a favore del legislatore.

E verosimilmente altrettanto sembra potersi affermare osservando l'evoluzione del sistema processuale Americano che induce a ritenere che anche in quel sistema di c.d. *judge-made law* il diritto processuale, per comprensibili esigenze di certezza, tende ad essere predeterminato il più possibile ed a priori da apposite fonti di diritto scritto<sup>51</sup>.

46 Rimando tuttavia al § 2. *I principi di ordine pubblico processuale quale elemento da rispettare imprescindibile per qualunque “positore” di regole processuali*, per il richiamo delle disposizioni e dei principi processuali che vincolano comunque qualunque “positore” nazionale di regole processuali, fino all'estremo all'obbligo di riconoscere direttamente alcuni diritti nel processo ad opera del giudice anche quando non previsti (dalla legislazione, dagli organismi delegati, dal diritto giurisprudenziale, o dal diritto convenzionale previsto dalle parti per il singolo processo)

47 Si pensi alla nomina dei giudici federali Statunitensi, nominati dal presidente degli Stati Uniti, con ratifica del Senato.

48 V. ad esempio in Inghilterra l'organismo, indipendente dal Governo, denominato *Judicial Appointments Commission*, che effettua la selezione dei nuovi giudici con il successivo coinvolgimento del *Lord Chancellor*.

49 Biavati, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2016, 23; per la concezione del carattere assoluto della riserva v. per tutti Auletta, *Nullità e “inesistenza” degli atti processuali civili*, Padova, 1999, spec. 80; in senso differente cfr. tra gli altri, in tempi non sospetti, Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2001, 381.

50 Lo rammenta Fabbi, “*New*” *Source of Civil Procedure Law: First Notes for a Study*, in Cadiet-Hess-Requejo Isidro, *Procedural Law at the Crossroads of Different Generations*, Baden-Baden, 2014, spec. par. (I), che cita a tal proposito il saggio di Cadiet, *La legalité procédurale en matière civile*, in *Bulletin d'information*, 2006, 636.

51 Questa la conclusione raggiunta in Fabbi, *Appunti sugli accordi processuali nel diritto federale statunitense*, in Briguglio-Martino-Sassani-Panzar-

Più complesso, invece, è definire come il legislatore si propone di esercitare il suo potere in materia.

Credo si possa in realtà affermare che due sono le linee evolutive che si contrappongono. Almeno in ambito europeo, infatti, l'evoluzione normativa nelle materie di diritto civile per il tramite di regolamenti e direttive della Unione Europea ha indotto gli organismi legislativi comunitari a prevedere un "segmento" processuale come rafforzativo delle disposizioni in materia civile, con una esplosione pertanto quasi atomistica delle regole processuali speciali del singolo processo per la determinata materia<sup>52</sup>. All'opposto, tuttavia, sembra crescere il numero dei Paesi che si dotano di regole comuni per i diversi processi; non solo e non tanto come "libro unico" nel quale ricomprendere tutta la legislazione processuale (sostanzialmente una raccolta di leggi), ma come libro dotato di armonia tra le varie parti, con una parte generale, con regole tendenzialmente applicabili, salvo espresse eccezioni o ricavate incompatibilità, a tutti i processi generali e speciali ivi previsti.

A loro volta, nei Paesi in cui si predilige almeno tendenzialmente l'idea del codice processuale, la stessa dinamica ricostruttiva di questo strumento sembra oggetto di una ulteriore evoluzione. I testi legislativi processuali, quantomeno nei Paesi di *civil law*, hanno teso a disciplinare i processi come fondati su precise e analitiche "regole"<sup>53</sup>; questo consente di ottenere un risultato tradizionalmente ritenuto essenziale nel processo civile, ovvero la certezza nell'applicazione, tanto ritenuta importante che spesso si è affermato come fosse preferibile una regola "brutta", ma sicura, che una regola "bella", ma incerta<sup>54</sup>. Affermazione che ben si accompagna con la diffusa contrarietà ad applicare regole pur migliori a processi tuttavia già in corso, per la condivisa ragione che induce a non cambiare le regole di una partita mentre questa è già iniziata<sup>55</sup>. In quest'ambito è tuttavia evidente la tensione ad un non indifferente cambiamento di ottica; nelle più recenti riforme processuali le nuove codificazioni processuali esordiscono con la enumerazione di principi generali del processo (diversamente individuati e declinati da Paese a Paese<sup>56</sup>), cui poi in genere seguono le disposizioni che dettano analitiche regole per i processi di cognizione e di esecuzione.

Ben si è notato<sup>57</sup> che "Attualmente le nuove codificazioni in materia processuale esordiscono con la enumerazione dei principi generali del processo. Per non dire delle *Civil Procedure Rules* (CPR) inglesi<sup>58</sup> o del c.d.

la, *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa, 2016, 1004 ss. e spec., per le conclusioni riportate nel testo, 1030.

52 Su questa evoluzione, Trocker, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, 111 ss.

53 V. ancora Fabbi, "New" Sources, cit., passim e su questo specifico aspetto lo studio, che testimonia la affatto antitetica esperienza inglese, di Andrews, *Fundamental Principles of Civil Procedure: Order Out of Chaos*, in Kramer-van Rhee, The Hague, 2012, 19.

54 V. ad esempio più avanti alla nota 82, per la maggiore importanza della tutela dell'affidamento proprio in campo processuale.

55 Affermazioni comuni alla Corte Europea dei diritti dell'uomo. In argomento, ad esempio, la Corte di Strasburgo "riafferma che, se in principio, non è vietato al potere legislativo di disciplinare in materia civile, con delle nuove disposizioni ad effetto retroattivo, dei diritti scaturenti dalle leggi in vigore, il principio di preminenza del diritto e la nozione dell'equo processo consacrati dall'art. 6 della Convenzione vi si oppongono, salvo imperiosi motivi d'interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia con lo scopo di influenzare la risoluzione giudiziaria della lite (V. da ultimo, CEDU sentenza *Caso di Agrati e altri c. Italia* del 7 giugno 2011: "Se, in linea di principio, il legislatore può regolamentare in materia civile, mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi già vigenti, il principio della preminenza del diritto e la nozione di equo processo sancito dall'articolo 6 ostano, salvo che per ragioni imperative di interesse generale, all'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia (sentenza *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis*, cit., 49, serie A n. 301-B; *Zielinski e Pradal & Gonzales* e altri cit., 57). L'esigenza della parità delle armi comporta l'obbligo di offrire ad ogni parte una ragionevole possibilità di presentare il suo caso, in condizioni che non comportino un sostanziale svantaggio rispetto alla controparte (v. in particolare, causa *Dombo Beheer BV c. Paesi Bassi*, dal 27 ottobre, 1993, 33, Serie A, No. 274, e *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis*, 46)." Tale decisione assume particolare importanza sotto un duplice profilo. In primo luogo, viene rinibadito il consolidato orientamento della Corte di Strasburgo sulla retroattività degli atti legislativi; inoltre, la sentenza in esame si caratterizza per avere la Corte Europea accertato una violazione della Convenzione in precedenza negata dalla Consulta in sede di giudizio di legittimità costituzionale ex art. 117, primo comma Cost.)). Se può apparire incerta la necessità piena della tutela dell'affidamento per quei diritti in relazione ai quali al momento della modifica non si sia ancora iniziata un'azione giudiziaria civile- in mancanza di una posizione univoca della Corte EDU sul punto- (La Corte di Strasburgo talora sembra tuttavia limitare la garanzia di cui all'art. 6 esclusivamente ai procedimenti in corso. Sul punto cfr. CEDU sentenza *Organisation nationale des Syndicats d'Infirmiers Liberaux O.N.S.I.L. C. Francia* del 29 agosto 2000, nonché CEDU sentenza *Clinique du Château de la Maye c. Francia* del 27 luglio 2004), la tutela dell'affidamento per la parte già in giudizio anche nei confronti del legislatore "innovatore" è ormai acquisita dai giudici della Corte europea (Cfr. CEDU sentenza *Zielinski et Pradal & Gonzales c. Francia* del 28 ottobre 1999; CEDU sentenza *Raffinerie grecques Stran e Stratis Andreadis c. Grecia* del 9 dicembre 1994; CEDU sentenza *Papageorgiou c. Grecia* del 22 ottobre 1997).

56 La Rule 1 delle *Civil Procedure Rules* inglesi contiene, alla rubrica "The overriding objective", una elencazione di principii, tra i quali è per ben due volte menzionato il concetto di proporzionalità, riferito a costi proporzionati, nonché alla necessità che, affinché la trattazione del caso sia giusta, essa sia compiuta "in ways which are proportionate"; il rif. è poi è alla ben nota, e assai risalente nel tempo, introduzione in Francia dei principii c.d. *directeurs du procès civil*; ovvero alla Rule 1 delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi; all'ordinamento tedesco, dove si applicano con costanza, ma con maggior enfasi in tempi più recenti (Stürmer, *Die Rolle des dogmatischen Denkens*, in *Zivilprozessrecht*, ZZP, 2014, 3, 271 ss.) molteplici principii generali. Peraltro, l'incedere per principii ed il loro impiego in materia processuale è ben noto anche al diritto processuale di emanazione euro-unitaria: in proposito, v. Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht: ein Lehrbuch*, Heidelberg, 2010, ad es. 73 sul principio di proporzionalità, e ancora Fabbi, "New" Sources, cit., III.

57 Si riporta nel testo principale per esteso con minime modifiche un brano di Panzarola, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, p. 680 ss.

58 Dove peraltro se ne parla sotto il titolo «The overriding objective», come visto alla nt. 35 che precede.

codice italiano del processo amministrativo (c.p.a.)<sup>59</sup>, basti richiamare per dimostrarlo i codici di procedura civile brasiliano del 2014<sup>60</sup> e portoghese del 2013<sup>61</sup>, quello svizzero del 2008, il primo codice unico per tutti cantoni elvetici<sup>62</sup>. Molti codici latino-americani dedicano una parte introduttiva alla indicazione dei principi del processo. Si pensi ai titoli preliminari del *Código Procesal Civil* peruviano del 1993<sup>63</sup> e del *Código de procedimiento civil* venezuelano del 1990<sup>64</sup> oppure al *Código General del Proceso* dell'Uruguay del 1988<sup>65</sup>, ecc. L'esempio più importante è però costituito dal «nouveau» *code de procédure* civile (NCPC<sup>66</sup>) francese del 1975, i cui primi ventiquattro articoli pongono i principi fondamentali<sup>67</sup> del processo civile, denominati – recependo la indicazione di René Morel – «principi direttivi», dietro i quali si scorgono i Grundprinzipien tedeschi, penetrati nella cultura francese con la mediazione del celebre comparatista Robert Wyness Millar<sup>68</sup> e con la sua opera sui «*Formative Principles of Civil Procedure*»<sup>69</sup>. Il fenomeno in atto si distacca dalla impostazione seguita nelle tradizionali «disposizioni generali» dei codici di procedura civile precedenti, compreso il *Code judiciaire* belga del 1967<sup>70</sup>. ..... Il fascino esercitato da questa tendenza è testimoniato anche dai progetti di riforma dei codici di rito, ufficiali e non<sup>71</sup>. Se ne indovina una convalida non meno patente altresì nella predisposizione di principi transnazionali del processo dai quali irradiano regole procedurali di dettaglio. In questo senso il cosiddetto soft-law è la riprova della capacità ordinante che si è proclivi a riconoscere al «principio» quando si punti all'accostamento di ordinamenti differenti e alla omologazione di tradizioni giuridiche diverse<sup>72</sup>. L'asse portante di questa embrionale forma di «diritto processuale» va spostandosi dal comando di un legislatore al prodotto dell'esperienza collettiva raccolta con l'attività razionale dei giuristi<sup>73</sup>.

### 5.a. Segue. Suggestimenti per la redazione di leggi processuali “integrali” e non atomisticamente parcellizzate. Puntualizzazione sul ruolo dei principi

Esprimo una convinta predilezione per la scelta del legislatore di produrre codici processuali a carattere generale, piuttosto che una congerie di leggi speciali non collegate, pur motivate dalle diverse peculiarità delle fattispecie disciplinate.

È molto più semplice, io credo, costruire un tutto armonico per il tramite di una legge processuale generale, con un corpo di principi generali che precedano la puntuale enucleazione delle regole, per orientarne l'interpretazione, o meglio in particolare con un codice di procedura civile<sup>74</sup>.

Una riflessione più ampia sulle comuni esigenze processuali verosimilmente condurrà a soluzioni più mature e ragionate, ferma naturalmente l'esigenza di adattare ed adottare regole speciali per fattispecie, o per quella parte delle fattispecie speciali che ciò richieda. Ed anzi, iscrivere queste peculiarità all'interno di una riflessione comune può condurre tanto ad un loro ridimensionamento, se caratterizzate da motivazioni superabili, che essere addirittura strumento utile per rivedere e rivisitare le regole di taglio più generale che ben

59 D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (artt. 1-3).

60 Artt. 1-12.

61 Il titolo I del libro I (artt. 1-9).

62 L.P. Comoglio, *Principi e garanzie fondamentali del nuovo processo civile elvetico*, in *Riv. Dir. proc. civ.*, 2011, 652 ss.

63 Artt. 1-10.

64 Artt. 1-27 (nonché- a proposito dei doveri delle parti- artt. 170 ss.).

65 V. i primi undici articoli.

66 Dal dicembre 2007 semplicemente «*code de procédure civile*»

67 Cfr., per tutti, lo studio monografico di M. Schilling, *Die «principes directeurs» des französischen Zivilprozesses*, Berlin 2002.

68 L. Cadiet, *The International sources of French civil procedure*, in Aa. Vv., *The Reception and Transmission of civil Procedural Law in the Global Society*, a cura di M. Deguchi e M. Storme, Antwerpen-Apeldoorn 2008, 261 ss., 266 ss.

69 R.W. Millar, *The Formative Principles of civil procedure*, in Aa. Vv., *A History of Continental Civil Procedure*, a cura di A. Engelmann et al., Boston 1927, rist. Buffalo-New York 1999, 3 ss. Il volume è recensito da P. Calamandrei, in *Riv. Dir. Proc.*, 1924, I, 115.

70 Se pure contempla una prima parte dedicata ai «*Principes généraux*» (artt. 1-57), vi figurano, insieme a veri e propri principi fondamentali, regole organizzative nei settori più vari.

71 Cfr. il progetto di A. Proto Pisani: *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.* 2009, V, 1/artt. 0.1-0.25).

72 Cfr. i *Principles of Transnational Civil Procedure* elaborati congiuntamente nel 2004 dall'Unidroit e dall'ALI (*American Law Institute*), per la definizione delle liti in materia commerciale. Cfr. la edizione dei principi pubblicata da Cambridge University Press: ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge 2006. Abbiamo consultato la rist. 2007 in brossura. Si veda pure il *Código Procesal Civil modelo para Iberoamerica* del 1988, elaborato su iniziativa dell'Istituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

73 Lo nota, con riferimento al diritto privato, P. Grossi, Santi Romano: *un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* in *Id.*, *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, 162.

74 Santangeli, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, in AAVV, *Il controllo di legittimità avanti la Suprema Corte di Cassazione*, Pisa 2017, pag.112.

possono essere migliorate sulla base dell'esame di nuove ancorché particolari esigenze, che spesso manifestano tensioni di carattere ben più generale.

Una riflessione più perplessa intendo invece affidare alla attuale tendenza a costruire i codici processuali utilizzando i primi articoli per porre dei principi a carattere generale, cui poi fare seguire le vere e proprie "regole" del processo.

Ma le perplessità, in tutta franchezza, intendo rivolgerle all'utilizzo della categoria dei principi generali<sup>75</sup>, categoria invero oggi immanente nei Paesi Occidentali, come strumento in ogni materia del diritto (non dunque particolarmente nel campo processuale), che è di fatto utilizzato da parte della giurisprudenza per destrutturare, sconvolgere preesistenti ordini costituiti. I principi generali vengono spesso ricavati dagli interpreti, sovente con una certa libertà, da principi internazionali, o costituzionali (per quegli ordinamenti che hanno una costituzione), o altro<sup>76</sup>; questo dà quasi sempre luogo ad incertezze<sup>77</sup>, a differenti quando non contrapposte opinioni tra i giuristi, sia quanto alle forme ermeneutiche adottande, quanto alle scelte nella individuazione dei principi, e più ancora nella loro concreta declinazione, e nei rapporti tra un principio ed un altro, spesso in reale o apparente contrapposizione, come anche sulla concreta ampiezza di incisione sulle regole. L'utilizzo "massivo" in chiave ermeneutica dei principi generali ci consegna così a soluzioni incerte ed esiti contraddittori per non brevi periodi, così aprendo la strada a quell'incertezza applicativa che è fenomeno comunque non apprezzabile<sup>78</sup>, tanto più nel processo civile, e che potrebbe essere evitata proprio al contrario con l'adozione di nuove regole processuali espresse, e rispettose delle nuove esigenze.

D'altro canto, anche in riferimento al processo civile, la categoria dei principi generali del processo si alimenta di principi talora anche in contraddizione gli uni con gli altri. Ai principi tradizionali, che esaltano il diritto di difesa, del contraddittorio, etc. si affiancano, e forse in certo senso anzi si contrappongono negli esiti concreti oggi "principi di recente, se non recentissima elaborazione, filtrando i valori iscritti nelle Costituzioni o recependo le indicazioni delle Corti supreme, nazionali e non: i principi di proporzionalità, di efficienza ed effettività, di buona fede, quelli che favoriscono l'accesso alla giustizia o reprimono l'abuso del processo o sollecitano la collaborazione fra il giudice e le parti o invitano alla concisione nella redazione degli atti giudiziari, etc."<sup>79</sup>.

La stessa genesi di questi nuovi principi è spesso oscura, e non appare chiaro chi sia deputato a distillarli, da dove debbano essere ricavati, e in particolare se gli ordinamenti ne possano ricavare anche una graduatoria in ordine di importanza. Alla opportuna elasticità nella interpretazione anche in chiave evolutiva delle "regole" della legge processuale che il principio generale consente, si contrappone quindi una incertezza i cui danni non vanno taciuti.

Ma, da questo punto di vista, appare comunque un deciso passo avanti che i principi vengano espressamente indicati nella parte iniziale dei codici, con indicazioni anzi non generiche e inoltre auspicabilmente con la puntualizzazione dei criteri di prevalenza; con la speranza che attraverso i principi generali "espressi" dal legislatore si possano acquisire elementi più definiti che, al di là delle convinzioni o degli interessi contingenti

75 Si tratta di una nozione su cui la letteratura espressasi è naturalmente sterminata, così da sconsigliare una nota di richiami. v. se vuoi, per un esame in chiave europea, F. Ricci, I principi e le clausole generali nel sincretismo dei metodi giuridici, in *Scritti in onore di Picardi*, III, Pisa 2016, p.2175 ss.

76 Come notorio, a seconda dei diversi contesti culturali, i principi generali sono ritenuti talora norme generali inesprese ma ricavabili dalle norme particolari del sistema positivo, talaltra invece si sono ritenuti desumibili dalla coscienza civile o invece da leggi universali al di sopra delle leggi positive, etc.

77 Riferite anche ai soggetti tenuti al rispetto dei principi, laddove talora si ritiene che queste direttive siano ad esempio rivolte al legislatore ordinario, da altri invece direttamente ai giudici.

78 "In nome dei principi, insomma, in un modo o nell'altro, si perviene alla destrutturazione dell'ordine fondato sulle regole. Ecco allora che lo studioso del processo civile avverte l'esigenza di ripensare una prassi che sembra aver perduto oggettività e – proprio per questo – riconoscibilità. Sceglie di scendere in campo «in difesa della norma processuale». Questa scelta registra il timore del processualista di perdersi nella più angosciosa delle vertigini, dinanzi alla incommensurabile prepotente invadenza del principio. Per arginare questo effetto destabilizzante, la forma conclusiva della regola appare come un comodo antidoto, un tranquillante ritorno all'ordine consueto, in ogni caso come una vera e propria forza frenante. In questo quadro, la regola, come manifestazione del *kat'echon*, del «freno», si contrappone alla deriva associata alla vaghezza del principio. In effetti, però, quel che si lamenta e ciò di cui si ha paura è la discrezionalità del giudice in materia processuale. Anzi la sua discrezionalità «sfrenata»: se la discrezionalità può rassomigliarsi al «buco di una ciambella»» (R. Dworkin, *Taking Rights seriously*, rist. London 2012, 48, a proposito del carattere relativo della nozione di discrezionalità («like the hole in a doughnut»)), ora il processualcivilesta inizia a pensare che pian piano la giurisprudenza gli stia sottraendo da sotto gli occhi proprio la «ciambella». Così Panzarola, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. dir. proc.* 2015, 693

79 Panzarola, op. cit., 685

del singolo interprete (che altrimenti li ricerca e li ricava da sè), possano guidare con maggiore univocità nella interpretazione poi delle “regole”, fornendo quegli strumenti ermeneutici che la crisi del metodo dommatico ulteriormente impone<sup>80</sup>. Si tratta, dunque, di non esagerare; ma di usare con moderazione i principi nella costruzione del processo e nella interpretazione delle regole. E, per il legislatore, dunque, di individuare con precisione quali siano i principi, e la portata degli stessi.

In conclusione, quindi, l’adozione di veri e propri completi codici processuali, inaugurati da espresse e puntuali indicazioni dei principi generali, appare il metodo migliore per la redazione di testi legislativi in materia processuale.

I limiti autoimposti in questo contributo mi impongono di evitare di sovrapporre mie considerazioni su quali poi in concreto debbano essere i principi generali del processo da privilegiare, per il legislatore; mi limiterò così a manifestare, in chiave quasi apodittica la mia convinzione della indispensabilità che le tecniche organizzative e le misure acceleratorie, pur se innalzate alla dignità di principio processuale generale, mantengano comunque un carattere recessivo nella comparazione con l’indispensabile rispetto delle garanzie del contraddittorio, della difesa, e della azione<sup>81</sup>.

### 5b. *Segue. Suggerimenti per la redazioni di migliori leggi in campo processuale*

Se volessi poi “espandermi” a valutare come il legislatore deve operare quando costruisce le leggi processuali, dovrei partire dalla difficoltà particolare nel determinare principi e regole di una materia francamente per “specialisti”, che appare proibitivo provare a regolamentare con efficacia con le necessariamente limitate conoscenze che un assemblea legiferante in genere ha in materia.

Bisognerà pertanto evitare sul punto il rischio di una devastante autoreferenzialità, mai come in questo caso pernicioso per chi pone le regole, ma anche all’opposto di subire una “dettatura delle regole” da parte di soggetti più o meno rappresentativi.

Al tempo stesso, va acquisita la consapevolezza di come la materia processuale sia spesso estremamente tecnica, e da tecnici applicata, e di come pertanto per legiferare bene (dettando regole concretamente applicabili) siano richieste particolari conoscenze tecniche; e tuttavia anche che alcune scelte tecniche manifestano determinazioni politiche, che è comprensibile siano riservate ad un corpo espressione di criteri democratici.

Il diritto italiano può essere una base di riflessione. Esistono più modi di intervenire per il legislatore. Con una legge, di iniziativa governativa o parlamentare, con passaggi ai rami del parlamento; talora tramite il decreto legge, e successiva conversione; talora con il ricorso alla fiducia posto dal governo sui disegni di legge per evitare che il testo venga modificato. Talora con il meccanismo della legge delega, ovvero quando il parlamento emette una legge che si occupa di fissare i principi che dovranno caratterizzare la nuova disciplina, delegando poi la redazione minuta e tecnica del testo e delle regole al legislatore delegato, che dovrà attenersi ai principi dettati.

In via generale, la scelta della legge delega sembra la soluzione che in teoria dovrebbe assicurare i migliori risultati per le leggi sul processo civile.

Con la legge delega, il successivo necessario passaggio dei decreti delegati consente al governo (che di regola nomina di volta in volta apposite commissioni per la redazione dei decreti) che le questioni tecniche vengono riservate ai tecnici, e questo in una disciplina complessa come quella in genere del processo è

80 “Non è un caso, allora, che oggi è posto in discussione il metodo stesso per investigare la fenomenologia del processo, imperniato su un elevato grado di astrazione, contraddistinto da uno spiccato concettualismo e ordinato intorno a principi formali e assoluti che strutturano un «sistema» del diritto processuale civile tanto raffinato quanto rarefatto. Le coordinate logiche del metodo dogmatico (70) vacillano. Ad una logica del necessario e dell’assoluto legata alla dimostrazione di principi evidenti, si oppone una logica argomentativa che sollecita una ricerca affidata al metodo dialettico e che, come tale, non aspira a cogliere verità assolute ma si accontenta di tendere a verità probabili, oggetto di continua discussione. Assieme o in luogo della logica formale, la logica argomentativa si presta a fornire gli strumenti per studiare il processo civile. E, nell’ottica di una logica giuridica intesa come teoria della argomentazione, muta lo statuto stesso dei principi, non più costruzioni astratte o assiomi o verità evidenti e metastoriche, ma, pur nella loro natura fondamentale, «frutto di una logica del senso comune» e destinati «a facilitare l’interpretazione basata sulla ragionevolezza», un po’ come le antiche *regulae iuris*. Se al logicismo tradizionale subentra un approccio dialettico, facilmente i principi non accampano più pretese esclusivistiche di auto-evidenza, ma mostrano invece un carattere relativo, mutevolezza nel tempo e variazioni nello spazio, che a loro volta sono il fomite per analisi storiche e ricerche comparative che concorrono a profilare, al posto del tradizionale monismo metodologico, un vivace sincretismo dei metodi. Così intesi, i principi fondamentali del processo paiono senz’altro utili, tanto più nell’epoca presente contrassegnata dalle imprevedibili fluttuazioni delle regole e dalla loro malcerta formulazione e provvisorietà”. Così Panzarola, op.cit., 691.

81 *V. amplius* al par. 10.

probabilmente la soluzione migliore. Anche in questa ipotesi, però, il profilo centrale comunque dirimente è la scelta da parte del governo dei tecnici che dovranno occuparsi di tradurre in tecnicità i principi individuati dalla legge delega, il problema della qualità e della effettiva rappresentatività degli stessi, della capacità di rappresentare adeguatamente tutti gli interessi coinvolti.

Un positivo esempio di qualità e rappresentatività dei soggetti incaricati della redazione delle soluzioni legislative in materia processuale è dato dal meccanismo di formazione delle *civil procedure rules* inglesi del 1998, adottate ai sensi del *Civil Procedure Act* del 1997 che sono state ricavate dal *Civil Procedure Rules Committee* (creato per espressa previsione legislativa).

Nel *committee* preposto alla loro elaborazione, accanto a giudici e avvocati, è stata tra l'altro prevista anche la presenza di esperti rispettivamente in materia di consumo e di organizzazioni di consulenza non profit. "In secondo luogo, la procedura per l'emendamento delle *Rules* inizialmente adottate prevede che la proposta elaborata dal *committee* venga emanata dal *Lord Chancellor* sotto forma di normativa secondaria (ma questi può anche emendare o rigettare il testo). Il controllo del Parlamento continua ad essere esercitato tramite la possibilità che i regolamenti entrati in vigore vengano annullati a seguito della deliberazione di una delle due camere"<sup>82</sup>.

## 6. I GIUDICI. ATTRAVERSO I PRECEDENTI GIUDIZIALI

Altri ordinamenti, in particolare i paesi di c.d. *Common law*, almeno tradizionalmente assegnavano ai giudici il compito di ricavare le regole processuali, in genere comunicate alla comunità giuridica attraverso appunto i precedenti giudiziari.

Come abbiamo notato prima<sup>83</sup>, la realtà dell'area della *common law* oggi è assai più composita. D'altro canto, nei paesi della c.d. *civil law* il potere del giudice di dettare le regole processuali, almeno in alcuni casi, è esponenzialmente cresciuto; e così anche il potere di interpretare le regole processuali poste dal legislatore con una tale radicale libertà, da indurre una riflessione pragmatica a ritenere effettivamente che in non pochi casi sia di fatto la categoria dei giudici, sempre attraverso l'uso dei precedenti giudiziari, a porre direttamente regole in campo processuale.

Così è, di fatto. E questo può legittimamente condurre ad una riflessione in chiave di legittimazione democratica (quando il giudice non sia espressione di una volontà popolare concretantesi in una elezione diretta) di grande fascino ma che esula dai limiti imposti alla presente trattazione<sup>84</sup>.

La riflessione che intendo svolgere è invece centrata sul piano funzionale; e la posizione delle regole processuali attraverso i precedenti giudiziari, a mio giudizio, in via generale ha i suoi pro, ma certo anche (soprattutto) i suoi contro.

A mio parere, esigenze di ricostruzione di un sistema armonico in materia processuale potrebbero indurre a prediligere, per questa materia così complessa ed articolata tale da richiedere soluzioni generalizzate a carattere legislativo (come appunto un codice di procedura civile), piuttosto che una costruzione fondata su singoli precedenti giurisprudenziali necessariamente obbligati a risolvere solo alcuni dei problemi sui tanti collegati, da lasciare necessariamente a successive soluzioni, che giungeranno poi secondo ritmi e riti che spesso non saranno governabili.

Ma, anche a prescindere da questo, ulteriori riflessioni vanno approfondite.

La costruzione delle regole processuali è un lavoro spesso difficile, incerto; in una realtà, poi, quella processuale, in cui tradizionalmente si insegna che è meglio un brutto processo, che regole migliori ma incerte, ed in cui la Corte Europea dei diritti dell'Uomo assegna un valore particolare al principio dell'affidamento<sup>85</sup>.

82 De Luca, *Una rivoluzione all'inglese. La giustizia a dieci anni dal constitutional reform act.*, Torino 2016, p. 6. Zuckerman, Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice, London 2013, p. 51-52

83 V. retro al § 5.

84 E del resto non è specifica esclusivamente quanto alla posizione delle regole in campo processuale.

85 Santangeli, *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del prospective overruling*, con particolare riguardo al precedente in materia processuale, in *Judicium.it.*, p. 8.

Difficile generalizzare, molto dipende dai poteri attribuiti o autoattribuiti ai giudici in materia; le considerazioni divergono a seconda dell'efficacia vincolante o no del precedente giudiziale, se esiste o no la regola del *binding precedent*, ed in assenza se il precedente ha una più o meno forte efficacia persuasiva, e se è o no riconosciuto l'istituto dell'*anticipatory* o del *prospective overruling*<sup>86</sup>.

Soccorrono ulteriori ragioni poi che rendono difficile fornire indicazioni di taglio generale sull'efficacia della costruzione del diritto processuale tramite precedenti giudiziali, anche perché se non sono accettate o accettabili, diventa difficile (se non esiste la regola del *binding precedent*) arrivare ad assunti condivisi.

E la qualità delle decisioni dipende da tante cose; ad esempio, dal numero delle pronunce, dalle competenze dei giuristi chiamati a decidere ed a applicare le decisioni, dalla chiarezza delle soluzioni adottate dalla giurisprudenza, dall'attenzione nel rendere la motivazione della decisione, elemento fondamentale, per decidere meglio, convincere, consentire una piena pronosticabilità delle decisioni, dalla maggiore o minore autoreferenzialità del corpo decidente (conoscere la posizione di altri interpreti, della dottrina, dei corpi sociali interessati prima di decidere è profilo fondamentale)<sup>87</sup>.

Tutto nasce, poi, anche da un altro fenomeno di impossibile attuale generalizzazione, ovvero la composizione degli organismi giurisdizionali, specie quando chiamati di fatto a porre delle regole che abbiano un valore di precedente, come anche dalla "platea" di coloro chiamati a recepirle; la qualità e il numero dei soggetti interessati alla posizione, alla ricezione ed all'applicazione della costruzione giurisprudenziale delle regole processuali gioca un ruolo spesso fondamentale sul successo o no di questa forma di produzione di principi e regole<sup>88</sup>.

La valutazione, in definitiva, della opportunità o no nell'affidare alla giurisprudenza attraverso i precedenti giudiziali è assai complessa, forse inutile dunque come giudizio in via generale, perché soggetta a troppe variabili.

#### **6. a. Segue. Le regole processuali dei giudizi determinate da giudici di ultimo grado**

Una riflessione a parte su quali giudici debbono semmai porre le regole.

Da questo punto di vista, una riflessione sulle regole dei giudizi di merito; se debbono essere poste dagli stessi giudici di merito chiamati ad applicarle, oppure dai giudici di ultima istanza.

Nei sistemi di *civil law*, è assunto assolutamente pacifico che il compito di unificazione della giurisprudenza anche in campo processuale sia comunque riservato alle Corti di Cassazione. Ma si tratta, tuttavia, di una soluzione che, sotto il profilo dell'efficacia, andrebbe a mio avviso probabilmente ripensata.

Da questo punto, di vista, esemplare è la posizione della *United Kingdom Supreme Court*, che esprime il più delle volte una forte riluttanza nel pronunziarsi su problemi di procedura dei gradi di merito, lasciandoli tendenzialmente alle pronunce della *Court of Appeal*, proprio per il fatto di avere una maggiore esperienza e pratica nella applicazione di quelle disposizioni<sup>89</sup>.

#### **6. b. Segue. Come migliorare la "qualità" dei precedenti giudiziali in materia processuale così da garantire soluzioni migliori**

La valutazione della funzionalità nella posizione di regole per il tramite dei precedenti giudiziali non è dunque di facile generalizzazione.

Come ricordato retro, a prescindere da ogni valutazione in chiave di sufficiente democraticità, determinare la qualità e comunque l'efficacia (concetto non identico) di questo modo di procedere, dipende da vari fattori, su cui tuttavia si può e si deve lavorare per migliorare i risultati che si possono ottenere.

Questo servirà per ottenere regole migliori nei sistemi di *binding precedent*, ed inoltre anche per ottenere

86 V. più avanti al § 6.c.

87 Santangeli, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, cit, p. 62-95.

88 V. più avanti § 6.b.

89 Jacob, *The fabric of English Civil Justice*, London 2013, cap. II, § 5.1



regole più accettate ed efficaci nei sistemi di non *binding precedent*.

Le esigenze che lo sviluppo giurisprudenziale deve soddisfare sono molteplici. Si tratta in primo luogo di proporre una corretta interpretazione della legge, di colmare eventuali lacune con soluzioni coerenti e condivisibili, o di determinare soluzioni processuali efficaci quando il compito (di porre regole processuali generali) sia esclusivamente attribuito ai giudici; e poi di far sì che le soluzioni ermeneutiche possano sicuramente “consolidarsi” in modo che su di esse, possa più decisamente formarsi un affidamento effettivo, o comunque si possa con buone prospettive quantomeno pronosticare se le decisioni saranno o no seguite, e come evolverà la giurisprudenza.

Ma se la qualità in termini di corretto uso degli strumenti ermeneutici non è elevata, o se le decisioni comunque non incontrano la sensibilità dei successivi giudicanti, la spinta alla “ribellione”, a scegliere successivamente soluzioni diverse è anche comprensibilmente fortissima.

Se invece la giurisprudenza nel porre le regole processuale tramite precedenti giudiziari esercita bene il proprio compito, invece, è ovvio che sarà quasi naturale e comunque più agevole pretendere il rispetto del precedente giudiziale da parte dei giudici che seguono. Inoltre diventa anche più giusto pretendere che il precedente venga seguito; fermo l'aspetto autoritativo puro, è dal tendenziale buon livello delle decisioni che si legittima ulteriormente il rispetto del precedente, che oltre alla tutela dell'affidamento può godere di ulteriori ragioni per vedere la sua efficacia rafforzata.

Ma come migliorare la qualità delle decisioni? Riuscire a ridurre il numero delle sentenze che i giudici sono oggi chiamati a rendere è la via più sicura; renderebbe più agevole una adeguata preparazione per decidere le controversie, ed un maggiore spazio di tempo consente di ricavare il tempo per studiare, estendere e maturare le proprie riflessioni (oltre a rendere più facilmente conoscibili le sentenze, se rese in numero più limitato)<sup>90</sup>.

Per migliorare la tutela dell'affidamento dunque, per garantire un maggiore rispetto delle precedenti decisioni, per favorire uno sviluppo sincronico della giurisprudenza, allora, è fondamentale agire anche sul grado di convincimento che si ricava dalle pronunce.

Grado di convincimento che talora discende anche da considerazioni che solo parzialmente incidono sulla presunta giustizia della decisione adottata. Se, ad esempio, le motivazioni della sentenza<sup>91</sup> saranno rese in maniera piana ed esaustiva, tenendo nel giusto conto le posizioni giurisprudenziali e dottrinarie espresse sul punto, sarà più agevole ottenere dalle successive decisioni di legittimità e di merito il rispetto del precedente giudiziale, anche a prescindere dalla stessa condivisione della decisione<sup>92</sup>.

Appare poi fondamentale eliminare il rischio della autoreferenzialità nella decisione; conoscere la posizione di altri interpreti, della dottrina, dei corpi sociali interessati prima di decidere è profilo fondamentale per più ragioni.

Utilizzare più elementi di cognizione, conoscere e valutare letture differenti o alternative, fornisce comunque spunti utili per la riflessione che avrebbero potuto non essere conosciuti, accresce il substrato dialettico da cui originerà la pronuncia; elementi che faciliteranno il raggiungimento di una migliore decisione.

Inoltre, va riconosciuto un elemento ulteriore rispetto alla migliore “qualità” di una pronuncia non autoreferenziale, ovvero, che la conoscenza e la valutazione preventiva delle ragioni del corpo sociale cui la decisione necessariamente si rivolge rende più facile l'accettazione della pronuncia da parte degli stessi; dunque, con una tendenziale tutela dell'affidamento della decisione poi resa, nei cui confronti sarà tendenzialmente più difficile ipotizzare la “ribellione”, così raggiungendo proprio l'obiettivo che ci si prefigge, facilitare l'evoluzione sincronica della giurisprudenza, anche attraverso il rispetto del precedente con il risultato della tutela dell'affidamento. Più in generale, sapere che le ragioni pro o contro una decisione sono state oggetto

90 Santangeli, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, cit. p. 62-65.

91 La motivazione rappresenta dunque, un profilo centrale ed ineludibile della decisione. Inaccettabili, pertanto, soluzioni che tendano a ridurre il contenuto argomentativo di questo essenziale aspetto della decisione. Come decisa reazione ai tentativi di ridimensionare il ruolo della motivazione, v. le chiare indicazioni del nuovo codice di procedura civile brasiliano. Jose Rogerio Cruz e Tucci, le garanzie costituzionali della pubblicità degli atti processuali e della motivazione delle decisioni nel nuovo c.p.c. brasiliano, in *Judicium.it*. In arg., v. anche più avanti alla nota 115.

92 Santangeli, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, cit., p. 60-61.

di conoscenza, analisi ed attenzione prima che la decisione sia resa, renderà più facile adeguarsi alla stessa, aderire anche quando non si condivide, già da parte della giurisprudenza di merito. Perché riduce le speranze del cambiamento (anche quando non si condivide la soluzione alla fine resa), che sono invece più forti quando le obiezioni non sono state preventivamente conosciute, ciò che legittimamente può condurre a ritenere che la decisione sia frutto di uno sbaglio che potrà venire corretto<sup>93</sup>.

Si tratta, dunque, di superare il principio l'autoreferenzialità.

Per il cui superamento è poi possibile adottare altre soluzioni: *de iure condito*, va promossa (come di recente nel processo brasiliano) l'introduzione *dell'amicus curiae*<sup>94</sup>; ovvero consentire quantomeno per le decisioni più importanti, l'intervento (adesivo) di terzi che possano fare valere le ragioni di gruppi interessati alla decisione, rappresentare con efficacia gli interessi sottesi in gioco, come spesso le parti del giudizio, in specie quando una delle due sia un contraente "debole", non è detto siano in condizione di fare<sup>95</sup>.

Se ci si pensa un attimo, la soluzione è ovvia. Il precedente giudiziale ha comunque un valore oltre le parti in causa, esplicando una certa efficacia anche per le fattispecie successive comparabili; consentire agli interessati dunque di difendersi solo successivamente rischia in concreto realmente di depotenziarne le difese. Se dunque si vuole realmente garantire il diritto di difesa è quasi necessario individuare nuovi strumenti che consentano questo esercizio in via preventiva laddove utile e necessario.

Anche la dottrina può contribuire ad assolvere questo compito, che deve ascrivere tra gli incumbenti che le sono propri. Si tratta, dunque, di modificare il proprio stile, che ha prediletto il commento solo dopo la pronuncia della sentenza, onde evitare quella che sotto certi profili potrebbe essere intesa come una indebita turbativa; in argomento, si deve proporre un deciso cambio di prospettiva, ad esempio, nell'ordinamento italiano in riferimento alle ordinanze di rimessione alla Sezione Unite della Corte di Cassazione<sup>96</sup>. È compito della dottrina, oggi, pubblicarle, farle conoscere, commentarle, prendere posizione, fornire indicazioni. Non basta più aspettare la decisione per poi sottoporla a critica.

La stessa magistratura poi, dovrà sempre più dotarsi in via organizzativa di strumenti, ad esempio grazie agli uffici del massimario o studiando altre strategie in piena trasparenza, atte a garantire le necessarie conoscenze tecniche ai giudici chiamati a decidere specie in determinati campi del diritto (in particolare i campi non esclusivamente a carattere giuridico, non riferibili dunque al diritto processuale).

Il vizio dell'autoreferenzialità si supera dunque con un attento esame da parte del giudice delle differenti tesi già espresse sulle fattispecie oggetto di decisione.

Il punto ulteriore è se il giudice sia o no tenuto non solo a conoscere, ma anche a seguire le tesi della comunità giuridica o della dottrina e quindi, se in qualche modo la libertà del giudice nel determinare l'interpretazione del diritto, e uniformarla tramite la nomofilachia, debba essere sottoposta a dei limiti; se si debba o no suggerire di andare oltre il superamento del principio di autoreferenzialità, attraverso un necessario adattamento a soluzioni aliunde sponsorizzate e promosse.

Il tema del rapporto dell'adeguamento dell'attività ermeneutica ai criteri accettati in una data cultura giuridica è tema generale nell'interpretazione dell'atto giuridico: alla luce della impossibilità di fondare razionalmente le basi idonee ad evitare i pericoli del più acuto soggettivismo e del più incontrollabile decisionismo, si spiega viepiù l'estrema attenzione oggi dedicata alla posizione della "comunità giuridica"

93 Santangeli, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, cit., p. 98-99.

94 L'istituto è un classico negli ordinamenti di common law; v. ad es. Abraham H.J., *The Judicial process* 1962, 209 ss.. Da ultimo, nel nuovo codice di procedura civile brasiliano, quando (art. 927 comma 2) le corti ravvisino la necessità di un cambiamento dell'orientamento giurisprudenziale, si prevede la convocazione di udienze pubbliche e la partecipazione di amici curiae per discutere con pienezza sulle tesi giuridiche. Mendonca Sica, *Aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano*, par. 6, *Judicium.it*.

95 Un ruolo per certi versi simile nell'ordinamento Italiano avrebbe potuto essere assunto dal pubblico ministero interveniente necessario nel giudizio civile avanti alla Corte di Cassazione. Sul ruolo del P.M. in Cassazione, da ultimo Russo, *Il P.M. presso la sezione civile! Chi era costui Appunti sugli artt. 75 e 81 del D.L. n. 69 del 2013*, in *www.Judicium.it*.

96 Nell'ordinamento Italiano, il Presidente della corte di cassazione può disporre che la Corte pronunci a Sezioni Unite sui ricorsi in cassazione che presentino una questione di diritto già decisa in senso difforme dalla corte di cassazione, o su questioni di particolare importanza. In queste ipotesi la controversia viene dunque rimessa alla decisione della Corte con una particolare composizione, ovvero un numero maggiore di giudici (e rappresentativi delle diverse sezioni che compongono la Corte). La rimessione (che è debitamente motivata) è un provvedimento, dunque, che consente di conoscere previamente di come la Cassazione si prepari ad emettere una decisione di importanza particolare

nella scelta interpretativa da compiersi, e più puntualmente nell'ammonimento a modellare quella scelta in consonanza ai criteri accettati in una data cultura<sup>97</sup>. Il che, da parte delle più avvedute tra le teorie in esame, si accompagna all'avvertenza che una scelta in tal senso si giustifica non in termini di verità, sebbene di maggiore accettabilità rispetto ad altre eventuali proposte interpretative pur in astratto sempre lecite e possibili. Se l'opportunità di legare in parte l'interprete alla consapevolezza del flusso giuridico può dirsi opinione generalizzata, tale superficiale concordanza di vedute si frantuma peraltro laddove si scenda nello specifico; v'è infatti profonda divergenza nel definire la «comunità giuridica» o la «comunità dell'interpretazione giuridica». Né, ad esempio, è spesso chiaro se ci si riferisca preferenzialmente alle posizioni dottrinali, o invece alle giurisprudenziali, o se ancora si pretenda di considerare globalmente anche le opinioni della collettività non ristretta ai tecnici» del diritto. Né appare chiaro come nell'ambito di tali valutazioni debbano interagire, o comporsi, eventuali differenze tra soluzioni interpretative adottate in uno specifico contesto giuridico, e, una diversa sensibilità giuridica generale<sup>98</sup>.

Questo metodo dunque assiste comunque non in termini di verità, ma semmai di maggiore accettabilità del risultato. Una posizione peraltro da valutare caso per caso, posto che è ben possibile che le posizioni assunte da alcuni gruppi sociali non discendano da una corretta lettura ermeneutica ma da un pur legittimo interesse egoistico ad un certo tipo di interpretazione della disposizione che non è certo compito del giudice assecondare. Anche a valutare come contesto di riferimento invece la dottrina, gli esiti non vanno esasperati; scegliere le soluzioni «dottrinarie», suggerire che il giudice limiti i suoi poteri ermeneutici nell'interpretazione della legge nella scelta di una tra le più interpretazioni già offerte dalla dottrina non è normativamente giustificato e francamente non è del resto in linea con il comune disinteresse per le opinioni della dottrina che la comunità purtroppo (ma forse meritatamente) manifesta<sup>99</sup>.

Dunque, rimane il diritto del giudice all'innovazione ed al pieno distacco da opinioni o assunti anche se dei più condivisi; unitamente, non può che ripetersi, il fondamentale ruolo della motivazione, della dimostrazione di avere tenuto in conto tutti gli assunti delle tesi avversate, non foss'altro per garantire il rispetto dei percorsi culturali ed argomentativi non accolti, e per spiegare così che la semplice riproposizione di quelle ragioni, appunto già attentamente considerate, assai difficilmente sarà elemento sufficiente per imporre una rivalutazione e modificare la posizione assunta dalla giurisprudenza<sup>100</sup>.

La qualità ed il grado di convincimento della decisione si caratterizza diversamente anche secondo la differente composizione degli organismi giurisdizionali, specie quando chiamati di fatto a porre delle regole che abbiano un valore di precedente.

97 L'attenzione alle reazioni al comune agire in ambito giuridico, non è, come talvolta sembra, opera della ermeneutica giuridica, ma è patrimonio comune ad una precedente vasta messe di contributi. Ad esempio, in tal senso, vedi Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano 1971, pp. 129-132, e Capograssi, *Opere*, mLANO 1959, pag. 53 ss.. Già la topica, laddove procede alla catalogazione dei «topoi», si basa su quelli generalmente riconosciuti, sui quali cioè si è già raccolto un consenso. Sotto più particolari profili, nell'integrazione del criterio assiologico espresso da norme positive, alcune correnti della c.d. giurisprudenza dei valori si richiamano in pieno a norme di matrice giurisprudenziale (la giurisprudenza dei valori «oggettiva») o alle idee di valore generalmente riconosciute dalla maggioranza dei cittadini (la giurisprudenza dei valori «sociale»). Per un attento esame ed esaurienti indicazioni bibliografiche su queste teoriche si rimanda a Pawloski, *Introduzione alla metodologia giuridica*, Milano 1993, p. 139 ss. Da ultimo v. sul concetto di Legal community (comunità giuridica), Aarnio – Alexy – Peczenik, *The foundation of Legal Reasoning, in Rechtsstheorie*, 1, 1981, p. 438, trad. it. di Guastini in *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino 1989, p. 178, e Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione*, Padova 1990, pp. 105-108 (ivi anche per ulteriori indicazioni bibliografiche in argomento), che accredita invece in senso più specifico (e a suo dire meglio rispondente alle teorie della moderna ermeneutica giuridica, e agli apporti di Apel, Esser, Kuhn, Fish) la nozione della comunità dell'interpretazione giuridica che sottolinea l'impossibilità di prescindere nell'attività interpretativa dal «sostrato comune di testi giuridici, precedenti, consuetudini, orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, opinioni pratiche dell'esperienza comune, effettivamente accettati come materiale giuridico...». Prima ancora del momento giuridico, le teorie in oggetto si incontrano in filosofia con la «teoria consensuale della verità» di Habermas (v. osservazioni propedeutiche per una teoria della competenza comunicativa, in Habermas – Luhman, *Teoria della società o tecnologia sociale*, Milano 1973, pp. 67. ss.) Su tale teoria ed i rapporti con l'ermeneutica giuridica v. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di JoseJ Esser*, Milano 1984., pp. 215-220 che sottolinea tra l'altro come, anche a trasporre in chiave giuridica la teoria habermasiana, «mai l'interpretazione giuridica potrà configurarsi come procedimento totalmente libero, se è vero che essa deve fare i conti con l'esserci di una o più norme, dotate di struttura prescrittivo sanzionatoria: dunque la ricerca della verità si svolge nella rete categoriale del diritto». V. Esser, *Precomprensione scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, cit., spec. p. 112, 55. Per l'importanza delle reazioni dell'interprete e dei lettori v. anche le teoriche di Derrida e Rorty su cui vedi Santangeli, *L'interpretazione della sentenza civile*, Milano 1996, p. 52 ss. V. comunque Mengoni, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in *Jus* 1985, spec. pp. 475 ss. per la considerazione che il consenso della maggioranza non è da solo sufficiente per fondare (col carattere dell'evidenza) la verosimiglianza di un giudizio di valore, e dunque non basta a giustificare l'imposizione di certe scelte normative alle minoranze. Per un esame in concreto di queste problematiche applicate alle risoluzioni dei dubbi ermeneutici e valutativi sulla sentenza v. Santangeli, *Il precedente giudiziale*, op. cit., p. 159 ss.

98 Santangeli, *L'interpretazione della sentenza civile*, Milano, 1996, p. 74 ss.

99 Santangeli, *Il precedente giudiziale*, p. 230-233.

100 Santangeli, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, cit., p. 100-107

D'altro canto, quegli organismi giurisdizionali di stampo anglosassone, ma anche per la Corte di Giustizia, o la Corte delle Comunità Europee, che hanno effettivamente il compito nomofilattico di interpretare leggi, regolamenti e trattati (con efficacia anzi vincolante), e che manifestano una consapevole tensione ad una decisa nomofilachia giurisprudenziale, sono organi sì giurisdizionali ma strutturati in modo tali da avere ben poco del giudice funzionario-burocratico di *civil law*; sono pochissimi giudici, scelti per un ruolo direi para-politico, per il caso degli organismi internazionali per lo più direttamente dai governi dei vari stati.

Non devono essere stati necessariamente giudici, prima della nomina; sono stati anzi, spesso avvocati, professori, o talora addirittura direttamente personalità pubbliche non necessariamente connotate da un profilo tecnico-giuridico.

Assomigliano più a un comitato di saggi, che ad un collegio di magistrati burocraticamente inteso (ciò che, indirettamente, potrebbe essere adottato anche in paesi di *civil law*; ad esempio, in Italia per la Corte di Cassazione utilizzando pienamente le indicazioni costituzionali sui meccanismi di selezione dei giudici con avvocati e professori universitari di cui già all'art. 106 cost.<sup>101</sup>).

In particolari materie tecniche, peraltro, un organismo composto con canoni diversi dalla partecipazione di soli giuristi (o comunque predisposto istituzionalmente ad audizioni o incarico ad esperti), potrebbe tendenzialmente rendere soluzioni più adeguate<sup>102</sup>.

Come, è talora possibile che, se si dovesse chiedere una profonda funzione invasiva nella definizione di istituti e meccanismi in materie in cui la legislazione si limita all'individuazione di soli principi, forse risponderebbe meglio sia a criteri funzionali che a criteri democratici l'affidarsi ad un organo che veda al proprio interno rappresentati più riccamente le categorie interessate all'applicazione in concreto<sup>103</sup>.

Un'ulteriore riflessione sulla funzionalità delle regole processuali elaborate attraverso i precedenti giudiziari, attiene all'aspetto della facilità della conoscenza di queste regole, e soprattutto delle mutate interpretazioni, per i soggetti del processo; questo modulo per la definizione delle regole sconta spesso la difficoltà di raggiungere efficacemente una vasta platea di avvocati e giudici.

Anche in questi casi, tuttavia, è difficile generalizzare, e molto dipende in particolare dalle qualità ed il ruolo della magistratura e degli operatori del diritto nel singolo ordinamento. Valgano le riflessioni sulle difficoltà della formazione delle regole processuali nel diritto italiano: "difficoltà, ad esempio, che si avvertono sotto il profilo della incertezza che altrimenti per lungo tempo attanaglia gli operatori del processo; non si tratta, tuttavia, soltanto della incomprimibile tensione con l'esigenza di mantenere una interpretazione costante della legge processuale proprio alla luce del rischio delle "vittime innocenti" che qualunque modifica interpretativa quasi inevitabilmente produce, quanto, piuttosto, alla luce dell'ulteriore difficoltà, nel processo civile per come oggi strutturato, che una più libera interpretazione della legge processuale da parte dei giudici possa condurre ad una uniformità applicativa in tempi sufficientemente brevi, esigenza ovviamente centrale per una buona riuscita dell'attività ermeneutica. È l'ampio numero dei giudici civili di primo grado, la monocraticità della decisione, la distribuzione capillare se si vuole, ma che naturalmente rende più difficile il rapido formarsi di prassi condivise<sup>104</sup>, a rendere praticamente impossibile che questo modo di operare possa

101 Si riporta il testo dell'articolo 106 comma 3° della costituzione italiana: su designazione del Consiglio Superiore della Magistratura possono essere chiamati all'ufficio di consiglieri di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori

102 In Italia, ad esempio, sono istituite sezioni specializzate che si occupano delle cause agrarie, che decidono in composizione collegiale, con la presenza di due esperti in materia agraria.

Quanto alle controversie per i minorenni, è istituito il tribunale dei minorenni, composto da giudici giuristi ma anche da due giudici onorari, un uomo ed una donna "benemeriti dell'assistenza sociale, scelti tra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia...

In materia di acque sono poi istituite appositi tribunali, che decidono anche con la presenza di funzionari del genio civile in prima istanza, e anche con esperti, iscritti nell'albo degli ingegneri, nelle fasi di impugnazione.

103 Santangeli, Cassazione e nomofilachia. Appunti, cit., 108-109. Ed un organismo diversamente composto potrebbe avere una diversa interlocuzione con il potere politico, e nei limiti dello svolgimento del proprio ruolo nomofilattico, avvertire l'opinione pubblica ed il legislatore della necessità di affrontare determinati problemi con un catalogo di strumenti, ad es. l'imposizione di tasse, sovvenzioni ecc...che eccedono l'attività della nomofilachia

104 Non casualmente, o forse frutto di una felice coincidenza, sono le scelte del legislatore di ridurre il numero dei tribunali competenti a decidere in materia industriale (sono state istituite sezioni specializzate solo in 22 tribunali) e, da ultimo, nella materia delle *class actions* (la competenza è riservata a 12 tribunali); campi in cui, a me pare, sia auspicata una maggiore partecipazione creativa dei giudici alla puntualizzazione della tutela di alcuni partecipanti al processo, ed alla posizione di regole non soltanto processuali ma sostanziali.

condurre a soluzioni uniformi in tempi accettabili; né, a questi fini, sono sufficienti i rimedi individuati dal legislatore, quali la possibilità di investire tempestivamente la Cassazione, per iniziativa del procuratore generale, perché eserciti la funzione nomofilattica prima del fisiologico giungere della causa dopo il giudizio di primo e secondo grado, e non ottengono risultati sul punto integralmente soddisfacenti neanche il fiorire dei tentativi pur lodevoli di rapida “codificazione” delle c.d. *best practices* nei vari tribunali, l’attento lavoro nella formazione continua dei magistrati svolta dal Consiglio Superiore della Magistratura sia a Roma che in sede decentrata, l’utilizzo riservato dello strumento informatico, delle *mailing list* riservate in particolare ad alcuni giudici civili “specializzati”, quali i giudici delle procedure concorsuali, ed il giudice dell’esecuzione.

E, d’altro canto, assai discutibile la tesi di una forte comunanza culturale e di casta dei magistrati che distribuiscono la giustizia civile (il che, per chi come me teme le omologazioni, non è poi detto sia cattiva cosa); riterrei invece trattarsi di una categoria fortemente eterogenea nella composizione, per le capacità tecniche, negli orizzonti culturali, nella interpretazione del ruolo, che anche da questo punto di vista rende assai arduo ipotizzare ad essi l’attribuzione fruttuosa di un compito di uniformazione delle regole. Diversa, naturalmente, ad esempio, la possibilità per i giudici amministrativi, di gran lunga inferiori nel numero<sup>105</sup>, distribuiti in un numero assai limitato di sedi giudiziarie, chiamati esclusivamente a decisioni collegiali, facilitati ad un confronto con gli avvocati amministrativisti dal numero più accettabile degli stessi, e pertanto strutturalmente in condizione, salva questo punto l’incapacità degli stessi, di garantire l’intento di favorire il sorgere di prassi condivise e comunque di decisioni uniformi. Del resto nel campo del processo civile anche nelle ipotesi in cui la magistratura riesca a raggiungere soluzioni applicative condivise all’interno in tempi ragionevoli, si pone comunque, sotto il profilo dell’equità applicativa, l’ulteriore ed è mio avviso oggi non risolubile problema dato dallo scarso livello tecnico e dall’elevatissimo numero degli avvocati chiamati alla difesa avanti alle corti civili<sup>106</sup> e con grande difficoltà saranno in condizioni di recepire gli intendimenti ed interpretazioni giurisprudenziali in materia di applicazione delle leggi processuali, e men che meno di riuscire con coerenza a intendere che precorre negli esiti della riflessione giurisprudenziale, così da rendere purtroppo comunque ingiusto il formarsi per questa via di un “nuovo diritto” la cui conoscenza sarebbe limitata esclusivamente agli avvocati più avveduti, se non naturalmente per i più importanti arresti giurisprudenziali che oggi riescono lodevolmente a diventare di dominio immediato e pubblico grazie allo svilupparsi delle nuove tecnologie. E, non sembra possibile modificare la situazione se non attraverso una drastica riforma dell’accesso alla professione forense, di cui oggi non si vede l’approdo.

È, anche in questo caso, impossibile generalizzare; certo, appare più facile l’utilizzo del diritto giurisprudenziale nella posizione e nell’evoluzione di regole processuali quando in quegli ordinamenti in cui i giuristi si avvalgono di una vicinanza anche nella formazione e nell’individuazione dei partecipanti al processo, il giudice gli avvocati, laddove i magistrati spesso sono diretta espressione della classe forense, in cui appare più facile ricavare in tempi ragionevoli soluzioni comuni, condivise, conosciute<sup>107</sup>.

È evidente, pertanto, di come sia praticamente indispensabile creare le opportune condizioni a livello tecnico, e ordinamentale, per facilitare il compito della giurisprudenza nel porre regole in materia processuale, e per diffonderne con semplicità la conoscenza, se si vuole perseguire con successo questo obiettivo.

### 6 c. Segue. Le regole processuali tra *binding precedent* e *prospective overruling*

In via generale, nel precedente paragrafo sono state individuate alcune riflessioni su come migliorare la tutela dell’evoluzione del diritto giurisprudenziale ed insieme della tutela dell’affidamento in materia processuale agendo sulle decisioni (che dovrebbe questo affidamento fondare), suggerendo come possano essere “migliorate” a questo fine, e come evitare quegli “errori” nella decisione, o nella stesura della motivazione, che rendono quella decisione meno efficace (nonché agendo sulla conoscibilità effettiva e tempestiva

105 I giudici del primo grado nei tribunali amministrativi sono in tutto poco meno di trecento, a fronte delle varie migliaia dei giudici che decidono le cause civili, divisi tra giudici di pace e giudici di tribunale.

106 In Italia ci sono oggi circa 4 avvocati ogni mille abitanti, e la maggior parte esercita la professione in campo civile; per dare un ordine di grandezza, gli avvocati in Italia sono in percentuale più del triplo rispetto alla media degli avvocati nei paesi dell’Unione Europea

107 Santangeli, *Cassazione e nomofilachia. Appunti*, cit., 113-116

degli orientamenti).

Tuttavia, anche a prescindere dalla bontà o no delle soluzioni ricavate in materia processuale con lo strumento dei precedenti giudiziari, rimane ferma la necessità avvertita con sempre maggiore consapevolezza anche nel diritto continentale, e non solo nei giudizi di common law, di valutare se tutelare comunque il legittimo affidamento del cittadino (parte processuale), pur ferma restando la necessità altresì di garantire l'evoluzione del diritto giurisprudenziale, quando il cambiamento si attui per revirement di precedenti soluzioni<sup>108</sup>. Ed il profilo dell'affidamento è di regola ritenuto di portata non uniforme, ma diversamente declinato a seconda dei campi del diritto cui la controversia insiste, e di regola il campo processuale (come ad esempio quello del diritto penale) è ritenuto dai più come uno di quelli da tutelare con particolare attenzione, onde non mutare le regole di una partita spesso già in corso<sup>109</sup>.

Come raggiungere questo obiettivo?

Il profilo più radicale è quello di giungere a cristallizzare le precedenti decisioni come elementi superabili non più da successive sentenze, ma solo da successive norme di legge; una tale previsione, tuttavia, urterebbe in alcuni ordinamenti (quale ad esempio quello italiano) probabilmente con la necessaria libertà attribuita al singolo giudice nell'interpretazione della legge anche nei confronti della magistratura nel suo insieme<sup>110</sup>, oltre a sacrificare eccessivamente le esigenze alla base della necessità del cambiamento, spesso necessario per garantire soluzioni più efficienti ed al passo con i mutamenti giuridici, economici, sociali intervenuti, che appare eccessivo delegare esclusivamente al legislatore. Del resto, anche negli ordinamenti in cui è più forte la tutela dell'efficacia del precedente, non si nega l'overruling "orizzontale"<sup>111</sup>.

La regola del *binding precedent* è stata da ultimo in certa misura valorizzata nel nuovo codice di procedura civile brasiliano, che prevede diversi tipi di decisioni giudiziali collegiali destinate ad assumere efficacia di precedente vincolante; in particolare, le decisioni emanate nell'ambito degli incidenti di esecuzione di domande ripetitive, e la c.d. *Sumula* (decisioni tuttavia che hanno caratteristiche affatto particolari e difficilmente riconducibili a fattispecie di precedente vincolante); comprensibili, tuttavia, le critiche alle nuove disposizioni, in particolare laddove si nota come così ben possa essere compromessa la "rappresentatività adeguata della collettività che subirà gli effetti dalla decisione emanata nel "caso pilota", nel quale si ha una sfida diseguale tra la parte litigante individuale e la parte litigante abituale"<sup>112</sup>. Si tratta, comunque, di soluzioni

108 Un profilo, naturalmente, non esclusivo per la posizione con questo meccanismo delle regole di diritto processuale, ma che proprio per le regole di diritto processuale registra significative differenziazioni.

109 La prevedibilità, peraltro, non assume il medesimo valore per tutti i campi del diritto. Quanto al diritto penale, ad esempio, nell'ordinamento italiano anche alla luce della sentenza della Corte Cost. 364/88 interpretativa dell'art. 5 c.p., che ha delimitato l'ambito della non colpevolezza per ignoranza della legge penale, potrebbe ritenersi addirittura l'impossibilità di condannare nell'ipotesi in cui l'incertezza giurisprudenziale incida realmente tanto da far apparire incerta la caratterizzazione penale di un certo comportamento. In campo civile per grandi linee questa esigenza è molto forte, ad esempio, per le questioni processuali perché in materia di procedura è logico e naturale che le parti in successivi giudizi facciano affidamento sulle precedenti statuizioni e da queste si conformino per articolare il proprio operato. Ad es. DENTI, *A proposito di Corte di Cassazione e di nomofilia-chia*, in *Foro it.*, 1986, V, col. 419-420, nota la maggiore esigenza di stabilità (sulla bontà della soluzione) per le questioni processuali e per alcuni settori di diritto sostanziale, rispetto ad altre fattispecie.

Particolare importanza a questo valore va dato anche in materie lato sensu contrattuale o pattizia, perché anche gli accordi presi possono basarsi su un orientamento giudiziario, e pertanto un cambiamento giurisprudenziale metterà in dubbio o renderà illecite soluzioni che erano state prese proprio affidandosi alle soluzioni precedentemente recepite dalla giurisprudenza. Quanto invece alle azioni per lesioni personali, o per alcune fasi della responsabilità extracontrattuale, sembra meno preoccupante che l'opportunità di eventuali mutamenti giurisprudenziali possano essere contestate sotto il profilo dell'affidamento di un soggetto su precedenti decisioni giudiziarie. CARDOSO, Il giudice e il diritto, *Selected writings of Benjamin Nathan Cardoso*, Firenze 1961, 70 ritiene invece più forte l'esigenza di uniformazione laddove siano impliciti diritti soggettivi "sostantivi" piuttosto che allorquando si tratti del diritto dei mezzi di tutela giuridica. Questo autore, poi, a pag. 123 ricorda l'opinione di Roscoe Pound, che riconosce come bisogno di particolare stabilità la materia delle eredità e delle successioni, i vari diritti relativi alla proprietà e le vicende sulle obbligazioni, mentre sarebbero preferibili criteri elastici per il diritto dei fatti illeciti, dei servizi pubblici, dei rapporti fiduciari e di quelli che attengono alla condotta umana. In argomento, vanno poi considerate quelle branche del diritto in costante evoluzione come alcuni momenti del diritto commerciale e del diritto di famiglia.

110 Cfr Santangeli, *La sentenza civile come precedente giudiziale*, Catania, 1996, p. 40 ss.

111 V. ad es. l'ordinamento inglese, laddove, ben prima delle recenti modifiche all'organizzazione della giustizia il profilo orizzontale dello *stare decisis* era venuto meno, per la *House of Lords* (adesso abolita), già nel 1966 in base ad un *Practice Statement of the Judicial Committee*. Sebbene il cambiamento avesse riguardato formalmente soltanto la Camera dei Lords, nella prassi si assistette ad un progressivo temperamento delle posizioni tradizionali anche per gli altri gradi del giudizio. Per la *High Court*, ad esempio, si distingueva fra decisioni opera di una sezione, o *Divisional Court*, e le decisioni opera invece di un giudice unico; perché, la *High Court* è sempre vincolata dalle decisioni delle corti superiori (Lords e Appello), ma solo la *Divisional Court* si ritenne più rigidamente vincolata dalle proprie decisioni, mentre il giudice unico non è vincolato dai precedenti resi dai suoi colleghi, e non era indiscusso il suo vincolo ai precedenti della stessa *Divisional Court*.

112 Così Mendonca Sica, *op. cit.* Voglio meglio precisare che nell'ordinamento brasiliano alla valorizzazione del precedente, tuttavia si accompagna una necessaria contropartita: ossia l'integrazione del ragionamento dell'organo decidente. Il nuovo codice di procedura brasiliano, infatti, nel rinnovare il concetto di "motivazione delle decisioni giudiziarie" individua una serie dettagliata di parametri per fondare le decisioni.

Tra questi parametri merita particolare rilievo in relazione al tema la disposizione dell'art. 489 c.p.c. brasiliano che arriva a ritenere "non correttamente fondata" la decisione che si limita a citare (od a negare l'applicazione) di un precedente (o una *sumula*) senza procedere ad una dimostrazione

che prevedono comunque la possibilità dell'*overruling* orizzontale, e del *prospective overruling*, in presenza di determinate circostanze.

Si adotta, in alcuni ordinamenti una differente ma comunque intensa forma di tutela dell'affidamento, tramite l'individuazione di nuovi poteri in capo alla stessa magistratura nella determinazione del momento da cui le nuove regole giurisprudenziali saranno efficaci nei confronti di cause aperte facendo affidamento su orientamenti consolidati precedenti. In queste ipotesi, si è quindi proposto di pronunciare nella fattispecie in esame seguendo la vecchia giurisprudenza, enunciando al contempo un nuovo principio, diverso da quello espresso nell'orientamento seguito nelle precedenti decisioni, e dettando dunque anche le regole che saranno adottate nelle pronunzie successive<sup>113</sup>. In altri termini, in queste ipotesi, si pronuncia il nuovo principio arrogandosi tuttavia la potestà di limitare nel tempo gli effetti della sentenza, negandone ad esempio la retroattività e non applicandola neanche al caso in specie

Queste dinamiche si adottano da tempo nei paesi di *common law*<sup>114</sup>, e vengono denominate *prospective overruling*<sup>115</sup>, e anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è autoattribuita detto potere<sup>116</sup> (così come in ipotesi eccezionali ha fatto anche la Corte Costituzionale Italiana<sup>117</sup>), e da ultimo, questo istituto è stato es-

della relazione col caso concreto.

C'è da fare inoltre una precisazione. La formazione della "sumula" (per cui non sembra azzardata la traduzione con "massima"), che ha il compito di uniformare proprio la giurisprudenza, deve essere basata sull'analisi degli elementi fattuali che hanno comportato la sua adozione. Se da un lato l'art. 926 c.p.c. introduce l'obbligo di ciascun Tribunale di uniformare la propria giurisprudenza, d'altro canto si permette anche una modifica. Più in particolare, si viene a creare un vero e proprio sistema di modifica e di "gestione" delle sumule da parte dei singoli tribunali, che possono procedere a "modificarle solo attenendosi alle circostanze fattuali dei precedenti che hanno indotto alla sua adozione" (art. 926, II c. c.p.c.).

Pertanto, in questo senso l'applicazione del diritto giurisprudenziale non si ridurrebbe ad una mera applicazione della sumula calata dall'alto, ma permetterebbe un giudizio comparativo sugli elementi fattuali del caso, così come avviene in sostanza negli ordinamenti di *common-law*.

In maniera complementare, l'art. 927 definisce come i precedenti guideranno la stabilità della giurisprudenza. L'art. 927 c.p.c. infatti, rinforza il carattere vincolante delle decisioni del Tribunale Supremo Federale e del Tribunale e delle sumule vincolante. Stabilisce la norma: che "i giudici devono attenersi: a) alle decisioni del Supremo Tribunale Federale insede di controllo di costituzionalità; b) alle pronunce di sumule vincolanti; c) le pronunce sulla competenza e sulla risoluzione di "domande ripetitive"; d) ai contenuti delle sumule del STF in materia costituzionale e del STJ in materia "infracostituzionale" (vale a dire tutte le materie che rientrano nella competenza del Tribunale; il STJ ha la stessa funzione della corte di cassazione, salvo che non ha giurisdizione sul alcune materie (lavoro, militare, elettorale); e) agli orientamenti dell'organo superiore a cui siano vincolati.

Il comma IV del 927 c.p.c. indica la maniera in cui deve procedersi per l'alterazione dei precedenti già affermati, il che deve avvenire attraverso "udienze pubbliche e di partecipazione di persone, organi o enti che possano contribuire alla ridiscussione della tesi". In questa maniera si arriva a flessibilizzare la potenziale stagnazione che si realizzerebbe nell'adozione dello stare decisis puro e semplice.

- 113 Altro, invece, è l'istituto del c.d. *anticipatory overruling*, nell'ambito del *common law* e dunque di tendenziale rispetto dei precedenti delle Corti Superiori, si ha quando la corte inferiore decide di rifiutarsi di seguire un precedente della Corte Superiore perché ritiene che nel caso di specie la Corte Superiore non si conformerebbe più all'orientamento che aveva espresso in precedenza.
- 114 Gorla, I tribunali Supremi negli Stati Italiani tra i secoli XVI e XIX quali fattori dell'unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione tra Stati, in Relazione al III congresso Internazionale di Storia del Diritto, I, Firenze 1977, che al par. 6 sottolinea che il *prospective overruling*, naturalmente sotto altro nome, già esisteva nelle Rote del XVI-XVIII secolo
- 115 Così, negli Stati Uniti, se da un lato si riconosce alle corti il power of overrule, dall'altro, si ammette che "le persone che hanno costituito rapporti giuridici regolandosi in base al precedente possono vantare diritti quesiti (vested rights) oppure aspettative consolidate (settled expectations) devono essere protette". Proprio al fine di rispettare tali esigenze, l'ordinamento nordamericano ha costruito l'istituto del c.d. *prospective overruling*, nel quale il giudice asserisce la necessità di modificare l'orientamento espresso in precedenti decisioni, e pertanto detta le regole per le decisioni successive, ma decide secondo la precedente giurisprudenza nel caso che ha in esame, allo scopo di non deludere l'affidamento che le parti avessero fatto sulla precedente giurisprudenza. Il *prospective overruling* si esplicita, dunque, nella possibilità per il giudice di modificare un precedente, ritenuto non più adeguato a regolare quella determinata fattispecie, per tutti i casi che si presenteranno in futuro, decidendo però il caso alla sua immediata cognizione in base alla regola superata. In materia, v. *Stare decisis in lower Courts: predicting the demise of Supreme Court precedent*, in 60 Wash Law Review, 1984, pag. 97 e pag. 309 ss. sul *prospective overruling*, per esaurienti indicazioni giurisprudenziali e bibliografiche sull'attenta ricostruzione di come nella dottrina e nella giurisprudenza si siano fatte strada queste nuove figure, le critiche contro queste avanzate, le modifiche che determinano nei rapporti tra ratio e obiter, e più in generale nella teoria dello *Stare Decisis*; TRAYNOR, *Prospective overruling: a question of judicial responsibility*, in *Hastings law journal*, 1999, 771. In Inghilterra – diversamente da quanto accade negli Stati Uniti, il cui sistema è da taluni considerato come un sistema di *stare decisis* temperato dall'*overruling* – la Court of Appeal rimane vincolata, almeno formalmente, al proprio precedente, anche se, nella realtà, il sistema si è avvicinato di molto a quello nordamericano. Come già accennato (v. nota 68), in Inghilterra, il profilo orizzontale dello *stare decisis* è venuto meno, per la House of Lords, nel 1966 in base ad un Practice Statement del Judicial Committee. In particolare, tramite il practice statement, emanato in base ad un potere di autoregolamentazione, i Lords hanno riconosciuto che la funzione di certezza, alla quale assolve il precedente, non può assumere un grado di rigidità tale da inibire del tutto lo sviluppo del diritto, in modo tale da rendere ingiustizia nel caso concreto. Da qui la conclusione secondo cui è possibile "dipartirsi dalle precedenti decisioni quando appaia giusto farlo"; tuttavia, ciò senza "disturbare retroattivamente" i rapporti già sorti, in campo civile, e le peculiari esigenze della materia penale. In argomento v. BARAK, La discrezionalità del giudice, trad. it. di I. Mattei, Milano 1995, pag. 205, per un primo esame della nozione di *prospective overruling* in Inghilterra, e delle critiche a questa rivolte sotto il profilo della distorsione della funzione giudiziaria. Del resto, l'opportunità che le corti "may choose whether to overrule a previous decision retrospectively", è stata avanzata anche nell'ordinamento Anglosassone già in alcuni dissenting speech, pur se ciò è ancora escluso. In argomento, Cross and Harris, *Precedent in English law*, Oxford 1991, 228 ss.
- 116 50 V. ad es. CGCE, 8 febbraio 2007, C-3/06 P, Groupe Danone/ Commissione CGCE, 28 giugno 2005, C-189/02 P + altre, Dansk Rørindustri e a./ Commissione, con nota di SIMONCINI, La politica della concorrenza tra esigenze di effettività e certezza del diritto: un difficile caso di irrogazione di sanzioni, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1960. Per una riflessione sulle sentenze della Corte di Giustizia della Comunità Europea che, nel vigore dei previgenti art. 173, 174 e 177 del trattato C.E.E., si arrogano il potere di limitare nel tempo (vietandone, ad esempio, la retroattività, v. se vuoi Santangeli, La sentenza civile come precedente giudiziale, Catania 1996, pag. 18 ss.
- 117 Sulla possibilità, per la Corte Costituzionale, di autolimitare l'efficacia retroattiva delle proprie decisioni, v. BELLOCCI e GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte Costituzionale di Ungheria*, Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010., in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), dove è contenuta un'ampia rassegna di pronunzie in cui la Consulta ha esercitato detto potere. Cfr. ancora tra gli altri F. Politi, *La limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale nel recente dibattito dottrinale*, in *Giur. cost.*, 1991, pag. 3013, ed in particolare G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte*

pressamente disciplinato dal nuovo codice di procedura civile brasiliano<sup>118</sup>. Non così, invece, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che non ha ancora ritenuto di dotarsi dell'istituto del *prospective*, o comunque di ipotizzare soluzioni in qualche modo simili, ed anzi continua a permettere l'applicazione retrospettiva dei propri mutamenti di giurisprudenza (da questo si desume che l'istituto del *prospective* non è visto dalla Corte Europea come uno strumento indispensabile per la tutela dell'affidamento)<sup>119</sup>. L'istituto è stato di recente adottato in via giurisprudenziale dalla Corte di Cassazione Francese<sup>120</sup>, ed in via meno intensa dall'ordinamento tedesco<sup>121</sup>, e più recentemente, dalla Corte di Cassazione Italiana<sup>122</sup>; si è di fatto raggiunta, e non a caso proprio e solo in materia processuale, l'adozione da parte della giurisprudenza di legittimità dell'autoattribuzione del potere di modificare una giurisprudenza ormai pacificamente consolidata, ma solo "per il futuro", applicando in pratica il precedente orientamento alla fattispecie in decisione ed alle altre fattispecie in cui le parti abbiano fatto appunto legittimo affidamento su un orientamento considerato correttamente come pacifico, laddove il cambiamento dovesse danneggiarle. Con queste modalità, si coniuga il principio di

*della Corte Costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in *Quaderni costituzionale*, 1989.

118 Art. 927 comma 4.

119 52 V. CEDU sentenza Demir e Baykara c. Turchia 12 novembre 2008, con allegata separate opinion di Zagrebelsky, che ritiene, invero, che la Corte debba trovare adeguate soluzioni per evitare l'applicazione retroattiva delle pronunce, che configgerebbe con la tutela dell'affidamento. Si riportano alcuni passaggi della separate opinion: (...) "However, in my opinion, the act of departing from precedent raises a particular problem, because the interaction between the new interpretation and the law, as previously contemplated, will give rise to a new "law" whose content is different to that of the previous "law". The retrospectiveness of the new "law" is problematic with regard to the requirements of foreseeability and legal certainty. I would compare this to the problems raised by the retrospective effect of an Act interpreting a previous Act, justifying a certain resistance on the part of the Court. The requirements terms of the quality of the law, and particularly that of the foreseeability of its application, entail a need for a similar approach to the nature of judicial interpretation to that obtaining in the situation of laws succeeding each other in time, for which transitional provisions are often made." (...) In the light of the foregoing, I would have preferred it if the Court had stipulated the time from which the right in question "became" (paragraph 154 of the judgment) one of the essential elements of the right set forth in Article 11. In my own opinion, it would seem legitimate to doubt that this could already have come about by 1995, when the Turkish Court of Cassation disposed of the case at domestic level. I moreover find it regrettable that the Court has once again allowed the "natural" retrospectiveness of judicial interpretation to impugn an approach that, at the material time, was (probably) not in breach of the Convention" (...).

120 In Francia, lo strumento del *prospective overruling* fa il suo ingresso per la prima volta nel panorama giurisprudenziale con la sentenza dell'8 luglio 2004, Cour de cassation, 2° chambre civile, la quale adotta come sostegno argomentativo e teorico di tale istituto la costruzione giurisprudenziale elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con riferimento all'art. 6, § 1 della CEDU. In particolare la Corte francese afferma che: "que si c'est à tort que la cour d'appel a décidé que le demandeur n'avait pas à réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l'action engagée, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale" [che, se è a torto che la corte d'appello ha deciso che il richiedente non dovesse reiterare trimestralmente la sua intenzione di proseguire l'azione intentata, la censura della sua decisione non ha riguardo a questo capo, in quanto l'applicazione immediata di questa regola di prescrizione nel giudizio in corso porterebbe a privare la vittima di un processo equo, ai sensi dell'art. 6.1. della CEDU]. Al di là dei riferimenti alle fonti comunitarie, la giurisprudenza ha poi talora invocato a giustificazione dell'utilizzo del *prospective*, l'art. 2 cod. civ., che disciplina i principi che regolano l'applicazione delle norme nel tempo e che investe anche il problema della non retroattività di atti legislativi. Con riferimento all'individuazione dell'organo giudiziario competente ad operare il *prospective*, l'orientamento prevalente ritiene preferibile attribuire detto potere esclusivamente alla Corte di Cassazione, meglio se in adunanza plenaria, e non già alle Corti di merito. Infine, in Francia, l'operatività dello strumento in questione – che può dirsi senz'altro consolidata, sulla base di una serie costante di pronunce del Giudice di Legittimità volta a sancire, non senza qualche resistenza, il principio della irretroattività del *revirement* giurisprudenziale – sembra riguardare esclusivamente il campo del diritto processuale, con esclusione pertanto dei mutamenti giurisprudenziali interessanti l'assetto normativo di carattere sostanziale.

121 Diversa – e sicuramente meno intesa – affermazione applicativa del *prospective* si registra nell'ordinamento tedesco, dove è tuttavia, parimenti, avvertita la necessità – oltre di garantire l'esigenza di certezza del diritto – di accordare, ai sensi del terzo comma dell'art. 20 del Grundgesetz (Costituzione tedesca), adeguata tutela all'affidamento riposto dalla parte in un consolidato assetto esegetico-normativo, improvvisamente travolto da inversione giurisprudenziale. (V. Langenbucher, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, Dresden 1996, 116). A tal riguardo, si è fatto spesso riferimento ai criteri elaborati dalla giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht (Corte Costituzionale tedesca) al fine di determinare la legittimità costituzionale di atti legislativi con efficacia retroattiva, nonché relativi alla retroattività delle proprie pronunzie, discutendosi circa estensibilità di tali principi al campo dei mutamenti e delle innovazioni giurisprudenziali. (Cfr. tra i tanti GUCKELBERGER, *Vorwirkung von Gesetzen im Tätigkeitsbereich der Verwaltung*, Bonn, 1997, 16). Interessante al riguardo la posizione del Bundesgerichtshof (Corte di Cassazione tedesca), la quale, superando il valore enfatico della distinzione tra atto legislativo ed atto giurisprudenziale, ha talora fatto propri i criteri elaborati dal Giudice delle leggi. V. tra le tante BGH del 20.09.2000, V ZB 58/99, in BGHZ 145, 158, secondo cui "Hat die von der rückwirkenden Rechtsprechungsänderung belastete Partei auf die Anerkennung der bisherigen Rechtslage vertraut, und gebührt diesem Vertrauen bei Abwägung mit den Interessen des Prozessgegners und den Belangen der Allgemeinheit der Vorrang, griffe eine Rückwirkung in rechtlich geschützte Positionen ein; führt die Änderung zu unzumutbaren Härten, könne die neue Rechtsprechung ausnahmsweise nur für die Zukunft gelten. [il mutamento giurisprudenziale può valere soltanto per il futuro quando la parte la cui posizione risulta aggravata ha legittimamente fatto affidamento, nel compimento della propria condotta, sulla situazione giuridica attuale; il legittimo affidamento della parte deve essere contemperato con i legittimi interessi della parte avversa, e ritenuto prioritario; la retroattività della modifica farebbe sorgere un onere ingiusto ed iniquo a carico della parte]. Altre pronunce in cui il Bundesgerichtshof fa uso della tecnica del *prospective* sono BGH 7.3.2007, VIII ZR 125/06, juris; BGH 21.1.2002, II ZR 2/00, BGHZ 150, 1,5; BGH 7.4.2003, BB 2003, 1081; BGH 23.1.2003, NJW 2003, 1805, 53. Quanto all'affidamento nel precedente giurisprudenziale, si distinguono quindi le ipotesi in cui lo stesso viene ritenuto meritevole di tutela da quelle in cui non appare giustificabile una limitazione all'efficacia retroattiva dell'*overruling*. A tal riguardo si richiede che il mutamento giurisprudenziale comporti una restrizione delle facoltà e dei poteri della parte, un onere ulteriore suo carico, idoneo a pregiudicare l'esercizio dei diritti. Occorre, inoltre che, a seguito di un contemperamento di interessi con l'altra parte che riceverebbe invece un immediato vantaggio dal nuovo orientamento (e che quindi, in un certo senso, avrebbe "diritto al mutamento"), quest'ultima non debba ritenersi irragionevolmente pregiudicata dall'applicazione del *prospective*, e quindi "dall'artificioso differimento della vigenza della nuova regola giurisprudenziale". L'affidamento non viene invece ritenuto meritevole di tutela – in quanto non incolpevole – quando la parte avrebbe dovuto conoscere l'affiorare del mutamento e comportarsi di conseguenza, improntando la propria condotta all'osservanza del *Vorsorgeprinzip* ["principio di precauzione"]. Vi è, poi, chi richiede che il problema dell'applicabilità della tecnica del *prospective* vada risolto attraverso l'introduzione di un'apposita disciplina legislativa; così Klappstein, *Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft*, Berlin 2009, 460.

122 L'istituto è stato definitivamente introdotto nell'ordinamento Italiano dalla Cassazione a Sezioni Unite, con sentenza Cass. S.U.11 luglio 2011 n. 15144, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it). In argomento, Santangeli, *La tutela del legittimo affidamento sulle posizioni giurisprudenziali, tra la cristallizzazione delle decisioni e l'istituto del prospective overruling. Con particolare riguardo al precedente in materia processuale* in *Judicium*.it.



tutela dell'affidamento con le esigenze di modificare il precedente orientamento giurisprudenziale; e la tutela dell'affidamento non mai sacrificata, neanche in ipotesi limitate, alle esigenze sottese al cambiamento, che peraltro a loro volta appaiono soddisfatte. Ed anzi, potrebbe discutersi gli effetti del *prospective* sulle esigenze di cambiamento, più liberamente evase proprio in considerazione del fatto, che, con l'istituto in esame, una più rapida modifica non conduce tuttavia al sacrificio del principio di affidamento. La novità, negli ordinamenti di civil law, non è tuttavia di poco momento, e l'istituto è guardato con perplessità<sup>123</sup>.

## 7. SEGUE. ORGANISMI

Altri ordinamenti valorizzano la differente costruzione delle regole processuali attraverso le indicazioni espresse da alcuni organismi, variamente composti, con il precipuo compito anche di adattare le prescrizioni alle mutate esigenze [quali ordinamenti?]<sup>124</sup>.

Si tratta di un modo di porre principi e regole processuali di indubbio interesse.

Si riconoscono e valorizzano dunque accordi di regolamentazione collettiva ovvero, quantomeno, proposte che – preso atto della indubitabile rilevanza della prassi all'interno della disciplina del processo – di tale prassi suggerisca una adeguata “catalogazione” o raccolta, che garantisca la necessaria conoscibilità.

Talora sono fenomeni che si autopromuovono, si autoinvestono e si autoassegnano questo ruolo; altra volta, la loro attività è legittimata da una investitura da parte del legislatore<sup>125</sup>.

Anche a prescindere dalla natura legislativa o no dell'attribuzione, conosciamo forme differenti di declinazione del meccanismo; differente, ad esempio, il tasso di democraticità, che discende dal numero delle categorie coinvolte. Altro è un organismo composto esclusivamente da magistrati oppure esclusivamente da avvocati, rispetto invece ad una struttura che metta insieme tutti i partecipanti al processo, così da potere valutare con pienezza tutti i punti di vista e le conoscenze prima di decidere, come accade nell'ordinamento francese, ove sono appunto gli esponenti della classe forense e della magistratura a concordare sul contenuto di accordi di regolamentazione collettiva del processo<sup>126</sup>. Anche in queste ipotesi, è fondamentale la condivisione per evitare i risultati negativi cui in genere conduce una riflessione autoreferenziale di una categoria.

Ed, ancora, maggiore è lo sforzo democratico e funzionale se a queste categorie si affianca una presenza ulteriore ( in particolare se realmente rappresentativa) della società civile, capace spesso di introdurre elementi di lettura innovativi e di ricordare le reali esigenze per cui le regole si pongono, e di suggerire soluzioni radicalmente differenti da antiche e non sempre commendevoli abitudini altrimenti destinate ad una stanca reiterazione. Si è già rammentata, ad esempio, l'esperienza Inglese del *Civil Procedure Rules Committee* (creato per espressa previsione legislativa), laddove sono nominati soggetti che sono appunto espressione di categorie interessate, da magistrati ed avvocati fino alla presenza di esperti rispettivamente in materia di consumo e di organizzazioni di consulenza non profit<sup>127</sup>.

Un elemento di grande importanza attiene allora alla reale rappresentatività dei soggetti esponenziali chiamati a manifestare conoscenze ed esigenze delle varie categorie. In Italia, ad esempio il fenomeno della regolamentazione del processo per via di accordi “collettivi” ha avuto una sua prima assai embrionale e timida manifestazione con l'esperienza degli osservatori sulle buone prassi del processo<sup>128</sup>, nonché – in misura più limitata – per l'attuazione della normativa primaria e secondaria in materia di processo civile telematico, con

123 Santangeli, *op. ult. cit.*, per un esame delle opinioni a favore e contrarie.

124 Precipuamente la Francia, dove è da tempo diffusa la prassi di regolamentazione del processo tramite accordi collettivi: v. *infatti amplius* sul tema Canella, *Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 2, 549 ss. Una menzione di tale innovazione, riferita al sistema italiano (per cui v. infra, nel testo ed in nota) di tali peculiari fonti è anche in Biavati, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2016, 21, pur cauto sul loro inquadramento nel sistema delle fonti.

125 Si pone al riguardo il problema della rappresentatività degli usi nella loro formazione, ben presente alla dottrina francese: aspetto per cui v. Cadiet-Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, 2013, 20.

126 V. ancora Canella, *Gli accordi processuali francesi*, cit., ed anche Fabbi, “*New” Sources*, cit., (III) ss.

127 V. retro al § 5.

128 Ampiamente trattato, anche con indagini intorno alla valenza di tali direttive, in Caponi, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in Berti Arnoaldi Veli (a cura di), *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2011, 57 (ove pure altri contributi in arg.).

riguardo alla quale, nel tempo, vari protocolli son stati redatti d'accordo tra la rappresentanza forense e quella dei magistrati<sup>129</sup>. Del resto, ciò sembrerebbe essere accaduto, più di recente, anche con i protocolli sulla redazione dei ricorsi per cassazione<sup>130</sup>: la nostra esperienza in proposito, tuttavia (e per ragioni assurde al notorio), è l'esempio emblematico del fatto che la pratica dell'accordo (e così il tema dei c.d. "usi moderni") pone un problema di rappresentatività.

## 8. LE PARTI. REGOLE ELASTICHE DEL PROCESSO

Esiste, poi, una ulteriore possibilità per la posizione delle regole processuali; che le regole del singolo processo siano concordemente<sup>131</sup> disegnate dalle parti, come accordi privati, superando le disposizioni legislative e i poteri attribuiti al giudice.

L'autonomia che i soggetti di diritto manifestano nella loro facoltà di disposizione del diritto sostanziale potrebbe così tradursi anche nella disposizione concorde delle regole processuali.

Questo, si è già retro<sup>132</sup> chiarito, è patrimonio comune laddove si ammette che le parti possano addirittura scegliere una giurisdizione privata in luogo di quella pubblica, e conseguentemente definirne o concorrere a definire anche le regole processuali.

Meno immediato, invece, aderire alla tesi che il diritto di disporre autonomamente regole processuali compete alle parti anche quando queste decidono invece di assoggettarsi ad una pubblica giurisdizione, (caratterizzata secondo letture datate dalla presenza dello Stato e di interessi pubblici inderogabili dalla volontà delle parti)<sup>133</sup>.

Ad un attento esame, tuttavia, le aperture offerte da molti ordinamenti sono notevoli. Questa previsione è più adottata di quanto comunemente si ritiene, così consentendo una maggiore elasticità delle regole processuali tramite la scelta delle parti di cambiare le regole del gioco per meglio adattare alle loro esigenze e alle esigenze del singolo giudizio (anche per potere così avere maggiore voce in capitolo, ad esempio, nella determinazione dei costi giudiziali da sostenere).

Una visione non autoritaria ma autoregolamentata dell'ordinamento processuale, che valorizza il ruolo delle parti, e che ritengo debba essere condivisa e privilegiata.

Del resto, nella quasi totalità degli ordinamenti, una parte delle regole processuali può già pacificamente essere integrata dalle concordi decisioni delle parti, assunte nel corso del processo, o addirittura precedentemente al suo inizio<sup>134</sup>. Così, ad esempio, spesso si consente alle parti di intervenire nella determinazione della competenza, alla facoltatività della difesa tecnica, ai limiti delle eccezioni proponibili o dei mezzi di prova che possono farsi valere, ai limiti all'intervento di terzi, alla rinuncia a taluni mezzi di impugnazione ecc<sup>135</sup>, alla possibilità di scegliere concordemente il consulente tecnico che il giudice dovrà designare.

La tendenza sembra consolidarsi. Il nuovo codice del processo Brasiliano ha introdotto una nuova previsione che consente, addirittura, qualunque accordo processuale che le parti desiderino concludere, lasciando di fatto ai giudici solo il compito (non semplice) di effettuare un controllo di validità in proposito<sup>136</sup>.

129 V. a titolo meramente esemplificativo, il "Protocollo sul processo civile telematico" siglato tra il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati ed il Tribunale di Roma il 19 giugno 2014.

130 In proposito, Frasca, *Intorno al Protocollo fra Corte di cassazione e C.N.F. sui ricorsi civili*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 12, 2768 ss.; Carpi, *La redazione del ricorso in Cassazione in un recente protocollo*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 2016, 1, 359 ss.; Consolo, *Il Protocollo redazionale CNF-Cassazione: glosse a un caso di scuola di "soft law" (... a rischio di essere riponderato quale "hard black letter rule")*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, 12, 2775 ss.

131 Eventualità non così comune, se si riflette come il processo sia per le parti luogo di confronto (spesso aspro), che non induce ad accordi pur limitati

132 Retro al par. 3.

133 Su tali opinioni e sulla evoluzione storica del ricorso alla figura degli accordi, con analisi focalizzata sulla analisi delle ideologie, Cabral, *Accordi processuali nel diritto brasiliano*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 773 ss.; più ampiamente, dello stesso a. v. *Convenções processuais. Entre publicismo e privatismo*, Sao Paulo, 2015.

134 Caponi, *Autonomia privata e processo civile*, in *Accordi di parte e processo*, Milano, 2009, 99 ss.; sul tema, più di recente, anche Chizzini, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 1, 45 ss.

135 Una rassegna, con specifica analisi di varie fattispecie di accordo configurabili nel diritto processuale nordamericano e con spunti circa il sistema italiano, è in Fabbì, *Appunti*, cit., 1015 ss.

136 Cfr. spec. il nuovo art. 190 che recita che "Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres pro-

Laddove, semmai, più in dubbio rimane se questi poteri necessitino o no di un previo “lasciapassare” assicurato dalla necessità di una norma generale permissiva da parte dell’ordinamento<sup>137</sup>, come ad esempio tradizionalmente ritenuto dalla scienza processualista italiana, che tuttavia più di recente suggerisce una diversa e più permissiva lettura per quegli accordi che si rivelino meritevoli di tutela<sup>138</sup>.

Incertezze comuni anche ad altri ordinamenti, quali quello statunitense, laddove la maggioranza delle Corti sembra ritenerne l’ammissibilità anche nel silenzio sul punto delle Federal Rules, anche in questo caso come risultato di una decisa evoluzione concettuale; se tradizionalmente gli accordi processuali erano ritenuti contrari all’ordine pubblico, si assiste oggi ad una rilettura più aperta del fenomeno<sup>139</sup>.

Amesso che il processo sia regolato da accordi tra le parti, occorre però affrontare il tema degli eventuali limiti ai poteri delle parti nel determinare lo svolgimento del processo per accordo.

a) In via generale, va affrontato il tema del processo su diritti che hanno ad oggetto materie di particolare importanza anche sociale<sup>140</sup>, se esistano divieti o particolari precauzioni quantomeno per i processi che dunque hanno ad oggetto tali diritti, laddove la maggiore o minore indisponibilità all’autonomia delle parti nel liberamente disporre del diritto sostanziale dovrebbe riverberarsi in conseguenti limitazioni di disporre nel diritto processuale<sup>141</sup>. E se determinate tutele è bene siano previste poi anche per altre fattispecie laddove le parti versano in una soluzione di disparità (ad es. contratti con i consumatori) che non deve essere aggravata ulteriormente da iniqui accordi in materia processuale<sup>142</sup>; nulla escludendo, peraltro, che in tali casi sia proprio il ruolo del giudice a doversi attivare sua sponte per la protezione del versante più debole del rapporto.

b) Ancora, nelle materie tradizionalmente dispositive, occorre valutare se si mantengano esigenze pubblicistiche legate ad interessi irrinunciabili delle parti o dei terzi che impongono limiti alla facoltà di disposizione concorde dei privati<sup>143</sup>.

c) Va, infine, conclusa questa riflessione sul rapporto tra le scelte dei privati ed i compiti ed i doveri del giudice, con un’ultima considerazione; se davanti ad una giurisdizione privata è comprensibile che le parti possano pretendere dagli arbitri anche un supplemento (foss’anche inutile) di attività istruttoria, la situazione deve essere diversamente letta davanti alla giurisdizione statale. La pratica dell’accordo dovrà incontrare dei limiti, che nascono dalla ovvia constatazione che la machinery giudiziale mette in campo risorse pubbliche delle quali non si può permettere alle parti di far uso senza alcun limite. Il criterio di proporzionalità delle difese può per accordo dunque essere superato se implica un pluslavoro solo per i soggetti privati, non anche se coinvolge il giudice della controversia..

## 9. LE REGOLE DEL PROCESSO. TRA DUTTILITÀ E RIGIDITÀ

La regola processuale la può quindi in teoria porre in via generale il legislatore, o la magistratura tramite i precedenti giudiziali, o gli organismi e le *best practices*. Ma anche alle parti del giudizio può essere dunque riconosciuto tale diritto, evidentemente nel singolo processo oggetto della trattazione; naturale porsi il problema della possibilità che ciò avvenga, sempre nel singolo processo, ad opera del giudice, cui potrebbe essere assegnato il compito di porre le regole del processo che sta affrontando (come può accadere espressamente nella giurisdizione privata, laddove talora le parti attribuiscono espressamente agli arbitri l’onere di determinare le

cessuais, antes ou durante o processo. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

137 Fabbì, *Appunti*, cit., 1006, per una rassegna delle diverse opinioni al riguardo e così 1029 ss. per delle conclusioni.

138 La lettura tradizionale è in Satta, voce *Accordo*, Enc. Dir., 1958, Milano, 300 ss. e in seguito Bongiorno, voce *Accordo processuale*, Enc. Giur., 1988, I, 1 ss.; su tale aspetto, cfr. però, per la recente e più permissiva opinione citata nel testo, Caponi, *Accordi*, cit., 107.

139 Fabbì, *Appunti*, cit., spec. 1027.

140 In Italia, è il tema dei processi su diritti c.d. “disponibili” (su cui, Barletta, La ‘disponibilità’ dei diritti nel processo di cognizione e nell’arbitrato, in Riv. Dir. Proc., 2008, 978 ss.).

141 Ciò che ad esempio si è soliti ritenere in materia di prova legale; da notare che, nel sistema americano, si parte da premesse opposte: v. su tale aspetto il già citato studio di Fabbì, *Appunti*, cit., 1010-1014.

142 Cabral, *Accordi*, cit., 783-784, 790, ove si tratta di rapporti coinvolgenti soggetti “vulnerabili”, nonché il già analizzato comma 2 dell’art. 190 del codice di procedura brasiliano.

143 Vero è, per altro verso, che le opinioni sull’ampiezza di questi principi e così sui giusti confini alla prassi degli accordi, variano non di rado nel tempo e da un sistema all’altro: così Fabbì, *Appunti*, cit. 1028-1029 e 1030-1035, rispettivamente per la esperienza nordamericana e italiana.

regole processuali per quello specifico arbitrato).

Si abbraccia, sotto varie forme, il tema centrale della flessibilità del processo, e dei limiti della stessa; sotto questo profilo, è un tema che forse sarebbe opportuno trattare<sup>144</sup>. Ma ci si incammina verso una tradizionale riflessione, sulla rigidità o elasticità delle regole processuali, che esula dallo spazio di questo scritto<sup>145</sup>. Il principale oggetto delle mie riflessioni riguarda l'individuazione dei soggetti deputati a disporre le regole processuali, il problema di “chi” dunque deve scegliere le regole processuali, non di “quali” regole processuali si debbono scegliere.

Da questo limitato punto di vista, mi limito a precisare che: a) i processi elastici sono quelli in cui in ogni processo il giudice (o le parti) caso per caso cambia le regole per meglio adattarle, e questo potere del giudice per ogni caso singolo lo può prevedere il legislatore, la giurisprudenza consolidata, la prassi, le *best practices* ecc.; b) ...i processi rigidi sono quelli in cui ci sono delle regole prefissate che vanno adottate una volta per tutte, e queste possono essere fissate; dal legislatore, dalla giurisprudenza consolidata, dalla prassi, dalle *best practices*.

Rimando dunque ad altre trattazioni riflessioni sulla necessità o no di una previa regola generale che preveda il potere ed i limiti di disposizione del giudice nel singolo processo<sup>146</sup>; e comunque dei margini, ad esempio anche in termini di diritti di difesa e contraddittorio effettivi, comunque da garantire, anche in termini di sufficiente conoscenza delle regole da applicare a quel singolo processo<sup>147</sup>, ovvero per tutelare terzi che a quel processo siano estranei.

## 10. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE. I PRINCIPI DI GARANZIA COME ELEMENTO ESSENZIALE DEL PROCESSO. CONOSCENZA, CONDIVISIONE, DEMOCRATICITÀ COME ELEMENTO QUALIFICANTE DEI MIGLIORI PROCESSI DECISIONALI PER LA FORMAZIONE DI MIGLIORI REGOLE DEL DIRITTO PROCESSUALE

L'esame ha condotto in più punti a riflettere sulla necessità del perseguimento di alcuni obiettivi, essenziali per l'idea stessa del processo, a prescindere dal “positore” delle regole processuali. L'argomento tuttavia sembra quasi esulare dal tema della trattazione, e ne darò una lettura sintetica.

L'analisi anche empirica effettuata ha avvertito della pluralità dei principi che, nell'attuale momento storico, sono chiamati a reggere il processo civile, e di come tra gli stessi sia difficile ricavare una lettura armonica, trattandosi spesso di soddisfare esigenze che, nella loro dimensione più ampia, contrastano e contraddicono altri assunti fondamentali. In particolare, il sempre più prepotente manifestarsi dei principi in tema di durata ragionevole dei processi, e del principio di proporzionalità, dovranno pur sempre essere completati e temperati dal rispetto dei diritti di azione, difesa, contraddittorio, anche nella loro dimensione soggettiva più “tradizionale”.

Ben si è espresso chi<sup>148</sup> ha sottolineato come “In particolare, il pur comprensibile desiderio di accelerare la definizione dei processi non deve pregiudicare le garanzie millenarie a tutela delle parti. Occorre evitare che si crei un jatus pericoloso fra una esigenza contingente ed un bisogno eterno..... Sicché le tecniche

144 Significativa l'evoluzione verso il *judicial case management* in diritto Inglese e Americano: v. ad es., per una prospettiva generale, De Cristofaro, *Case management, riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 282 ss.; ma anche Ficcarelli, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, spec. 91 ss. sulla evoluzione del processo civile inglese.

145 L'aspetto è trattato da Caponi, *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 1442 ss. Che si tratti di dibattito assai tradizionale è confermato dalla lettura della Relazione al Re di accompagnamento al codice di procedura civile, il cui par. 16, come noto, era dedicato al c.d. “principio di adattabilità del procedimento alle esigenze della causa” (Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli, presentata nell'udienza del 28 ottobre 1940-XVIII, per l'approvazione del testo del Codice di procedura civile).

146 Supra, nt. 141, nonché, per ulteriori riferimenti, Fabbì, *Appunti*, cit., spec. 1029 ss.

147 Circa i “giusti” limiti da prevedere nell'impiego degli accordi processuali, la situazione nei vari sistemi sembrerebbe potersi dire assai variegata, laddove, come accennato, in ordinamenti come quello statunitense tuttora si discute sulla estensione del controllo giudiziale rispetto agli stessi (Fabbì, *Appunti*, cit., spec. 1026 ss.), mentre in altri, si pensi a quello tedesco, non pochi aderiscono al principio in *dubio pro libertate* (Chizzini, *Konventionnalprozess*, cit., 45 ss., citando Schlosser); tema che ancora necessita di una adeguata analisi, in fin dei conti e all'evidenza legato ad ideologie, dove da un lato vi è l'esigenza di limitare la discrezionalità del giudice, dall'altro quella di favorire, pur senza avallare eccessi, i poteri ed il controllo delle parti sul processo.

148 Ripoterò adesso nel testo principale un brano tratto da Panzarola, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 695

organizzative e le misure acceleratorie, pur se innalzate alla dignità di principio, debbono recedere – ieri come oggi – rispetto alle garanzie del contraddittorio, della difesa e della azione in giudizio. Sono, questi, i principi che davvero costituiscono quel *unus spiritus* che sostiene ed è la sostanza stessa dell'ordinamento del processo.”.

Certo, il tema della contemperazione tra le differenti esigenze va diversamente declinato, sotto alcuni profili, anche necessariamente allora agendo sul profilo delle risorse economiche da assegnare da parte dello Stato al settore giustizia; determinazioni, tuttavia che, poiché sacrificano contestualmente la copertura di altre necessità che lo Stato tutela, o impongono un sacrificio ulteriore ai cittadini sul versante della tassazione generale o specificatamente sulle spese necessarie di giustizia per sostenere un processo, è forse opportuno siano rese da chi è almeno indirettamente deputato dai cittadini ad occuparsi in via generale della cosa pubblica, e ne possiede una visione d'insieme, ovvero tendenzialmente l'organo legislativo.

Può costruirsi, in definitiva, una classifica ideale dei “soggetti” più adatti a porre le regole processuali?

Difficile generalizzare su cosa sia meglio o cosa peggio, dipende dal *sentiment* di ognuno di noi, in realtà.

Personalmente (fermo il rispetto dei principi generali di ordine pubblico processuale<sup>149</sup> e la doverosa attenzione al criterio di proporzionalità<sup>150</sup>) manifesto la mia ragionata convinzione sulla opportunità di valorizzare le scelte congiunte delle parti liberamente prese nel determinare le regole processuali<sup>151</sup>.

In via generale, poi, le riflessioni svolte hanno contribuito a rafforzarmi nel convincimento della tendenziale superiorità in materia processuale del ricorso a principi e regole adottate per via legislativa<sup>152</sup>, piuttosto che giurisprudenziale.

Quanto comunque al contesto giurisprudenziale, laddove si voglia efficacemente valorizzare questa produzione in materia processuale, vanno necessariamente adottate una serie di accorgimenti per rendere questo contesto il più possibile efficace<sup>153</sup>; considerazioni in certa misura comuni al formarsi delle regole giudiziali tramite appositi organismi e le c.d. *best practices*<sup>154</sup>.

Comunque sia è fondamentale che chi pone le regole sia pienamente consapevole. Il diritto processuale è una materia per tecnici, che i tecnici conoscono e applicano spesso su posizioni contrapposte; le regole debbono allora essere attentamente maturate e va necessariamente data grande importanza ai pareri dei tecnici, anche per evitare fenomeni di rigetto nell'applicazione.

Così, se si opta per il legislatore, ad esempio, si è compiuto solo una parte della riflessione; sotto il profilo della funzionalità, è importante che il legislatore per ben legiferare conosca i problemi, si sia confrontato nel processo di formazione della legge con i tecnici, o abbia delegato i tecnici per gli aspetti necessari<sup>155</sup>. E lo stesso vale se sono i giudici a porre le regole; è comunque indispensabile confrontarsi quantomeno con gli avvocati e la dottrina per avere una visuale completa del fenomeno processuale su cui si vuole incidere; se poi è il giudice della corte Superiore a porre regole per i giudici delle corti inferiori, il confronto culturale deve manifestarsi anche con quei giudici prima di decidere, ecc.

In definitiva, l'analisi ha confermato la necessità di evitare il principale rischio delle decisioni sulle regole processuali, le scelte autoreferenziali; e questo, vale per chiunque ponga le regole.

149 V. al § 2.

150 V. al § 2 ed al § 8.

151 V. al § 8.

152 V. al § 5.

153 V. al § 6.b e 6.c.

154 V. al § 7.

155 V. al § 5 b.

# L'EFFICACIA ESECUTIVA (AUTOMATICA) DELLE DECISIONI CIVILI NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO

Fabrizio Giuseppe del Rosso

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione degli strumenti normativi relativi al titolo esecutivo europeo. – 3. L'ambito di applicazione del reg. 1215/2012: l'attinenza alla materia civile e commerciale. – 4. I provvedimenti e gli atti certificabili come titolo esecutivo europeo: la nozione di decisione giudiziaria. – 5. Il rilascio dell'attestato di titolo esecutivo europeo. – 6. L'attuazione del t.e.e. 7 – Il divieto di riesame nel merito ed il giudizio di diniego dell'esecuzione.

1. – Nell'ordinamento italiano sono attualmente contemplate due diverse discipline per l'esecuzione delle decisioni civili straniere. In base alla normativa di diritto comune<sup>1</sup>, ossia in virtù dell'art. 67, comma 2°, l. n. 218/1995, in caso di mancata esecuzione spontanea di un provvedimento estero di condanna da parte del soccombente, ovvero «quando sia necessario procedere ad esecuzione forzata, chiunque vi abbia interesse può chiedere all'autorità giudiziaria ordinaria l'accertamento dei requisiti del riconoscimento», instaurando dinanzi alla corte di appello del luogo di esecuzione del provvedimento un procedimento (sommario di cognizione)<sup>2</sup>, la cui decisione (ordinanza) di accoglimento unitamente al provvedimento straniero «costituiscono titolo per l'attuazione e per l'esecuzione forzata».

Tale disciplina non trova, tuttavia, applicazione per le decisioni giudiziarie pronunciate negli Stati membri dell'Unione Europea (U.E.) per i quali è stato progressivamente introdotto un regime caratterizzato dall'efficacia esecutiva automatica, cioè non subordinata al previo esperimento di un procedimento giurisdizionale nello Stato dell'esecuzione. Ciò in quanto, all'interno dello spazio giudiziario europeo, «la fiducia reciproca nell'amministrazione della giustizia ... giustifica il principio secondo cui le decisioni emesse in uno Stato membro dovrebbero essere riconosciute in tutti gli Stati membri senza la necessità di una procedura speciale. Inoltre, la volontà di ridurre la durata e i costi dei procedimenti giudiziari transfrontalieri giustifica l'abolizione della dichiarazione di esecutività che precede l'esecuzione nello Stato membro interessato. Di conseguenza, la decisione emessa dall'autorità giurisdizionale di uno Stato membro dovrebbe essere trattata come se fosse stata pronunciata nello Stato membro interessato»<sup>3</sup>.

In siffatto contesto, il presente scritto si pone l'obiettivo di illustrare e fornire un contributo all'interpretazione sistematica delle norme relative all'esecuzione delle decisioni civili e commerciali a tre anni di distanza dalla data (10 gennaio 2015) in cui è divenuto applicabile in tutti gli Stati membri dell'U.E., compresa la Danimarca, il reg. n. 1215/2012 (art. 66).

Una delle principali novità di tale regolamento consiste nel superamento della tradizionale dicotomia

1 Sul sistema generale del riconoscimento delle sentenze straniere in Italia, v. A. Attardi, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 727 ss.; F. Carpi, *Dal riconoscimento delle decisioni all'esecuzione automatica*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, Padova, 2009, II, 706 ss.; C. Consolo, *Sentenze straniere (riconoscimento)*, in *Il diritto-Encicl. giur.*, Milano, 2007, vol. XIV, 324 ss.; A. Carratta, *La sentenza civile straniera tra «riconoscimento» ed «estensione dell'efficacia»*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico*, cit., 783 ss.; E. D'Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, 14 ss.

2 Sulle novità introdotte dall'art. 30 d.lgs. n. 150/2011, v. C. Consolo, *Il nuovo rito sommario (a cognizione piena) per il giudizio di accertamento dell'efficacia delle sentenze straniere in Italia dopo il d.leg. n. 150/2011*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, 513 ss.

3 Così il considerando n. 26 del reg. n. 1215/2012; sul punto, v. F. Salerno, *L'incidenza del regolamento (Ue) n. 1215/2012 sulle norme comuni in tema di giurisdizione e di efficacia delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, 939.

esistente tra il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali stranieri<sup>4</sup>. Infatti, in ambito europeo, prima dell'entrata in vigore del nuovo testo normativo, la Convenzione di Bruxelles del 1968 e poi il reg. n. 44/2001 distinguevano nettamente il riconoscimento dall'esecuzione delle decisioni provenienti da un altro Stato membro: mentre il riconoscimento degli effetti di accertamento era automatico, operava cioè di diritto (*the plein droit*), il riconoscimento dell'efficacia esecutiva era subordinato ad una dichiarazione di esecutività (*exequatur*), ossia ad un ulteriore intervento autorizzativo dell'autorità giudiziaria dello Stato dell'esecuzione, stante la stretta connessione esistente tra l'efficacia esecutiva e l'*imperium* statale<sup>5</sup>.

Di contro, il reg. n. 1215, nel portare a compimento un percorso normativo avviato con il progetto pilota sul titolo esecutivo europeo (t.e.e.) per i crediti non contestati<sup>6</sup>, ha introdotto il riconoscimento automatico anche degli effetti esecutivi oltre che di quelli di accertamento, sì da raggiungere un grado di automatismo nella circolazione delle decisioni civili e commerciali nello spazio giudiziario europeo che presenta significative analogie con un sistema di tutela giurisdizionale federale ed integrato, qual è quello statunitense, fondato sul principio della (reciproca) *full faith and credit clause*<sup>7</sup>.

Sotto questo profilo, il reg. n. 1215 rappresenta l'ultima evoluzione degli strumenti europei relativi al c.d. titolo esecutivo europeo (t.e.e.): si pensi all'art. 5 del reg. n. 805/2004 (sul titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati); all'art. 19 del reg. n. 1896/2006 (sul procedimento europeo di ingiunzione di pagamento); all'art. 20 del reg. n. 861/2007 (sul procedimento europeo per le controversie di modesta entità).

Il reg. n. 1215 si discosta però dai precedenti regolamenti, giacché, per un verso, la decisione destinata ad essere certificata quale t.e.e. non è emessa all'esito di un procedimento uniforme e, per altro verso, perché il controllo sulla conformità del provvedimento all'ordine pubblico processuale non è posto in essere dal giudice dello Stato d'origine, bensì compete al giudice dello Stato richiesto dell'esecuzione, che lo effettuerà sulla base dei requisiti ostativi al riconoscimento delineati in maniera tassativa dall'art. 45<sup>8</sup>.

Prima di adentrarci nell'individuazione delle novità apportate al regime di circolazione delle decisioni straniere nello spazio giudiziario europeo, sembra doverosa una precisazione terminologica, poiché il concetto di *European Enforcement Order* si presta quantomeno a tre diverse interpretazioni: in primo luogo, si potrebbe pensare al «titolo esecutivo comunitario»<sup>9</sup>, ossia al fenomeno di un provvedimento, di formazione amministrativa o giudiziale, avente forza esecutiva nell'ordinamento europeo in base alle norme contenute nei Trattati (decisioni della Corte di giustizia, del Consiglio e della Commissione che importi un obbligo pecuniario a carico di persone che non siano gli Stati); in secondo luogo, si potrebbe fare riferimento ad un titolo esecutivo formato a conclusione di un procedimento uniforme in grado di circolare negli Stati membri senza *exequatur* (è il caso del decreto ingiuntivo europeo); in terzo luogo, il concetto in questione potrebbe essere impiegato in relazione alla possibilità che un provvedimento giudiziale o stragiudiziale emesso in uno Stato membro ed ivi idoneo a fondare l'esecuzione forzata, in seguito alla sua «certificazione» da parte del giudice *a quo*, lo diventi anche in tutti gli altri Stati membri dell'Unione<sup>10</sup>.

È quest'ultima prospettiva che costituirà l'oggetto della presente indagine.

## 2. – Già nell'originario testo del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, siglato a Roma

4 Già nel vigore del codice di rito civile del 1865, sulla base della distinzione esistente tra l'autorità e l'esecutività della sentenza, si arrivò a limitare il giudizio di delibazione, contemplato dall'art. 941 c.p.c., alla sola ipotesi in cui si trattasse di dover procedere ad esecuzione forzata sulla base di un provvedimento di condanna pronunciato all'estero: cfr. C. D'Agostino, *La delibazione incidentale nella dottrina italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1967, 505. Con il nuovo codice di rito civile del 1940 si è, invece, dato seguito alla tesi formulata già da una parte della dottrina, secondo la quale come per l'efficacia esecutiva così anche per l'autorità della *res iudicata* straniera si rendeva sempre necessario il giudizio di delibazione: su questi aspetti, v. M. Cappelletti, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 202; C. Consolo, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 582 ss.

5 Sulla distinzione tra *iurisdiction*, intesa quale attività volta a definire le controversie ed avente, perciò, natura extraterritoriale ed *imperium*, inteso quale espressione della sovranità statale, v. E. D'Alessandro, *Il titolo esecutivo europeo nel sistema del regolamento n. 1215/2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1045; M. Farina, *Titoli esecutivi europei ed esecuzione forzata in Italia*, Roma, 2012, 16, nt. 3.

6 Sul reg. n. 805/2004 sia consentito rinviare a F. G. Del Rosso, *Certificazione ed esecuzione del titolo esecutivo europeo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. es. forzata*, 2011, 407 ss.

7 Dispone l'art. IV, sezione I, della Costituzione degli U.S.A. che «*full faith and credit clause shall be given in each State to the public acts, records, and judicial proceedings of every other state*».

8 Cfr. E. D'Alessandro, *ult. op. cit.*, 1045.

9 Sul quale, v. G. Campeis-A. De Pauli, *Le regole europee ed internazionali del processo civile italiano*, Padova, 2009, 395 ss.

10 Cfr. F. Carpi, *Dal riconoscimento delle decisioni*, cit., 715.

il 25 marzo del 1957, l'art. 220 prevedeva la possibilità per gli Stati membri di semplificare le formalità cui erano sottoposti il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie attraverso l'avvio di negoziati volti all'elaborazione di apposite «convenzioni comunitarie»<sup>11</sup>.

In virtù di tale previsione, fu conclusa tra gli Stati membri la Convenzione di Bruxelles del 26 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale<sup>12</sup>, che costituisce il primo intervento per la creazione di uno spazio giudiziario europeo integrato sia con riferimento all'individuazione di criteri uniformi per determinare la competenza giurisdizionale sia in ordine al regime di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere. L'esperienza applicativa della Convenzione ha svolto, infatti, una funzione propulsiva per ulteriori sviluppi della cooperazione giudiziaria<sup>13</sup> in materia civile, permettendo al principio di libera circolazione delle decisioni di assumere gradualmente tra gli Stati membri una valenza analoga a quella di altre libertà (esspressamente) sancite dal Trattato C.E.<sup>14</sup>.

Successivamente, con il Trattato di Amsterdam del 1997 la cooperazione giudiziaria in materia civile è stata attratta nella sfera d'azione propriamente comunitaria (artt. 61 e 65), al fine di perseguire un rilevante obiettivo di fondo, ossia istituire e sviluppare progressivamente nell'U.E. «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia» Per effetto di tale modifica, l'intervento delle istituzioni europee nella materia in esame ha assunto una connotazione particolarmente incisiva<sup>15</sup>. Sulla base dell'art. 65 TCE è stato, infatti, adottato il regolamento n. 44/2001 del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, entrato in vigore il 1° marzo 2002, che, nel sostituire la disciplina dettata dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 ha notevolmente semplificato, pur mantenendola, la procedura per ottenere la dichiarazione di esecutività (*exequatur*) contemplata dal testo convenzionale<sup>16</sup>.

Una tappa essenziale per poter comprendere il lungo percorso che ha condotto al reg. 1215 è il Consiglio europeo di Tampere del (15-16 ottobre) 1999, in occasione del quale si giunse alla solenne proclamazione del «principio del reciproco riconoscimento» dei provvedimenti giurisdizionali quale «fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione, tanto in materia civile quanto in materia penale». Si acquisì, in tal modo, piena consapevolezza della necessità di giungere al superamento di ogni forma di controllo sulla decisione straniera mediante la graduale abolizione delle procedure nazionali di delibazione dei provvedimenti resi in un diverso Stato membro, sull'esplicito presupposto che tra gli Stati stessi esista un forte livello di cooperazione e di fiducia reciproca nell'amministrazione della giustizia<sup>17</sup>. Fu così spianata la strada all'emanazione dei regolamenti che, dapprima in settori specifici (diritto di visita e di ritorno del minore<sup>18</sup>, crediti non contestati, *small claims*) e poi in via generalizzata, hanno stabilito l'abolizione dell'*exequatur*, al fine di introdurre il diritto all'esecuzione diretta, ovvero poter eseguire coattivamente in uno dei Paesi dell'U.E. un provvedimento reso in un altro ordinamento<sup>19</sup>.

11 Cfr. F. Salerno, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44-2001: la revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 2006, 1.

12 Sulla quale v., tra gli altri, F. Carpi – M. A. Lupoi, *Provvedimenti giurisdizionali civili in Europa*, in *Enc. dir.*, Agg., Milano, 1998, II, 824 ss.; N. Trocker, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, 47 ss.; L. Mari, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, Padova, I, 1999, *passim*.

13 Per cooperazione giudiziaria si intende la necessità di ricorrere, in vicende processuali con implicazioni transfrontaliere (*cross-border cases*), alla collaborazione di uno Stato straniero per l'attuazione della funzione giurisdizionale. Essa comprende, da un lato, i tradizionali istituti di ausilio giudiziario (quali, ad es., l'assunzione di mezzi istruttori o le notifiche all'estero) e, dall'altro, il riconoscimento e l'esecuzione di sentenze straniere.

14 Così F. Salerno, *op. cit.*, 5; C. Giust. UE 15 maggio 1990, C365/88, *Kongress Agentur*, in *Raccolta*, 1990, I, 865, punto 17.

15 Sul tema, v. X. Kramer, *Abolition of exequatur under the Brussels I: effecting and protecting rights in the European Judicial Area*, in *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2011, 633 ss.

16 Sull'argomento, tra gli altri, v. S. La China, *Il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nel regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 386 ss.; E. Merlin, *Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel regolamento «Bruxelles I»*, *ivi*, 2001, 433 ss.; A. Giussani, in M. Taruffo-V. Varano (a cura di), *Manuale di diritto processuale civile europeo*, Torino, 2011; O. Lopes Pegna, *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere in materia civile*, Padova, 2009, 57 ss.; C. Silvestri, *La tutela del credito contrattuale nell'Unione Europea*, Bologna, 2012, 173 ss.;

17 Rileva P. Biavati, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, 138, che il procedimento di *exequatur*, pur se reso più semplice dal reg. n. 44/2001, impone comunque un tempo di attesa che può apparire eccessivo, posto che non si comprende per quale ragione, dopo che un'autorità giurisdizionale di un Paese dell'Unione abbia reso una pronuncia esecutiva, si debba attendere un'ulteriore fase di controllo da parte di un altro organo, senza poter immediatamente procedere alla fase attuativa.

18 Con l'adozione del reg. n. 2201/2003 è stata introdotta nell'U.E. la prima forma di abolizione dell'*exequatur* per le decisioni in materia di diritto di visita o che prescrivono il ritorno del minore. Sul tema, v. B. Polisenio, *profili di tutela del minore nel processo civile*, Bari, 2017, 486 ss.

19 Sul punto, v. P. De Cesari, *L'esecuzione delle decisioni civili straniere nello spazio giudiziario europeo*, in *Dir. comm. int.*, 2002, 280 s.



La preannunciata volontà del legislatore europeo di semplificare ulteriormente le procedure intermedie necessarie per poter validamente porre in essere in uno Stato dell'U.E. l'esecuzione forzata *extra territorium iudicantis* in uno a quanto disposto dall'art. 73 reg. 44/2001 hanno condotto all'avvio del cammino di riforma del testo normativo da ultimo citato. In particolare, sulla base dell'*Heidelberg Report* relativo all'applicazione del reg. 44 nei diversi Stati membri<sup>20</sup>, il 21 aprile 2009, la Commissione ha presentato, oltre alla relazione sull'applicazione del reg. 44/2001, anche un *green paper* con cui ha inteso avviare una vasta discussione sul alcune delle possibili modifiche del regime c.d. "Bruxelles I". Nel libro verde sulla revisione del reg. n. 44, circa l'abolizione dell'*exequatur*, è stato rilevato che l'ottenimento della dichiarazione di esecutività negli Stati dell'U.E. richiede un tempo variabile, ma pur sempre rapido, che varia dai sette giorni ai quattro mesi. Tuttavia, come ha constatato la Commissione, dall'esame della prassi è emerso che solitamente viene proposta opposizione avverso l'*exequatur* invocando la violazione dell'ordine pubblico (raramente accolta). Questa fase processuale, ha evidenziato la Commissione, richiede tempi molto più lunghi ed implica una sospensione dell'esecutività della pronuncia, ragion per cui ne è stata chiesta l'abolizione<sup>21</sup>.

Le linee d'intervento in precedenza tracciate e, ancora, ribadite nel «Programma di Stoccolma — Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini», sono state tradotte nel progetto di modifica del reg. n. 44 presentato dalla Commissione il 14 dicembre 2010, «contraddistinto dalla previsione di una doppia velocità»<sup>22</sup>, secondo la quale le decisioni avrebbero potuto circolare liberamente negli Stati dell'U.E. senza bisogno di ottenere l'*exequatur*, ad eccezione di quelle relative ad obbligazioni extracontrattuali che derivano da violazioni della vita privata e dei diritti della personalità compresa la diffamazione, ovvero quelle inerenti a pratiche commerciali illecite e ad azioni collettive, per le quali era prevista la sostanziale permanenza del sistema posto dal reg. n. 44<sup>23</sup>.

Senonché al progetto del 2010 sono stati apportati una serie emendamenti che ne hanno significativamente alterato l'originaria impostazione. E difatti, il testo approvato il 12 dicembre 2012 ha notevolmente ridimensionato le novità proposte nel progetto del 2010, tornando ad un regime uniforme per la circolazione esecutiva di tutte le decisioni in materia civile e commerciale, a prescindere dall'oggetto della controversia. Per tutti i provvedimenti che rientrano nella nozione di decisione delineata dall'art. 2 è stato, dunque, abolito il procedimento di *exequatur* nello Stato dell'esecuzione, con la conseguenza che «la decisione emessa in uno Stato membro che è esecutiva in tale Stato ... è altresì esecutiva negli altri Stati membri senza che sia richiesta una dichiarazione di esecutività» (art. 36).

3. — Per essere sottratta all'*exequatur* e certificata come t.e.e. una decisione giudiziaria deve, innanzitutto, rientrare nel campo di applicazione del regolamento, come delineato dall'art. 1, il quale, in continuità con quanto già previsto dal reg. n. 44<sup>24</sup>, lo circoscrive alla «materia civile e commerciale, indipendentemente dalla natura dell'organo giurisdizionale»<sup>25</sup>. La norma non offre, tuttavia, alcuna definizione di materia civile e commerciale, né tanto meno fornisce una indicazione circa la legge in base alla quale interpretare tale espressione, limitandosi a specificare che essa non include «la materia fiscale, doganale e amministrativa né la responsabilità dello Stato per atti od omissioni nell'esercizio di pubblici poteri (*acta jure imperii*)». Esclusioni queste ultime, che nonostante possano sembrare a prima vista superflue allo studioso italiano, si sono rese necessarie per gli ordinamenti di *common law*, nei quali l'espressione *civil law* non ha natura tecnico-giuridica, ma è utilizzata in contrapposizione alla nozione di *criminal law*, ricomprendendo al suo interno materie quali il diritto amministrativo, tributario e costituzionale che al contrario ne sono tradizionalmente escluse negli

20 Cfr. B. Hess-T. Pfeiffer-P. Schlosser, *The Brussels I Regulation 44/2001. Application and Enforcement in the EU (National Reports)*, München, 2008, *passim*.

21 V. C. Silvestri, *Recasting Brussels I: il nuovo regolamento n. 1215 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 679 s.

22 C. Silvestri, *op. cit.*, 681.

23 Sul punto, v. L. Penasa, *Altre due tappe verso la riforma del Reg. Bruxelles I: la delibera del Parlamento Europeo e la proposta della Commissione*, in *Int'l lis*, 2010, 2, 57-58.

24 Cfr. A. Leandro, *Prime osservazioni sul regolamento (Ue) n. 1215/2012 (Bruxelles I bis)*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 585.

25 Secondo il considerando n. 10 reg. n. 1215: «è opportuno includere nell'ambito d'applicazione del presente regolamento la parte essenziale della materia civile e commerciale, esclusi alcuni settori ben definiti, in particolare le obbligazioni alimentari, che dovrebbero essere esclusi dall'ambito d'applicazione a seguito dell'adozione del regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari».

Stati dell'Europa continentale<sup>26</sup>.

Dato che l'art. 2 ricalca quasi pedissequamente l'art. 1 della Convenzione di Bruxelles del 1968, successivamente ripreso dall'art. 1 reg. n. 44, per chiarire i contorni dell'espressione «materia civile e commerciale» occorre avere riguardo agli approdi cui è giunta la Corte di giustizia in riferimento alla corrispondente locuzione contenuta nel testo convenzionale<sup>27</sup>.

I giudici di *Plateu Kircherberg*, a partire dal *leading case LTU c. Eurocontrol* del 1976, hanno, infatti, progressivamente elaborato una nozione «europea» (cioè uniforme) di «materia civile e commerciale»<sup>28</sup>, evitando qualsiasi forma di richiamo internazionalprivatistico alla *lex causae* o alla *lex fori*, nonché facendo riferimento «da un lato, agli obiettivi ed al sistema in esame, e dall'altro, ai principi desumibili dal complesso degli ordinamenti nazionali»<sup>29</sup>. Pertanto, secondo una pratica da tempo invalsa nell'ordinamento europeo, si è data rilevanza ad un approccio interpretativo di natura funzionale e teleologica, particolarmente attento ai profili economico-sostanziali della controversia, piuttosto che ai rigorosi aspetti formali del relativo rapporto<sup>30</sup>.

In questo complesso e variegato panorama giurisprudenziale, si è affermato che la sola natura pubblicistica di una delle parti in causa non è di per sé idonea ad escludere il carattere civile o commerciale della controversia, a tal fine rilevando esclusivamente l'esercizio in concreto della potestà autoritativa da parte della p.a.<sup>31</sup>. Risultano, quindi, rientranti nella nozione di materia civile e commerciale le controversie instaurate da o contro un ente pubblico relative ad un rapporto concluso *jure privatorum*<sup>32</sup>: si pensi, ad esempio, all'azione promossa da uno Stato membro nei confronti di un soggetto di diritto privato per l'esecuzione di un contratto di fideiussione preordinato a garantire nei confronti dello Stato medesimo il suo debitore principale, o anche, all'azione con cui un ente pubblico, surrogatosi nelle pretese del creditore soddisfatto, richiama la restituzione delle somme pagate a titolo di dazio doganale<sup>33</sup>.

L'unica novità apportata dall'art. 1 all'omologa locuzione convenzionale prima, e regolamentare poi, consiste nell'aver esplicitamente escluso, in continuità con quanto stabilito dal reg. n. 805/2004, dall'ambito materiale di applicazione del regolamento gli *acta jure imperii*, vale a dire gli atti o le omissioni posti in essere nell'esercizio di una funzione pubblica<sup>34</sup>.

L'esigenza di rispettare la prevalente natura pubblicistica delle controversie in materia di sicurezza sociale ne spiega l'esclusione dal campo di applicazione del regolamento (art. 1, par. 2, lett. c). Dopo alcune incertezze,

26 In questi termini, cfr. E. Conslavi, *Il titolo esecutivo europeo in materia di crediti non contestati*, in *Riv. es. forzata*, 2004, 653, spec. nota 22, il quale sottolinea come tale specificazione sia stata introdotta, per la prima volta, in occasione della Convenzione del Lussemburgo del 1978, al fine di circoscrivere precisamente l'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 nei confronti degli Stati neo-aderenti (Regno Unito e Irlanda).

27 Cfr. A. Carratta, *Titolo esecutivo europeo. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006, 2; L. Fumagalli, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, 27-28.

28 V. J. Kropholler-J. Von hein, *Europaisches Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main, 2011, sub art. 1; E. Lamarque, *Verso una nozione europea di "materia civile"?*, in *Int'l lis*, 2003, 65 ss.

29 Cfr. C. giust. U.E. 14 ottobre 1976, C29/76, *Ltu c. Eurocontrol*, in *Foro it.*, 1977, V, 49.

30 Così S. M. Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Da Bruxelles I al regolamento CE n. 805/2004*, Torino, 2006, 5<sup>a</sup> ed., 24.

31 Cfr. C. giust. U.E. 14 ottobre 1976, C29/76, *Ltu c. Eurocontrol*, cit., punto 4, ove si afferma che «benché talune decisioni emesse nelle cause fra pubblica amministrazione ed un soggetto di diritto privato, possano essere comprese nell'ambito di applicazione della Convenzione, la situazione è diversa qualora la pubblica amministrazione abbia agito nella sua potestà d'imperio». Ciò vale per una causa avente ad oggetto il pagamento di contributi dovuti da un soggetto di diritto privato (la LTU, detentrici di aeromobili) ad un ente pubblico nazionale o internazionale (l'Eurocontrol, cioè l'Organizzazione europea per il controllo della navigazione aerea) in ragione dell'uso degli impianti e dei servizi di tale ente, in particolare quando l'uso sia obbligatorio ed esclusivo. Tale orientamento è stato poi confermato da C. Giust. U.E. 16 dicembre 1980 C814/79, *Stato olandese c. Rüffer*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, 1040, ove la Corte ha ritenuto che la «materia civile» non comprende una lite promossa dall'amministratore delle vie d'acqua pubbliche contro la persona legalmente responsabile, onde recuperare le spese sostenute per la rimozione di un relitto che lo Stato amministratore ha effettuato o fatto effettuare nell'esercizio della sua potestà d'imperio, e cioè in veste di pubblica autorità, nello svolgimento dei suoi compiti di polizia fluviale.

32 Cfr. C. Giust. U.E. 21 aprile 1993, C172/91, *Sonntag c. Waidmann*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, 37.

33 V. C. Giust. U.E. 15 maggio 2003, C266/01, *Préservatrice Foncière Tiard*, in *Raccolta*, 2003, I, 4867, spec. punto 36; 5 febbraio 2004, C265/02, *Frahuil*, in *Raccolta*, 2004, I, 1543, spec. punto 21. Nella medesima prospettiva sono state ricomprese nella nozione di «materia civile» anche le domande di regresso con cui un ente pubblico persegue, presso un soggetto di diritto privato, il recupero di somme versate all'ex coniuge al figlio, a titolo di sussidio sociale, a condizione che l'iniziativa giudiziaria in tal senso promossa trovi il proprio fondamento nelle norme di diritto comune in materia di obbligazioni alimentari. A sostegno di tale affermazione si è evidenziato come, a ben vedere, la posizione giuridica dell'ente pubblico rispetto al debitore di alimenti sia perfettamente rapportabile a quella di un privato che avendo pagato a qualunque titolo un debito altrui, si surrogò nella pretesa dell'originario creditore; così C. Giust. U.E. 14 novembre 2002, C271/00, *Baten*, in *Raccolta*, 2002, I, 10489, spec. punto 37; 15 gennaio 2004, C433/01, *Blijndestein*, in *Raccolta*, 2004, I, 981, spec. punto 20.

34 Sul punto, v. A. Leandro, *op. cit.*, 587.

a tale esclusione sono stati ricondotti unicamente i giudizi fra l'ente previdenziale ed il soggetto privato titolare della corrispondente pretesa sociale<sup>35</sup>, con la conseguenza che rientrano nel campo di applicazione del nuovo sistema normativo le cause promosse dall'ente di sicurezza sociale nei confronti dei terzi, «in surrogazione di diritti in forza di legge o nell'esercizio di diritti propri loro attribuiti dalla legge»<sup>36</sup>.

Oltre alle esclusioni contemplate dall'art. 1, par. 1, il par. 2 della medesima disposizione prevede ulteriori ipotesi di controversie che astrattamente rientrerebbero nella nozione di «materia civile e commerciale», ma che vengono espressamente escluse dal campo di applicazione della disciplina relativa all'abolizione dell'*exequatur* sia per scelte legislative discrezionali (si pensi all'esclusione dell'arbitrato) sia per esigenze di coordinamento con altri specifici regolamenti europei (si pensi alle esclusioni riguardanti la materia fallimentare o a quella delle obbligazioni alimentari).

La prima esclusione concerne le controversie in materia di stato e capacità delle persone fisiche, regime patrimoniale fra i coniugi o derivante da rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio (art. 1, par. 2, lett. a). Riguardo a dette ipotesi occorre rilevare come, nel diritto applicato, sia invalsa un'interpretazione restrittiva, tesa a ricomprendervi all'interno solo le controversie relative a beni o a prestazioni a favore dei coniugi direttamente e strettamente riconducibili al vincolo coniugale<sup>37</sup>. Di conseguenza, non rientrano nell'ambito di operatività dell'esclusione *de qua* i rapporti patrimoniali tra i coniugi non necessariamente o solamente riconducibili al regime matrimoniale, come quelli dipendenti dallo scioglimento del rapporto coniugale o come le obbligazioni alimentari, queste ultime espressamente escluse dall'ambito di applicazione del regolamento, ai sensi dell'art. 1, par. 2, lett. e)<sup>38</sup>, in quanto disciplinate dal reg. n. 4/2009.

Altra esclusione è quella riguardante la materia fallimentare (art. 1, par. 2, lett. b), che secondo la giurisprudenza europea ricorre solo per le controversie che trovano il loro fondamento normativo nella disciplina fallimentare e che sono esperibili esclusivamente a seguito dell'apertura di una procedura concorsuale incentrata sullo stato di insolvenza<sup>39</sup>. Detta esclusione, non operante per i giudizi che pur presentano un collegamento con la procedura concorsuale ma che sono esperibili anche a prescindere dall'apertura di questa, trova la propria *ratio* nell'esistenza di una specifica regolamentazione posta dal reg. n. 1346/2000 per le procedure di insolvenza transfrontaliere negli Stati dell'U.E.

Altre controversie escluse dalla nozione europea di «materia civile e commerciale» sono quelle relative ai testamenti e alle successioni, comprese le obbligazioni alimentari *mortis causa* (art. 1, par. 2, lett. f), esclusione questa che trova la propria giustificazione nell'esistenza di una specifica disciplina in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia successoria (reg. n. 650/2012). Com'è stato condivisibilmente rilevato, siffatta esclusione non pregiudica la possibilità di certificare come t.e.e. la decisione di condanna conseguita da un creditore del *de cuius* o nei confronti di un debitore di quest'ultimo. Infatti, affinché una controversia sia esclusa del campo di applicazione del regolamento non è sufficiente una sua pur indiretta connessione con la materia ereditaria, ma è necessario, al contrario, che questa comporti l'applicazione delle specifiche norme relative a tale disciplina<sup>40</sup>.

35 Cfr. C. Giust. U.E. 14 novembre 2002, C271/00, *Baten*, cit., spec. punto 46; nonché F. Salerno, *op cit.*, 71.

36 F. Salerno, *op loc. cit.*

37 Cfr. C. Giust. U.E. 6 marzo 1980, causa 120/79, *De Cavel*, in *Raccolta*, 1980, 731.

38 Cfr., in tal senso, già C. Giust. U.E. 27 febbraio 1997, causa C-220/95, *Van den Boogard c. P. Lumen*, in *Raccolta*, 1997, I, 1147.

39 Cfr. C. Giust. U.E. 22 febbraio 1979, C133/78, *Gourdain*, in *Raccolta*, 1979, 733, ove si afferma che «per quanto riguarda i fallimenti, i concordati e gli altri procedimenti affini che sono procedimenti basati (...), sullo stato di cessazione dei pagamenti, sull'insolvenza (...), implicanti l'intervento dell'autorità giudiziaria che si risolve nella liquidazione forzata e collettiva dei beni o, quanto meno nel controllo da parte di dette autorità, perché le decisioni che si riferiscono al fallimento siano escluse dal campo di applicazione della convenzione occorre che esse derivino direttamente dal fallimento e si inseriscano strettamente nell'ambito del procedimento fallimentare o di amministrazione controllata». Sulla base di tali motivazioni la Corte ha ritenuto che rientrasse nell'esclusione di cui al n. 2 dell'art. 1 della Convenzione di Bruxelles *l'action en comblement du passif social* riconosciuta dalla legislazione concorsuale francese soltanto in favore del curatore nei confronti degli amministratori della società fallita. Tale conclusione è, peraltro, oggi perfettamente confermata dall'art. 25 del reg. n. 1346/2000, relativo alle procedure d'insolvenza transfrontaliere, che prevede, da un lato, il riconoscimento automatico e la dichiarazione di esecutività per le decisioni che derivano direttamente dalla procedura d'insolvenza e le sono strettamente connesse e, dall'altro, l'applicabilità del regime ordinario per le decisioni diverse. Dalla norma da ultimo menzionata deriva che le azioni non influenzate, quanto a contenuto e a modalità di proposizione, dall'apertura di una procedura d'insolvenza, essendo sottratte al reg. n. 1346/2000, potranno concludersi con una decisione certificabile come t.e.e., sempre che ne ricorrano i presupposti.

40 Cfr. M. Farina, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati (commento al reg. Ce parlamento e consiglio n. 805/04 del 21 aprile 2004)*, in *Nuove leggi civ.*, 2005, 23-24.

Passando, infine, all'arbitrato, quale ultima materia espressamente esclusa dall'art. 1, par. 2, lett. d), va rilevato che, diversamente da quanto prospettato nella proposta della Commissione e nel Libro Verde, il *Recasting* del regolamento *Bruxelles I* ha confermato l'*arbitration exclusion* già contemplata dalla Convenzione di Bruxelles (art. 1, comma 2°, n. 4), in ragione della diffusa convinzione che la Convenzione di New York del 10 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri costituisse uno strumento adeguato a regolare la materia in parola. Rimangono irrisolte, pertanto, tutte le problematiche applicative che l'assenza di una disciplina uniforme nell'U.E. ha determinato, dato che le regole pattizie del 1958 riguardano soltanto il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi esteri, lasciando impregiudicati profili nevralgici quali, tra gli altri, la questione della concorrenza della *potestas iudicandi* del foro statale e dell'arbitrato in relazione alla stessa controversia, o quella del rapporto tra sentenza e lodo aventi il medesimo oggetto. Problematiche queste che, in difetto di una disciplina uniforme, sono destinate ad essere risolte in base alle diverse legislazioni nazionali, influenzando negativamente sull'*appeal* che un arbitrato svolto nell'U.E. può spiegare sugli investitori stranieri<sup>41</sup> (art. 73, par. 2). L'esegesi dell'esclusione della materia arbitrale, peraltro, non ha trovato concordi gli interpreti, in quanto, a fronte di una lettura per la quale sarebbero esclusi tutti i procedimenti giurisdizionali comunque collegati all'arbitrato, secondo un'altra rimarrebbero esclusi soltanto i procedimenti strettamente sussidiari all'arbitrato, vale a dire le fattispecie di ausilio all'arbitrato e le impugnazioni dei lodi<sup>42</sup>. Al riguardo, specifica il considerando n. 12 del regolamento che lo stesso «non dovrebbe applicarsi alle cause o ai procedimenti accessori riguardanti, in particolare, la costituzione di un collegio arbitrale, i poteri degli arbitri, lo svolgimento di una procedura arbitrale o qualsiasi altro aspetto di tale procedura, né alle cause o alle decisioni riguardanti l'annullamento, il riesame, l'impugnazione, il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo arbitrale». È stato, dunque, sancito quanto già affermato dalla giurisprudenza europea nella sentenza *March Rich* del 1991, ove era stato individuato nell'oggetto principale del giudizio il criterio per delimitare le controversie soggette alla disciplina convenzionale e quelle alla quali la stessa era inapplicabile, criterio che aveva condotto a ritenere esclusa dal regime convenzionale la domanda relativa alla nomina dell'arbitro<sup>43</sup>.

4. – La ricognizione delle varie tipologie di atti e provvedimenti che possono beneficiare del nuovo regime automatico di circolazione esecutiva può essere avviata delimitando i confini dell'ampia nozione di *decisum*<sup>44</sup> fornita dall'art. 2, lett. a, a tenore del quale per «decisione giudiziaria» si intende «a prescindere dalla denominazione usata, qualsiasi decisione emessa da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, compresi un decreto, un'ordinanza, una decisione o un mandato di esecuzione, nonché una decisione relativa alla determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere».

Al pari di quanto rilevato in riferimento al campo di applicazione *ratione materiae* del regolamento, anche per comprendere la nozione di «decisione giudiziaria» bisogna tener presente i criteri ermeneutici impiegati dalla Corte di giustizia in riferimento all'art. 25 della Convenzione di Bruxelles del 1968<sup>45</sup>, sostituito dall'art. 32 del reg. n. 44, i quali corrispondono integralmente alla lett. a) dell'art. 2.

Stante la concreta irrilevanza della denominazione data al provvedimento giurisdizionale tanto dall'ordinamento d'origine quanto dal giudice che lo ha emesso<sup>46</sup>, la giurisprudenza europea, prescindendo da qualsiasi criterio di natura formalistica, ha enucleato una nozione sostanziale di decisione<sup>47</sup>, quale provvedimento autoritativo di matrice giudiziaria che definisca, conclusivamente o interinalmente, una controversia tra le parti<sup>48</sup>. In

41 Così S. Izzo, *L'arbitrato nello spazio giudiziario europeo alla luce del regolamento (UE) n. 1215/2012*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 883. Sul tema, v. anche C. Rasia, *Il nuovo regolamento Ue n. 1215 del 2012 e l'arbitrato: a storm in a teacup*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 193 ss.

42 Sul punto, v. S. Izzo, *op. cit.*, 884.

43 C. Giust. U.E. 25 luglio 1991, C190/89, *March Rich & Co. c. Italimpianti p.a.*, in *Riv. arb.*, 1992, 11.

44 V. G. Tarzia, *Sulla proposta di Regolamento del Consiglio – Titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in *Il titolo esecutivo europeo e le problematiche di coordinamento con la normativa processuale civilistica interna e con il diritto processuale civile internazionale*, *Quaderni del CSM*, Roma, 2001, 121.

45 Evidenzia F. Carpi, *Dal riconoscimento delle decisioni*, cit., 707, che la Convenzione di Bruxelles «fa riferimento col termine decisione ad una nozione più ampia: non occorre che si tratti di decisione a cognizione piena né definitiva, ma solo esecutiva nel Paese in cui è stata resa».

46 In tal senso, v. A. Carratta, *op. cit.*, 2.

47 E. Consalvi, *op. cit.*, 653.

48 Per tale definizione, v. C. Consolo, *La tutela sommaria e la Convenzione di Bruxelles: la «circolazione» comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi*, in *Nuovi problemi di diritto processuale internazionale*, Padova, 2003, 356.

tal modo, si è sancito che nella nozione *de qua* rientra qualunque decisione proveniente da uno Stato membro<sup>49</sup>, finalizzata alla risoluzione di un conflitto intersoggettivo inerente a situazioni giuridicamente rilevanti<sup>50</sup>, pronunciata, nel rispetto dell'imprescindibile requisito del contraddittorio, da un organo giurisdizionale munito di peculiari caratteri, tutti congiuntamente necessari, quali la sua origine legale e non convenzionale, la stabilità, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, l'applicazione del diritto, l'indipendenza e la terzietà<sup>51</sup>.

Ciò esclude, pertanto, che possano essere certificati come t.e.e. i provvedimenti emessi da autorità amministrative<sup>52</sup> o comunque non giurisdizionali, con due importanti eccezioni: difatti, l'art. 3, lett. a), con riferimento all'ordinamento svedese ammette che, in caso di procedimenti sommari relativi ad ingiunzioni di pagamento (*betalningsföreläggande*) la nozione di autorità giurisdizionale comprende anche l'autorità pubblica per l'esecuzione forzata (*kronofogdemyndighet*); mentre in ordine all'ordinamento ungherese nei procedimenti sommari relativi a ingiunzioni di pagamento (*fizetési meghagyásos eljárás*) viene ricondotto alla nozione di autorità giurisdizionale anche il notaio (*közjegyző*)<sup>53</sup>.

Così interpretato il concetto di «decisione giudiziaria» di cui all'art. 2, emerge la sua piena adattabilità sia alle vere e proprie sentenze di condanna<sup>54</sup>, anche non definitive<sup>55</sup>, sia ad altre categorie di provvedimenti che, in base alla disciplina dello Stato *a quo*, possano essere assimilate nella sostanza a decisioni di merito. Il riferimento è tanto ai provvedimenti sommari decisori quali, ad esempio, il decreto ingiuntivo italiano, l'*injonction de payer* franco-belga (artt. 1405 c.p.c. francese e 1338 ss. *Code judiciaire* belga), il *Mahnverfahren* tedesco (par. 688 ss. *ZPO*), il *Mandatsverfahren* austriaco (par. 548 ss. *ÖZPO*), quanto ai provvedimenti sommari con funzione esecutiva<sup>56</sup>, come il *référé provision* francese o le ordinanze anticipatorie di condanna *ex artt. 186-bis*, *186-ter* e *423* c.p.c.

Ciò nonostante, la certificabilità come t.e.e. di tali provvedimenti incontra dei precisi limiti tracciati dalla Corte di giustizia, poiché non deve trattarsi di «provvedimenti provvisori (...) disposti o autorizzati da un giudice senza che la parte contro cui si rivolgono sia stata citata a comparire e destinati ad essere eseguiti senza essere stati prima comunicati a detta parte»<sup>57</sup>, limite questo che porta a ritenere che il decreto ingiuntivo italiano possa essere certificato come t.e.e. solo dopo la sua conferma in sede di opposizione ovvero dopo il decorso del termine per l'opposizione stessa, ma non anche quando sia stato dichiarato immediatamente esecutivo *inaudita altera parte*, ai sensi dell'art. 642 c.p.c.<sup>58</sup>. In secondo luogo, ad avviso della giurisprudenza europea, tali provvedimenti per ambire al regime «agevolato» di circolazione devono garantire la restituzione della prestazione provvisoria, qualora il soggetto che la riceva non risulti vincitore della causa di merito<sup>59</sup>.

Considerata analogia esistente tra quanto finora illustrato e quanto affermato dalla Corte di Cassazione italiana in relazione alla nozione «sostanziale» di sentenza ai fini del ricorso straordinario *ex art. 111*, comma 7°, Cost., si potrebbe dubitare dell'utilizzabilità come t.e.e. delle ordinanze *ex artt. 186-bis* e *186-ter* c.p.c. a

49 Cfr. C. Giust. U.E. 20 gennaio 1994, C129/92, *Owens Bank*, in *Raccolta*, 1994, 117, spec. punti 17-18.

50 Cfr. C. Giust. U.E. 2 giugno 1994, C414/92, *Solo c. Kleinmotoren GmbH*, in *Raccolta*, 1994, I, 2225, spec. punto 17.

51 V., per tutte, C. Giust. U.E. 16 ottobre 1997, C69/96, *Garofano e altri c. Ministero della Sanità*, in *Raccolta*, 1997, I, 5603. Sul tema, v. S. Bariatti, *What are judgments under the 1968 Bruxelles convention?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, 5 ss.

A mente del considerando n. 11 reg. n. 1215 «i fini del presente regolamento le autorità giurisdizionali degli Stati membri dovrebbero comprendere le autorità giurisdizionali comuni a più Stati membri, quale ad esempio la Corte di giustizia del Benelux, quando è competente per questioni che rientrano nell'ambito d'applicazione del presente regolamento. Pertanto le decisioni emesse da tali autorità giurisdizionali dovrebbero essere riconosciute ed eseguite conformemente al presente regolamento».

52 Si pensi ai provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti che irrogano sanzioni pecuniarie o che impongono l'adozione di determinate condotte. Tali decisioni provenendo da autorità amministrative e non giurisdizionali non saranno assoggettate al regime contemplato dal reg. n. 1215.

53 Peculiari disposizioni sono previste dagli artt. 58 ss. reg. n. 1215 per la certificazione come t.e.e. degli atti pubblici e delle transazioni giudiziarie.

54 È, ovviamente, da escludersi la certificabilità come t.e.e. delle sentenze che hanno valore solo endoprocedurale, come quelle di mero rito. Questa problematica era emersa, peraltro, anche in relazione all'art. 25 della Convenzione di Bruxelles del 1968. Ma, onde evitare equivoci, la *Relazione Schloesser* del 1979 ebbe cura di specificare che «decisioni interlocutorie che non mirano alla regolamentazione dei rapporti giuridici tra le parti, ma concernono l'ulteriore svolgimento del procedimento, devono essere escluse dal campo di applicazione del titolo III della Convenzione».

55 Con riferimento all'ordinamento italiano, si pensi alla condanna generica o quella provvisoria *ex art. 278* c.p.c.

56 Su tale distinzione, cfr. S. Menchini, *I provvedimenti sommari (autonomi e interinali) con efficacia esecutiva*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 368.

57 Cfr. C. Giust. U.E. 21 maggio 1980, C125/79, *Denilauler c. Couchet Freres*, in *Raccolta*, 1980, 1553; in senso conforme, v. C. Giust. U.E. 13 luglio 1995, C474/93, *Hengst Import BV c. Campese*, in *Foro it.*, 1996, IV, 395 ss.

58 Così A. Giussani, *op. cit.*, 82..

59 Cfr. C. Giust. U.E. 17 novembre 1998, C391/95, *Van Uden*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 140 ss.; 27 aprile 1999, C99/96, *Mietz c. Intership Yachting Sneek BV*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 658 ss.; 14 ottobre 2004, C39/02, *Mærsk Olie & Gas*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 178 ss.

causa della loro provvisorietà e revocabilità<sup>60</sup>. Tuttavia, alla luce dell'art. 39, vale a dire della previsione circa la mera esecutività nello Stato d'origine quale requisito per ambire al regime di circolazione esecutiva automatica, è da escludere che la precarietà che connota i provvedimenti in questione possa rappresentare un ostacolo al rilascio della certificazione di t.e.e.

Diversa è la situazione per l'ordinanza *post-istruttoria ex art. 186-quater c.p.c.*, la quale non è un provvedimento sommario, quanto piuttosto un provvedimento decisorio in forma semplificata, che è revocabile solo con la sentenza che definisce il giudizio e che può convertirsi in sentenza, in caso di estinzione del processo oppure se la parte intimata non manifesta entro trenta giorni dalla sua pronuncia, con ricorso notificato all'altra parte, la volontà che sia pronunciata la sentenza stessa. Alla luce di queste caratteristiche che emergono dal diritto positivo italiano sembra, quindi, che ben possa essere rilasciato l'attestato di del t.e.e. anche per l'ordinanza *ex art. 186-quater c.p.c.* Relativamente alle altre ordinanze suscettibili di ambire al trattamento esecutivo privilegiato posto dal regolamento sul t.e.e. vi è, poi, da considerare la certificabilità del provvedimento, purché di condanna, conclusivo del nuovo procedimento sommario di cognizione, introdotto dall'art. 51 della l. 18 giugno 2009, n. 69.

Fra le decisioni giudiziarie vengono inclusi anche i mandati di esecuzione come il *Vollstreckungsbefehl* tedesco e la «determinazione delle spese giudiziali da parte del cancelliere», previsione, quest'ultima, che mira a consentire la certificazione come t.e.e. delle decisioni con riferimento a tutti i capi in esse contenuti aventi ad oggetto crediti per il pagamento delle spese processuali, anche quando la determinazione di tali somme sia stata effettuata non dal giudice, ma dal cancelliere, come avviene nel sistema tedesco, il cui il *Rechtspleger* provvede a tale adempimento in virtù di un'espressa delega contenuta nel provvedimento giurisdizionale<sup>61</sup>.

L'art. 2, pur mantenendo invariata la nozione europea di «decisione giudiziaria», ha introdotto un'importante precisazione: ai fini della disciplina di cui al capo III del regolamento (concernente il riconoscimento e l'esecuzione) sono ricompresi nel termine «decisione» anche i provvedimenti provvisori e cautelari, intesi dalla Corte di giustizia come quelli volti alla conservazione di una situazione di fatto o di diritto onde preservare situazioni giuridiche soggettive che dovranno poi essere accertate dal giudice di merito<sup>62</sup>. Non i tutti i provvedimenti provvisori o cautelari possono, però, ambire al regime di libera circolazione esecutiva, giacché l'art. 2 richiede a tal fine che si tratti di provvedimenti: a) emessi da un'autorità giurisdizionale competente a conoscere nel merito ai sensi del regolamento; b) che non siano stati resi «senza che il convenuto sia stato invitato a comparire, a meno che la decisione contenente il provvedimento sia stata notificata o comunicata al convenuto prima dell'esecuzione».

Sotto questo profilo, la revisione del regolamento Bruxelles I ha adeguato l'impianto normativo a quanto statuito dalla Corte di giustizia<sup>63</sup> nei casi *Van Uden*<sup>64</sup> e *Mietz*<sup>65</sup>, relativi all'istituto olandese del *kort geding*<sup>66</sup>, analogo al *référé provision* francese<sup>67</sup>, nonché nell'*arrêt Denilauler*<sup>68</sup>. In queste decisioni, infatti, è stata riconosciuta la possibilità di circolazione dei provvedimenti cautelari nello spazio giudiziario europeo a condizione che gli

60 La Cassazione italiana ha, in particolare, attribuito al termine «sentenze», adoperato dal legislatore costituzionale, un significato autonomo di natura funzionale, svincolato, cioè, dalla definizione formale prevista dal codice di rito, per evitare che il legislatore ordinario potesse eludere la garanzia costituzionale del ricorso per cassazione semplicemente imponendo per determinati provvedimenti una forma diversa dalla sentenza. Si è così affermato il principio secondo cui ogni provvedimento che: a) abbia natura decisoria e b) sia definitivo (non essendo soggetto ad alcuna impugnazione né ad un'eventuale revoca o modifica da parte del giudice che l'ha pronunciato) può essere impugnato con il ricorso *ex art. 111, comma 7°*, Cost. Mentre il requisito *sub a)* esclude che la garanzia del ricorso possa operare, ad es., rispetto ai provvedimenti meramente istruttori, quello *sub b)*, invece, implica, ad es., la non ricorribilità dei provvedimenti sommari anticipatori *ex artt. 186-bis, 186-ter e 423 c.p.c.*

61 Cfr. A. Carratta, *Titolo esecutivo europeo*, cit., 2-3; A. Giussani, *op cit.*, 82.

62 C. Giust. U.E. 26 marzo 1992, C261/90, *Reichert e Kockler*, in *Raccolta*, 1992, 2149, par. 34. Sul punto, v. O. Lopes Pegna, *Il regime di circolazione delle decisioni nel regolamento (Ue) n. 1215/2012 («Bruxelles I bis»)*, in *Riv. dir. int.*, 2013, 1206.

63 A. Leandro, *op. cit.*, 624.

64 C. Giust. U.E. 17 novembre 1998, C391/95, *Van Uden Marittime c. Komanditgesellschaft*, in *Raccolta*, 1998, I, 7091 ss. Sul tema, v. anche L. Querzola, *Tutela cautelare e Convenzione di Bruxelles nell'esperienza della Corte di Giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 805 ss.

65 C. Giust. U.E. 27 aprile 1999, C99/96, *Hans-Hermann Mietz c. Inter-ship Yachting Sneek BV*, in *Raccolta*, 1999, I, 227.

66 Come evidenzia C. Silvestri, *La tutela del credito contrattuale*, cit., 139, l'istituto costituisce una misura anticipatoria che può anche coincidere con l'integralità del credito vantato quando la sua fondatezza non sia seriamente contestabile.

67 La differenza tra i due istituti consiste nel fatto che mentre per il *référé provision* la condizione d'urgenza è irrilevante, per il *kort geding* essa è indispensabile.

68 C. Giust. U.E. 21 maggio 1980, causa 125/79, *Denilauler c. Couchet Frères*, cit., 1553.

stessi fossero stati adottati dal giudice competente per il merito e in contraddittorio tra le parti<sup>69</sup>.

Orbene, i due requisiti contemplati ai fini della libera circolazione delle misure cautelari suscitano diverse valutazioni, dato che se la condizione per la quale il provvedimento deve essere concesso dal giudice competente per il merito ha la funzione di evitare il c.d. *forum shopping* che potrebbe praticare l'attore per ricercare il provvedimento più conveniente dinanzi a fori diversi da quello del merito<sup>70</sup>; l'aver escluso dal novero delle decisioni sottratte all'*exequatur* i provvedimenti concessi *inaudita altera parte*, a meno che non vengano notificati prima dell'esecuzione, comporta che per «ottenere l'effetto sorpresa» indispensabile per l'attuazione di talune misure cautelari (si pensi al sequestro di beni mobili) in uno Stato europeo diverso da quello nel quale la misura è stata autorizzata, si dovrà fare riferimento alle singole legislazioni processuali applicabili nell'ordinamento di esecuzione del provvedimento<sup>71</sup>. In un'ottica di effettività della tutela cautelare meglio avrebbe fatto, dunque, il legislatore europeo a non modificare l'originario progetto del 2010 che includeva nella nozione di decisione anche le misure provvisorie e cautelari emesse *inaudita altera parte* dal giudice del merito.

A prescindere dalla natura attribuita al provvedimento dal diritto nazionale, il considerando n. 25, recependo quanto affermato dalla Corte di giustizia nel caso *St. Paul Dairy*<sup>72</sup>, esclude dal nuovo sistema i provvedimenti che non hanno natura cautelare, come quelli che ordinano l'audizione di un teste, al fine di salvaguardare «l'applicazione del reg. n. 1206/2001 relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale». Sono, invece, inclusi nel novero dei provvedimenti soggetti alla libera circolazione esecutiva, sempre che emessi dal giudice competente per il merito e in contraddittorio tra le parti, i provvedimenti provvisori e cautelari diretti a ottenere informazioni o a conservare le prove di cui agli articoli 6 e 7 della direttiva 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale<sup>73</sup>.

5. – Quanto al procedimento da seguire per il rilascio dell'attestato di t.e.e., il regolamento non offre alcuna indicazione, né alcun aiuto in tal senso può venire dall'art. 54, che si limita a prevedere che «l'autorità giurisdizionale d'origine, su istanza di qualsiasi parte interessata, rilascia l'attestato utilizzando il modulo di cui all'allegato I».

Restano allora aperti molti problemi che, in difetto di un'auspicabile integrazione legislativa<sup>74</sup>, devono essere risolti in via interpretativa.

Come prima questione da affrontare si pone quella relativa all'esatta individuazione dell'organo tenuto a rilasciare l'attestato di t.e.e. In tal proposito, il riferimento contenuto nell'art. 53, all'autorità giurisdizionale d'origine, per quanto generico, porta all'individuazione del giudice o dell'organo giurisdizionale incaricato del procedimento conclusosi con il provvedimento di condanna. Tuttavia, sembra che il regolamento consenta una soluzione aperta: fermo restando che l'organo certificante deve senz'altro appartenere allo stesso ufficio giudiziario del giudice che ha reso la decisione, l'attestato potrà essere rilasciato sia dallo stesso magistrato che ha emesso la pronuncia sia da altro giudice appartenente allo stesso ufficio.

Una volta individuato l'organo che dovrà provvedere al rilascio dell'attestato di t.e.e., occorre soffermarsi sulle modalità necessarie a stimolare quest'attività certificativa. Sul punto, l'art. 53 si presenta come una vera e propria norma in bianco, giacché le uniche indicazioni certe che possono trarsi dalla norma sono, da un lato, che è precluso al giudice di rilasciare l'attestato *ex officio*<sup>75</sup> e, dall'altro, che la richiesta di

69 V., per tutte, CGCE,.

70 Cfr. O. Lopes Pegna, *Il regime di circolazione*, cit., 1208.

Ai sensi del 33° considerando, quando i provvedimenti cautelari siano stati emessi da un giudice non competente a conoscere del merito della controversia in base alle disposizioni del regolamento, l'efficacia delle misure dovrebbe essere limitata al territorio dello Stato membro interessato.

71 Cfr. C. Silvestri, *Recasting Brussels I*, cit., 695; A. Leandro, *op. cit.*, 626.

72 C. Giust. U.E. 28 aprile 2005, *St. Paul Dairy Industries*, in *Raccolta*, 2005, I, 3481 ss.

73 Come sottolinea A. Leandro, *op. cit.*, 630, la condizione del contraddittorio implica che i provvedimenti resi *inaudita altera parte*, ai sensi dell'art. 7, par. 1, della suindicata direttiva «circoleranno sul piano transfrontaliero, se del caso, in base a sistemi differenti dal regolamento».

74 Integrazione legislativa che è, ad esempio, avvenuta in Spagna, Francia, Gran Bretagna e Germania mediante delle normative di attuazione del reg. n. 805/2004 sul t.e.e. per i crediti non contestati.

75 Circa la legittimazione (attiva), il riferimento contenuto nell'art. 53 a «qualsiasi parte interessata» porta a ritenere che l'attestato di t.e.e. possa essere rilasciato sia alla parte in favore della quale è stata resa la decisione che ambisce ad essere sottratta all'*exequatur* sia ai suoi successori, a titolo

certificazione non incontra preclusioni o decadenze di sorta, potendo essere avanzata sia contestualmente alla proposizione della domanda giudiziale sia nel corso del processo e persino dopo la pronuncia del provvedimento, in quanto il carattere transfrontaliero dell'esecuzione forzata ben potrebbe essere ravvisato dopo l'instaurazione del giudizio<sup>76</sup>.

Anche per quanto riguarda le modalità di presentazione dell'istanza l'art. 53 tace, così rinviando alla *lex fori* circa l'individuazione dell'*iter* procedimentale da seguire per ottenere il rilascio dell'attestato di t.e.e. Si pone, quindi, il problema di comprendere quale sia la natura del procedimento di certificazione.

In sostanza, a seguito dell'istanza del creditore (o di un suo successore), è chiesto al giudice di compilare un formulario al fine di attestare la sussistenza delle condizioni che una decisione giudiziaria deve soddisfare per essere sottratta all'*exequatur*. Sembra allora possibile assimilare il certificato di t.e.e. ad una sorta di spedizione europea del titolo in forma esecutiva, vale a dire ad una rappresentazione documentale degli elementi costitutivi del diritto di procedere ad esecuzione forzata *intraeuropea* senza una previa dichiarazione di esecutività.

Affinché il titolo giudiziale proveniente da uno Stato dell'U.E. e relativo ad una decisione di condanna possa liberamente spiegare i propri effetti esecutivi oltre i confini nazionali saranno, dunque, necessari due distinti procedimenti: l'uno, di natura contenziosa, avente ad oggetto il rapporto sostanziale e l'altro, di natura non contenziosa, circoscritto alla verifica dei requisiti richiesti per il rilascio dell'attestato, sicché i provvedimenti che li definiscono vengono a costituire elementi di un atto complesso a formazione progressiva, il cui effetto è la formazione del t.e.e.<sup>77</sup>.

La ricostruzione effettuata circa la struttura complessa del t.e.e. e circa l'equivalenza del certificato di t.e.e. alla formula esecutiva di cui all'art. 475 c.p.c. consente di rilevare la natura non propriamente giurisdizionale quanto piuttosto «amministrativa» del procedimento di rilascio dell'attestato che, pertanto, nell'ordinamento italiano si svolgerà nelle forme del rito camerale *ex art. 737 ss. c.p.c.*<sup>78</sup>.

Così come avveniva nell'ambito dell'*exequatur* disciplinato dal reg. n. 44, non sembra che il ricorso per ottenere l'attestato di t.e.e. debba essere notificato al debitore, posto che, per un verso, l'art. 43 richiede che prima dell'inizio della fase esecutiva l'attestato (corredato dalla decisione) deve essere notificato alla parte contro cui è chiesta l'esecuzione e, per altro verso, il debitore può contestare il rilascio dell'attestato instaurando, nello Stato dell'esecuzione, il giudizio *ex art. 46*, finalizzato a verificare la sussistenza di uno dei motivi ostativi al riconoscimento di cui all'art. 45.

Rilevata la sussistenza dei presupposti per rilasciare il certificato di t.e.e. l'autorità competente vi provvederà attraverso la compilazione di un formulario redatto secondo le indicazioni dell'Allegato I per le decisioni giudiziarie, dell'Allegato II per le transazioni giudiziarie e per gli atti pubblici.

Quanto finora esposto evidenzia il «ruolo chiave» che l'attestato di t.e.e. riveste nel nuovo sistema regolamentare<sup>79</sup>. Il formulario in questione contiene, nello specifico, molte più informazioni rispetto all'allegato V cui rinviava l'art. 54 del reg. n. 44, dato che è prevista la specificazione di una serie di circostanze relative all'esecutività della decisione e, in casi di credito pecuniario, sono richieste numerose indicazioni, quali l'eventuale solidarietà passiva, la modalità di pagamento (in un'unica soluzione o a rate), l'importo degli interessi, il relativo tasso ed il periodo di decorrenza. Ecco allora che il contenuto dell'attestato menzionato dall'art. 53 – il cui fine è quello di rendere certo, liquido ed esigibile il credito – presenta notevoli analogie con il *Certificat de titre exécutoire européen (European enforcement certificate)* di cui all'allegato I del reg. n. 805/2004, del quale il nuovo sistema Bruxelles I *bis* rappresenta l'ultima evoluzione, estendendo la tecnica dell'abolizione dell'*exequatur* a tutta la «materia civile e commerciale» e non soltanto al limitato

universale o particolare, sulla falsa riga di quanto disposto nel sistema italiano dall'art. 475, comma 2°, c.p.c.

76 M. Farina, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 34.

77 Sulla struttura complessa del t.e.e., v. C. Silvestri, *Recasting Brussels I*, cit., 687.

78 Sull'applicabilità del rito camerale al procedimento di rilascio del certificato di t.e.e. per i crediti non contestati, v. A. Carratta, *Titolo esecutivo europeo*, cit., 10.

79 Sull'ampio impiego dei formulari, al fine di garantire una maggiore semplificazione e standardizzazione degli atti processuali e dei provvedimenti giurisdizionali nello spazio giudiziario europeo, v. G. Tarzia, *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 918 ss.



settore dei crediti non contestati<sup>80</sup>.

6. – La necessità di salvaguardare l'autonomia e le peculiarità dei vari ordinamenti nazionali, pur in uno scenario di crescente armonizzazione dei diversi sistemi processuali, emerge chiaramente dall'art. 41, ove è disposto che «fatte salve le disposizioni della presente sezione, il procedimento d'esecuzione delle decisioni emesse in un altro Stato membro è disciplinato dalla legge dello Stato membro richiesto», vale a dire dell'ordinamento nel quale si andrà ad avviare la fase esecutiva.

Il legislatore europeo ha, dunque, ritenuto opportuno regolamentare solo la fase prodromica all'esecuzione propriamente detta, per il resto rinviando alla disciplina applicabile nello Stato richiesto<sup>81</sup>. Di conseguenza, è alla *lex executionis*, cioè ad esempio, nell'ordinamento francese alle disposizioni del *code des procédures civile d'exécution*, che bisognerà fare riferimento per determinare le modalità di svolgimento del processo esecutivo avviato sulla base del t.e.e.<sup>82</sup> Nell'ordinamento italiano troveranno applicazione le norme di cui al libro III del c.p.c., con due necessarie precisazioni: a) in primo luogo, alla luce dell'art. 41, par. 3 ed in deroga a quanto stabilito dall'art. 480 c.p.c., «la parte che chiede l'esecuzione di una decisione emessa in un altro Stato membro non è obbligata ad avere un recapito postale nello Stato membro richiesto, né è tenuta ad avere un rappresentante autorizzato nello Stato membro richiesto»; b) in secondo luogo, considerato che a mente dell'art. 43 «quando si chiede l'esecuzione di una decisione emessa in un altro Stato membro, l'attestato rilasciato ai sensi dell'articolo 53 è notificato o comunicato alla persona contro cui è chiesta l'esecuzione prima dell'inizio della stessa»<sup>83</sup>, viene meno la necessità di provvedere alla spedizione del titolo in forma esecutiva di cui all'art. 475 c.p.c.<sup>84</sup>.

In ordine alla concreta attuazione del t.e.e. in uno Stato membro diverso da quello d'origine, gli unici aspetti sui quali è intervenuto il legislatore europeo riguardano, da un canto, il principio di fondamentale importanza secondo cui la decisione certificata come t.e.e. va eseguita alle stesse condizioni di un provvedimento nazionale (art. 41, par. 2), senza che possano essere richieste al creditore precedenti cauzioni, garanzie o depositi solo a causa della sua qualità di straniero o per difetto di domicilio o residenza nello Stato membro richiesto (art. 56)<sup>85</sup> e, dall'altro, la documentazione da presentare agli organi esecutivi (art. 42). In particolare, circa quest'ultimo aspetto, è imposto al creditore precedente di fornire agli organi esecutivi una copia della decisione in forma autenticata, una copia del certificato di t.e.e., anch'essa in forma autenticata nonché una trascrizione del certificato di t.e.e. o una sua traduzione asseverata nella lingua ufficiale dello Stato dell'esecuzione oppure in altra lingua che lo stesso Stato abbia preventivamente dichiarato di accettare<sup>86</sup>.

Da ultimo, va ricordato che, al fine di tutelare il creditore nelle more dell'esecuzione, in base all'art. 40, «una decisione esecutiva implica di diritto l'autorizzazione a procedere a provvedimenti cautelari previsti dalla legge dello Stato membro richiesto», sicché, in conformità con quanto chiarito dalla Corte di giustizia nel caso *Cappelloni*, in conseguenza del rilascio dell'attestato di t.e.e. il creditore potrà procedere all'attuazione delle più opportune misure cautelari (contemplate dall'ordinamento *ad quem*) nello Stato richiesto «senza necessità di un'autorizzazione specifica»<sup>87</sup>

80 Evidenzia E. D'Alessandro, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 1048, come mentre il reg. n. 805 era applicabile unicamente per i crediti pecuniari (relativi a crediti non contestati), il reg. n. 1215 consenta di instaurare una qualsivoglia tipologia di processo esecutivo, cioè non più soltanto quello d'espropriazione forzata, ma anche l'esecuzione per consegna o rilascio e l'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare.

81 Il principio secondo cui il processo esecutivo non può che essere regolato dalla legge dello Stato dell'esecuzione era stato già affermato dalla giurisprudenza comunitaria nella vigenza della Convenzione di Bruxelles del 1968: cfr. C. Giust. U.E. 2 luglio 1985, C148/84, *Genossenschaftsbank*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, 425.

82 Così Carratta, *Titolo esecutivo europeo*, cit., 11.

83 Richiede, inoltre, la norma che l'attestato è corredato della decisione qualora questa non sia già stata notificata o comunicata alla parte contro cui è chiesta l'esecuzione.

84 Cfr. E. D'Alessandro, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 1047; C. Silvestri, *Recasting Brussels I*, cit., 686.

85 Sottolinea A. M. Romito, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati e l'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, 146, come la ratio di tale previsione normativa consista nell'evitare situazioni discriminatorie tra i creditori domiciliati o residenti nello Stato dell'esecuzione e quelli domiciliati o residenti altrove. Infatti, il legislatore europeo non ha introdotto un divieto assoluto di richiedere cauzioni, garanzie, o depositi di denaro, ma ha previsto semplicemente che tali richieste non possono essere giustificate sulla base della qualità di straniero del creditore precedente all'esecuzione del t.e.e.

86 Al riguardo, le informazioni fornite dal Governo italiano alla Commissione ai sensi dell'art. 57 specificano che la lingua ammessa, ove il t.e.e. venga portato ad esecuzione nell'ordinamento italiano, è (solo) l'italiano.

87 C. Giust. U.E. 3 ottobre 1985, C119/84, *Cappelloni e Aquilini c. Pelkmans*, in *Raccolta*, 1985, 3147.

7. – In concreto, l'innovativo e generalizzato diritto all'esecuzione diretta delle decisioni civili nello spazio giudiziario europeo è assicurato dall'esplicito divieto posto dall'art. 52 allo Stato membro richiesto dell'esecuzione di riesaminare nel merito la decisione resa in un altro Paese dell'U.E. Ogni controllo sull'erroneità, illegittimità o inefficacia della decisione è, infatti, rimesso al sistema delle impugnazioni previste nell'ordinamento d'origine<sup>88</sup>, com'è confermato dal combinato disposto degli artt. 44, par. 2 e 51, par.1, i quali prevedendo, da un lato, che «su istanza della parte contro cui è chiesta l'esecuzione, l'autorità competente dello Stato membro richiesto sospende il procedimento di esecuzione se l'esecutività della decisione è sospesa nello Stato membro d'origine» e, dall'altro, che «L'autorità giurisdizionale davanti alla quale è presentata una domanda di diniego dell'esecuzione ... può sospendere il procedimento se la decisione è stata impugnata con un mezzo d'impugnazione ordinario nello Stato membro d'origine o se il termine per proporre l'impugnazione non è ancora scaduto. In quest'ultimo caso, l'autorità giurisdizionale può fissare un termine entro il quale l'impugnazione deve essere depositata»<sup>89</sup>.

Ne deriva che se il presupposto da cui si muove è che l'efficacia esecutiva sulla base della quale si attivano gli organi esecutivi dello Stato *ad quem* è quella conferita nel Paese di formazione del titolo dovrebbe spettare soltanto a quest'ultimo ordinamento la possibilità di sospenderne l'efficacia esecutiva.

Sembra, inoltre, opportuno precisare che il divieto di riesame nel merito comporta che il creditore non dovrà richiedere alcun controllo autorizzativo al giudice *ad quem* per avviare l'azione esecutiva, ma non che il debitore non possa in alcun modo contestare la legittimità dell'azione esecutiva o l'irregolarità formale dei singoli atti e provvedimenti endoesecutivi, dovendosi assicurare un giusto temperamento tra la tutela dell'effettività del credito e quella dell'imprescindibile diritto di difesa del debitore<sup>90</sup>.

Del resto, la possibilità di utilizzare gli strumenti processuali messi a disposizione dall'ordinamento *ad quem* per contestare la legittimità dell'azione esecutiva è ammessa in linea generale dall'art. 41, par. 1, il quale, come si è già illustrato, prevede che i procedimenti di esecuzione, ivi compresi (deve intendersi) gli incidenti cognitivi, sono disciplinati dalla legge processuale dello Stato richiesto.

Così, se il debitore contesta che l'esecuzione sia stata intrapresa sulla base del t.e.e. benché l'efficacia esecutiva del medesimo sia stata sospesa dal giudice dell'impugnazione, ben potrà esperire nell'ordinamento italiano l'opposizione all'esecuzione, con la quale potrà altresì essere dedotta l'esistenza di fatti estintivi, impeditivi o modificativi sopravvenuti al rilascio dell'attestato di t.e.e.: si pensi all'ipotesi dell'adempimento dell'obbligazione avvenuta dopo il passaggio in giudicato del provvedimento che costituisce t.e.e. giudiziale.

Anche per quel che concerne l'ulteriore rimedio delineato dal sistema italiano a tutela delle ragioni dell'esecutato (e, in generale, delle parti del processo esecutivo), ossia l'opposizione agli atti esecutivi non vi sono particolari limiti allorché l'esecuzione venga avviata sulla base di un t.e.e., dovendosi anzi sottolineare come lo strumento processuale di cui all'art. 617 c.p.c. costituisca il rimedio appropriato per far valere il mancato deposito dei documenti richiesti dall'art. 42. Di contro, sarà preclusa l'opposizione agli esecutivi qualora il debitore intenda contestare la mancanza della formula esecutiva sul t.e.e., giacché il t.e.e. – come si è già esposto – non necessita della previa spedizione del titolo in forma esecutiva.

Circa i rimedi contemplati nello Stato *ad quem* a tutela dell'esecutato, il considerando n. 29 dispone che «l'esecuzione diretta nello Stato membro richiesto di una decisione emessa in un altro Stato membro senza dichiarazione di esecutività non dovrebbe compromettere il rispetto dei diritti della difesa. Pertanto, il soggetto a carico del quale si chiede l'esecuzione dovrebbe poter chiedere il rigetto del riconoscimento o dell'esecuzione di una decisione qualora ritenga che sussistano motivi per rigettare il riconoscimento».

Ebbene, il versante che, forse più di altri, ha deluso le aspettative del *Recasting* del sistema Bruxelles I è il mantenimento di un controllo di tipo revocatorio dell'esecutorietà della decisione straniera, definito dall'art.

88 Sul punto, v. F. Carpi, *Dal riconoscimento delle decisioni*, cit., 714.

89 Specifica l'art. 51, par. 2, che «quando la decisione è stata emessa in Irlanda, a Cipro o nel Regno Unito, qualsiasi mezzo di impugnazione esperibile nello Stato membro d'origine è considerato ordinario ai fini del paragrafo 1».

90 Cfr. F. Carpi, *Dal riconoscimento delle decisioni*, cit., 719.

46 come giudizio di «diniego dell'esecuzione», esperibile nello Stato membro richiesto anziché in quello d'origine, come imposto nell'ambito della disciplina sul t.e.e. per i crediti non contestati e sull'ingiunzione europea di pagamento<sup>91</sup>.

In ordine al giudizio di diniego dell'esecuzione, che sotto il profilo funzionale presenta notevoli analogie con il vecchio procedimento di opposizione all'*exequatur*, l'art. 46 specifica che «su istanza della parte contro cui è chiesta l'esecuzione, l'esecuzione di una decisione è negata qualora sia dichiarata la sussistenza di uno dei motivi di cui all'articolo 45». Da tale previsione normativa emerge, allora, che la parte legittimata all'instaurazione nello Stato richiesto del giudizio *ex art. 46* non può che essere quella in danno della quale viene esercitata (o anche solo preannunciata) l'azione esecutiva<sup>92</sup>; nonché la mancanza di un termine di decadenza per siffatta azione.

L'oggetto del giudizio di diniego dell'esecuzione consiste nell'accertamento di uno dei motivi di diniego del riconoscimento (*grounds for refusal*) dettati dall'art. 45 e consistenti: a) nella contrarietà della decisione all'ordine pubblico (*ordre public*) nello Stato membro richiesto; b) per le decisioni contumaciali nel caso in cui la domanda giudiziale o un atto equivalente non siano stati notificati o comunicati al convenuto in tempo utile e in modo tale da poter presentare le proprie difese eccetto qualora, pur avendone avuto la possibilità, questi non abbia impugnato la decisione; c) nell'incompatibilità della decisione con una emessa tra le medesime parti nello Stato membro richiesto o con una precedentemente resa tra le medesime parti in un altro Stato membro o in un Paese terzo, in una controversia avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo, sempre che tale decisione soddisfi le condizioni necessarie per essere riconosciuta nello Stato membro richiesto; d) nella violazione delle norme sulla competenza giurisdizionale di cui al capo II, sezione 6 ed al capo II, sezioni 3, 4 e 5 nella misura in cui il contraente dell'assicurazione, l'assicurato, il beneficiario di un contratto di assicurazione, la parte lesa, il consumatore o il lavoratore sia il convenuto.

Sono stati, dunque, mantenuti in gran parte i motivi ostativi al riconoscimento già contemplati dall'art. 34 reg. 44, con l'opportuna aggiunta per cui anche la violazione delle norme sulla competenza giurisdizionale in materia di lavoro dipendente configurano un motivo ostativo al riconoscimento<sup>93</sup>.

Passando ad esaminare le singole circostanze ostative, va rilevato che il contrasto tra la decisione e l'ordine pubblico dello Stato *ad quem*, che – come di consueto – andrà valutato in considerazione non del contenuto della norma applicata dal giudice straniero bensì della concreta statuizione contenuta nella decisione e degli effetti che da tale *dictum* discenderebbero nell'ordinamento richiesto<sup>94</sup>, di solito si presenterà come violazione del c.d. ordine pubblico processuale, giacché le violazioni di quello sostanziale costituiscono un'evenienza assai remota<sup>95</sup>, in ragione della sostanziale uniformità dei principi giuridici fondamentali degli ordinamenti dell'U.E. L'esigenza di rispettare l'ordine pubblico sostanziale e processuale dello Stato dell'esecuzione<sup>96</sup> se, per un verso, consente la circolazione esecutiva automatica delle condanne al pagamento di una penalità sempre che l'ammontare di quest'ultima sia stato definitivamente fissato dall'autorità giurisdizionale d'origine (art. 55), per altro verso, impedisce la circolazione delle pronunce (tipiche del sistema inglese) inibitorie dell'azione in giudizio (c.d. *antisuit injunctions*), non a caso ritenute dalla Corte di giustizia incompatibili con lo spazio giudiziario europeo<sup>97</sup>.

Assai limitata è la sfera di operatività del motivo ostativo concernente la violazione dei diritti di difesa, giacché l'art. 45 esclude la circolazione esecutiva automatica soltanto, ove il convenuto rimasto contumace,

91 E. D'Alessandro, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 1049; C. Silvestri, *Recasting Brussels I*, cit., 687.

92 Sottolinea E. D'Alessandro, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 1053, come la non rilevanza d'ufficio dei motivi ostativi al riconoscimento costituisca un chiaro *favor* per il regime di circolazione automatica dei provvedimenti civili nello spazio giudiziario europeo.

93 C. Silvestri, *ult. op. loc. cit.*

94 Cfr. M. De Cristofaro, *Ordine pubblico «processuale» ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale «europeo»*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale*, cit., 899.

95 V. A. Giussani, *op. cit.*, 86 s.

96 Nell'ordinamento italiano dovranno, in particolare, essere rispettati i fondamentali diritti sanciti dall'art. 24 Cost. e dall'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, posto che mediante la clausola della compatibilità con l'ordine pubblico viene perseguita la funzione di salvaguardare i principi fondamentali dell'ordinamento.

97 Sul tema, v. M. Giorgetti, *Antisuit, Cross-border injunctions e il processo cautelare italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 484 ss.

oltre a non aver avuto notizia della domanda in tempo utile per difendersi<sup>98</sup>, non abbia neppure potuto impugnare la decisione; previsione quest'ultima in base alla quale si raggiunge la già menzionata conclusione per cui i provvedimenti provvisori non cautelari resi *inaudita altera parte* possono essere riconosciuti soltanto dopo il decorso del termine per proporre opposizione.

Relativamente al contrasto tra la decisione ed un'altra resa tra le stesse parti e sullo stesso oggetto nello Stato richiesto o in un altro Stato membro o in un Paese terzo, il regolamento ribadisce che mentre il contrasto del t.e.e. con una decisione interna dello Stato dell'esecuzione rileva anche quando quest'ultima sia successiva, benché il verificare di siffatta ipotesi dovrebbe essere scongiurato dalle disposizioni sulla litispendenza, il contrasto con un'altra decisione resa in Stato diverso da quello richiesto o in un Paese non facente parte dell'U.E. impedisce la circolazione esecutiva automatica soltanto ove quest'ultima sia precedente<sup>99</sup>.

In merito ai profili strettamente processuali del giudizio di diniego dell'esecuzione, l'art. 47, par. 2, stabilisce che «nella misura in cui non sia disciplinata dal presente regolamento, la procedura per il diniego dell'esecuzione è disciplinata dalla legge dello Stato membro richiesto».

Nello specifico, a mente dell'art. 47, l'istanza «di diniego dell'esecuzione è proposta all'autorità giurisdizionale che lo Stato membro richiesto ha indicato alla Commissione ... conformemente all'art. 75, lettera a)» ed il richiedente è tenuto a fornire a tale organo una copia della decisione e, ove necessario, una traduzione o traslitterazione della stessa. Ai sensi dell'art. 48, l'autorità giurisdizionale indicata dallo Stato *ad quem* statuisce senza indugio sulla domanda di diniego dell'esecuzione con una decisione, di natura dichiarativa<sup>100</sup>, che potrà essere impugnata «davanti all'autorità giurisdizionale che lo Stato membro richiesto ha indicato alla Commissione» (art. 49), laddove la decisione resa sull'impugnazione può essere, a sua volta, impugnata unicamente se l'autorità giurisdizionale davanti alla quale proporla è stata indicata dallo Stato membro interessato.

Per quanto riguarda il sistema processuale italiano, in netta controtendenza con la regola che attribuisce (così come tuttora attribuisce per le decisioni provenienti da ordinamenti extra U.E.) alla corte d'appello la competenza a decidere sul riconoscimento delle sentenze straniere, il Governo italiano ha comunicato alla Commissione che la domanda di diniego dell'esecuzione si propone ai tribunali ordinari, le cui decisioni possono essere impuginate dinanzi alla corte d'appello, contemplando un'ulteriore impugnazione dinanzi alla suprema Corte di Cassazione. La nuova competenza attribuita al tribunale, particolarmente significativa poiché garantisce alle parti un'ulteriore grado di giudizio, trova la propria *ratio* nella necessità esplicitata dal considerando n. 30 di assicurare, nei limiti del possibile, un unico giudizio di opposizione all'esecuzione ove la parte possa contestualmente invocare sia i motivi di diniego previsti dal regolamento sia quelli delineati dal diritto interno dello Stato richiesto. Un problema per l'ordinamento italiano potrebbe, però, porsi nel caso di opposizione a precetto<sup>101</sup> da proporre dinanzi al giudice di pace perché relativa ad un credito inferiore ad euro cinquemila (artt. 7 e 615, 1° comma). In tal caso, al fine di assicurare il principio di economia processuale, nonché la trattazione simultanea del giudizio di diniego dell'esecuzione e di quello di opposizione e stante l'evidente connessione tra le due cause, ai sensi dell'art. 40 c.p.c., la domanda potrà essere proposta al tribunale cui competerà anche la decisione sull'opposizione a precetto.

In merito al rito da seguire nel sistema processuale italiano per il giudizio di diniego dell'esecuzione, in ragione della previsione per cui l'autorità giurisdizionale incaricata della procedimento decide «senza indugio», è stata prospettata la possibilità di utilizzare il rito sommario di cognizione<sup>102</sup>, prescritto dall'art. 67 l. n. 218/1995 per il riconoscimento delle sentenze straniere. Stante la volontà del

98 Nella giurisprudenza italiana è stato, ad esempio, ritenuto incongruo un termine di soli sei giorni per la costituzione in giudizio: App. Milano, 25 giugno 1980, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1980, 644.

99 V. E. D'Alessandro, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 1054.

100 Cfr. A. Leandro, *op. cit.*, 618.

101 Circa l'opposizione a precetto è opportuno ricordare che il divieto di riesame nel merito comporta che il giudice dell'opposizione non potrà sospendere l'efficacia esecutiva del titolo, giacché tale potere è rimesso unicamente all'ordinamento d'origine.

102 In tal senso, v. A. Leandro, *op. cit.*, 619; O. Lopes Pegna, *Il regime di circolazione*, cit., 1218.

legislatore di assicurare un unico giudizio sui motivi (europei ed interni) di diniego dell'esecuzione, si pone dunque il problema di valutare la compatibilità del rito sommario di cognizione con le opposizioni all'esecuzione di cui all'art. 615 c.p.c. A tale riguardo, mentre l'opposizione promossa prima dell'inizio dell'esecuzione potrà essere proposta sin da subito nelle forme del rito sommario di cognizione, quella successiva all'inizio dell'esecuzione dovrà essere proposta con ricorso al giudice dell'esecuzione e si svolgerà, nella prima fase, secondo le forme camerale di cui all'art. 185 disp. att. c.p.c., fino all'adozione parte del giudice dell'esecuzione dei provvedimenti sulla sospensione del processo esecutivo. Chiusa la fase camerale e fissato il termine per la prosecuzione del giudizio di merito introdotto dall'opposizione, la parte interessata allo svolgimento del giudizio di merito ben potrà utilizzare il procedimento sommario di cognizione in alternativa al rito ordinario<sup>103</sup>.

Infine, stabilisce l'art. 44 che «quando si chiede il rigetto dell'esecuzione di una decisione ... l'autorità giurisdizionale dello Stato membro richiesto può, su istanza della parte contro cui è chiesta l'esecuzione: a) limitare il procedimento di esecuzione ai provvedimenti cautelari; b) subordinare l'esecuzione alla costituzione di una garanzia da esso determinata<sup>104</sup>; o c) sospendere, in tutto o in parte, il procedimento di esecuzione».

Diversamente da quanto previsto nei precedenti regolamenti sul t.e.e., la possibilità per il giudice del giudizio di diniego dell'esecuzione di sospendere il processo esecutivo non è subordinata al verificarsi di circostanze eccezionali, ragion per cui il giudice potrebbe sospendere l'azione esecutiva «tutte le volte in cui ritenga *prima facie* fondate le doglianze di chi domanda il diniego dell'esecuzione»<sup>105</sup>.

Da ultimo, la sancita possibilità di limitare l'esecuzione ai provvedimenti cautelari potrebbe essere particolarmente significativa se calata nell'ordinamento francese ed in quello belga, nei quali è possibile che il creditore munito di titolo esecutivo domandi, a sua scelta, delle *saisies conservatoires* (misure conservative) ovvero che proceda *in executivis*. È a siffatte misure che, verosimilmente, si riferisce il testo dell'art. 44 con una disposizione che, pertanto, non sembra avere alcuno spazio applicativo qualora lo Stato richiesto sia quello italiano.

103 Cfr. A. Tedoldi, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*; Bologna, 2013, 220 s.

104 L'obbligo di prestare garanzia è contemplato anche dal considerando n. 31, A tenore del quale «nel contesto dell'opposizione all'esecuzione di una decisione dovrebbe essere possibile per le autorità giurisdizionali dello Stato membro richiesto, nel corso dell'intero procedimento di opposizione, anche in fase di impugnazione, consentire che si proceda all'esecuzione purché ne siano previsti limiti o siano costituite garanzie».

105 Così E. D'Alessandro, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., 1062.

# OSSERVAZIONI SPARSE SU PROBLEMI E TECNICHE DI REDAZIONE DELLE IMPUGNAZIONI CIVILI

**Federico Carpi**

Emerito dell'Università di Bologna

SOMMARIO: 1. Programma dello scritto. – 2. Alcune semplici verità. – 3. Tendenze restrittive delle riforme “a pioggia” delle impugnazioni civili in Italia. – 4. Il c.d. principio di sinteticità. – 5. Il principio di autosufficienza del ricorso in Cassazione e i protocolli. – 6. Le tecniche di redazione degli atti. – 7. Un cenno conclusivo.

1.- Dividerò il mio scritto in quattro parti, e cioè: *a)* semplici verità; *b)* tendenze restrittive nelle riforme “a pioggia” delle impugnazioni civili in Italia; *c)* I protocolli fra avvocati e giudici, le prassi, le tecniche; *d)* Alcune conclusioni.

Ciò detto il cortese lettore è avvertito: può gettare il menù oppure proseguire se crede di aver interesse. Posso assicurare la brevità.

## 2.- *Alcune semplici verità*

La Costituzione italiana prevede all'art. 111 – che d'abitudine si ritiene disciplini i fondamenti del giusto processo – alcune garanzie in materia di impugnazioni.

Più precisamente al comma 6° l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali e al comma 7° il ricorso in Cassazione per violazione di legge contro i provvedimenti, in qualunque forma adottati, che possono essere considerati decisori (c.d. ricorso straordinario in Cassazione).

Per contro non è prevista alcuna garanzia di un riesame di merito della sentenza, cioè il doppio grado di giurisdizione.

Sono infatti numerosi i casi in cui il processo si svolge in unico grado e nessuno ha mai pensato di sollevare questioni di incostituzionalità.

In altre parole l'appello, tipica impugnazione di merito, con effetto devolutivo, è una opportunità concessa alla parte soccombente, che può essere compressa o addirittura eliminata da una legge ordinaria.

Ed infatti, ormai molti anni fa, Mauro Cappelletti in un breve, ma incisivo, scritto sostenne l'opportunità di eliminare l'appello (1). La discussione in dottrina fu ampia, ma non ebbe seguito normativo, anche, ma non solo, per la forte presa di posizione garantistica dell'avvocatura.

Neppure le carte sovranazionali prevedono una garanzia del doppio grado di giurisdizione.

Altre sono le previsioni dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (cedu). L'art. 47 della carta europea dei diritti fondamentali prevede il diritto dei cittadini ad un ricorso effettivo davanti ad un giudice, ma non il “diritto” ad una impugnazione della sentenza.

## 3.- *Tendenze restrittive delle riforme “a pioggia” delle impugnazioni civili in Italia.*

Vorrei distinguere fra i profili organizzativi e ordinamentali e quelli della disciplina processuale.

- a. *Quanto ai profili relativi all'ordinamento giudiziario* è opportuno fare un'ulteriore distinzione fra appello e ricorso per cassazione.

### *a1) Appello*

La legge 9 agosto 2013, n. 98, che ha convertito il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, è la fonte della magistratura ausiliaria in Corte d'appello, la cui figura è individuata dagli artt. 62-72 della l. 28 dicembre 2015, n. 208.

Il giudice ausiliario è selezionato a seguito di un concorso nazionale per titoli a cui possono accedere magistrati ordinari, contabili ed amministrativi a riposo da non più di tre anni; professori universitari e ricercatori; notai; avvocati.

Di fatto le prime esperienze hanno visto la presenza soprattutto di avvocati, che possono esercitare la professione in un diverso distretto.

La retribuzione è bassa e dipende dal numero delle udienze e di sentenze nell'anno.

La conseguenza è che l'istituto della magistratura c.d. onoraria in appello, di per sé positiva, si è risolta nell'utilizzazione di persone con scarsa esperienza di giudizio e con capacità non preclare.

E' forse questa una spinta a rinunciare all'impugnazione?

La domanda è maliziosa, ma non del tutto fuori luogo.

### *a2) Cassazione*

L'art. 106, comma 3, della Costituzione prevede la possibilità di nomina di professori universitari ed avvocati a consiglieri della Corte suprema "per meriti insigni".

Per molti anni tale norma è rimasta senza attuazione.

Parlando di questo si è sempre ricordato il caso di Lodovico Mortara, insigne processualista, divenuto consigliere e poi presidente della Corte di cassazione negli anni '30 del secolo scorso, vigente una norma analoga nello statuto albertino.

La riforma dell'ordinamento giudiziario attuata dalla legge 30 luglio 2007, n. 111 ha riaperto tale possibilità ed in effetti sono stati immessi giudici laici in Cassazione.

Cosa di per sé apprezzabile, ma sempre col limite della scarsa esperienza dei laici.

b. *Quanto ai profili normativi* va segnalato, soprattutto ad un osservatore straniero, che il c.p.c. attuale è entrato in vigore nel 1942, cioè in pieno periodo bellico, in un momento non certo felice per il Paese.

Le prime modifiche si sono avute con il d.lgs. 5 maggio 1948, n. 483, convertito in l. 14 luglio 1950, n. 581.

Le ampie discussioni, specialmente in dottrina (2), su una riforma organica sono sfociate in progetti di legge (alcuni pregevoli come quello della commissione presieduta da Enrico Tullio Liebman) che però non sono giunti ad una approvazione parlamentare.

Le pressioni dell'Unione Europea per una giustizia civile più efficiente hanno portato i vari governi, che si sono succeduti negli anni, ad adottare "provvedimenti urgenti" ma settoriali (3).

Ne cito alcuni, che hanno inciso anche sul sistema delle impugnazioni: legge 26 novembre 1990, n. 353 (che ha toccato molti aspetti del processo in primo grado, nelle fasi di gravame, nell'esecuzione forzata); legge 18 giugno 2009, n. 69 (intitolata "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia processuale", dunque di tutto un po'); d.l. 22 giugno 2012, n. 83 ("Misure urgenti per la crescita del Paese") convertito con modificazioni in legge 7 agosto 2012, n. 134; d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 ("Modifiche al c.p.c. in materia di processo di Cassazione, in funzione nomofilattica, e di arbitrato"); d.l. 21 giugno 2013, n. 69 ("Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia"), convertito in legge 9 agosto 2013, n. 98; d.l. 31 agosto 2016, n. 168 ("Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa") convertito in legge 25 ottobre 2016, n. 197.

L'elenco potrebbe continuare, ma non mi sembra il caso.

Quel che voglio sottolineare è che, in generale, sia per l'appello sia per il ricorso in Cassazione sono stati

ampliati i casi d'inammissibilità dell'impugnazione.

Mi sembra evidente che il disegno politico sia stato quello di comprimere le impugnazioni, senza aver in mente (oppure la possibilità di attuare) un vero disegno riformatore.

Vediamo di offrirne una dimostrazione con l'esame succinto di poche norme.

### *b1) L'appello*

- L'art. 345, comma 3°, c.p.c., modificato nel 2012, limita l'ammissibilità di prove nuove in appello.
- Infatti tale articolo oggi stabilisce che "non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile".
- Il testo previgente ammetteva anche le prove nuove "indispensabili per la decisione", e rappresentava, pur nell'indeterminatezza del termine "indispensabili", mutuato dall'appello in materia di lavoro, una valvola di sicurezza per il compiuto riesame della sentenza di primo grado, alla ricerca (tendenziale) della verità dei fatti.
- L'art. 348-*bis*, c.p.c., aggiunto dalla legge del 2012, aggiunge il caso dell'inammissibilità dell'appello quando non ha una ragionevole probabilità di accoglimento, salve alcune eccezioni (4).
- A parte la generica locuzione, che porta ampia discrezionalità di giudizio, è evidente la spinta politica verso la sbrigatività per facilitare la rapidità, che non è certo sinonimo di giusta pronuncia.
- L'art. 348-*ter* c.p.c. stabilisce che la pronuncia d'inammissibilità è adottata con ordinanza succintamente motivata (quindi discrezionalità al quadrato) che è suscettibile di ricorso per cassazione in termini che decorrono automaticamente dalla comunicazione.
- Per di più i commi 4° e 5° limitano il ricorso per cassazione quando vi è coincidenza della ricostruzione dei fatti fra la sentenza di primo grado e l'ordinanza d'inammissibilità e quando le sentenze di primo grado e d'appello sono conformi fra loro.
- L'art. 352, comma 6, c.p.c., anch'esso introdotto nel 2012, consente al giudice d'appello di decidere la causa in forma abbreviata, a seguito di discussione orale *ex art. 281-sexies* c.p.c.
- Insomma quel che voglio dire è che, senza esprimere valutazioni negative delle novità menzionate, non riuscendo a rendere efficienti e rapidi i giudizi di appello, si è preferito adottare strumenti trasversali per cercare di fare presto (il che non coincide col fare bene).

### *b2) Quanto al ricorso per cassazione*

Qui il discorso dovrebbe essere assai lungo: da anni si lamenta il gigantismo della Corte suprema e il sovraccarico di lavoro. Entrambi gli aspetti allontanano la Corte dalla funzione tipica di nomofilachia (5).

In sintesi potrei dire: troppe cause, troppi giudici, troppi avvocati abilitati alla difesa in Cassazione (6).

La cura reale è stata ritenuta troppo drastica e difficilmente attuabile, specialmente senza la modifica dell'art. 111, comma 7, della Costituzione.

Ed allora ecco che si è ricorsi anche per la Cassazione a strumenti indiretti, tesi a (rapide) pronunce d'inammissibilità.

- Innanzitutto l'art. 360 *bis*, c.p.c., aggiunto nel 2009, prevede due casi d'inammissibilità del ricorso e cioè quando il provvedimento impugnato ha deciso questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e non vi sono seri motivi per un ripensamento dei precedenti; quando la censura è manifestamente infondata.

Non va dimenticato il motivo d'inammissibilità disciplinato dall'art. 348-*ter*, comma 6°, in presenza della c.d. doppia conforme.

E' ben vero che la stessa legge del 2009 ha abrogato l'art. 366 *bis* c.p.c. (introdotto nel 2006) che imponeva la formulazione del quesito di diritto al termine di ciascun motivo di ricorso e che era frequente occasione per pronunce d'inammissibilità, ove il quesito fosse stato formulato in maniera non corretta.

Permane, tuttavia, l'aspirazione della Corte a falciadiare i ricorsi, con pronuncia in Camera di consiglio, ad opera della sezione filtro, o della sezione assegnataria.



Difficilmente il ricorso giunge alla discussione orale, il che accade quando vi siano questioni di diritto “di particolare rilevanza”.

Il che conferma ciò che dicevo poco fa: non si è avuto la forza di riformare la Corte suprema e sono state introdotte norme che in via indiretta portano ad una falciatura dei (troppi) ricorsi.

Altrettanto è a dirsi per l'incompletezza del ricorso, nell'ottica del c.d. principio di autosufficienza, al quale farò cenno fra poco.

### *b3) L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale.*

Anche questa impugnazione ha subito una compressione, pur dando atto che si tratta di una impugnazione a critica vincolata per i motivi elencati dall'art. 829 c.p.c., e che dà ingresso ad un riesame del merito della controversia, decisa dagli arbitri, solo in seconda battuta, dopo che il giudizio rescindente si sia concluso con il riconoscimento di un motivo di nullità.

L'ampia riforma dell'arbitrato, operata dalla legge n. 25 del 1994, ha escluso che possa essere denunciata la violazione di regole di diritto, salvo alcuni casi specifici e salvo espressa previsione delle parti o di legge.

E' cioè stata ribaltata la previsione precedente.

### *4.- Il c.d. principio di sinteticità*

Questo argomento rappresenta un *mare magnum* in ebollizione.

Soffermerò l'attenzione su due aspetti e cioè *a)* il c.d. principio di sinteticità degli atti di parte e del giudice; *b)* il principio di autosufficienza del ricorso in Cassazione.

- a. Il c.d. principio di sinteticità: il 16 dicembre 2016 si è tenuto il XXVIII seminario, organizzato dalla Rivista trimestrale di diritto e procedura civile sul tema “L'involuzione del linguaggio giuridico” (7).

Michele Taruffo nella sua relazione ha scritto (8): “Da qualche tempo circola, recitato da un coro variegato di diversi soggetti, un mantra che si riferisce ad un principio di sinteticità (o anche principio di sinteticità e chiarezza)”.

L'impostazione è urticante ma di grande interesse. Egli sottolinea che non è detto che il contrapposto principio di analiticità non porti con se maggiore chiarezza.

Ed ha ragione.

Sta di fatto che oggi sempre più di frequente si assiste alla predeterminazione del numero massimo di pagine, com'è accaduto con un provvedimento del presidente del Consiglio di Stato, che contiene minuziose prescrizioni per i ricorsi in relazione alle varie situazioni.

Ci si può domandare se questo non abbia un margine di arbitrarietà tale da far dubitare della compatibilità con il diritto-dovere di difesa dell'avvocato.

Un caso limite è rappresentato dalla sentenza Cass. n. 21927 del 2016: un ricorso di 251 pagine è stato dichiarato inammissibile per la mancanza della sommaria esposizione dei fatti di causa (art. 366, n. 3, c.p.c.)!

### *4.1.- Le fonti normative*

- a. *a)* Per i provvedimenti del giudice l'art. 132, n. 4, c.p.c. prescrive che la sentenza contenga la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

Analogamente l'art. 118, disp.att., c.p.c. stabilisce che la motivazione della sentenza consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi.

Ancora, prosegue la norma, che debbono essere espone concisamente e in ordine le questioni discusse e decise ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati.

Gli aggettivi coincidono e tendono comunque ad imporre la sintesi.

Ciò non toglie che da un lato trovino spazio le motivazioni *per relationem* o “per collage”, facilitate dall'uso del computer e della trasmissione telematica degli atti di parte (9); e, dall'altro lato, che si assista alle

volte a sentenze-trattati, specialmente per le sentenze delle sezioni unite della Cassazione, che finiscono per fare opera di dottrina, con *obiter dicta* irrilevanti.

- b. Per gli atti di parte l'art. 121 c.p.c. stabilisce il principio generale (questo sì) della libertà di forme: “Gli atti del processo per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo.”

In realtà il codice e le leggi speciali pongono sovente lacci e laccioli agli atti, imponendo sempre più sovente forme determinate, tanto che si parla, in senso deteriore, di “formalismo” che supera gli aspetti garantistici, primo fra tutti il corretto contraddittorio fra le parti (10).

Ora si sta affermando il processo telematico, che richiede il rispetto rigoroso delle forme.

L'art. 6 *bis* della legge n. 221 del 2013, modificato nel 2015, impone che gli atti di parte ed i provvedimenti del giudice siano redatti in modo sintetico (11).

Il disegno di legge delega n. 2953-A, approvato il 10 marzo 2016, e rimasto finora lettera morta, all'art. 1.2-g parla di “introduzione del principio di sinteticità negli atti e provvedimenti”.

L'art. 3, comma 2°, cod. proc. amm. stabilisce che “il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica”.

La stessa Corte suprema – nella Cass., sez. un., 17 gennaio 2017, n. 964 – evoca il c.d. principio di sinteticità come principio generale del processo civile.

Non va neppure trascurata la dimensione europea: davanti ai giudici del Lussemburgo vigono rigorosi limiti quantitativi e spesso sono usati formulari (12).

I regolamenti comunitari sovente impongono modelli predeterminati (13).

La libertà di forme finisce per essere davvero confinata al margine della vita del processo civile.

#### 4.2- *Le sanzioni*

Ma “sinteticità e chiarezza sono davvero dei “principi”?”

Io ne dubito anche se auspico che lo divengano veramente, tenendo conto che sanzioni dei comportamenti con tali indicazioni già oggi possono essere delineate.

Per gli atti di parte direi che si tratta di norme di *bon ton* che possono urtare contro gli obblighi di lealtà e correttezza processuale individuati nell'art. 88 c.p.c.

La sanzione può essere vista nella condanna alle spese processuali e financo al risarcimento dei danni *ex art.* 96 c.p.c.

Per i provvedimenti del giudice l'obbligo è una conseguenza dei suoi doveri d'ufficio, al limite sanzionabile sul piano deontologico.

Le sentenze di oltre ottanta pagine, spesso usate per sfoggio di cultura giuridica, distolgono dalla rapida decisione delle altre, molte, cause.

Infatti la circolare del Consiglio superiore della magistratura n. 20691 del 2007, stabilisce che nelle valutazioni di professionalità del giudice si deve tener conto della “chiarezza, completezza espositiva e capacità di sintesi nella redazione dei provvedimenti”.

Purtroppo dubito che in concreto ciò avvenga. Ed è una delle tante occasioni perse nell'organizzazione della giustizia, che più conta delle (a volte) inutili riforme normative.

#### 5.- *Il principio di autosufficienza del ricorso in Cassazione e i protocolli.*

L'art. 366 c.p.c. stabilisce quali debbano essere, a pena d'inammissibilità, i requisiti di contenuto-forma del ricorso per Cassazione.

Il “diritto vivente” desumibile da un orientamento costante della Corte suprema ha portato ad una progressiva esasperazione “burocratica” di quello che è stato definito principio di autosufficienza, che ha preteso che tutte le censure alla sentenza impugnata fossero desumibili dal ricorso, senza far riferimento ad atti o

provvedimenti, pur presenti nel fascicolo.

Così, per fare un esempio, ove il ricorrente abbia denunciato errori di diritto nella interpretazione di un contratto, quest'ultimo avrebbe dovuto essere trascritto nell'atto, anche se era ben presente nel fascicolo.

L'incubo di una pronuncia d'inammissibilità, davvero grave per un difensore, ed anche fonte di una sua possibile responsabilità, hanno generato atti "monstrum".

Il fenomeno è stato aggravato dall'uso del computer e della video scrittura, con facili "copia-incolla".

Non solo, ma l'abolizione dell'imposta di bollo (più scrivi, più paghi) ha incentivato la lunghezza degli atti.

E qui si inserisce un interessante fenomeno degli ultimi anni e cioè i protocolli d'intesa tra magistratura e avvocatura per stabilire norme di comportamento condivise, in ultima analisi norme processuali, forse non vincolanti, ma dotate d'indubbia autorità concordata (14).

Per la Cassazione il 17 dicembre 2015 è stato sottoscritto un protocollo fra il primo presidente della Cassazione ed il presidente del Consiglio nazionale forense, nel quale, fra l'altro, si è ricondotto a ragionevolezza il menzionato principio di autosufficienza (15).

In molte sedi sono stati creati i c.d. osservatori sulla giustizia fra i vari operatori, giudici, avvocati, cancellieri per individuare "buone prassi" tali da sopperire alle inefficienze della giustizia (16).

#### 6.- *Le tecniche di redazione degli atti*

Credo che, più che andare alla ricerca di rigide definizioni normative per la redazione degli atti giudiziari e per la delimitazione del supposto principio di sinteticità, si debba far riferimento ad una regola di buon senso: la chiarezza e la sinteticità (contrapposta alla fumosità ed alla prolissità) favoriscono la concentrazione e la persuasione del lettore.

Ed è evidente che nella redazione dell'appello bisogna sempre individuare gli errori di fatto e di diritto compiuti dalla sentenza di primo grado, mentre nella redazione del ricorso in Cassazione le luci dei riflettori debbono accendersi sugli errori di diritto contenuti nella sentenza impugnata (17), ispirandosi sempre all'etica dell'essenzialità che prescinde dal numero di pagine o da un rigido modulo (come nei regolamenti comunitari).

#### 7.- *Un cenno conclusivo*

Chi abbia avuto la pazienza di leggere queste righe, forse troppo sintetiche, avrà la conferma che le riforme delle impugnazioni – appello e ricorso per Cassazione in particolare – nell'ordinamento italiano, vanno nel senso della restrizione delle impugnazioni, spesso votate all'inammissibilità.

Ed allora si dovrebbe rivalutare il giudizio di primo grado, che è l'unico nel quale può essere fatta la ricostruzione puntuale dei fatti rilevanti per la decisione della causa.

La conseguenza non è banale: al processo di primo grado dovrebbero essere destinati i giudici più esperti e non, come spesso accade, giudici onorari alle prime armi.

E gli avvocati dovrebbero impegnarsi fin dall'inizio nella ricerca ed illustrazione dei mezzi di prova a dimostrazione delle lesioni dei diritti fatti valere.

Purtroppo non sempre è così, mentre se tali indicazioni venissero perseguite, si potrebbe verificare una sorta di rivoluzione copernicana per portare ad una rapida definizione del contenzioso e ad un giusto processo.

## Note

Cappelletti, *Parere iconoclastico sull'appello*, in *Giur.it*, 1969, IV, p. 81 ss. *Contra* Allorio, *Sul doppio grado del processo civile*, in *Studi in onore di E. T. Liebman*, III, 1979, p. 1783 ss.; in generale E. Ricci, voce *Doppio grado di giurisdizione (principio del)*, in *Enc.giur.*, XII, p. 1 ss.

Sempre utile, anche se datato, Cavallone – Tarzia (a cura di), *I progetti di riforma del processo civile*, 2 voll., Milano, 1989; Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, 2 voll., Bologna, 2007; Taruffo (diretto da), *Il processo civile riformato*, Bologna, 2010, spec. Taruffo, *Introduzione: le ultime riforme della giustizia civile*, p. 1 ss.; Besso, Frus, Rampazzi, Ronco (a cura di), *Trasformazioni e riforme del processo civile*, Bologna, 2015.

Rinvio al mio Carpi, *E' sempre tempo di riforme urgenti del processo civile*, in *Riv.trim.dir. e proc. civ.*, 1989, p. 471 ss.

Si veda Carpi – Taruffo (a cura di), *Commentario breve al c.p.c.*, IX ediz., Padova, 2018, p. 1310, con l'indicazione dei casi di inappellabilità.

Carpi, *L'accesso alla Corte di cassazione italiana e alle Corti supreme dei Paesi europei*, in *Rev. de Processo*, 2012, p. 197 ss.

Carpi, *L'accesso alla Corte di cassazione ed il nuovo sistema di filtri*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 2010, p. 769.

In *Riv.trim. e proc.civ.*, 2017, p. 393 ss.

Taruffo, *Note sintetiche sulla sinteticità*, *ivi*, 2017, p. 453 ss.

Rasia, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2010; Colesanti, *Note in tema di crisi e "rinascenza" della motivazione*, in *Riv.dir.proc.*, 2017, p. 1399 ss.

(10) Chiarloni, *Formalismo e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino, 1995.

(11) Brunelli, *Misure minime di sicurezza per gli atti processuali digitali*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 2017, p. 511 ss.; Guernelli, *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurisprudenza e protocolli*, *ivi*, 2017, p. 511 ss.

(12) Biavati, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, *ivi*, 2017, p. 485 ss.

(13) Biavati – Lupoi (a cura di), *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2017; Biavati, *Diritto processuale dell'Unione europea*, 4<sup>a</sup> ediz., Milano, 2009.

(14) Sulla giustizia "consensuale" o accordi processuali si veda Canella, *Gli accordi processuali francesi volti alla "regolamentazione collettiva" del processo civile*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 2010, p. 549 ss.

(15) Carpi, *La redazione del ricorso in cassazione in un recente protocollo*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 2016, p. 359 ss.; Punzi, *Il principio di autosufficienza e il "protocollo d'intesa" sul ricorso in cassazione*, in *Riv.dir.proc.*, 2016, p. 585 ss.

(16) Berti Arnoaldi Veli, *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2011. Anche la Corte d'appello di Bologna, come molte Corti d'appello, si è dotata di un protocollo, in data 6 dicembre 2016.

(17) Rinvio al mio Carpi, *La tecnica di formazione nel ricorso per cassazione*, in *Riv.trim.dir. e proc.civ.*, 2004, p. 1017 ss.

# CONTRA LA CONCILIACIÓN INTRAPROCESAL EN EL PROCESO CIVIL: REFLEXIONES Y PROPUESTAS DE CAMBIO

Felipe Gorigoitia Abbott<sup>1</sup>

Claudio Meneses Pacheco<sup>2</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

El llamado a conciliación como trámite aplicable al juicio ordinario de mayor cuantía, fue incorporado al Código de Procedimiento Civil chileno (CPC) por la Ley 7.760, en 1944. A pesar de cierta importancia durante el S. XIX<sup>3</sup>, hasta ese momento se encontraba regulado exclusivamente respecto a los juicios sobre consentimiento para contraer matrimonio. Luego de una aparente mala valoración acerca de los escasos efectos de su inclusión como trámite voluntario<sup>4</sup> en 1994, con la Ley 19.334, el llamado se hizo obligatorio en la generalidad de los procedimientos (art. 262 CPC), estableciéndose como trámite esencial a efectos del recurso de casación en la forma (arts. 768 N°9 y 795 N°2 CPC).

La existencia y obligatoriedad del llamado a conciliación es una decidida apuesta por la solución alternativa de conflictos. La posibilidad de que el juez pueda instar a una resolución amistosa del asunto sometido a su conocimiento ha sido vista como una forma de pacificar el conflicto, evitando los costos de un litigio tanto para las partes como para el Estado. En ese contexto, el presente trabajo propone una visión crítica de este mecanismo que hoy no cumple con estándares mínimos, tanto desde la perspectiva de los métodos alternativos de solución de conflictos (en adelante, MASCS) como de las garantías procesales para los justiciables.

El artículo se divide en tres partes: en la primera (capítulo II) se intenta delimitar conceptualmente la conciliación, como actividad, para diferenciarla de la mediación, y como resultado, para distinguirla de la transacción y el avenimiento; en la segunda (capítulo III), se analizan las principales dificultades que tiene actualmente el sistema de conciliación intraprocesal del CPC; y en la tercera (capítulo IV), se formulan algunas propuestas de *lege lata* y *lege ferenda*.

## II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA CONCILIACIÓN

La regulación del llamado a conciliación se encuentra en el título II del Libro Segundo CPC. En ella se aprecia fácilmente que el legislador emplea el término conciliación en un doble sentido: como actividad y como resultado<sup>5</sup>. Como actividad, se refiere a la labor que cumple el juez con miras a obtener un acuerdo que permita terminar total o parcialmente el litigio<sup>6</sup>. Como resultado, se llama conciliación al acuerdo que llegan las partes fruto de la intervención judicial<sup>7</sup>.

Aunque podría estimarse más conveniente que la mencionada vaguedad no existiese, un análisis dogmático de la institución no puede desentenderse de los múltiples sentidos en que se emplea el término. Por el

1 Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Valparaíso. Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, España. Correo electrónico: felipe.gorigoitia@uv.cl

2 Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Valparaíso. Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: claudio.meneses@uv.cl

3 Dougnac (1996), pp. 113 y ss.

4 Pereira (1996), p. 188; Manso (2002), p. 158.

5 Carocca (2003), p. 136.

6 Por ejemplo, el art. 262 CPC dispone que “el juez llamara a las partes a conciliación...”.

7 Por ejemplo, el art. 267 CPC establece que “de la conciliación total o parcial se levantará acta...”.

contrario, cabe hacerse cargo de ella y perfilar el concepto, considerando y analizando todas sus expresiones. En ese entendido, a continuación, se estudiará la conciliación como actividad y como resultado, en especial para delimitarla de otros medios de resolución de conflictos (en particular, la mediación) y de otras formas autocompositivas (como la transacción y el avenimiento).

## 1. LA CONCILIACIÓN COMO ACTIVIDAD

### 1.1. Su diferenciación con la mediación

Como actividad, se emplea la denominación conciliación para hacer referencia a la gestión que se realiza para buscar un acuerdo que ponga fin a un conflicto, sea fructífera o no, con las características que veremos a continuación. Desde esta perspectiva, la conciliación es un método alternativo de resolución de conflictos, que se suele enumerar junto con la mediación y el arbitraje<sup>8</sup>.

Salvo algunas excepciones que las hacen sinónimas<sup>9</sup>, la gran mayoría de la doctrina distingue la mediación y la conciliación como medios similares, pero diversos. El problema surge al momento de aislar las notas distintivas de una y otra forma. Las explicaciones que se dan en este punto son múltiples, a veces incluso contradictorias.

Existe un relativo consenso en cuanto a las similitudes entre la conciliación y la mediación. Tanto en una como en otra existe un tercero sin facultades de decisión que procura que los interesados solucionen un conflicto de manera autónoma. En otras palabras, hay una persona ajena al conflicto que insta por lograr una salida autocompositiva, en un papel facilitador, sin capacidad de disponer del conflicto<sup>10</sup>.

La mediación tiene algunos elementos básicos en general aceptados. Barona la define como “un medio a través del cual un tercero, ajeno al conflicto, asume la función de reunir a las partes y ayudar a resolver sus desacuerdos”<sup>11</sup>. En una línea similar, la Ley 19.968 sobre tribunales de familia, en su artículo 103, la entiende como “aquel sistema de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, sin poder decisorio, llamado mediador, ayuda a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante acuerdos”. Por supuesto, al profundizar un poco sobre qué es la mediación surgen matices, pero siempre a partir del consenso antes indicado.

Las dificultades nacen porque no existe la misma claridad respecto a la conciliación. Probablemente por ser una institución más antigua, que ya existía en los ordenamientos procesales mucho antes del auge de los MASC, esta ha tenido un desarrollo legislativo y doctrinario diverso en cada ordenamiento jurídico, que ha llevado a que en cada lugar se le dote de peculiaridades distintas.

Sin afán exhaustivo, hay al menos dos características que suelen mencionarse al momento de buscar las diferencias entre la conciliación y la mediación: (1) la actividad del tercero en cada caso; y (2) el carácter público o privado del procedimiento.

(1) Para alguna doctrina más tradicional, tanto el conciliador y el mediador buscan la resolución del conflicto, con una diferencia: la composición del conflicto que ha de propugnar el conciliador debe ser justa, mientras que la del mediador no necesariamente. Colombo ha dicho que “la nota diferencial, frágil y valiosa, entre las dos formas de actividad se refiere, por el contrario, a la finalidad, puesto que la mediación persigue una *composición contractual cualquiera*, sin preocuparse de su justicia, mientras que la conciliación aspira a la *composición justa*”<sup>12</sup>. Este criterio es una muestra de la desconfianza que la mediación generaba en la doctrina, que solía mirar con cierto recelo la intervención de terceros en la resolución de conflictos<sup>13</sup>, que hoy se puede considerar, en general, superada. No se avizoran argumentos que permitan afirmar que los acuerdos a los que se pueda arribar en una conciliación gocen o deban gozar de mayor justicia que los se originen en una mediación.

8 Barona (2011), p. 197.

9 Nieva (2014), pp. 22 y 23.

10 Barona (2011), p. 199.

11 Barona (2011), p. 205.

12 Colombo (1996), p. 405. La cursiva es del original. En el mismo sentido, Pereira (1996), p. 192.

13 Por ejemplo, Manso (2002), p. 162.

La literatura más reciente de MASC también releva una diferencia en cuanto a la actividad de cada uno, pero en un sentido diverso. Mientras el conciliador tiene una intervención destinada solo resolver el conflicto, el mediador busca un acercamiento que va más allá de la su exclusiva solución, instando muchas veces a su suavización o simple gestión cuando aparece como insuperable<sup>14</sup>, pues su finalidad está vinculada principalmente con “recobrar la paz en una comunidad dada”<sup>15</sup>. La labor del mediador sería, en ese sentido, más compleja, más llena de matices, cuestión que se permite, también, por su mejor formación. Esta forma de acercamiento, al contrario de la anterior, asume la primacía de la mediación, pues conlleva una superación de las deficiencias de la tradicional conciliación<sup>16</sup>.

(2) Un segundo aspecto en el que surge una relativa diferencia entre la conciliación y la mediación tiene que ver con el carácter, en principio, público de una y privado de la otra. En líneas generales, se podría decir que la conciliación queda entregada a una autoridad, mientras que la mediación a un particular. Esta diferencia, que históricamente era clara dado el carácter desregulado e informal de la mediación, se ha ido perdiendo con el tiempo<sup>17</sup>. Es posible encontrar mediaciones entregadas a órganos estatales, como es en Chile la mediación obligatoria previa en casos de demanda por daños en contra de la Administración del Estado o sus funcionarios, en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, regulada en el artículo 43 de la Ley 19.966. No parecen verificarse, sin embargo, actos conciliatorios por particulares, por personas o entes privados de autoridad<sup>18</sup>. La única situación de particulares en la que se reconoce la posibilidad de conciliar es la de los árbitros, pero ellos, aparte de ser considerados jueces en nuestro ordenamiento<sup>19</sup>, son privados que detentan una autoridad que se origina en su investidura como tales.

## 1.2. La conciliación como actividad en el ordenamiento chileno

Puestos a realizar un análisis dogmático de la conciliación como actividad, resulta indispensable examinar cómo emplea el término el legislador nacional. Solo dicho examen podrá determinar cómo se ha de entender en el ordenamiento chileno un término que, como ya se ha advertido, tiene matices propios en cada ordenamiento.

El artículo 262 CPC establece el llamado a las partes a conciliación como obligatorio una vez terminado los trámites de la discusión, en toda clase de procedimientos, salvo en aquellos en los que no procede la transacción y otros que indica el mismo artículo. Se faculta, asimismo, al tribunal para que efectúe llamados adicionales con la misma finalidad, en cualquier momento, una vez evacuado el trámite de contestación de la demanda. El desarrollo de la audiencia de conciliación se reglamenta con detalle. Al juez se le asigna un papel activo, de amigable componedor, que “tratará de obtener un avenimiento total o parcial”, para lo cual “propondrá personalmente bases de arreglo”, pudiendo emitir opiniones que no lo inhabilitan para seguir conociendo del asunto (arts. 262 y 263 CPC).

A partir de la referida regulación del CPC, se ha definido a la conciliación como “aquel acto procesal que tiene por finalidad obtener la solución de un litigio sometido a la decisión del tribunal, mediante la autocomposición de las partes, sobre las bases de arreglo que aquel proponga, y, con ello, la conclusión del proceso”<sup>20</sup>. La conciliación, entonces, sería necesariamente procesal, ante el tribunal que conoce del asunto y con un rol activo del juez-conciliador. Los mencionados elementos definitorios, sin embargo, no están presentes en otras disposiciones en las que el legislador nacional considera la conciliación como mecanismo de resolución de conflictos. Hay casos en los que se contempla una labor conciliatoria extraprocesal, entregada a otros órganos y sin el papel protagonista del conciliador. Es lo que pasa en derecho laboral e indígena.

En materia laboral, dentro del procedimiento monitorio, en aquellos asuntos cuya cuantía sea igual

14 Barona (2011), pp. 205-206.

15 Núñez (2009), p. 98. En un sentido parecido, Gozáini (1995) p. 82.

16 Barona (2014), p. 8.

17 Alonso (2015) p. 116.

18 Núñez (2009), p.21.

19 Vásquez (2018), pp. 118 y ss.

20 Aldea (189), p. 176.

o inferior a diez ingresos mínimos mensuales, es obligatorio presentar previamente un reclamo ante la Inspección del Trabajo, quien deberá citar un a una audiencia de conciliación (art. 497 Código del Trabajo). Solo en caso de fallar esa gestión, sea por ausencia de alguna de las partes o por no arribarse a un acuerdo que permita prevenir el juicio, el interesado podrá demandar, para lo cual deberá acreditar el cumplimiento del trámite<sup>21</sup>. Además, se contempla la conciliación de este organismo en el caso de reclamos originados por término de la relación laboral, que se encuentra regulado en la Orden de Servicio N° 4, de la Dirección del Trabajo, de 21 de junio de 2002.

La Ley 19.253, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, también incluye un procedimiento de conciliación extrajudicial a cargo de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), quien tiene facultades conciliatorias respecto a asuntos sobre tierras en los que se encuentre involucrado algún indígena, tanto para prevenir contiendas como para concluir aquellas pendientes (art. 55). Es un procedimiento voluntario que se inicia a petición de una de los interesados. A lo acordado se le reconoce expresamente valor de equivalente jurisdiccional.

En ninguno de estos casos la conciliación es un acto procesal, interviene un juez o se establece para el conciliador una labor activa. No parece correcto, en consecuencia, atribuirle a estas circunstancias características definitorias. Son solo modalidades contingentes a una especie de conciliación, que podríamos llamar intraprocesal.

¿Qué caracteriza, entonces, a la conciliación como actividad? Postulamos que, en el ordenamiento chileno, la conciliación se caracteriza por ser un procedimiento llevado a cabo ante una autoridad, sea juez, árbitro o funcionario administrativo en el que se insta a las partes a llegar a un acuerdo que permita prevenir un litigio eventual o terminar uno pendiente. Esta forma de entender la conciliación incluye dos elementos definitorios de ella, que están en la línea de lo explicado en el apartado precedente:

- 1) La conciliación requiere de la intervención de un juez, árbitro o autoridad administrativa. En este sentido, se afirma que el conciliador es un tercero con “auctoritas e imperium”, que no ejerce, pero que lo distingue del mediador<sup>22</sup>;
- 2) La finalidad de la conciliación es poner término a un conflicto jurídico determinado, para precaver o terminar un litigio. Esto contrasta con la mediación, que tiene un acercamiento a los conflictos, no necesariamente vinculado con la evitación o conclusión de un litigio<sup>23</sup>.

Estimamos que la intervención activa del conciliador en proponer bases para un acuerdo no es una nota ineludible de este mecanismo. No lo es en el derecho comparado, en el que incluso describe el papel del conciliador como más bien pasivo<sup>24</sup>, ni se contempla como parte de su función en materia laboral<sup>25</sup> o de derechos indígenas. Por el contrario, parece ser algo propio de una forma precisa de conciliación, la del CPC, cuya ausencia tampoco debiese considerarse como relevante al momento de calificar el arreglo que pueda surgir, como se explicará más adelante.

Por lo demás, desde la perspectiva de la mediación, esta explicación tiene poco sentido práctico, pues pensar en un mediador que está impedido de plantear alguna base de acuerdo es reducir *in extremis* la utilidad de este mecanismo<sup>26</sup>. No encontramos ningún fundamento de peso para sostener que un mediador está inhibido de formular tales propuestas; al revés, lo encontramos útil y hasta deseable, siempre y cuando se preocupe de mantener su neutralidad y de resguardar la igualdad entre los involucrados.

21 Orellana (2010), p.65.

22 Castillejo (2017), p. 24.

23 Barona (2011), p. 205.

24 Montero (2009), p.233.

25 En este ámbito, la labor del conciliador se encuentra detalladamente reglamentada en la Orden de Servicio N° 4, de la Dirección del Trabajo, de 21 de junio de 2002, y en la Circular N° 22, de 27 de febrero de 2003, que contiene el Manual de Procedimientos de Conciliación. A pesar de ello, no se contempla la posibilidad de que el conciliador proponga bases de acuerdo. Sí se le atribuye un rol facilitador, al disponerse que “el funcionario que interviene en la gestión de una reclamación administrativa tiene por misión preponderante propiciar la celebración de un avenimiento justo y razonable” (art. 2°, letra J de la Orden).

26 Nieva (2014), pp. 22 y 23.



## 2. LA CONCILIACIÓN COMO RESULTADO. SU DISTINCIÓN CON LA TRANSACCIÓN Y EL AVENIMIENTO

Se suelen distinguir tres formas bilaterales de autocomposición: la transacción, el avenimiento y la conciliación. Esta clasificación tripartita no es aceptada por todos los autores. Para algunos toda autocomposición bilateral es, en definitiva, una transacción<sup>27</sup> y, para otros, el único criterio de diferenciación guarda relación con si el acuerdo con que se pone término al conflicto es judicial o extrajudicial<sup>28</sup>.

El deslinde entre la transacción, por un lado, y la conciliación y el avenimiento, por el otro, parece, a simple vista, más o menos claro. Estaría dado por el carácter extrajudicial de la primera y judicial de las dos restantes. Esto, sin embargo, admite algún matiz. Si bien nuestro Código Civil, separándose de otros códigos como el francés<sup>29</sup> o el español<sup>30</sup>, define a la transacción como un contrato por el cual se pone extrajudicialmente a un litigio pendiente o se precave uno eventual (art. 2446), se ha estimado que no hay inconvenientes en considerar como transacción aquel acuerdo que se realiza dentro del juicio<sup>31</sup>. Además, como ya se ha visto, existen conciliaciones extrajudiciales que impiden considerar este criterio como determinante.

Hay una diferencia más sustancial: la transacción supone concesiones recíprocas, renunciaciones de ambas partes en beneficio de una y otra. Ni la conciliación ni el avenimiento requieren de eso, siendo perfectamente posible que se den fruto de un allanamiento del demandado (o futuro demandado) o con un desistimiento o renuncia del demandante (o futuro demandante). Explica Couture que “son numerosos los casos de la vida forense en los cuales el demandado se allana y paga en el acto de la conciliación; y no son, tampoco, casos de laboratorio aquellos en los cuales el actor, enterado en el acto de conciliación de las defensas que le opondrá el demandado, prefiere ahorrarse el juicio a seguirlo en condiciones desventajosas”<sup>32</sup>.

Distinguida la transacción de otras formas autocompositivas, se podría postular una clasificación en la que la conciliación no cabría. Si el acuerdo es judicial, se hablará de avenimiento; si es extrajudicial, de transacción, sin más. La conciliación, entonces, podría conceptualizarse solo desde la perspectiva de la actividad, como una actividad facilitadora de autocomposiciones bilaterales o unilaterales, judiciales o no judiciales, de acuerdo con el momento en que se produzca<sup>33</sup>.

Una clasificación de este tipo puede tener sentido en otros ordenamientos, y también en el chileno si se consideran los casos de conciliaciones extrajudiciales, pero pierde algo de fuerza en el derecho nacional, básicamente por las dificultades originadas por la falta de regulación del avenimiento, lo que contrasta con lo que ocurre con la conciliación, bastante reglamentada en su procedimiento y resultado. El avenimiento como tal solo aparece mencionado como título ejecutivo en el art. 434 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, exigiéndose para ello que el acta en el que consta sea “pasada” ante tribunal competente y autorizada por un ministro de fe o dos testigos de actuación. La conciliación intraprocesal, a su vez, goza del valor de sentencia firme para todos los efectos legales, siempre que conste en un acta firmada por el juez, las partes que la deseen y el secretario (art. 267 CPC).

Esta diferencia tiene relevancia práctica: una ventaja en la ejecución de la conciliación intraprocesal sobre el avenimiento. Mientras la primera, en cuanto “sentencia”, puede ser cumplida en el mismo procedimiento por la vía incidental, al segundo solo se le reconoce la calidad de título ejecutivo, por lo que sería necesario el inicio de un nuevo procedimiento, ahora ejecutivo<sup>34</sup>.

27 Alcalá-Zamora (2000), p. 82.

28 Núñez y Larroucau (2018), p. 696.

29 Art. 2.044: La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

30 Art. 1.809: La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado.

31 Vodanovic (1985), p. 19.

32 Couture (2000), p. 179. En el mismo sentido, Casarino (2005), p. 189.

33 Núñez y Larroucau (2018), p. 696.

34 Núñez y Larroucau (2018), p. 696. En la jurisprudencia se ha sostenido que la ejecución de obligaciones emanadas de un avenimiento no puede someterse a las reglas del procedimiento incidental de los arts. 233-235 CPC, sino únicamente a las disposiciones del juicio ejecutivo regulado en el Libro III del código. Por ejemplo: Corte Suprema, rol 52-2000, 21 de marzo de 2001; Corte Suprema, rol 4695-2003, 2 de junio de 2004; Corte Suprema, rol 209-2004, 24 de abril de 2006.

Si la diferencia reviste importancia, cabe preguntarse, entonces, qué permite distinguir el avenimiento de la conciliación intraprocesal. Un criterio que normalmente se ha empleado guarda relación con el rol del juez en el acuerdo. Sigue esta línea, por ejemplo, Casarino, define la conciliación como “una manera de poner término a los juicios civiles, salvo las excepciones legales, mediante el acuerdo directo de las partes, producido en razón de proposiciones de base de arreglo formuladas por el tribunal”<sup>35</sup>. Empleando el mismo criterio, la Corte Suprema sostuvo que un acuerdo celebrado por las partes con motivo del trámite de conciliación desarrollada en la audiencia respectiva no admite la calificación de tal, dado que no quedó registro alguno de las bases propuestas por el juez: “[en] la especie, como surge de los antecedentes, si bien las partes formalmente arribaron al acuerdo de que se trata con ocasión de la audiencia celebrada ante el juez del trabajo que conocía de la causa, es cierto que de los mismos no aparece manera alguna que el citado acuerdo haya sido fruto de la intervención del citado magistrado, ni que este haya propuesto a las partes las bases del acuerdo alcanzado [...] Así las cosas, no es posible entender que en la especie se haya alcanzado una conciliación, entendida en los términos descritos en lo que antecede. Por el contrario, y al tenor de lo expuesto, solo cabe concluir que, si el juez llamado a proponer las bases de acuerdo no lo hizo y que, por la inversa, fueron las partes quienes, por sí mismas y en forma anticipada, lo alcanzaron de manera extrajudicial, el compromiso de que da cuenta el acta de la audiencia del juicio laboral tantas veces citado corresponde, verdaderamente, a la mera formalización ante la judicatura de un contrato por cuyo intermedio los interesados pusieron término a un litigio pendiente, esto es, una transacción, contrato que si bien fue presentado a la consideración del tribunal no por ello altera su naturaleza jurídica”<sup>36</sup>.

Este criterio parece equivocado, por cuanto, como se explicaba *supra*, la intervención activa del conciliador es contingente, no es propia de todas las conciliaciones que conoce nuestro sistema y tampoco es indispensable desde el punto de vista de la regulación del Código de Procedimiento Civil, quien, si bien llama al juez a proponer bases, no descalifica a un acuerdo directo o que prescinda de las propuestas como un posible resultado de ella. Incluso, el acta en la que se materializa el acuerdo debe consignar “solo las especificaciones del acuerdo”, sin mencionar las bases que se puedan haber formulado (art. 267).

La única diferencia entre la conciliación intraprocesal y el avenimiento, en consecuencia, es el momento en que el acuerdo se materializa. Si es en la audiencia llamada al efecto, se le podrá llamar conciliación y gozará de la fuerza que estatuye el art. 267 CPC; de lo contrario, será un avenimiento, y podrá ser título ejecutivo, en los términos del art. 434 N° 3 CPC. Ambos comparten el ser un acuerdo por el cual las partes ponen término a un litigio.

Como se explicaba, el acuerdo que permite la conciliación o avenimiento no necesariamente supone concesiones mutuas, pero, si las hay, ese acuerdo se regirá por el estatuto de la transacción, aunque no se estime propiamente como tal<sup>37</sup>. Esto es especialmente relevante al momento de entender los límites de este tipo de pactos y, eventualmente, para analizar los motivos de anulación, no ya procesal, sino civil de una conciliación o avenimiento<sup>38</sup>, en su calidad de, en términos de Pérez y Núñez, de “acto jurídico *bi fronte* (sustantivo-procesal)”, tal como también lo son la subasta judicial y la prórroga de competencia<sup>39</sup>.

En resumen, afirmamos que la conciliación y el avenimiento son acuerdos que permiten poner término a un conflicto. La conciliación se define por producirse en el contexto de una audiencia, *intra* o *extraprocesal*, en la que, como veíamos antes, participa un juez u autoridad administrativa. El avenimiento, por su lado, es un acuerdo necesariamente *intraprocesal* y que se produce al margen y con prescindencia de una audiencia llamada al efecto. Este acuerdo, si contiene renunciaciones mutuas, será regido por el estatuto de la transacción aunque no se estime como tal.

35 Casarino (2005), p.186.

36 Corte Suprema, rol 28.905-2015, 21 de julio de 2016.

37 Vodanovic (1985), p. 19.

38 Vodanovic (1985), p. 19.

39 Pérez y Núñez (2014), p. 90.

### III. MOTIVOS POR LOS QUE LA CONCILIACIÓN INTRAPROCESAL DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DEBE SER REEMPLAZADA

#### 1. ES UN MECANISMO POCO IDÓNEO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Como ya se ha dicho, el CPC entrega al juez un papel sumamente en la audiencia de conciliación. Se le comisiona como un amigable componedor que debe tratar de obtener un acuerdo y al que se le permite emitir opiniones, sin que ellas puedan configurar una causal de inhabilidad.

Se ha sostenido que la actividad del juez no contempla el hacer propuestas concretas de arreglo, sino solo sugerir algunos términos que permitan lograrlo. Aldea explica “que al juez corresponda proponer a las partes las bases de arreglo significa, en otras palabras, que debe cumplir una labor de acercamiento de los litigantes, instándoles a que traten de llegar por sí mismos a una composición amigable de la litis, haciéndoles ver las ventajas y superioridad que tal composición presenta frente al proceso, señalándoles al efecto todos aquellos puntos de hecho y de derecho que en su opinión pueden servir de base al arreglo”<sup>40</sup>.

En la práctica, se ha criticado cómo son ejercidas estas facultades por los tribunales. Existe una queja común en el sentido de que en ciertas ocasiones la audiencia de conciliación constituye una instancia de presión indebida para llegar a un arreglo que las partes realmente no quieren<sup>41</sup>. En esos casos, el tribunal no se limita a proponer bases o, muchas veces, términos concretos, sino que insiste en él de tal forma que los litigantes se pueden sentir ilegítimamente presionados para acordar algo, por el temor, no ya a una sentencia desfavorable, sino a las represalias que pueda tomar el sentenciador en ella como consecuencia del rechazo a su propuesta, que puedan resultar aún peores que el arreglo insatisfactorio que le ofrecen<sup>42</sup>.

Los excesos en esta materias se originan en la libertad que tienen los jueces para emitir opiniones, que muchas veces pueden ser auténticos pronósticos de su eventual fallo<sup>43</sup>. Si bien la jurisprudencia de nuestros tribunales ha advertido que solo las opiniones dadas en una audiencia llamada al efecto gozan de esta especial protección<sup>44</sup>, dentro de ella no se han reconocido límites claros, tolerándose comentarios completamente incompatibles con la imparcialidad tales como “tiene muy pocas posibilidades de ganar el juicio”<sup>45</sup>; “no le voy a dar lugar a la demanda”<sup>46</sup>; o, frente a una negativa a llegar a acuerdo, la advertencia de “se imaginará ya cuál es el criterio de la Sala”<sup>47</sup>.

Tan amplias facultades para promover una conciliación no son comunes en otros ordenamientos. En España, por ejemplo, se ve con mucho recelo cualquier actividad del juez que le pueda permitir salir de su papel de juzgador. Montero afirma que “el tribunal debe limitarse a facilitar el acuerdo entre las partes, pero son estas las que han de poner fin al litigio, sin que aquél pueda formular las propuestas de arreglo para que las partes las acepten o las rechacen. Dado que es el mismo tribunal el que está conociendo del proceso y el que intenta la conciliación, al no poder hacer propuestas de arreglo no existe el riesgo de que el tribunal prejuzgue la cuestión y de que fuerce la voluntad de las partes”<sup>48</sup>.

Desde la perspectiva de los mecanismos de resolución de conflictos, un presupuesto básico de cualquier tercero que intervenga sea como mediador o conciliador es que sea un tercero imparcial, desinteresado<sup>49</sup>. Esta imparcialidad se pierde cuando el juez que debe resolver el asunto es el mismo que llama a conciliar, en especial si se pretende que cumpla una labor activa. La imparcialidad se ve amenazada por las opiniones que puedan contener un anticipo de su decisión. Eso es un problema sin duda grave, que afecta las bases mismas del ejercicio jurisdiccional<sup>50</sup>.

40 Aldea (1989), p. 189.

41 Palomo y Valenzuela (2012), p. 446; Palomo (2014), p. 390.

42 Castillejo (2017), p. 35.

43 Palomo y Valenzuela (2012), p. 448; Castillejo (2017), p. 35.

44 Sentencias de Corte de Apelaciones de Santiago, rol 396-2011, de 11 de noviembre de 2011; y de Temuco, rol 218-2013, de 9 de octubre de 2013.

45 Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, rol 463-2016, de 2 de junio de 2016.

46 Sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1291-2014, de 23 de diciembre de 2014.

47 Sentencia de Corte Suprema rol 738-2015, de 21 de enero de 2015.

48 Montero (2009), p. 233.

49 Barona (2014), p. 209.

50 Cappelletti (1981), p. 50.

Sin embargo, las dificultades van mucho más allá. La sola posición del juzgador en relación con el litigio pendiente permite dudar de su idoneidad, debido al interés propio en el término del litigio. No se puede desconocer el evidente beneficio que tienen los jueces en caso de ser fructífera la conciliación. Un acuerdo, cualquiera que sea, implica un alivio en su carga de trabajo y, muchas veces, incluso puede reportar beneficios económicos por el cumplimiento de las llamadas “metas de gestión”. Eso es un poderoso incentivo por obtener arreglos e insistir en ellos más allá de lo aconsejable. Por supuesto, no todos los jueces superponen ese interés al correcto ejercicio de la función jurisdiccional, pero es un defecto del sistema el que se ponga en manos de un interesado la búsqueda de un término temprano del asunto, sin controles posteriores y sin límites palpables a sus facultades.

Todo lo anterior deja en evidencia la incompatibilidad de las funciones jurisdiccional y conciliatoria. Como se ha señalado en el procesalismo italiano de las últimas décadas, conciliar y juzgar son funciones profundamente diferentes entre sí, que requieren distintas técnicas y actitudes que rara vez se encuentran reunidas en el mismo órgano y en el mismo sujeto<sup>51</sup>.

Efectivamente, sus métodos y fines no coinciden, ya que mientras la función jurisdiccional se dirige a la resolución irrevocable de un conflicto con aplicación del Derecho vigente, la función conciliatoria se orienta a abrir caminos de entendimiento entre las partes para que sean estas las que compongan sus disputas. Esto, a su vez, determina el rol que corresponde a los sujetos involucrados en el conflicto, que en el caso del proceso jurisdiccional actúan como partes en posición de confrontación, en tanto que en el procedimiento conciliatorio deberían intervenir voluntariamente en un plano de cooperación. A propósito de lo mismo, el modo de solución es vertical en el primer caso (la sentencia es un acto de autoridad que se impone) y horizontal en el segundo (en rigor, debería emanar de un acuerdo libre y espontáneo). En fin, los factores legitimantes tampoco coinciden, ya que la decisión jurisdiccional se apoya en un debido proceso legal en el que las partes han podido defenderse en pie de igualdad y el tribunal ha basado su decisión en los hechos reconstruidos y en las normas aplicables; en cambio, en el procedimiento conciliatorio la solución se legitima en el consentimiento de las personas involucradas<sup>52</sup>. Como acotaba Cappelletti, el punto en discordia no dice relación tanto con la conciliación en sí misma como método de composición de conflictos, sino en el órgano y sujeto que debe oficiar como conciliador, que no puede ser el juez a cargo de conocer y fallar la controversia<sup>53</sup>.

La concentración de funciones jurisdiccionales y conciliatorias en una sola persona termina por desacreditar a ambas. No se cumplen los estándares que hoy se imponen al proceso jurisdiccional desde la perspectiva del debido proceso, al permitir a los jueces salir de su posición de imparcialidad para emitir opiniones y adelantar decisiones que, de otra forma, en cualquier otro momento, serían inaceptables. La imparcialidad del juzgador es un elemento fundamental de la potestad jurisdiccional y del debido proceso legal (art. 19 N°3 inc. 6° CPR; art. 14.1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos; art. 8.1 de la Convención americana sobre derechos humanos), que se define por la ausencia de interés y de prejuicio en la decisión de la controversia<sup>54</sup>. Cuando un magistrado emite opiniones sobre el fondo del asunto controvertido e incluso adelanta lo que resolverá, en definitiva, deslegitima la decisión jurisdiccional<sup>55</sup>. Anabalón advierte que el mecanismo de la conciliación así concebido tiene el grave inconveniente “de comprometer la imparcialidad de los jueces con motivo de las opiniones que emitan en favor de determinado arreglo, o despertar a lo menos suspicacias”<sup>56</sup>.

## 2. ES, HOY, UN TRÁMITE COMPLETAMENTE DESVIRTUADO

Sabemos que el llamado a conciliación puede ser obligatorio o facultativo. El primero es aquel que se produce al término de la fase de discusión; el segundo, el que se puede realizar en cualquier momento del juicio, una vez evacuado el trámite de contestación de la demanda. Ambos se encuentran hoy, por motivos que podrían considerarse contrapuestos, absolutamente desvirtuados, según veremos a continuación.

51 Denti (1980); Cappelletti (1981); Tedoldi (2015).

52 Para una visión de conjunto: Taruffo (2009); Nieva (2014), pp.20-24, 45-66; Bordali (2016), pp. 170-180.

53 Cappelletti (1981), pp. 50-52.

54 Bordali (2010), pp. 90-98; Romero (2014), pp.143-145.

55 Tedoldi (2015), pp. 987-990, 1002-1006.

56 Castillejo (2018), p.35.

## 2.1. La conciliación obligatoria: un trámite con poco sentido

Hace ya más de dos décadas que el llamado a las partes a conciliación es obligatorio una vez terminados los trámites de discusión, en todos los procedimientos en que no está expresamente exceptuado. Su omisión configura una causal de casación en la forma, que podría acarrear la anulación del procedimiento (arts. 768 N°9 y 795 N°2 CPC).

La obligatoriedad, con todo, es bastante relativa. Un elemento esencial de esta clase de mecanismos su carácter voluntario, en cuanto nadie puede ser obligado a siquiera discutir una salida distinta a la sentencia, si no lo desea<sup>57</sup>. Lo preceptivo, en realidad, es citar a las partes a la audiencia. Si ellas, debidamente notificadas, no asisten o, asistiendo, manifiestan su voluntad de no llegar a acuerdo alguno, el trámite se tendrá por cumplido. Se ha criticado esta situación, afirmando que imponer el deber de comparecencia sería aceptable a la luz de la buena fe procesal y beneficiaría las probabilidades de una salida pactada<sup>58</sup>. No concordamos con esta postura, pues el carácter voluntario de los MASC debe ser adecuadamente resguardado. No parece conveniente exponer a las partes a que asistan a una audiencia solo para reafirmar su voluntad de no conciliar, voluntad que no podrá ser sometida a cuestionamientos.

Al no ser obligatoria la asistencia, hay muchos llamados a conciliación que fracasan por la sola ausencia de las partes. Pero incluso cuando asisten, lo más frecuente es que se transforme en un trámite burocrático en el que el juez en realidad ni siquiera participa y que culmina con una escueta constatación de que llamadas las partes a conciliación ella no se produce<sup>59</sup>. No hay propuestas, bases de arreglo, ni siquiera una real intervención del juez. Hay, por el contrario, solo la voluntad de cumplir con el trámite burocrático para evitar futuras nulidades.

Cabe preguntarse qué sentido tiene mantener una diligencia con estas características, que retarda notoriamente la entrada a la fase probatoria, por los plazos que existen para citarla y por la necesidad de notificarla por cédula<sup>60</sup>. Al ser un trámite que queda encargado a la gestión del demandante, su notificación puede tardar hasta seis meses (más podría permitir en la declaración de abandono del procedimiento). A esto se suma el descrédito que para la conciliación y para el ejercicio de la función jurisdiccional supone la existencia de un trámite con este tipo de vicios.

## 2.2. La conciliación facultativa: ¿heterocomposición encubierta?

El llamado a conciliación facultativo puede producirse en cualquier etapa del procedimiento desde evacuado el trámite de contestación, mientras no haya una sentencia firme o haya operado otro equivalente jurisdiccional, incluso si está pendiente un recurso ante un tribunal superior<sup>61</sup>. El propósito de esta facultad parece razonable: el tribunal puede apreciar que existen posibilidades ciertas de acercamiento y terminar el litigio de forma colaborativa en cualquier momento. Muchas veces el avance del juicio, en especial la rendición de la prueba, permite una mejor perspectiva de los mismos interesados sobre sus reales probabilidades de éxito, lo que puede favorecer el acercamiento de posiciones.

Un llamado a conciliación después de la citación a oír sentencia a simple vista podría parecer una buena alternativa, pero en realidad no lo es. Hay un riesgo muy relevante de que ese llamado se transforme en una verdadera sentencia encubierta. En otras palabras, que lo que formalmente aparezca como una autocomposición no sea más que la voluntad del juzgador, traspasada a las partes en sus bases y opiniones vertidas. Una conciliación en esta oportunidad y en tales condiciones permite la imposición de soluciones jurídicas en lugar de incentivar la construcción autónoma de acuerdos satisfactorios. Esto último es autocomposición; lo otro es una mala manera de imponer soluciones verticales, por parte de un sujeto cuya auténtica función no es instar por arreglos sino ejercer su autoridad restableciendo el imperio del Derecho y brindando la tutela reclamada por los ciudadanos frente a situaciones conflictivas y lesivas. Por lo mismo, este procedimiento, junto con su deficiencia estructural, es disfuncional: en términos reales no permite la composición autónoma

57 Ramos (2010), p. 42.

58 Núñez y Larroucau (2018), p. 706.

59 Manso (2002), p. 161; Cortez (2013), p. 164;

60 Manso (2002), p. 161; Cortez (2013), p. 164;

61 Pérez y Núñez (2014), p. 87.

de las controversias, sino a descongestionar el sistema judicial.

Esta problemática se agudiza, al punto de hacerse intolerable, si el llamado a conciliación se hace en el último grado jurisdiccional, cuando ya no existen recursos ni otras formas de control de lo actuado por el tribunal. En los últimos años, este fenómeno se ha incrementado. Existe la tendencia de la Corte Suprema a llamar a conciliación después de la vista de la causa, cuando formalmente existe una decisión, aún privada (art. 81 Código Orgánico de Tribunales), que, se supone, ya ha resuelto la suerte del recurso. Aunque los niveles de éxito de estos llamados pueden resultar en principio llamativos y aparecer como una excelente forma de concluir el asunto, tras ese éxito hay un auténtico temor de los litigantes a aparecer como intransigentes y de sufrir las consecuencias de ello. Este temor es extendido y no del todo infundado. Se han visto casos en los que luego de no llegar a conciliación se condena al recurrente de casación al pago de las costas del recurso<sup>62</sup> (cuestión sumamente infrecuente, debido a que un recurso poco fundado es esperable que no pase el examen de admisibilidad), se resuelven recursos con criterios contrarios a los de jurisprudencia muy mayoritaria<sup>63</sup> o se ejercen de facultades oficiosas que permiten anular sentencias a pesar de estar frente a recursos notoriamente defectuosos, siempre en perjuicio de quien aparece como reticente a conciliar<sup>64</sup>.

Situaciones como estas constituyen abiertos atentados al derecho a la tutela judicial efectiva, al privársele a las partes de una sentencia sobre el fondo del asunto, a cambio de un acuerdo logrado por el temor a una sentencia desfavorable que no es susceptible de recurso alguno.

## IV. PROPUESTAS DE MEJORA

### 1. APLICACIÓN RESTRICTIVA DE LAS FACULTADES DE LOS ARTS. 262 Y 263 CPC

Postulamos que el conciliador no debe ser el mismo juez que falle. Mientras ello no se modifique, proponemos, de *lege lata*, una interpretación restrictiva de la conciliación, en cuanto a las oportunidades en que se efectúa el llamado y a las atribuciones del juez en ella.

En cuanto a las oportunidades, parece indispensable omitir el uso de este mecanismo en momentos en los que la cercanía del término del litigio sea una presión indebida, que pueda derivar en una autocomposición que no sea una auténtica superación del conflicto, sino la rendición frente a un criterio ajeno, ni siquiera explícito. Debe modificarse la práctica actual, que contempla un uso amplio de esta facultad, de una manera que, además, a veces lleva a justificar los temores de quien legítimamente no está por terminar de esta forma el conflicto. Por mucho que se valoren las formas autocompositivas, los justiciables tienen derecho a una sentencia sobre el fondo, que contenga un pronunciamiento sobre el mérito de sus pretensiones, sea favorable o desfavorable. Aquello no debe ser visto como una última opción, sino como el ejercicio de un derecho fundamental del ciudadano, que no cabe ser menoscabado ni desincentivado.

El llamado al abandono de las conciliaciones tardías debe ser atendido especialmente por la Corte Suprema. La completa ausencia de cualquier medio de impugnación, incluso extraordinario, para revisar la sentencia hace que la presión por acoger las bases que se propongan dificulta siquiera distinguir entre un acuerdo y una mera imposición. El acordar algo por el solo temor a una sentencia aún más desfavorable es un mal medio de composición del litigio<sup>65</sup>. Si bien un llamado tardío de tribunales de primera instancia o Cortes de Apelaciones igualmente puede condicionarse por la cercanía de un fallo, al menos en estos casos la presencia de recursos asegura algún control de la actividad del tribunal que en el caso de nuestra Corte Suprema simplemente no existe.

Por supuesto, hay situaciones más bien excepcionales en que fomentar el acercamiento entre las partes, incluso en etapas tardías, puede resultar recomendable. En especial se puede dar cuando el tribunal percibe que el conflicto se debe a falta de comunicación entre los litigantes o que la sentencia no va a resultar con

62 Por ejemplo, sentencia en causa rol 5.728-2012, de 28 de marzo de 2013.

63 Por ejemplo, sentencia en causa rol 100.621-2016, de 11 de septiembre de 2017, que estableció que la interrupción de la prescripción se producía con la sola presentación de la demanda.

64 Por ejemplo, sentencias en causas rol 87.790-2016, de 6 de noviembre de 2017; y rol 36.757-2017, de 26 de junio de 2018.

65 Castillejo (2017), p. 35.

una tutela satisfactoria de las pretensiones formuladas, pero deben ser situaciones aisladas, jamás guiadas por consideraciones como la carga de trabajo, la complejidad del caso a resolver o la conveniencia de alcanzar soluciones inspiradas en una equidad cerebrina.

Al llevarse a cabo, además, sería recomendable tomar ciertos recaudos que permitan cautelar los derechos de las partes y evitar suspicacias acerca de las consecuencias de la reticencia a acoger las propuestas efectuadas. Aquello se podría hacer si es que el ministro o juez que se encargue del llamado sea diverso a aquel o aquellos que fallen el asunto.

Además, durante el desarrollo de la audiencia, las facultades del conciliador deben ser ejercidas con mucha prudencia. El papel activo que le reconoce el art. 263 CPC y la posibilidad de proponer bases de acuerdo no pueden ser confundidos con una libertad absoluta para decir cualquier cosa. Resulta incomprensible que el juez, que en otro momento no está facultado para adelantar su decisión por medio alguno, ya que podría implicar una causal de recusación o implicancia, pueda desdoblarse e incluso prejuzgar de manera completamente impune. La imagen de imparcialidad del juzgador debe resguardarse en todo momento. Castillejo advierte que “se hace imprescindible no crear la apariencia de que se está prejuzgando la causa, faltando el juez a su imparcialidad, contaminándose, en una palabra”<sup>66</sup>.

Sostenemos que una acertada interpretación de las facultades del art. 263 CPC conlleva al menos tres limitaciones: (1) en caso alguno debe permitirse al juez dar opiniones acerca del mérito o demérito de las pretensiones sometidas a su conocimiento; (2) tampoco se le debe facultar para prejuzgar la prueba rendida; y (3) por supuesto, se le debe prohibir cualquier señal que pueda ser interpretada como una represalia por no acogerse su propuesta, como condenación en costas o similares<sup>67</sup>. El principio básico es tan sencillo como claro: la conciliación no puede ser, ni parecer, una forma de presión a las partes.

¿Qué opiniones podría entonces emitir el juez? Aquellas relacionadas con las consecuencias genéricas de la estimación o desestimación de las pretensiones deducidas o aquellas que solo busquen poner de manifiesto las virtudes de una salida negociada. Esto le permite tener actuar como conciliador, pero, a la vez, mantener en reserva las ideas que hasta el momento se haya hecho del asunto.

Consideramos, también, que se debe ser especialmente cuidadoso al proponer bases de acuerdo, debido a que ellas no deben ser cifras o prestaciones precisas, sino aproximaciones, criterios de solución que permitan que la pacificación del conflicto siga siendo de las partes y no de un tercero que puede alterar, a veces injustificadamente, sus expectativas con cantidades o prestaciones alejadas de sus posibilidades o del mérito del proceso. Estos llamados además deben ser transparentes y controlables, para lo cual es indispensable que queden debidamente registrados, en acta o grabados, según el caso<sup>68</sup>. Aunque una modificación en el contenido de las actas requeriría, en los asuntos civiles, una reforma del art. 267 CPC, que contempla que el acta en cuestión contenga “solo las especificaciones del arreglo”, un registro más completo sería posible mediante la grabación audiovisual de audiencias permitido por el art. 61, inciso final, del CPC, luego de la modificación de la Ley 20.886<sup>69</sup>.

## 2. INTERVENCIÓN DE LOS SECRETARIOS

De mantenerse la conciliación intraprosesal, tanto desde la perspectiva de la *lege ferenda* como la de la *lege lata*, parece recomendable entregar a los secretarios la labor conciliadora<sup>70</sup>. Esto permitiría la intervención de un letrado, que integra el tribunal, pero que está desvinculado con la resolución del asunto.

Desde la perspectiva orgánica, la posibilidad de encargar esta labor a los secretarios, en aquellos que tribunales que existe, es perfectamente posible con la legislación vigente. El creciente reconocimiento de este como una especie de juez instructor, en especial desde la modificación del art. 33 CPC<sup>71</sup>, se aviene con

66 Castillejo (2017), pp. 34-35.

67 Delgado (2018), p. 591.

68 Delgado (2018), p. 165.

69 Sandoval (2016), p. 164.

70 Núñez y Larroucau (2018), p. 712.

71 Sandoval (2016), p. 168; Núñez y Larroucau (2018), p. 709

este postulado, que puede encontrar una fácil recepción dada la amplitud de los términos en los que se permite la subrogación según el art. 214 COT. Lo deseable, sin embargo, sería avanzar aún más y entregar al secretario, dentro de sus propias funciones, la de llamar a conciliación, excluyendo de esta función al juez que está conociendo del asunto.

En aquellos juzgados de letras con dos jueces, en los que la función del secretario ha sido reemplazada por la del administrador (que no pertenece al escalafón primario el Poder Judicial), la conciliación podría ser encargada al juez que no deberá resolver el asunto. De esta forma se evitaría, aunque quizá con menos fuerza, la contaminación del juzgador con el resultado del llamado, en caso de no ser fructífero.

#### 4. LA MEDIACIÓN EN REEMPLAZO DE LA CONCILIACIÓN INTRAPROCESAL

Sin perjuicio de las otras medidas que hemos postulado, como propuesta de *lege ferenda*, consideramos que la solución óptima es la eliminación de la conciliación intraprocésal. Esto no quiere significar el olvido de mecanismos que permitan lograr una autocomposición, sino, simplemente, su reemplazo por otros más idóneos, que no tengan los defectos y riesgos que hemos venido reseñando. Por lo anterior estimamos conveniente implementar dentro del procedimiento la posibilidad de una mediación voluntaria, que se dé por acuerdo de los interesados y que el tribunal pueda sugerir<sup>72</sup>.

Una medida como la descrita podría despejar las dificultades de la conciliación sin renunciar a la posibilidad de instar a las partes a componer por sí el conflicto. La mediación es “una modernización y mejora de la vieja conciliación”<sup>73</sup>. La formación del mediador y los principios que la rigen dan mejores garantías de un proceso auténticamente autocompositivo, libre de los inconvenientes reseñados en este artículo.

#### Bibliografía citada

- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (2001): *Proceso, autocomposición y autodefensa* (Ciudad de México, Editorial Jurídica Universitaria).
- Aldea Moscoso, Rodolfo (1989): *De la autocomposición. Una contribución al estudio de la solución de conflictos jurídicos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- Alonso Furelos, Juan Manuel (2015): “El discutible destino de la conciliación en el ordenamiento jurídico español” en *Justicia* (Nº 2), pp. 105-166.
- Anabalón Sanderson, Carlos (1946): *Tratado práctico de Derecho Procesal Civil chileno* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, t. II).
- Barona Vilar, Silvia (2011): “Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (vol. 18, Nº1), pp. 185-211.
- Barona Vilar, Silvia (2014): “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*” en *In Dret* (Nº 4/2014), pp. 1-29.
- Bordalí Salamanca, Andrés (2010): *La independencia judicial en el Derecho chileno* (Santiago, AbeledoPerrot / LegalPublishing).
- Bordalí Salamanca, Andrés (2016): *Derecho jurisdiccional* (Valdivia, Derecho Austral).
- Cappelletti, Mauro (1981): “Appunti su conciliatore e conciliazione”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (vol. 35, Nº1), pp. 49-65.
- Carocca Pérez, Alex (2003): *Manual de Derecho Procesal* (Santiago, LexisNexis Chile, tomo II).
- Casarino Viterbo, Mario (2005): *Manual de Derecho Procesal: Derecho Procesal Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo III).
- Castillejo Manzanares, Raquel (2017): *El procedimiento de mediación en asuntos civiles, mercantiles y penales en España* (Valparaíso, Editorial Prolibros).
- Colombo Campbell, Juan (1997): *Los actos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tomo II).
- Cortez Matcovich, Gonzalo (2013) “Segunda parte: La fase de discusión” en Bordalí Salamanca et al. *Proceso civil: el juicio ordinario de mayor cuantía* (Santiago, LegalPublishing), pp. 99-170.
- Couture, Eduardo (2010): “Conciliación y transacción” en *Estudios de derecho procesal civil* (Santiago, Puntotex, vol. I), pp. 175-180.
- Delgado Castro, Jordi (2018): “Consideraciones sobre el rol y función del juez en proceso laboral a propósito de la conciliación” en Vázquez Palma, María Fernanda (Directora), *Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: Estado actual, problemas existentes y propuestas de solución* (Santiago, Legal Publishing Chile), pp. 577-593.
- Denti, Vittorio (1980): “I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative”, en *Rivista di Diritto Processuale* (vol. 35, Nº1), pp. 410-437.
- Dougnac Rodríguez, Antonio (1996): “La conciliación previa a la entrada en juicio en el Derecho patrio chileno (1823-1855)”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (vol. XVIII), pp. 111-168.

72 Castillejo (2017), p. 104.

73 Barona (2014), p. 8.



- Gozáini, Osvaldo (1995): *Formas alternativas para la resolución de conflictos* (Buenos Aires, Depalma).
- Manso Villalón, Macarena (2002): “Conciliación, trámite obligatorio”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (N° 211), pp. 155-168.
- Montero Aroca, Juan et alt. (2009): *Derecho Jurisdiccional II: Proceso civil* (Valencia, Tirant lo Blanch, 17ª edición)
- Nieva Fenoll, Jordi (2014): *Derecho Procesal I (Introducción)* (Madrid, Marcial Pons).
- Núñez Ojeda, Raúl (2009): *Negociación, mediación y conciliación. Como métodos alternativos de solución de controversias* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago).
- Núñez Ojeda, Raúl y Larroucau Torres, Jorge (2018): “La conciliación en los procedimientos civiles” en Vásquez Palma, María Fernanda (Directora), *Mecanismos alternativos de resolución de conflictos: Estado actual, problemas existentes y propuestas de solución*, (Santiago, Legal Publishing Chile), pp. 695-716.
- Orellana Torres, Fernando (2010): *Cuestiones procesales del procedimiento monitorio regulado en el Código del Trabajo y la forma de proceder en los casos de aplicarse las normas sobre régimen de subcontratación* en Revista chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (Vol. I, N° 2), pp. 61-70.
- Palomo Vélez, Diego (2014): “Sobre la conducta procesal de algunos jueces. De vuelta con la unidimensionalidad de la eficiencia y la potestad conciliatoria como excusa”, en *Revista Ius et Praxis* (vol. 20, N°1), pp. 377-396.
- Palomo Vélez, Diego y Valenzuela Villalobos, Williams (2012): “Los problemas de los poderes *ex officio* del juez laboral. Ahora a propósito de la potestad conciliatoria”, en *Revista Ius et Praxis* (vol. 18, N°1), pp. 439-456.
- Pereira Anabalón, Hugo (1996): “El juez conciliador”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. XVII), pp. 187-197.
- Pérez Ragone, Álvaro y Núñez Ojeda, Raúl (2014): *Manual de derecho procesal civil: Proceso ordinario de mayor cuantía* (Santiago, Legal Publishing Chile)
- Ramos Méndez, Francisco (2010), *El sistema procesal español* (Barcelona, Atelier, 8ª edición)
- Romero Seguel, Alejandro (2014): *Curso de Derecho Procesal Civil. Los presupuestos procesales relativos al órgano jurisdiccional y a las partes* (Santiago, LegalPublishing / ThomsonReuters, t. II).
- Sandoval Reyes, Sem (2016): “Notas sobre la tramitación digital de los procedimientos judiciales tras la irrupción de la Ley 20.886/2015”, en *Revista de Ciencias Sociales* (N° 68), pp. 155-174.
- Taruffo, Michele (2009): “Una alternativa a las alternativas. Modelos de resolución de conflictos”, en *Páginas sobre justicia civil*, traductor Aramburo Calle (Madrid, Marcial Pons), pp. 113-126.
- Tedoldi, Alberto (2015): “*Iudex statutor et iudex mediator*: proposta conciliativa *ex art. 185 bis C.P.C.*, precognizione e ricusazione del giudice”, en *Rivista di Diritto Processuale* (vol. 70, N°4-5), pp. 983-1006.
- Vásquez Palma, María Fernanda (2018): *Tratado de arbitraje en Chile* (Santiago, Thomson Reuters).
- Vodanovic Haklicka, Antonio (1985): *Contrato de transacción* (Santiago, Conosur).

## Jurisprudencia citada

- Corte de Apelaciones de Santiago, rol 396-2011, de 11 de noviembre de 2011.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1291-2014, de 23 de diciembre de 2014.
- Corte de Apelaciones de Santiago, rol 463-2016, de 2 de junio de 2016.
- Corte de Apelaciones de Temuco, rol 218-2013, de 9 de octubre de 2013.
- Corte Suprema, rol 52-2000, 21 de marzo de 2001.
- Corte Suprema, rol 4695-2003, 2 de junio de 2004.
- Corte Suprema, rol 209-2004, 24 de abril de 2006.
- Corte Suprema, rol 5.728-2012, de 28 de marzo de 2013.
- Corte Suprema, rol 31.719-2014, de 9 de noviembre de 2015.
- Corte Suprema, rol 738-2015, de 21 de enero de 2015.
- Corte Suprema, rol 28.905-2015, de 21 de julio de 2016.
- Corte Suprema rol 100.621-2016, de 11 de septiembre de 2017,
- Corte Suprema, rol 87.790-2016, de 6 de noviembre de 2017.
- Corte Suprema, rol 36.757-2017, de 26 de junio de 2018.

## Normas jurídicas citadas

- Circular N° 22, de 27 de febrero de 2003, que contiene el Manual de Procedimientos de Conciliación.
- Código Civil
- Código de Procedimiento Civil
- Código del Trabajo
- Código Orgánico de Tribunales
- Constitución Política de la República
- Convención americana sobre derechos humanos de 22 de noviembre de 1969
- Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966

Ley 7.760, de 5 de febrero de 1944, que modifica disposiciones que se indican de Código de Procedimiento Civil.

Ley 19.253, de 5 de octubre de 1993, que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena

Ley 19.334, de 7 de octubre de 1994, que introduce modificaciones al Código de Procedimiento Civil, en materia de conciliación.

Ley 19.966, de 3 de septiembre de 2004, que establece un régimen de garantías en salud.

Ley 19.968, de 30 de agosto de 2004, que crea los tribunales de familia.

Ley 20.886, de 18 de diciembre de 2015, que modifica el Código de Procedimiento Civil, para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales

Orden de Servicio N°4 de la Dirección del Trabajo de 12 de junio de 2002, que establece bases de funcionamiento del sistema de conciliación individual.

# PROCEDIMENTOS, DÉFICIT PROCEDIMENTAL E CONDUÇÃO ATIVA DOS PROCEDIMENTOS CIVIS PELO JUIZ NO BRASIL

**Fernando da Fonseca Gajardoni**

Professor Doutor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto (FDRP-USP) e do programa de Mestrado em Direitos Coletivos e da Cidadania da UNAERP. Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Juiz de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Princípios da adequação e da adaptabilidade (flexibilização) do procedimento. 2. Âmbito de aplicação dos princípios da adequação e da adaptabilidade 3. Princípio da adaptabilidade e sistemas de flexibilização do procedimento. 4. Do CPC/1973 ao CPC/2015. 5. Limites à aplicação do princípio de adaptação (flexibilização) é a condução ativa do procedimento pelo juiz: 5.1. Finalidade; 5.2. Contraditório útil. 5.3. Motivação. 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

## 1. PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO E DA ADAPTABILIDADE (FLEXIBILIZAÇÃO) DO PROCEDIMENTO

As formas e as regras processuais correspondem a uma necessidade de ordem, certeza e eficiência. Sua observância representa uma garantia de andamento regular e legal do processo e de respeito aos direitos das partes, sendo, pois, o formalismo indispensável ao processo.

Só que, como bem adverte autorizada doutrina, “é necessário evitar, tanto quanto o possível, que as formas sejam um embaraço e um obstáculo à plena consecução do escopo do processo; é necessário impedir que a cega observância da forma sufoque a substância do direito”.<sup>1</sup>

Por isto, o legislador, ao regular as formas (que em grande parte são o resultado de uma experiência que se acumulou durante séculos<sup>2</sup>), “deve preocupar-se em adaptá-las às necessidades e costumes do seu tempo, eliminando o excessivo e o inútil”.<sup>3</sup>

A adaptação do processo ao seu objeto e sujeitos, assim, dá-se, em princípio, no plano legislativo, mediante elaboração de procedimentos e previsão de formas adequadas às necessidades locais e temporais. Esta é a regra.

Mas é recomendável que ocorra também no próprio âmbito do processo, com a concessão de poderes ao juiz (e eventualmente às partes) para, dentro de determinados limites, realizar a adequação de forma concreta.<sup>4</sup>

Com efeito, a moderna ênfase que se dá ao aspecto eficaz do processo (no seu aspecto material e

1 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, 2. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1, p. 225. A cientista política Maria Teresa Sadek destaca, entre os fenômenos que compõem da nominada crise da justiça: a) crise estrutural do sistema de justiça; b) crise institucional; e c) crise relativa aos procedimentos (SADEK, Maria Teresa. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 1, maio 2004). Aponta ainda, nos termos de pesquisa que conduziu junto aos magistrados brasileiros, que logo após a falta de recursos materiais, indicada pela grande maioria como sendo o principal fator a obstaculizar o bom funcionamento do Judiciário, vem o excesso de formalidades nos procedimentos judiciais (ARANTES, Rogério Bastos; SADEK, Maria Teresa. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. *Revista da USP*, São Paulo, n. 21, p. 42, mar./maio 1994).

2 Para análise da evolução histórica da forma através dos tempos, cf., por todos, FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3 ed. Rio de Janeiro. Ed. Nau, p. 53-78.

3 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, v. 1, p. 226.

4 Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. Tese para professor titular. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2005, p. 61. O professor paulista aponta, ainda, que “deve a legalidade da forma ser abrandada por algumas idéias próprias do princípio da liberdade, no sentido de possibilitar ao juiz adequar a forma às necessidades e especificidades da situação concreta” (*Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, p. 424).

temporal), sugere que se deve conferir ao procedimento o ritmo necessário à efetiva atuação jurisdicional<sup>5</sup>. Se não se obtém isto por força de modelos legais aptos à tutela adequada e tempestiva do direito material, há de se conferir ao juiz “condições de acelerar procedimentos, ou de freá-los, de acordo com a necessidade concreta e sempre atendida a garantia dos superiores princípios do processo”.<sup>6</sup>

Fala-se em *princípio da adequação* para designar a imposição sistemática dirigida ao legislador, para que construa modelos procedimentais aptos para a tutela especial de certas partes ou do direito material<sup>7</sup>; e *princípio da adaptabilidade* (da flexibilização ou da *elasticidade processual*<sup>8</sup>) para designar a atividade do juiz de flexibilizar o procedimento inadequado ou de reduzida utilidade para melhor atendimento das peculiaridades da causa.<sup>9</sup>

A flexibilização do procedimento, assim, é condição inexorável da aplicação do princípio da adaptabilidade e da condução ativa do processo pelo juiz.

## 2. ÂMBITO DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO E DA ADAPTABILIDADE

Ambos os princípios se operam do ponto de vista subjetivo (partes)<sup>10</sup> ou objetivo (direito material).<sup>11</sup>

Subjetivamente, a qualidade das partes justifica a alteração do procedimento, eis que exatamente por isto não se estará quebrando a garantia constitucional da isonomia (art. 5.º, *caput*, da CF), mas sim a potencializando. Assim, o procedimento é legislativamente alterado para que o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública contem com prazos mais extensos para a prática dos atos processuais, contados de sua intimação pessoal (arts. 180, *caput*, 186, *caput* e § 1.º e 186, *caput* e § 1.º do CPC/2015); para que nos processos em que haja interesse de incapazes atue o Ministério Público (art. 178, II do CPC/2015);<sup>12</sup> etc. Mas nada impede que o juiz promova a variação ritual à luz das características da parte litigante, seja quando o legislador lhe dá expressamente tal atribuição (*v.g.* a inversão o ou distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos do art. 6.º, VIII, do CDC e 373, § 1º, do CPC/2015), seja quando

5 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed, 2001. p. 54-58.

6 NALINI, José Renato. Processo e procedimento – distinção e a celeridade da prestação jurisdicional, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, v. 730, p. 673-688, ago. 1996, precisamente p. 686. Afinal, os princípios constitucionais do processo incidem sobre a sua estrutura técnica, de modo que não só o legislador infraconstitucional deve traçar um processo que corresponda a estes princípios, mas também os processualistas devem extrair do sistema as tutelas que permitam a realização concreta do direito à adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional (MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 48).

7 Fredie Didier Júnior, ao se referir ao princípio da adequação, aduz que “a construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as idiosincrasias do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para esta circunstância, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional” (Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista Gênesis de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, jul./set. 2001, p. 530-541. Cf., também, BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 484-485.

8 Calamandrei, à luz da revogada legislação processual italiana, apontava que, sem esmorecer o princípio da legalidade das formas, a lei de seu país “temperava a excessiva rigidez, adotando no lugar de um tipo de procedimento único e invariável para todas as causas, um procedimento adaptável às circunstâncias, que pode ser, em caso de necessidade, abreviado ou modificado, podendo assumir múltiplas figuras, em correspondência com as exigências concretas da causa”. Ressalve-se, entretanto, que o autor apenas admitia o emprego da elasticidade com a eleição de caminhos previamente e genericamente estipulados pela lei, e não que as partes ou o juiz elegeassem livremente o melhor ato processual da série (CALAMANDREI, Piero. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: BookSeller, 1999. v. 1, p. 299-300).

9 Com efeito, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, embora recuse a submissão do procedimento ao arbítrio judicial, reconhece a necessidade de mais aguda atividade do juiz no bojo do processo, confiando-lhe sua efetiva direção (Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 55-84, jun. 2003, especialmente p. 58), razão pela qual, sendo o juiz agente político do Estado, “portador de poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos estados ocidentais contemporâneos”, não há “razão para enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento, sem liberdade de movimentos e com pouquíssima liberdade criativa” (A garantia do contraditório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 95, v. 346, p. 9-19, abr./jun. 1999, p. 13). Dinamarco, também ressaltando ainda não ser digerível a ideia de submissão total das regras de procedimento aos designios do julgador, aceita, no entanto, certa dose de liberdade do juiz, inclusive para amoldar o procedimento às especificidades do direito material (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996, p. 136). Cf., também, COMOGLIO, L. Paolo. Direzione del processo e responsabilità del giudice. In: *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè, 1979. v. 1, *passim*.

10 Destaque-se que neste aspecto diferenciamos nossa concepção de flexibilidade procedimental da adotada pela doutrina portuguesa, que só a admite com base em critérios objetivos fundados no direito material, não admitindo que o juiz afira a necessidade de adequação conforme os sujeitos, assegurando igualdade substancial das partes (cf. BRITO, Pedro Madeira de. O novo princípio da adequação formal. In: SOUZA, Miguel Teixeira (Coord.) *Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p. 64-65).

11 Em sentido semelhante cf. LACERDA, Galeno Velhinho de. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 161-170, 1976. O ilustre autor gaúcho, todavia, anota mais um aspecto na sua classificação, o teleológico, que, a nosso ver, por ter matiz objetiva e relacionada ao direito material, não necessita de autonomia classificatória.

12 No âmbito laboral, reconhece-se ao Ministério Público do Trabalho a atribuição de ajuizar ação na defesa do interesse de menores (CLT, art. 793; LC n.º 75/1993, art. 83, IV).

ele não foi capaz de antever regramento flexibilizador, pese sua imperiosidade para o restabelecimento do equilíbrio de forças entre os litigantes (utilização de procedimento diverso nos casos em que o réu, estando em local distante, tiver incapacidade ou grande dificuldade de se deslocar até a Comarca para a audiência inicial do rito sumaríssimo ou especial<sup>13</sup>).

Também em vista do direito material (objetivamente) é possível a variação ritual. A lei o faz, exemplificativamente, quando ordena os procedimentos comum e especiais à luz, entre outros critérios, da pretensão econômica (valor da causa); quando elege, embora sem o rigor que seria necessário<sup>14</sup>, direito que entende ser digno de uma proteção mais eficiente ou célere, tais como as possessórias, a ação de alimentos, a busca e apreensão em alienação fiduciária; ou quando, pela forma como se apresenta o direito material, concede tutela de maneira bem mais rápida ao jurisdicionado (mandado de segurança e monitória). Mas é possível que esta variação seja efetuada, da mesma maneira, pelo juiz, que verificando a inaptidão do procedimento para a tutela adequada ou potencializada do direito material, ordena a flexibilização, havendo ou não previsão legal específica a respeito (vide art. 139, VI, do CPC/2015).<sup>15</sup>

### 3. PRINCÍPIO DA ADAPTABILIDADE E SISTEMAS DE FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO

A aplicação do princípio da adaptabilidade, naturalmente, tem natureza subsidiária. Só incide nos casos em que o legislador não criou especificamente um procedimento individualizado e adequado para a tutela do direito ou da parte (como se pressupõe ter ocorrido com os procedimentos especiais). Se o procedimento é ideal e atende com perfeição às características do caso não há espaço para a adaptação.

A riqueza da práxis forense, todavia, bem tem demonstrado que o legislador é incapaz de modelar, com perfeição, procedimentos específicos para todas as situações cotidianas. Sempre há de surgir um caso novo que, por força do direito debatido ou da qualidade de um dos litigantes, justifique uma calibração do procedimento às circunstâncias da causa, e, portanto, a aplicação do princípio da adaptabilidade.

A partir desta constatação pragmática, o operador jurídico deve buscar, a bem da funcionalidade do sistema, a construção de uma teoria plausível para justificar a adaptação, algo que só é possível, como já anotamos, através da flexibilização das regras do procedimento.

Três são os sistemas de flexibilização (adaptação) procedimental.

O primeiro deles é o da flexibilização por força da lei. De fato, disposição legal pode autorizar o juiz a proceder a adaptação do procedimento à causa.

Esta autorização pode ser incondicionada – como o fez o legislador português no art. 6º e 547 do CPC luso – , caso em que a norma deixa, a critério do julgador, a variação procedimental adaptadora, sem indicá-la expressamente (flexibilização legal genérica); ou pode o legislador prever tramitações alternativas para a causa<sup>16</sup>, casos em que o juiz, conforme as opções previamente postas na legislação, elege a que pareça ser mais adequada para a tutela do caso em concreto<sup>17</sup>, não podendo, todavia, escolher outra fora do rol legal

13 Algo que corriqueiramente ocorre em ações de alimentos, cujo procedimento especial dos arts. 5.º a 7.º da Lei n. 5.478/1968, aliado à regra especial de competência do art. 53, II do CPC/2015, impõe o comparecimento do demandado hipossuficiente, muitas vezes domiciliado em outro Estado da federação, perante o juízo do domicílio do alimentando, sob pena de revelia. Não nos parece haver impedimento para que o juiz, à luz da reclamada hipossuficiência, deixe de decretar a revelia e aceite, sem maiores prejuízos ao autor, o processamento da demanda pela via ordinária.

14 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve introdução aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. In: *Manual dos procedimentos especiais cíveis de legislação extravagante* (coord. Fernando da Fonseca Gajardoni e Márcio Henrique Mendes da Silva). São Paulo, Método, 2006, p. 15-24, especialmente p. 20. No mesmo sentido Fredie Didier Júnior, para quem “as razões que levam à criação de procedimentos mais diferenciados, com técnicas ainda mais avançadas de tutela, não são assim tão claras e objetivas. Algumas espécies de direito material não têm a relevância e as peculiaridades próprias que imponham uma tutela mais rápida. No entanto, nitidamente por fatores ideológicos, a tutela especial é criada”, como ocorre no caso da busca e apreensão da alienação fiduciária e na execução extrajudicial do crédito hipotecário (Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento, p. 530-541).

15 O enunciado n. 35 da Escola Nacional de Formação de Magistrados (ENFAM), indica que: “Além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo art. 139, VI, do CPC/2015, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo”.

16 Vale lembrar que pesa controvérsia, na doutrina portuguesa, se estas situações de variantes procedimentais já predispostas pelo legislador são consideradas hipóteses de adequação formal. Pela negativa, cf. BRITO, Pedro Madeira de. O novo princípio da adequação formal, p. 38-40 e 67-68. Pela afirmativa, REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. 1, p. 263.

17 Em vista do revogado CPC italiano, Calamandrei apontava que o seu sistema, fugindo do arbítrio judicial na eleição do procedimento, construía o

(flexibilização legal alternativa).

Um segundo sistema é o da flexibilização procedimental judicial. *Ainda que não haja previsão legal alguma a respeito*, competiria ao juiz – com base nas variantes do caso em concreto (objetivas e subjetivas), e em verdadeiro controle da constitucionalidade/convencionalidade do procedimento – , modelar o procedimento para a obtenção de adequada tutela, elegendo quais os atos processuais que se praticarão na série, bem como sua forma e o modo.<sup>18</sup> Trata-se de modelo muito próximo ao da liberdade das formas, diferenciando-se dele, todavia, pelo caráter subsidiário de incidência. Neste regime, a flexibilização judicial só se daria em caráter excepcional e mediante uma série de condicionamentos, restando, pois, preservado o regime da legalidade das formas como regra. No regime da liberdade das formas a regra é que o juiz, em todos os procedimentos, delibere sobre o *iter*.

O terceiro sistema seria o da flexibilização voluntária das regras de procedimento (como ocorre na primeira parte do art. 21 da Lei de Arbitragem Brasileira – Lei 9.307/96). Competiria às partes eleger, através de convenções processuais, alguns procedimentos ou atos processuais da série, ainda que também em caráter excepcional e com condicionamentos.

#### 4. DO CPC/1973 AO CPC/2015

Por vinculado ao sistema da legalidade das formas, o CPC/1973 havia se filiado, preponderantemente, ao regime da rigidez procedimental, no máximo admitindo a flexibilização legal alternativa, com ampla incidência de tramitações procedimentais alternativas (variantes rituais previamente previstas pelo legislador) em detrimento do modelo legal genérico de flexibilização (vide artigos 355; 334, § 4.º; 932, IV c/c 1.011, I, todos do CPC/2015). Praticamente nada havia no CPC/1973 que autorizasse, do ponto de vista legal, o juiz ou as partes a, genericamente, calibrar o rito conforme as particularidades da causa (flexibilização legal genérica) ou interesse pessoal (flexibilização legal voluntária).

No anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas responsável pelo CPC/2015 pretendia-se substituir tal modelo rígido do CPC/1973 (flexibilização legal alternativa) pelo sistema da flexibilização legal genérica (tal qual no sistema português). O art. 107, V, do anteprojeto estabeleceu que o juiz dirigiria o processo conforme as disposições da lei, incumbindo-lhe “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”.

Se por um lado aplaudiu-se a norma proposta sob o fundamento de que, com isto, os procedimentos passariam a ser adequados às particularidades subjetivas e objetivas do conflito (e não o contrário) – inclusive tornando desnecessária a previsão exaustiva e dilargada de procedimentos especiais pelo legislador – por outro se encontrou forte crítica (e resistência) da comunidade jurídica com a ampliação dos poderes do juiz na condução ativa do procedimento; com o risco de que, operacionalizada a flexibilização, perdesse-se o controle do curso processual (da previsibilidade), principal fator para a preservação, desde a descoberta do país, do modelo da rigidez formal.

Em busca de um consenso político necessário, o legislativo brasileiro optou por manter a possibilidade de flexibilização legal genérica do procedimento, porém de modo mitigado. Assim, limitou-se, tal como previsto aprovado art. 139, VI, do CPC/2015, a flexibilização legal genérica do procedimento a duas hipóteses: o aumento de prazos (não é permitida a diminuição de prazos) e a inversão da produção dos meios de prova.

Mas o CPC/2015 foi um pouco mais além.

---

procedimento não como uma peça só, mas sim como um “mecanismo composto de peças desmontáveis e combináveis entre si de distintas maneiras, que corresponde à sensibilidade das partes e à prudência do juiz ao montar caso a caso do modo mais conforme aos fins da justiça” (CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*, v. 1, p. 300).

18 Calamandrei, ao investigar o poder criador do juiz, anota que em alguns casos o sistema processual substitui a fórmula de criação legislativa do direito pela de formulação judicial, casos em que, mesmo não havendo os caracteres de generalidade e abstração próprios da lei, o comando judicial, ainda que limitado e em caso singular, tem eficácia inovativa típica do ato legislativo (CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*, v. 1, p. 165).

Estabeleceu, no art. 190, o modelo da flexibilização voluntária do procedimento (cláusula geral de negócio jurídico processual), autorizando às partes plenamente capazes, nas causas sobre direitos que admitam autocomposição: a) estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa; e b) convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Permitiu, inclusive, que as parte, junto ao juiz (negócio jurídico plurilateral), fixassem calendário processual (art. 191 do CPC/2015).

Concluindo: o CPC/2015 trabalha concomitantemente com o 03 (três) modelos de flexibilização procedimental, ao menos dois deles relacionados à condução ativa do processo pelo juiz.

A regra geral continua a ser a da flexibilização legal alternativa (tramitações processuais alternativas), em que o juiz determina o andamento da causa com alguma liberdade, mas dentro de alternativas pré-dispostas no sistema pelo legislador.

Mas se autorizou, ainda que mitigadamente, a flexibilização legal genérica do procedimento, permitindo que o juiz amplie prazo e inverta a ordem de produção de provas (apenas), independentemente de autorização legal específica e expressa (art. 139, VI, do CPC/2015).

Além disso, avançou-se profundamente no tocante à flexibilização legal voluntária, autorizando as partes capazes a, genericamente, através de convenções processuais, alterar os procedimentos e até seus poderes, deveres, ônus e obrigações, nas causas que admitem autocomposição, exemplificativamente, ampliando ou reduzindo prazos; convencionando julgamento em instância única, com renúncia a recursos; estabelecendo divisão das verbas de sucumbência; pactuando cláusula de paz (determinado tempo em que fica vedado o acesso à Justiça), etc.

O grande desafio da doutrina processual civil brasileira, doravante, é interpretar o art. 190 do CPC/2015 para compreender esta mitigação do publicismo processual advinda da nova legislação, estabelecendo quais são os limites da autonomia da vontade das partes no âmbito dos negócios jurídicos processuais<sup>19</sup>. Afinal, o que as partes podem e não podem convencionar a respeito do procedimento e das situações jurídicas processuais?

Por evidente, para além destes 03 (três) modelos de flexibilização estabelecidos em lei no Brasil, parcela da doutrina e jurisprudência continua a admitir a flexibilização judicial do procedimento mesmo à míngua de previsão legal expressa autotrizativa, em verdadeira admissão de um modelo de *case management* à brasileira. Evidentemente, a admissão deve se dar dentro de parâmetros minimamente seguros, sob pena de se comprometer a previsibilidade do processo (as regras do jogo) e a segurança jurídica.

## 5. LIMITES À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADAPTAÇÃO (FLEXIBILIZAÇÃO) É À CONDUÇÃO ATIVA DO PROCEDIMENTO PELO JUIZ

Obviamente, algum critério, ainda que mínimo, deve haver para que possa ser implementada a variação ritual nas hipóteses de flexibilização legal genérica (art. 139, VI, do CPC/2015) ou da flexibilização judicial do procedimento (sem previsão legal), sob pena de tornarmos nosso sistema imprevisível e inseguro, com as partes e o juiz não sabendo para onde o processo vai e nem quando ele vai acabar.<sup>20</sup> A condução ativa do

19 Para uma análise mais acurada do tema, cf. os comentários ao art. 190 do CPC/2015 in: Gajardoni, Dellore, Roque e Oliveira Jr. *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC/2015*. São Paulo: Método, 2015. Cf, também, Antonio do Passo Cabral. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodvm, 2016.

20 No direito português, onde a adequação formal é expressamente permitida, apontam-se como requisitos condicionantes da flexibilização: a) prévia oitiva dos interessados; b) alteração procedimental pautada e fundamentada em critérios objetivos fundados no direito material: não se pode admitir que o juiz afira a necessidade de adequação conforme os sujeitos, já que não se espera que através deste instrumento ele assegure igualdade substancial das partes; c) a alteração não pode servir para determinar o afastamento da preclusão já verificada: tal regra, além de subverter a lógica do sistema e beneficiar às escâncaras a parte desidiosa, oportunizaria retardamento do curso processual; d) estabelecimento de uma seqüência procedimental em princípio rígida, que oferte um mínimo de certeza aos litigantes: a necessidade de segurança e o próprio acesso à justiça impõem que se garanta um conhecimento efetivo e prévio de todo o procedimento que se seguirá; e e) respeito aos demais princípios fundamentais do processo: como o do contraditório, da ampla defesa (não pode haver restrição aos articulados previstos em lei), do dispositivo, da economia processual (a fixação não pode contemplar atos inúteis, sendo ilegal a assim prevista) e da fundamentação (sem o que a parte não poderá controlar a pertinência da flexibilização) (BRITO, Pedro Madeira de. O novo princípio da adequação formal, p. 64-65). De acordo com Carlos Ferreira “o estabelecimento do princípio da indisponibilidade das formas processuais, sem limitações, merece-nos alguma dúvida. Compreende-se que certos princípios base do processo patrocinado pelo Estado como a igualdade das partes e a imparcialidade e dignidade do tribunal não possam ser, em nenhum caso, afastados pelas partes. Esta idéia vale também para os poderes de adaptação do juiz” (FERREIRA, Carlos. Os poderes dos juizes e das partes. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, n. 3, p. 215, 1990).

procedimento pelo magistrado, seja com base na lei ou na doutrina/jurisprudência, deve se ater a limites estabelecidos pelo sistema jurídico (ainda que não positivados).

Este critério consiste na necessidade de existência de um motivo para que se implemente, no caso concreto, uma variação ritual (finalidade), na participação das partes da decisão flexibilizadora (contraditório), e na indispensabilidade de que sejam expostas as razões pela quais a variação será útil para o processo (motivação).

## 5.1. FINALIDADE

A primeira condição para a variação ritual é a finalidade. Como regra, os procedimentos seguirão o esquema formal desenhado pelo legislador, o que lhes garante indiscutível segurança e previsibilidade. Só em caráter excepcional é que se permitirá a flexibilidade.

Três situações mais específicas autorizarão a variação.

A primeira delas – a mais comum – ligada ao direito material: toda vez que o instrumento predisposto pelo sistema não for apto à tutela eficaz do direito reclamado, possível a variação ritual. É o que ocorre com ampliação de prazos rigidamente fixados em lei para garantir a defesa, com a ampliação da fungibilidade de meios em favor da tutela dos direitos, entre outras situações práticas que oportunamente serão tratadas.

A segunda relacionada com a higidez e utilidade dos procedimentos, isto é, com a possibilidade de dispensa de alguns empecilhos formais irrelevantes para a composição do *iter*, que de todo modo atingirá seu escopo sem prejuízo das partes.

Com efeito, o juiz, no caso concreto, deverá verificar a idoneidade da exigência formal, desprezando-a caso não haja lógica para a imposição legal havida por mero culto à forma.<sup>21</sup> Exemplificativamente, é o que se dá com a inversão da ordem de produção de provas (arts. 139, VI e 469, *caput*, CPC/2015). A precedência do exame pericial à colheita da prova oral, além de gerar a realização de dispendiosa perícia para aferição do dano em momento anterior à comprovação do próprio dever de indenizar, não se justifica do ponto de vista finalístico, já que não há razão lógica para esta precedência. Ouvir o perito na mesma audiência em que se ouvirão as partes e as testemunhas, é tecnocracia incompatível com a possibilidade de ser designado posteriormente novo ato para esta finalidade.

Finalmente, a terceira situação que autoriza a variação ritual tem relação com a condição da parte. Nada impede que o juiz, a bem da proteção do hipossuficiente e equilíbrio dos contendores, altere o procedimento para a composição de uma igualdade processual e material consoante os valores constitucionais.<sup>22</sup> É o que ocorre com a superação de regras rígidas de preclusão em favor do necessitado cuja defesa técnica e gratuita não seja adequada. Ou que o juiz, a vista do requerimento conjunto e consensual dos litigantes, admita a calendarização do processo (art. 191 do CPC/2015)

## 5.2. CONTRADITÓRIO ÚTIL

A segunda limitação à condução ativa do procedimento pelo juiz (flexibilização procedimental) é o respeito ao princípio do contraditório.

O contraditório é princípio que pode ser decomposto. Na sua faceta formal, diz-se que só é operacionalizado se as partes tiveram oportunidade de *participação*. Na sua faceta material, tem-se o contraditório apenas se a participação foi capaz de *influir* na decisão proferida.<sup>23</sup>

Uma perspectiva do contraditório não convive sem a outra. Ninguém influi em uma decisão sem participar do processo de elaboração dela. Tampouco vale a participação meramente por participar, sem efetiva e real possibilidade de atuar sobre o convencimento do órgão jurisdicional, vale dizer, sem que o

21 Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, p. 423-425.

22 Cf. GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 24, p. 74-78, mar. 2005.

23 Cf. TARZIA, Giuseppe. La parità delle armi tra le ter parti e poteri del giudice nel processo civile. *Studi Parmensi*, v. 18, p. 357-359, 1977; TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 370; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 258-259; GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório, p. 74-78.



contraditório seja útil.

Mas para que a parte possa *participar-influindo*, é mister que tenha conhecimento e que seja comunicada, pela lei ou pelo juiz, sobre o curso do processo, mais precisamente sobre os atos processuais que se praticarão. O juiz participa em contraditório no processo pelo diálogo com as partes, sendo seu dever convidá-las ao debate quando pretenda inovar no processo, quando pretenda tomar alguma providência fora do padrão legal, ou quando vá adotar oficiosamente solução até então não vislumbrada pelos litigantes ou expressada na lei.<sup>24</sup> É o que se pode extrair dos arts. 9.º, *caput* e 10 do CPC/2015.<sup>25</sup> Também, em leitura mais ampliada, do princípio da cooperação (CPC/2015, art. 6.º), pelo qual todos os sujeitos do processo (em geral, partes e juiz) convergem esforços em prol da *decisão de mérito* (mais) *justa e efetiva*.

Dentro destas coordenadas, o princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de influir nas decisões judiciais, mas faz também depender da participação das partes a própria formação dos procedimentos e dos provimentos judiciais.<sup>26</sup>

Tem-se, então, um trinômio: *conhecimento-participação-influência*, sem o que o princípio do contraditório não se opera em sua completude.

Não há mais, no processo civil moderno, espaço para a investigação solitária do órgão judicial em verdadeiro monólogo, pois “o diálogo recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”<sup>27</sup>, tudo a contribuir para a mais adequada tutela do direito material.

Logo, se não se pode tomar as partes de surpresa sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, eventual alteração procedimental não prevista no *iter* estabelecido legalmente depende da plena participação delas, até para que as etapas do procedimento sejam previsíveis.<sup>28</sup>

E isto só será possível se o julgador, antes da alteração da rígida regra legal, propiciar às partes efetiva oportunidade para se manifestarem sobre a conveniência da inovação, pois, ainda que não estejam de acordo com a flexibilização do procedimento, a participação efetiva dos litigantes na formação desta decisão é o bastante para se precaverem processualmente, inclusive valendo-se de recursos para reparar eventuais iniquidades.<sup>29</sup>

Evidentemente, a necessidade de contraditório para as inovações procedimentais é exigência que só se coaduna com o espírito dialético do processo se a participação da parte para a formação do novo

24 DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: \_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. v. 1, p. 124-135, especialmente p. 135. Cf. também GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: \_\_\_\_\_. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 17-25, 31-32 e 34-37.

25 Em primeira manifestação genérica sobre o assunto, o TST posicionou-se favoravelmente à incidência de referidos textos normativos no processo laboral, consoante art. 4.º da Instrução Normativa n. 39/2016:

“Art. 4.º *Aplicam-se ao Processo do Trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os artigos 9.º e 10, no que vedam a decisão surpresa.*”

§ 1.º *Entende-se por ‘decisão surpresa’ a que, no julgamento final do mérito da causa, em qualquer grau de jurisdição, aplicar fundamento jurídico ou embasar-se em fato não submetido à audiência prévia de uma ou de ambas as partes.*

§ 2.º *Não se considera ‘decisão surpresa’ a que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário.*”

26 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório, cit. p. 16. De acordo com o autor, para que seja atendido o contraditório, “insta a que cada uma das partes conheça as razões argumentações expandidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas, etc.) Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial. O mesmo se diga no concernente à formação do juízo de direito, nada obstante decorra dos poderes de ofício do órgão judicial ou por imposição da regra *iura novit curia*, pois a parte não pode ser surpreendida por um novo enfoque jurídico de caráter essencial tomado como fundamento da decisão, sem ouvida os contraditórios”.

27 Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que ainda bem aponta a necessidade de ser afastada a concepção primitiva de que o contraditório só recai sobre as provas (A garantia do contraditório, p. 13).

28 Cf. SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 133. Cf. também, MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, cit., p. 254.

29 Neste sentido, aduz Artur Stamfords que provocada a participação das partes, legitima-se a decisão não tanto pela justificativa, como prevê o direito processual, mas sim pela formação de um clima social que institucionaliza o reconhecimento da opção por força da participação na sua adoção (STAMFORDS, Artur. As audiências judiciais como processo de legitimação e justiça social: à luz da teoria da justiça de Rawls e da legitimação pelo procedimento de Luhman. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, Olinda, v. 3, n. 7, p. 55, jan./jun. 1998. Também Niklas Luhmann, ao anotar que a discussão é mecanismo legitimador pois, “a função legitimadora do procedimento não está em se produzir consenso entre as partes, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Ed. da UnB, 1980, p. 4 e 64-68).

rito for útil, isto é, capaz de lhe assegurar alguma vantagem. Se a variação ritual lhe for ser benéfica, sua participação pode ser excepcionalmente e licitamente tolhida, pois acabaria consistindo em um simples participar por participar, o que, além de retardar a prestação jurisdicional, vai de encontro, como já vimos, à faceta material do contraditório, mais precisamente na capacidade de influir na decisão. Daí porque, já se advirta, haverá, ora ou outra, excepcionalmente, possibilidade de flexibilização procedimental mesmo antes da oitiva das partes.<sup>30</sup>

Portanto, no âmbito da flexibilização dos procedimentos, toda vez que for adequada a inversão da ordem, inserção ou exclusão de atos processuais abstratamente previstos, a ampliação dos prazos rigidamente fixados, ou outra medida que escape do padrão legal, indispensável a realização de contraditório preventivo<sup>31</sup>, desde que útil aos fins colimados pela variação ritual.

### 5.3. MOTIVAÇÃO

Derradeiramente, o último requisito para a implementação das variações rituais é a necessidade de fundamentação da decisão que altera o *iter* legal, condição esta que não diverge, por força de disposição constitucional (art. 93, IX, da CF), da sistemática adotada para toda e qualquer decisão judicial.

Trata-se de imposição de ordem política e afeta muito mais ao controle dos desvios e excessos cometidos pelos órgãos jurisdicionais inferiores na condução do processo do que propriamente à previsibilidade ou a segurança do sistema.<sup>32</sup> É na análise da fundamentação que se afere em concreto a imparcialidade do juiz, a correção e justiça dos próprios procedimentos e decisões nele proferidas.

## 6. CONCLUSÃO

No âmbito do procedimento processual brasileiro, há considerável espaço para a condução ativa do procedimento pelo juiz, vez que para além das hipóteses de flexibilização legal do procedimento (tramitações processuais alternativas e art. 139, VI, do CPC/2015), também se reconhece certo poder inventivo do magistrado na eleição do procedimento.

Afinal, nos modelos da flexibilização legal genérica mitigada (art. 139, VI, do CPC/2015), ou mesmo na admissão dos poderes de flexibilização judicial (sem autorização legal expressa), reconhece-se ao juiz importante papel de condução ativa dos procedimentos, eleitos conforme as particularidades da causa.

Vige, por assim dizer, um verdadeiro *case management* à brasileira. Não como ação generalizada governamental e uniforme dos tribunais; ou como uma ação legislativa em prol da eficiência do Judiciário. Mas sim como ação isolada, individualizada, casuística, construída pelo magistrado conforme o caso concreto, a fim de conduzi-lo ativamente de forma a fazer com que o processo alcance melhor resultado.

Evidentemente, há limites e regras ao manejo dos poderes de flexibilização e condução ativa do procedimento pelo juiz, pois ao representarem quebrantamento dos modelos legais de procedimentos, corre-se o risco de as partes serem surpreendidas por uma tramitação que rompa a previsibilidade e a segurança jurídica.

Por isso o grande desafio da doutrina na admissão da condução ativa dos procedimentos processuais pelo juiz no Brasil (*case management*), é definir quais são os limites e em que extensão os juízes têm este dever/

30 É o que ocorre, por exemplo, quando o magistrado, para possibilitar conciliação antes da apresentação da resposta pelo réu, manda citá-lo para comparecimento à audiência de conciliação, da qual iniciará o lapso, caso infrutífero o acordo, para oferecimento de contestação. Observe-se que a variação ritual ordenada será feita sem oitiva das partes, já que para o autor a providência não lhe causa prejuízo algum, e para o réu menos ainda, já que verá ampliado seu prazo para responder à demanda. Tem-se, aqui, típico exemplo de contraditório inútil, como tal possível de ser dispensado.

31 De acordo com Antonio Carrata, a expressão contraditório preventivo deve ser entendida como “o princípio geral que obriga o juiz a sobrepor a preventiva discussão entre as partes o exercício de seus poderes de ofício” (Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatório, *Rivista de Diritto Processuale*, Padova, ano 56, n. 1, p. 73-103, jan./mar. 2001, p. 100-101).

32 Na Teoria Geral do Direito vê-se a fundamentação como fator de legitimação do sistema jurídico, da própria atuação do magistrado como agente do poder político, ou como método de domesticação do poder (cf. CAYMNI, Pedro Leonardo Summers. O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema jurídico. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 17, p. 115-133, ago. 2004). A advogada Maria Cristina da Silva Carmingnani, após louvar a possibilidade de flexibilização judicial do direito através da adaptação das decisões aos casos concretos, ressalva que sempre o comando adaptador deve ser fundamentado e nunca completamente divorciado dos princípios que regem o sistema, o que afasta o risco de arbitrariedades (CARMINGNANI, Maria Cristina da Silva. O direito judicial como forma de resolução dos anseios por justiça. *Revista do IASP*, São Paulo, ano 8, n. 16, p. 262-263, jul./dez. 2005).

poder genérico de calibração dos procedimentos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARANTES, Rogério Bastos; SADEK, Maria Teresa. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. *Revista da USP*, São Paulo, n. 21, mar./maio 1994.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. Tese para professor titular. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2005.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed, 2001.
- BRITO, Pedro Madeira de. O novo princípio da adequação formal. In: SOUZA, Miguel Teixeira (Coord.) *Aspectos do novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodvm, 2016.
- CALAMANDREI, Piero. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: BookSeller, 1999. v. 1.
- CARMINGNANI, Maria Cristina da Silva. O direito judicial como forma de resolução dos anseios por justiça. *Revista do IASP*, São Paulo, ano 8, n. 16, p. 262-263, jul./dez. 2005.
- CARRATA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova: verità del fatto nel processo e sistema probatório, *Rivista de Diritto Processuale*, Padova, ano 56, n. 1, p. 73-103, genn./mar. 2001, p. 100-101.
- CATHARINO, José Martins. Princípios do direito processual do trabalho. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Org.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 61, p. 27 e ss.
- CAYMNI, Pedro Leonardo Summers. O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema jurídico. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 17, p. 115-133, ago. 2004.
- COMOGLIO, L. Paolo. Direzione del processo e responsabilità del giudice. In: *Studi in Onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: Giuffrè, 1979. v. 1.
- DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista Gênesis de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 21, p. 530/541, jul./set. 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1996.
- \_\_\_\_\_. O princípio do contraditório e sua dupla destinação. In: \_\_\_\_\_. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. v. 1, p. 124-135.
- FERREIRA, Carlos. Os poderes dos juízes e das partes. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, n. 3, p. 215, 1990.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3 ed. Rio de Janeiro. Ed. Nau, 1996.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Breve introdução aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa. In: *Manual dos procedimentos especiais civis de legislação extravagante* (coord. Fernando da Fonseca Gajardoni e Márcio Henrique Mendes da Silva). São Paulo, Método, 2006, p. 15-24.
- \_\_\_\_\_. A competência constitucional dos Estados em matéria de procedimento (art. 24, XI, da CF): ponto de partida para a releitura de alguns problemas do processo civil brasileiro em tempo de novo CPC. *Revista de Processo*, v. 186, p. 199-227, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque par o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR. Zulmar Duarte de. *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC/2015*. São Paulo: Método, 2015.
- GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 24, p. 74-78, mar. 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Inconstitucionalidade de leis processuais estaduais. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima (Coords.). *Terceira etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2007.
- \_\_\_\_\_. O conteúdo da garantia do contraditório. In: \_\_\_\_\_. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- LACERDA, Galeno Velinho de. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 161-170, 1976, precisamente p. 161.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, 2. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte Real. Brasília: Ed. da UnB, 1980.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*, 4 ed. São Paulo, RT, 2010. v. 1.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano 30, n. 90, p. 55-84, jun. 2000.
- \_\_\_\_\_. A garantia do contraditório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 95, v. 346, p. 9-19, abr./jun. 1999.
- \_\_\_\_\_. Efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 96, p. 66, out./dez. 1999.
- OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Adaptabilidade judicial do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004. v. 1.

ROBERTS, Sonia Maria Ferreira. O princípio da adaptabilidade e sua aplicação no processo do trabalho. *LTTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 5, p. 585-590, mai. 2014.

SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Wilson Alves de. Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação e suas variantes. *LTTr: revista legislação do trabalho*, São Paulo, v. 50, n. 2, p. 171-172, fev. 1986.

STAMFORDS, Artur. As audiências judiciais como processo de legitimação e justiça social: à luz da teoria da justiça de Rawls e da legitimação pelo procedimento de Luhman. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, Olinda, v. 3, n. 7, p. 55, jan./jun. 1998.

TARZIA, Giuseppe. La parità delle armi tra le ter parti e poteri del giudice nel processo civile. *Studi Parmensi*, v. 18, p. 357-359, 1977.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

# ACCESS TO INFORMATION AND EVIDENCE IN THE ELI/UNIDROIT EUROPEAN RULES ON CIVIL PROCEDURE: SOME FUNDAMENTAL ASPECTS

Fernando Gascón Inchausti<sup>1</sup>

Michael Stürner<sup>2</sup>

Summary. I. General Outline of the Project and of the Rules on Access to Information and Evidence: A. *From ALI/UNIDROIT Principles to ELI/UNIDROIT Rules*; B. *Scope and Structure of the Rules*. <sup>3/4</sup> II. General principles and rules: A. *Access to evidence, proportionality and efficiency as overriding principles*; B. *Illegally obtained evidence*; C. *Standard of proof*; D. *Privileges and confidential information*. <sup>3/4</sup> III. Issues concerning the management of evidence: A. *Powers of the court*; B. *Time and preclusion*; C. *Technicalities*. <sup>3/4</sup> IV. Access to information and evidence held by the opponent or a third party: A. *Who and when?*; B. *Specific procedure*; C. *Relevant criteria to obtain an order for access to evidence*; D. *Confidentiality*; E. *Implementation and sanctions*; F. *Costs and security*. <sup>3/4</sup> V. Types of Evidence: A. *Documents*; B. *Testimony and Witnesses of fact*; C. *Examination of parties*; D. *Expert evidence*; E. *Judicial inspection*. <sup>3/4</sup> VI. Cross-border issues: A. *Cross-border Taking of Evidence within the European Union*; B. *Cross-border Taking of Evidence outside the European Union*.

## I. GENERAL OUTLINE OF THE PROJECT AND OF THE RULES ON ACCESS TO INFORMATION AND EVIDENCE

### A. FROM ALI/UNIDROIT PRINCIPLES TO ELI/UNIDROIT RULES

In 2004, after years of intensive drafting, the American Law Institute (ALI) and UNIDROIT adopted Principles of Transnational Civil Procedure<sup>3</sup>. Those principles were designed to reduce uncertainty for parties litigating in unfamiliar surroundings and promote fairness in judicial proceedings through the development of a model universal civil procedural code. Together with the Rules of Transnational Civil Procedure, which were not formally adopted by either UNIDROIT or the ALI, these Principles may be considered as a ‘model for reform in domestic legislation’.

Building upon this work, the cooperative venture of the European Law Institute (ELI) and UNIDROIT entitled ‘From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure<sup>4</sup>.’ aims at a regional development of the ALI/UNIDROIT Principles. The project started in late 2013. The first three Working Groups (Service and Due Notice of Proceedings; Provisional and Protective Measures; and Access to

1 Professor of Law, Universidad Complutense de Madrid, Spain (fgascon@ucom.es)

2 Professor of Law, Universität Konstanz, Germany (michael.stuerner@uni-konstanz.de)

3 The English version of the Principles can be downloaded at <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf> (all websites were last accessed on 20 June 2018). There is much legal scholarship on the subject. For a recent overview, cf. M. Taruffo, “Harmonization in a Global Context: The ALI/UNIDROIT Principles”, in X.E. Kramer, C.H. van Rhee (eds.), *Civil Litigation in a Globalizing World* (Asser Press, The Hague, 2012) pp. 207-219; in Spanish, even more recently, G. Ormazabal Sánchez, *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa* (Tirant lo Blanch, Valencia, 2016) pp. 153.

4 More detailed information on the project can be found on the ELI website (<http://www.europeanlawinstitute.eu/projects/current-projects/>) and on the UNIDROIT website (<http://www.unidroit.org/work-in-progress-studies/current-studies/transnational-civil-procedure>). Cf. also R. Stürner, “Principles of European civil procedure or a European model code? Some considerations on the joint ELI-Unidroit project”, *Uniform Law Review* 19 (2014), pp. 322; N. Trocker, “From ALI-UNIDROIT Principles to common European rules on access to information and evidence? A preliminary outlook and some suggestions”, *Uniform Law Review* 19 (2014), 239-291; E. Silvestri, “Towards A European Code of Civil Procedure? Recent Initiatives for the Drafting of European Rules of Civil Procedure”, accessible at [www.academia.edu](http://www.academia.edu); B. Hess, “Unionsrechtliche Synthese: Mindeststandards und Verfahrensgrundsätze im acquis communautaire / Schlussfolgerungen für European Principles of Civil Procedure”, in M. Weller/C. Althammer (eds.), *Mindeststandards im europäischen Zivilprozessrecht* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2015), pp. 221; C.H. van Rhee, “Approximation of Civil Procedural Law in the European Union”, in B. Hess/X. Kramer (eds.), *From common rules to best practices in European Civil Procedure* (Nomos-Hart, Baden-Baden, 2017), pp. 63-75; A. Uzelac, “Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations”, *Hungarian Journal of Legal Studies* 58, No 1, pp. 3-18 (2017).

Information and Evidence) were constituted in 2014. Close-to-final drafts were already discussed in the official bodies of both ELI and UNIDROIT.<sup>5</sup>

The aim of this paper is to show an outline of the Rules drafted by the Working Group on Access to Information and Evidence.<sup>6</sup>

The approach to evidence and, very specially, to access to information varies within the European countries. It is not just a matter of the civil law/common law divide; legal history and procedural culture, namely the distribution of roles among parties and judges are also of paramount importance at this point.

Comparative research shows strong divergence concerning many of the crucial points of the evidence law:<sup>7</sup> more or less formalism in the taking of evidence; more or less attachment to the principle of immediacy; and more or less proactive rules concerning access to information and/or evidence in the possession of the opponent or of third-parties are good examples of diversity. There are also different levels of efficiency and satisfaction with the evidence rules: e.g., more or less value to testimony depends on how testimony was taken, and this, in turn, has influence on the access to justice with respect to claims that could only be proved by means of witnesses (as this may happen in many tort cases). More or less access to information and to evidence bears also an influence in the sort of claims that will eventually come into court. Those divergences may also be the source of trouble and shortcomings in cross-border litigation. The European Evidence Regulation and the Hague Convention on the Taking of Evidence are not aimed at harmonizing the rules on evidence at an international level and, therefore, they cannot avoid that diverging approaches to relevant issues (namely, access to information and production of evidence held by opponents and third parties) hamper cooperation.

The idea behind the ELI/UNIDROIT project has been to identify the common core of the law of evidence and draft the most convenient rules, including those related to the management of evidence.

The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure – as the most succinct comparative account – have been used as a starting point. Against this backdrop, the Working Group has also looked at recent legal instruments such as the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration<sup>8</sup> as well as European Union law, namely the Directives on IP rights, competition damages claims and trade secrets, the Regulation on the European Small Claims Procedure, and the draft Rules of Procedure of the Unified Patent Court<sup>9</sup>. Where appropriate, case law of both European Court of Human Rights (hereinafter: ECtHR)<sup>10</sup> and Court of Justice of the European Union (hereinafter: CJEU)<sup>11</sup> was taken into account.

It is also important to note that the ELI/UNIDROIT initiative is no longer an isolated one. Probably being aware of its existence, on 4 July 2017 the European Parliament has adopted a Resolution with recommendations to the Commission on common minimum standards of civil procedure in the European Union (2015/2084(INL)).<sup>12</sup> The recommendations include a Proposal for a Directive on common minimum standards, to which we will also make some reference (“the Directive Proposal”, hereinafter). The Directive Proposal is not aimed at substituting national civil procedure systems in their entirety. It states that “while respecting national specificities and the fundamental right to an effective remedy and to a fair trial, which ensures effective and efficient access to justice, it is aimed at establishing common minimum standards regarding the function and conduct of Member States’ civil proceedings in relation to all matters falling within the scope of Union law”. Furthermore, pursuant to the Resolution, “common minimum standards of civil procedure are deemed necessary

5 For the „Final Version Draft Rules“, which were discussed in the UNIDROIT Governing Council on 10-12 May 2017, see <http://www.unidroit.org/english/governments/councildocuments/2017session/cd-96-07-e.pdf>.

6 Co-Reporters of the Working group were: Neil Andrews (England; until September 2016), and Fernando Gascón Inchausti (Spain). Members were: Laura Ervo (Sweden and Finland), Frédérique Ferrand (France), Viktória Harsági (Hungary) and Michael Stürner (Germany).

7 See, for instance, O.G. Chase, H. Hershkoff (eds.), *Civil Litigation in Comparative Context*, 2nd ed. (West, St. Paul, 2017), 281-339; C.H. van Rhee, A. Uzelac (eds.), *Evidence in Contemporary Civil Procedure. Fundamental Issues in a Comparative Perspective* (Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015); R. Verkerk, *Fact-finding in Civil Litigation: A Comparative Perspective* (Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2010); H. Nagel, E.-M. Bajons (eds.), *Beweis-Preuve-Evidence* (Nomos, Baden-Baden, 2003)

8 Available at [https://www.ibanet.org/ENews\\_Archive/IBA\\_30June\\_2010\\_Enews\\_Taking\\_of\\_Evidence\\_new\\_rules.aspx](https://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_30June_2010_Enews_Taking_of_Evidence_new_rules.aspx).

9 Available at [https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc\\_rules\\_of\\_procedure\\_18th\\_draft\\_15\\_march\\_2017\\_final\\_clear.pdf](https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc_rules_of_procedure_18th_draft_15_march_2017_final_clear.pdf).

10 E.g. with regard to the approach towards illegally obtained evidence, or pertaining to the right of a party to ask questions directly to a witness.

11 E.g. with regard to the duty to give a reasoned decision, or generally case law pertaining to the Evidence Regulation.

12 See here: [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2015/2084\(INL\)](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2015/2084(INL)).

to form a sound basis for the approximation and improvement of national laws, in view of the flexibility it gives to Member States in preparing new civil procedure laws while reflecting a general consensus on the principles of civil justice practice”. Shortly afterwards, on 12 July 2017, the European Parliament’s Legal Affairs Committee held a public hearing on ‘The ELI-UNIDROIT Civil Procedure Project: State of Play and Next Steps’.<sup>13</sup>

Moreover, a number of IGOs (the Hague Conference on Private International Law), European institutions (the JURI Committee of the European Parliament, the European Commission, the Court of Justice of the European Union), professional associations (the Association for International Arbitration – AIA), the Council of Bars and Law Societies of Europe – CCBE), the Council of the Notariats of the European Union – CNUE), the European Network of the Councils of the Judiciary – ENCJ), the International Bar Association – IBA), the Union Internationale des Avocats – UIA), the Union internationale des huissiers de justice (International Union of Judicial Officers – UIHJ) participate in the project in a role of Observers. This may highlight the relevance of the academic work done in the framework of the ELI/UNIDROIT Project for interest groups and policymakers alike.

## B. SCOPE AND STRUCTURE OF THE RULES

The Rules on Access to Information Evidence are just a piece in the framework of a more comprehensive set of common European rules on civil procedure. What we will present here is the final draft submitted to the Structure Group of the Project (hereinafter referred to as “the Draft Rules”), in order to be merged with the work achieved by the other groups. This draft became final after intensive discussion inside the Working Group and, also, after several public presentations before the Steering Committee, members of the other Working Groups, official observers to the Project and, in some occasion, the public in general (Trier November 2015). In their final version, they consist of four parts. The first part is entitled General Part, with Sections on General Provisions on Evidence, on Presentation of Evidence, and on Management and Evaluation of Evidence. The second part deals with Access to Evidence Orders. The third part contains rules on types of evidence such as documents, testimony, examination of parties, expert evidence, and judicial inspection. The fourth and final part deals with cross-border issues.

It is not possible to make a detailed presentation of the whole set of rules within the framework of this paper. We have chosen, therefore, to deal with some selected topics, which represent what are in our view the most difficult or relevant issues, mostly due to the important divergences existing on them among the involved European legal systems.

## II. GENERAL PRINCIPLES AND RULES

### A. ACCESS TO EVIDENCE, PROPORTIONALITY AND EFFICIENCY AS OVERRIDING PRINCIPLES

First of all, it is necessary to determine the general principles on which the proposed regulation on evidence should be based. From a classical point of view, any regulation on evidence should be founded on the constitutional and fundamental right to evidence, considered as a facet or a part of the right of access to justice (Article 6 ECHR) or the right to an effective remedy before a tribunal (Article 47 CFREU). This affiliation of the right to evidence to Article 47 has been recently emphasized by the CJEU in the *Peter Puškár* case<sup>14</sup>.

However, from a maybe more “modern” and economic approach, some limitations could and should be envisaged to an absolute conception of the right to evidence: the notion of proportionality is also applicable in this field as an underlying principle that can be used to justify judicial decisions in controversial situations and/or to grant the parties’ motions. Proportionality, for instance, could be used under certain circumstances

13 The interest and implication of the European Parliament in this topic is also visible in the many studies it has fostered: see, among others, European Parliamentary Research Service, In-Depth Analysis (R. Maňko), *Europeanisation of civil procedure. Towards common minimum standards?* PE 559.499 (June 2015); European Parliamentary Research Service, Study (M. Tulibacka / M. Sanz / R. Blomeyer), *Common minimum standards of civil procedure (European Added Value. Assessment. Annex I)*, PE 581.385 (June 2016) – with constant references to the ELI/UNIDROIT Project – ; European Parliamentary Research Service, In-Depth Analysis (B. Hess), *Harmonized Rules and Minimum Standards in the European Law of Civil Procedure*, PE 556.971 (June 2016).

14 CJEU, 27 September 2017, C-73/16, *Peter Puškár*.

to refuse the taking of evidence if this would be too costly or would cause excessive delay to the proceedings. In the current situation of economic difficulties and public resources austerity, it is necessary to link proportionality to the notion of efficiency: among the relevant criteria to assess the proportionality of a decision, time and costs implication cannot be overlooked.

Rule 7 of the Draft tries to strike a balance between those two ideas entrusting the court with the respect of two overriding objectives:

- First, the parties (including prospective parties) shall enjoy equal treatment and *reasonable opportunity* to gain access to, and to present, evidence.
- Second, the rules themselves shall operate in a manner which is proportionate to the importance and complexity of the issues at stake.

It is important to note that a similar approach can also be found in the Directive Proposal.

On the one hand, Article 7.1 of the Directive Proposal, under the heading of “Procedural Efficiency”, establishes the following:

«Member States’ courts or tribunals shall respect the right to an effective remedy and a fair trial which ensures effective access to justice and the principle of an adversarial process, in particular when deciding on the necessity of an oral hearing *and on the means of taking evidence and the extent to which evidence is to be taken.*»

On the other hand, Article 10 of the Directive Proposal, devoted to “Evidence Taking”, shows also this need to conciliate the access to justice and fair trial requirements with the notions of proportionality and efficiency:

1. Member States shall ensure that *effective means* of presenting, obtaining and preserving evidence are available having regard to the rights of defence and the need to protection of confidential information.
2. In the context of the taking of evidence, Member States shall encourage the use of modern communication technology. *The court or tribunal seized shall use the simplest and least-costly method of taking evidence.*»

Both rules, namely the sentences highlighted in italics, clearly concentrate this balanced approach to the right to evidence.

In short, the whole set of rules on access to information and evidence contained in the Draft is based on a pragmatic and realistic approach to the constitutional right to evidence.

## B. ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE

A second issue, which was the source of many discussions among the Working Group, and which gave rise to a rich and fruitful debate during the general presentation of the Draft Rules in Vienna in November 2016, was that of illegally obtained evidence. It is a topic that has been developed in a very exhaustive manner in the field of criminal proceedings, but it may also have an impact on civil proceedings, with many possible examples: producing as documentary evidence a letter addressed to somebody that was opened without his/her consent; producing the audio of a conversation that was recorded without knowledge of the speakers; producing the contents of personal files gathered by an employer accessing an employee’s computer (taking account of the recent ECtHR case law in the *Barbulescu* case<sup>15</sup>); utilization of images recorded by a so-called “dash cam” located behind the windscreen of a car.<sup>16</sup>

There are two main difficulties from a pan-European or common European perspective regarding the regulation of this issue.

### 1. What is illegal?

The first consists in defining what is illegal. The proposed rule does not determine this, but for one point: illegality must refer to the way evidence was obtained, not to its contents or to the taking of it. In our

<sup>15</sup> ECtHR 5 September 2017, Application no. 61496/08, *Bărbulescu v. Romania*. The judgment can be accessed here: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177082>.

<sup>16</sup> See e.g. the recent decision of the German Bundesgerichtshof of 15 May 2018, VI ZR 233/17, where it was held that illegally obtained dash cam recordings may be used as evidence in civil proceedings provided that the interest of the claimant to use the recordings override the interest of the defendant as to the protection of his/her personality rights.



view, only critical cases should be considered here, that is, only cases where evidence was obtained infringing fundamental rights or other equivalent constitutional values. In other words, illegal is not an equivalent of “unlawful”, a term with rather ethical perspectives, rather than legal; but neither is it an equivalent of “wrongful”, because not any legal infringement should entail the severe consequences associated to illegality.

## 2. Consequences

The second difficulty, of course, consists in deciding the approach, that is, the sanction to illegally obtained evidence, since it does not receive a similar treatment in all jurisdictions.<sup>17</sup> The proposed rule, Article 6 of the Draft Rules, reads as follows:

**«Illegally obtained evidence should be excluded from the proceedings.**

However, in exceptional cases, the court may admit such evidence if it is the only way to establish the facts, taking into account the behaviour of the other party or of non-parties and the seriousness of the infringement.»

The general rule is the exclusion, to highlight the prominent role that material fundamental rights shall always have. Exclusion, in this sense, means that the evidence shall not be the basis of any decision, neither principal, nor ancillary. This radical approach is consistent with the option to define “illegality” in a very strict manner: the narrower the scope of illegality, the harder the reaction against it.

The rule, nevertheless, is softened with exceptions for critical cases: the court may admit such evidence if it is the only way to establish the facts, taking into account the behaviour of the other party or of non-parties and the seriousness of the infringement.

This second sentence is based on the principle of proportionality and reflects the view taken in some occasions by the European Court of Human Rights, which seems to have established an exception, arising from the “right to evidence”: if the illegally obtained evidence is the only way to establish the facts and to win the trial, it should be admissible.

In *L.L. v. France*<sup>18</sup> the decision concerned a case of infringement of the specific rule of Article 259-1 of the French Civil Code in divorce proceedings, pursuant to which “a spouse may not produce in the proceedings any evidence that he or she may have obtained by duress or fraud”. The Court considered that infringement of such provision in the case (the spouse had produced medical documents that showed alcoholism of her husband) had entailed an infringement of Article 8 of the ECHR, since it was not the only available way to prove that fact in the proceeding.

*N.N. and T.A. v. Belgium*<sup>19</sup> was also a divorce proceeding, where the spouse bringing the claim had produced private letters of her husband to prove the existence of a durable relationship he allegedly had with another person: once again respect to Article 8 ECHR was at stake, and the ECtHR considered that no infringement had taken place because that fact had never been denied by the defendant during the proceedings.

Likewise the CJEU seems to endorse a similar approach in the *Peter Puškár* case: the Court required that a proportionality test should be carried out in order to decide on the exclusion or not of a confidential document allegedly gathered by the claimant without the authorization of the public entity that had created it and containing the personal data of hundreds of persons.

In considering whether or not to apply an exception to the general rule of exclusion an equilibrium should be reached between the rules of access to evidence, fundamental rights’ protection – namely those connected to privacy –, good faith and fair play: for instance, if one of the parties did not disclose a document required by his or her opponent, should he/she be entitled to claim its exclusion if the document is eventually produced after having been – presumably – obtained through illegal methods? On the other hand, it seems important to stress that the admission of exceptions should not be understood as fostering the illegal gathering of evidence as a sort of “precautionary” strategy; on the contrary, the general rule aims at deterring such and similar practices.

The general rule, indeed, needs to be read in conjunction with the proposed system of orders to access

17 Cf. N. Trocker (*supra* n. 2), 264-265.

18 ECtHR 10 October 2006, Application no. 7508/02, *L.L. v. France*.

19 ECtHR 13 May 2008, Application no. 65097/01, *N.N. and T.A. v. Belgium*.

information and evidence, which should be the tool to reach information in difficult situations.

### C. STANDARD OF PROOF

Standard of proof also belongs to this set of problematic or peculiar issues, and also for two reasons.

First of all, because it is a notion that belongs more to academic discussion than to legislation. Addressing the standard of proof, therefore, will imply to introduce a new legal notion that many legal systems do not have.

And, of course, the second reason is to decide the content for such a rule, that is, to propose what standard of proof should be considered the best for civil procedures in Europe. In legal theory it is common to make reference to different possible standards of proof, requiring different levels of conviction from the judge, the minimum acceptable of which would be the balance of probabilities (the judge considering more probable the existence of a fact than the non-existence thereof).

As to the first question, the Working Group decided to answer to the affirmative: the academic debate is growingly intense on this topic and this is starting to influence practice and case law in many European countries.<sup>20</sup> Standard of proof is of paramount importance and influences heavily not only the court's fact finding, but also the parties' strategies. Therefore, one could expect that a new set of common European rules on evidence includes a proposal of regulation on this issue.

Regarding the contents, the big decision was whether to assume the US approach of the "balance of probabilities" (the famous 51%) or to require a higher level of conviction. The second option was clearly favoured, with the following wording in Rule 3 of the Draft:<sup>21</sup>

«A contested issue of fact is proven when the court is reasonably convinced of its truth.»

The proposed rule aims at setting a qualified high standard of proof in civil proceedings. Requiring any court in any case to show "full" conviction, nevertheless, would be as demanding as difficult to imagine in practice. Therefore, the term "reasonably" used in the wording of the rule should be understood as meaning "as closely to the full conviction as possible", assuming that full conviction is probably only an ideal.

The term "truth" in this context must be read free from any philosophical connotation. It is merely intended to describe the level or degree of confidence sufficient for the court to pronounce a decision on the facts.

The term "convinced" must also be taken with caution and should be understood to be a synonym for "satisfied". It is, therefore, necessary to assume that, within the aim of establishing a high standard, there is certain flexibility and a need to adapt to the circumstances in order to decide when a court is "reasonably convinced".

It goes without saying that the court may only consider itself convinced or satisfied of the truth taking account of all relevant evidence or other valid methods, such as admission of facts, notoriousness or presumptions; private knowledge of the court shall never be the basis for a decision on issues of fact.

### D. PRIVILEGES AND CONFIDENTIAL INFORMATION

All legal systems assume that the constitutional right to evidence may be limited in some specific situations, due to the need to protect some interests that are also considered of paramount relevance for a community. The terminology is not easy to unify at this point: "privileges" and "immunities" are frequently used, from the perspective of the right of a person to refuse to give evidence or to produce information. From a different point of view, it is also common to talk about confidential information, although one could not always say that both elements are merely different sides of the same coin.

#### 1. Listing heads of privilege

The first problem that a regulation on evidence has to face in this regard is to find and to list the relevant

20 Cf. M. Taruffo, "Rethinking the Standard of Proof", 51 *American Journal of Comparative Law* (2003) 675.

21 Cf. on this issue M. Stürner, „Evaluation of Evidence and Standard of Proof in the ELI/UNIDROIT European Rules of Civil Procedure”, in: L. Tichý (ed.), *Standard of Proof* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2018) (forthcoming).

“heads of privilege”, that is, the situations and cases where litigants and third parties are relieved from the general duty to cooperate with the sound administration of justice. The Working Group proposed a general provision in Article 8 of the Draft Rules, establishing the efficacy of privileges, immunities or similar protections, qualified by five non-exhaustive situations:

«(a) The right of a spouse, partner equal to a spouse or close relative of a party to refuse testimony, also with regard to situations where testifying would entail the risk of that party being prosecuted.» The rule is common to most legal systems and envisages the protection of family relationships. The definition of the circle of persons covered by the privilege is strictly linked to family law and should therefore be catered for by national provisions.

«(b) The right of a person not to incriminate him-/herself.»

It is an implementation of the widely accepted privilege against self-incrimination in the context of civil proceedings.

«(c) The legal-professional privilege and other professional privileges or of confidence, trade secrets and other similar interests in the terms provided by the applicable law.»

This rule covers all situations where the privileges are based on some protected interest (which is taken to be more important than the best evidence and the truth-finding) according to the national law. Typically those interests are based on professional confidentiality (lawyers, clergymen, health professionals, journalists), but there are other situations as well, like trade secrets. Concerning trade secrets, special attention must be drawn to the EU Directive on the protection of trade secrets<sup>22</sup>, especially to its Article 9.

The rule mentions “the applicable law” in an open and flexible manner and refers, hence, to the private international law of the forum. In most cases, the relevant private international law rule will refer to the law of the forum as the applicable law to determine the extent of the privilege or equivalent situation; in some cases, however, it might be the law applicable to the legal relationship covered by the privilege, which has a contractual nature (e.g., client-attorney privilege).

«(d) Confidentiality of communications in settlement negotiations unless the negotiations have occurred in a public hearing or overriding public interests so require.»

Apart from its internal rationale, this provision follows the requirement as set by the EU Mediation Directive<sup>23</sup>. According to the Directive, mediators or those involved in the mediation process are not obliged to give evidence in judicial proceedings regarding information obtained during that process, except if: a) necessary for overriding considerations of public policy, particularly to protect the physical integrity of a person; b) disclosure of the content of the agreement is necessary to implement or enforce that agreement.

«(e) National security interests, secrets of State or other equivalent public interest issues.»

Those limitations are accepted in most legal orders and should be further developed by national legislations.

The rule must not be read as an exhaustive list of all possible heads of privilege, immunity or similar protection that could be successfully claimed: the door is open for domestic legislators to include additional heads of privilege. And, of course, some margin of appreciation is also left to national legislation in matters as state security or family relationships (e.g., the degree of personal connection).

Some of the listed privileges are relative: in such cases the consent of the protected person (for instance the patient’s in the case of health professionals) will forfeit the privilege. The same happens if the truth finding interest is very intense in a case due to specific interests. Some privileges are based on the right to keep silent (close relatives have this right) whereas professional privileges are not subject to the will of the person concerned. In other cases relevant public interests are at stake, and only the State could waive the privilege.

22 Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure, O.J. L 157, 15.6.2016, p. 1.

23 Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, O.J. L 136, 24.5.2008, p. 3.

Whenever it is a right of a person to give evidence or keep silent, he or she cannot change his/her mind later once again, as the decision to give evidence is binding.

These general provisions on privileges have to be read together with the provisions of Part II of the Draft, dealing with orders for access to evidence (see *infra*, IV); those orders are indeed restricted to the gathering of “(...) non-privileged evidence” [Rule 21(a) of the Draft Rules]. It is also in that part of the Draft where the rules are to be found, which define the appropriate ways to protect confidential information in case it is to be disclosed.

## 2. Making privileges operate

Once the heads of privilege have been established, it is necessary to determine the way to make the rules function. At this point, the system proposed tries to be quite detailed and rests on the following ideas:

- Any person covered by a privilege or similar situation is entitled to use it, despite their procedural status (party, witness, expert).
- Temporally, the protection should cover the entire proceedings, including hearings and gathering of information at a pre-trial stage.
- It is a duty of the court to protect privileges *ex officio*. However, the court may not be aware of pertinent privileges and therefore the rule is based on co-operation.
- The protection of the privileges requires that the court may not draw adverse inferences or impose any similar or indirect sanction whenever a person has used her/his right to the privilege. Therefore the court’s consideration is limited to analyze if there has been a valid reason for the failure or not.
- The same applies when a party or nonparty is compelled to disclose evidence or other information. Indeed, if a party or nonparty claims privilege with respect to a document, he/she shall describe the document in sufficient detail so as to enable another party to challenge the claim of privilege. Courts here need to be cautious: privileges, of course, may not be used to hide information and pieces of information; but the court should not permit the parties to use the rules for fishing after protected information.
- The case may also arise of inadvertent disclosure of privileged documents; the court should decide while taking into account the principle underlying the respective privilege.

## III. ISSUES CONCERNING THE MANAGEMENT OF EVIDENCE

### A. POWERS OF THE COURT

The management of evidence may give rise to different difficulties, which are also covered by a different part of the Project, dealing with obligations of parties, lawyers and judges. We will address just two of them. The first is, of course, a classical one: how wide should the powers of the court be, and, more specifically, does the court have the power to order *ex officio* the taking of evidence not proposed by the parties?

It is a very controversial issue which does not receive a uniform answer in national procedural legislations: some see it as normal, especially when it comes to expertise; others, however, are very reluctant, probably because of a strict notion of the principles of disposition and of judicial impartiality.<sup>24</sup>

The rules proposed on this issue try to set a compromise. The starting point should always be the parties’ burden to identify and to propose all relevant evidence they consider appropriate. Nevertheless, a situation may be given where the court, after a first assessment of the case and of the evidence proposed by the parties, considers that additional evidence would be useful or necessary in order to assess the truth of relevant facts as asserted by the parties. In that case, Rule 17 of the Draft establishes two possible answers to overcome this situation, on an “escalation” basis:

«(1) The court may, while affording the parties opportunity to respond, suggest what evidence not previously proposed by a party it sees to be relevant and useful. If a party accepts that suggestion the court will order the taking of that evidence.»

24 Cfr. C.H. van Rhee, “Obligations of the parties and their lawyers in Civil Litigation: The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure”, in J. Adolphsen et al. (eds.), *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag* (C.H. Beck, Munich, 2014), pp. 669-679; Id. “The development of civil procedural law in twentieth-century Europe: from party autonomy to judicial case management and efficiency”, *Russian Yearbook on Civil Procedure & Arbitration*, 7-8, 2011, pp. 82-95.

This first possibility, existing in some jurisdictions, grants the court the (limited) power to suggest what other evidence could be proposed by a party in order to cover the detected evidentiary need.

**«(2) Exceptionally, the court may, while affording the parties opportunity to respond, order the taking of evidence not previously proposed by a party.»**

This second possibility (which in fact encompasses also the first) grants the court the (also limited) power to order sua sponte the taking of evidence. In jurisdictions where the court can order on its own motion the taking of any measure aimed at establishing legally admissible evidence (for example, appointing an expert witness, ordering the performance of a genetic test or directly interrogating any of the parties), it is still in practice an exception, not the rule. An exceptional power to require further evidence might be exercised by the court under this rule where, for example, the court apprehends that the transaction or dealings between the parties are illegal, or that a contract term is null and void (as follows from recurring CJEU case law). It might also be necessary for the court to take an active role under this rule if one, or even both, parties are not legally represented. Additionally, these powers are considered as more acceptable in litigation areas where the principle of party autonomy does not apply in full.

But in general caution is required. Before doing so, the court should consider the cost of the measure and choose the less or least expensive one if the results to be expected are otherwise equally satisfactory (this implies, again, the application of the proportionality principle). If the court orders the taking of evidence on the basis of this rule, the parties will also be granted opportunity to propose the taking of relevant evidence as a reaction to the court's initiative.

In both cases it must be emphasised that the court may not introduce new facts. In other terms, this rule does not derogate from the principle of party disposition.

## **B. TIME AND PRECLUSION**

The second controversial topic regarding the management of evidence deals with time and preclusion: here again national systems diverge, from very strict preclusive rules to very flexible regimes. The fundamentals underpinning the notion of preclusion need not be explained here; the importance of permitting the court to get as close to the truth as possible is equally relevant, although fairness of proceedings and the right of defence of the opposing party should not be forgotten. At a certain moment all the cards should be on the table.

The rules of the Draft have opted for a system that is based on the notions of preclusion and of early identification of evidence, although with necessary degrees of flexibility.

- The starting point is the basic provision establishing the duty for the parties to make an early identification of evidence (rule 11 of the Draft).

**«During the early stages of procedure, the parties must identify the evidence which they propose to produce to support their respective factual allegations.»**

This requirement is in accordance to the principles of loyalty – to the court and to the due administration of justice –, co-operation, and good faith. This early identification by the parties of their evidence should be made at the initial phase of the procedure where the parties present their contentions (usually in writing).

As a complement of this rule, and also in accordance to loyalty, co-operation and good faith, it is mandatory that evidence is notified to the opposing party. This is the purpose of rule 12 of the Draft:

**«(1) Documentary or tangible evidence must be made available to the other party.**

**(2) Witness evidence may be proposed to the court only if notice is given to all other parties of the relevant witness' identity and the subject-matter of the proposed evidence.»**

This duty of notification is necessary in order to render proceedings fair, since it enables the other party to challenge that evidence in due course. Therefore, the lack of the due previous notification should entail preclusive effects and the affected evidence should not be admissible.

In any case, this requirement of notification is a central issue in the preparation of evidence and is the

core, in practice, of evidence, since it prevents the parties from abusive presentation of evidence and bad faith practices. Therefore, notification of evidence must be done in such a manner and within a time framework that enables the opposing party to duly analyse it and, as the case may be, challenge its admissibility.

- Rules based on preclusion need flexibility. The first situation arises when the need to offer evidence arises at a later moment of the procedure, namely because of amendments to the initial contentions of fact. This issue is addressed by rule 13 of the Draft:

**«The court may, while affording the parties opportunity to respond, permit or invite a party to clarify or amend his contentions of fact and to offer additional evidence accordingly.»**

The proposed system promotes by means of preclusion the orderly production of evidence and the fairness of the proceedings. The parties are required to be reasonably diligent in identifying and producing evidence. Preclusion, however, should not apply in exceptional cases, namely when the parties were not in a real position to comply with the ordinary burden to identify and produce evidence at an early stage of the procedure. This is the rationale of rule 14 of the Draft:

**«Once a party has presented evidence during the relevant phase of the proceedings, further evidence will not be admissible unless that party shows good reason for not having produced it during that earlier phase.»**

Late presentation of evidence, therefore, must be regarded as an exception that must be based on justified reasons, such as in cases of new or newly discovered evidence.

### C. TECHNICALITIES

Some improvements have been proposed in order to reinforce the role of orality and immediacy as basic principles when it comes to the taking of evidence.

#### 1. Videorecording

This is the case with the rule 18 (3) of the Draft, according to which:

**«Any hearing where evidence is taken shall be video recorded, provided that the necessary technical equipment is available. The video recording must be kept under the court's direction.»**

It is a reasonable way to give support to oral hearings, allowing the court to view the recording in order to have a more accurate recalling of the way things evolved. It may also be of help in case an appellate court has to review the decision on the facts taken by the court of first instance.

#### 2. Use (but not abuse) of communication technologies

The use of technology in civil proceedings is no longer a “new” issue, but rather a common situation. Therefore, a modern set of rules on evidence needs to treat as normal the possibility of having recourse to communication technologies. This is the purpose of rule 18 (6) of the Draft:

**«The taking of evidence, in hearings or in camera, can involve, where appropriate, the use of technology, such as videoconferencing or similar distance communication technologies.»**

The rule is intended to be technologically neutral, so any possible technological system, currently existent or to be created in the future, may fall within its scope. The use of technology for evidentiary purposes may consist, for instance, in displaying electronic programs before the court (in order to permit the court to know the contents of non-documentary electronically stored information), or activating audio or video software, and of course, to use electronic devices and systems (such as videoconference) to establish direct communication with a person (such as a witness or an expert) located at a different place. Many jurisdictions admit this last possibility.

However, this Rule is based on the assumption that oral evidence is more credible if the witness or expert is physically present in the courtroom. The EU Small Claims Procedure Regulation<sup>25</sup> is more open to new

25 Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, O.J. L 199, 31.7.2007, p. 1.

technologies, especially after the amendments in December 2015.<sup>26</sup> A general preference of distance communication technologies in this field of small claims is coherent with the proportionality principle. However, as travel costs will mostly be higher than the costs for a videoconference, a generalization of such a practice for all claims might be expected, which may lead to the result that there would be probably no more direct oral hearings in court. This result would, in turn, be also disproportionate and not suitable.

#### **IV. ACCESS TO INFORMATION AND EVIDENCE HELD BY THE OPPONENT OR A THIRD PARTY**

As a general rule, it is the parties' burden to procure themselves access to the relevant information and to the sources of evidence, since it belongs to the most elementary procedural strategy to found the claims or defences only on facts that the parties can reasonably expect to establish as true. Difficulties arise in practice, however, when relevant sources of evidence are in the possession of the counterparty or of a third party: refusal to provide the other party with information or sources of evidence could amount into a limitation on the right to an effective remedy before a court.

One of the most difficult, but also innovative, aspects of the project in the field of evidence was to try to build a "European way to discovery", to surmount the difficulties to have access to sources of evidence in the possession of the counterparty or of third parties, while avoiding the risks of fishing expeditions and US-style litigation. At this point the rules and practices of domestic legislations are very different; the same applies to the legal cultures when it comes to complying with court orders or parties' requests. The main purpose has been to create a specific set of rules, rather autonomous, to deal with this issue. Reference may be made to the rules on access to sources of evidence as provided by the 2014/104 Directive on competition damages claims<sup>27</sup>. Therefore, the Draft is based on the criteria of judicial control and strict proportionality in order to decide whether a party or a third party should be compelled to produce information, documents or sources of evidence. At the same time it establishes strict rules on confidentiality, as well as serious sanctions in case of breach of the order.

The core of the system is the creation of a common institution, the so-called "access to evidence orders" or "orders for access to evidence", which will be granted by the court, before or during the proceedings, compelling another person – party or non-party – to produce documents, information or other relevant sources of information. It is important to note that the order will give access to the applicant to sources of evidence and to information, but it will not mean by itself that the evidence is introduced to the proceedings: on the contrary, the requesting party bears the burden to introduce the gathered information or materials, as evidence, into the proceedings.

It will not be easy to gain one of these orders (philtres) but if it is granted, it will not be easy either to avoid compliance (sanctions). The whole system is therefore based on balancing and proportionality and will be very demanding for the parties and for the judges.

Those are the relevant features:

##### **A. WHO AND WHEN?**

The new system should be available for claimant, defendant or prospective claimant. This, in turn, also means that it may be used before or during the proceedings.

If an order has been made prior to the initiation of the proceedings, where appropriate, the successful applicant might also be required to initiate proceedings within a specified reasonable period of time. If the applicant fails to comply with this requirement it lies within the discretion of the court to adopt appropriate measures:

26 Regulation (EU) No 2015/2421 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Regulation (EC) No 861/2007 establishing a European Small Claims Procedure and Regulation (EC) No 1896/2006 creating a European order for payment procedure, O.J. L 341, 24.12.2015, p. 1.

27 Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, O.J. L 349, 5.12.2014, p. 1, especially Articles 5-7.

for instance, it may require return of all documents, records, and objects; it may also ensure that the data and information collected by, or made available to, the applicant cannot be used in any other process by that person or any other person to whom the information has been disclosed. It is possible that the information gathered (or not gathered) by means of the order leads the applicant to abandon his/her intention to commence proceedings; no sanction should seem necessary, but return of documents, records, and objects should still be appropriate.

## **B. SPECIFIC PROCEDURE**

The orders for access to evidence shall only be adopted upon request of a party, as a rule on a contradictory basis (rule 29 of the Draft): only after having given all parties and those to be subject to the proposed order the opportunity to oppose the proposed order and to make representations concerning its scope and proposed implementation. When necessary, the court may order an adversarial hearing.

Ex parte applications are envisaged, but only in case of urgent necessity [rule 29(3) of the Draft]. In such case, if the application is granted, the party and non-party affected by the order can ask the court to reconsider it. If appropriate, a hearing will be held.

## **C. RELEVANT CRITERIA TO OBTAIN AN ORDER FOR ACCESS TO EVIDENCE**

### **1. Necessity and subsidiarity**

According to Rule 23 (1) of the Draft:

«The party or prospective party seeking an order for access to evidence must satisfy the court:

(a) that the requested evidence is necessary for the proof or proposed proof of issues in dispute in pending proceedings or in proceedings which are contemplated; and

(b) that the applicant cannot otherwise gain access to this evidence without the court's assistance.»

### **2. *Fumus boni iuris***

Rule 23 (2) of the Draft establishes that the applicant must produce prima facie evidence of the merits of the claim or defence. If the order is requested prior to the initiation of proceedings, the applicant must indicate with sufficient precision all elements which are necessary to allow the court to identify the claim which the applicant intends to make.

### **3. Specificity**

Rule 24 (1) of the Draft states as follows:

«The applicant shall identify, as accurately as possible in the light of the circumstances of the case, the specific sources of evidence to which access is sought or, alternatively, closely defined categories of evidence by reference to its nature, content, or date. The court shall refuse in any case to make an order in respect of a request which involves a vague, speculative, or unjustifiably wide-ranging search for information.»

### **4. Proportionality**

According to rule 24(2) of the Draft:

«The applicant must justify that the requested measures are proportionate and reasonable. For this purpose the court will take into account the legitimate interests of all parties and all interested non-parties.»

In a similar vein, Rule 29 (2) states this:

«The person from whom a measure of access to evidence is requested may apply to the court for the making of a different but no less effective form or method of gaining access to evidence on the basis that this alternative will be less burdensome.»

All the above mentioned requirements are intended to prevent potential applicants to use this mechanism as a tool for fishing expeditions (when applications are too premature) and to ensure that the system, as a whole, is fair and just. If an applicant requires more information than is really necessary, the danger is that



implementing the order turns to be too burdensome for the opponent. To enable the court assessing whether the application is premature or unnecessarily broad, in cases where the main proceedings have not been yet initiated, the rule makes clear that the applicant should provide adequate details of the intended main claim. Sometimes, indeed, the order should be necessary to define who will be the defendant and what sort of relief ought to be sought from the court. This would be the case, for instance, where an insurance company refuses responsibility alleging that the insurance policy does not bind it because the person acting on its behalf when subscribing it was at that moment no longer its employee (but refuses to show proof of it): depending on the content of the information gathered two different claims might be envisaged (a contract claim against the insurance company or a tort claim against the person who unduly acted as its representative).

## D. CONFIDENTIALITY

### 1. Checks and balances

A very relevant issue, when it comes to these orders for access to evidence, is confidential information. According to rule 21(a) of the Draft, access may be granted only to non-privileged information, meaning that privileges apply in this framework, too. However, confidentiality does not always amount to an absolute privilege. The conflict between confidentiality and access to information has to be solved by the court striking a balance in the light of the circumstances of the case. But if disclosure is ordered, an interesting portfolio of possibilities is available to maintain confidentiality, pursuant to rule 25 (2) of the Draft:

«(2) Where necessary, in the light of the circumstances of the case, the court may, *inter alia*, make an order for access to evidence containing confidential information adjusted in one or more of the following ways in order to protect the relevant interest in maintaining confidentiality:

- (a) redacting sensitive passages in documents;
- (b) conducting hearings in camera;
- (c) restricting the persons allowed to gain access to or inspect the proposed evidence;
- (d) instructing experts to produce a summary of the information in an aggregated or otherwise non-confidential form;
- (e) writing a non-confidential version of a judicial decision in which passages containing confidential data are deleted;
- (f) limiting access to certain sources of evidence to the representatives and lawyers of the parties and to experts who are subject to a duty of confidentiality.»

Such a list, however, cannot be exhaustive. In exceptional occasions, for instance, it might be admitted that confidential information (e.g., concerning paramount trade secrets) is only shown to the court, but not to the opponent, at least in order to decide if the information is to be made available to the applicant.

### 2. Serious sanctions in case of infringement

In addition, very severe rules are established to punish any breach of confidentiality. Rule 26 of the Draft proposes a wide range of possible consequences to be imposed on the aggrieved party:

- «(a) wholly or partially dismissing the claim of the party in breach, where the main proceedings are still pending;
- (b) declaring the party in breach liable for damages and ordering payment of such compensation;
- (c) ordering the party in breach to pay the costs of the proceedings conducted under these rules, whatever the outcome of it might be;
- (d) imposing on the party in breach (and/or on his representatives) an appropriate fine (or fines).»

It goes without saying that those consequences need to be administered by the court very carefully, and should only apply to very serious breaches. However, it is a necessary tool in situations where monetary sanctions would not have a sufficiently deterrent power.

## **E. IMPLEMENTATION AND SANCTIONS**

Implementation of the orders is addressed in a very open manner by rule 31 of the Draft:

«The court is responsible for prescribing all necessary and practical steps to ensure that its order under these Rules is effectively and fairly implemented, including issuing directions concerning the appropriate place and manner in which the order is carried out. In particular, the court can direct that the applicant may be assisted by an expert.»

In order to ensure proper implementation and to avoid frustration, a set of responses is proposed by rule 32 of the Draft if a person who is subject to, and aware of, an order destroys or conceals the relevant evidence, or otherwise renders it impossible to carry out the order successfully:

- «(a) declaring as admitted the facts which form the subject-matter of the relevant order for access to sources of evidence;
- (b) treating the defendant or prospective defendant as having impliedly conceded the basis or any relevant part of the claim which has been made or which was proposed by the applicant;
- (c) imposing on the relevant respondent to the order (and in accordance with the relevant court's established disciplinary powers) an appropriate penalty per day of delay in implementing the order.»

## **F. COSTS AND SECURITY**

Implementation of the order may be (very) expensive. The main rule here should be for the applicant to bear the financial burden of the implementation of the order [rule 30(1) of the Draft]; however, the court may decide differently in the decision on costs at the end of proceedings.

In addition, the opponent can request that the applicant provide security for any predictable expense to be incurred in the implementation of an order. If security is ordered by the court, it will be necessary for the applicant to provide such security before seeking to implement the order. The court will decide on the request and, where appropriate, determine the amount of the security

## **V. TYPES OF EVIDENCE**

### **A. DOCUMENTS**

In the more classical field of types or means of evidence, the first one that is addressed is documentary evidence. No revolutionary decisions were adopted at this point, but one policy decision was taken that may be highlighted now, the option to offer a very broad definition of “document”, in rule 33(2) of the Draft:

«Document means a writing, picture, drawing, programme or data of any kind, whether recorded or maintained on paper or by electronic, audio, visual or any other means.»

It includes, therefore, electronically stored information, although its content may not be qualified as document from a strict point of view.

The aim of this assimilation is to make clear that these entire elements share the feature of being pre-existing evidence, that parties should be expected to identify and to produce from the very beginning. Nevertheless, the taking of evidence itself may differ: documents will be directly read and analysed by the court; other supports, by contrast, may require formal and adversarial hearing.

### **B. TESTIMONY AND WITNESSES OF FACT**

A classical and not too exhaustive approach is also followed when it comes to testimony (rules 36 to 39 of the Draft). The rules, indeed, are quite neutral and flexible regarding two issues where national legislation and practices diverge the most.

## 1. Oral v. written testimony

The first one regards the way to receive testimony of witnesses. Here, the general rule is orality, directly linked to immediacy. However, two different sorts of exceptions are established:

- According to rule 37 (1) of the Draft:

«[t]he court may, upon consultation with the parties, require that initial testimony of witnesses be in writing, which should be supplied to the parties in advance of the hearing. Oral testimony may be limited to supplemental questioning following written presentation of a witness's principal testimony.»

This possibility to require an initial testimony in writing might prove useful in complex litigation and, especially, for a better case management. However, it has to be treated with great caution and exceptionality; this explains why the parties' consent is always necessary.

The admissibility of affidavits. Although the main rule should remain orality, in many jurisdictions witnesses are allowed to present written statements about relevant facts. The draft rules are aware that this may offer flexibility, especially in complex cases, in cross-border cases or where the information to be provided is neutral and its accuracy may not depend on the credibility of the person submitting it (e.g., the written report of a public officer concerning information appearing in their files). Therefore, the proposed rule 39 of the Draft establishes the following:

«With permission of the court, a party may present a written statement of sworn testimony of any person, containing statements in their own words about relevant facts. The court, in its discretion, may consider such statements as if they were made by oral testimony before the court. Whenever appropriate, a party may apply for an order of the court requiring the personal appearance of the author of such a statement. Examination of that witness may begin with supplemental questioning by the court or opposing party.»

The proposal is cautious and intended to show a restrictive approach, where judicial control – and not the will of the parties – is the basis.

## 2. Cross-examination?

The second controversial issue regards the way to examine a witness (i.e., assuming that no written testimony is being used).

There are also different traditions regarding the way to examine a witness, either with the parties conducting the primary examination or with the judge doing so.<sup>28</sup>

Rule 37 (3) is the result of a compromise between those possibilities:

«A person giving testimony may be questioned first by the court or the party seeking the testimony. Where the witness has first been questioned by the court or by another party, a party should have the right to conduct supplemental questioning directly to that witness.»

Direct and cross-examination is a first option, with a judge that may afterwards ask for further clarification. First examination by the judge is equally compatible with the spirit of the rules, provided that the parties are granted the possibility to conduct a supplemental questioning: the right of a party to ask questions directly to a witness is of paramount importance, as acknowledged by the European Court of Human Rights<sup>29</sup>.

## C. EXAMINATION OF PARTIES

The problem at this point lies in defining to what extent the *nemo testis in causa sua* principle is applicable or not, taking into account the diversity in some national provisions.<sup>30</sup> The common law tradition is more open to the possibility of a party giving evidence in support of its contentions, while the traditional approach in continental systems is different: a party may be questioned by the court or by the opponent, the latter aiming usually to lead that party to admitting facts or inferences, which could be harmful to his/her position.

28 Cf. N. Trocker (*supra* n. 2), 256-257.

29 ECtHR 10 December 2001, Application no. 43373/98, *C.G. v. United Kingdom*: the right to supplemental questioning belongs to the parties and therefore the use of this right may not be interrupted by unnecessary case management.

30 Cf. N. Trocker (*supra* n. 2), 253-255.

A first provision leans towards the common law view, in rule 40 (1) of the Draft:

«The court may accord evidentiary effect to any statement made by a party that has been questioned before the court.»

It is relevant to note the requirement of the party having been questioned before the court, offering the safeguard of possible cross-examination.

A second provision recognizes the right of the parties to question the opponent before the court; pursuant to rule 40(2) of the Draft:

«Each party shall have the opportunity to question his/her opponent in front of the court on relevant issues of fact.»

It is not a party's right, therefore, to decide if she will give testimony, but the opponent's right to force her to be examined. This provision finds its complement in rule 40(3) of the Draft, pursuant to which:

«The court may draw relevant inferences if a party unjustifiedly refuses to appear in the hearing or to answer any relevant question formulated by the opponent or by the court.»

The Draft also deals at this point with the specific problem of the examination of legal persons, with rule 40 (4):

«If the party to be questioned is a legal person, it shall provide the identity of the natural person or persons that participated directly in the relevant cause of events on behalf of the legal person, in order for them to be questioned, provided they may still be considered as representatives of the legal person. The court may draw relevant inferences if the legal person unjustifiedly fails to provide this information.»

#### D. EXPERT EVIDENCE

When it comes to expert evidence, two main issues are necessary to set a common understanding. One of them has already been addressed in general terms: it is the possibility for the court to appoint *ex officio* an expert and entrust him/her with the drafting and presentation of a report. The 2010 IBA Rules for the Taking of Evidence in Arbitration, as well as the (draft) Rules of Procedure of the Unified Patent Court do not seem to find any problem with this, provided of course that notice is duly given to the parties and that parties are allowed to present observations and critics to the report presented by the expert. As we have already mentioned, it is a question that is addressed by the general rule 17 of the Draft, allowing the court to exceptionally order *ex officio* the taking of evidence.

The other issue is the way to face the dualism between “court-appointed” and “party-appointed” experts, which is common practice in most legal systems: parties should always be entitled to produce a report drafted by an expert appointed by them; but, of course, parties shall not bear the burden to find experts by themselves and may prefer to rely on a system permitting the court to choose and to appoint an expert – whether *ex officio* or only upon request of the party is a different matter. In the less formalistic context of international arbitration this dualism is accepted by the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, considering as different means of evidence *Party-Appointed Experts* (Article 5) and *Tribunal-Appointed Experts* (Article 6). This duplicity is also visible, for the specific sector of patent litigation, in Article 57 of the Agreement on a Unified Patent Court<sup>31</sup> and finds a clear development in the last version of the 2015 (draft) Rules of Procedure of the Unified Patent Court<sup>32</sup>.

It might be controversial, however, if a rule might pretend to grant more credibility or reliability to a court-appointed expert's report over the report submitted by a party-appointed expert on the sole basis of the former's greater impartiality, linked in turn to the way he/she was selected: party-appointed experts should also be – and be regarded as – impartial; and, of course, the most relevant criterion to assess the probative value of a report should be its content and its quality.

31 O.J. 2013/C 175/01 of 20 June 2013.

32 Available at [https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc\\_rules\\_of\\_procedure\\_18th\\_draft\\_15\\_march\\_2017\\_final\\_clear.pdf](https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc_rules_of_procedure_18th_draft_15_march_2017_final_clear.pdf).

This is the sensible option of the rules at this point: the Draft is based on the admissibility of both possibilities, which means in practice that parties may choose (see rules 41 and 42 of the Draft). Nevertheless, to prevent any appearance of preference towards court-appointed experts, a clear provision is stated in rule 43 (1) of the Draft, under the common label of “duties of experts”, establishes the following:

«(1) An expert, whether appointed by the court or by a party, owes a duty to the court to present a full and objective assessment of the issue addressed.»

Since the main rule is free evaluation of expert evidence, it will be the court’s duty to explain in the judgment why he/she found more credible one report than the other, in case they are conflicting.

There are, however, a few differences. The first one is limited to a very specific problem, envisaged by rule 46 (4) of the Draft:

«If a party-appointed expert duly summoned fails to appear to the oral hearing without a valid reason the court may disregard this expert’s written report.»

And there is also a second one, regarding expert access to information: the provisions of rule 45 of the Draft, granting access to information, cover only court-appointed experts, not party-appointed experts:

«(1) A court-appointed expert should have access to all relevant and non-privileged information necessary for the preparation of the report.

(2) In particular, the expert may request a party to provide any information or to provide access to any documents, permit inspection of things or entry upon land for inspection, to the extent relevant to the case and material to its outcome.

(3) Under appropriate circumstances, the expert may examine a person or have access to information derived from physical or mental examination of a person.»

From a regulatory point of view, it is obvious that court-appointed experts need a more detailed regulation than “private” experts: this explains why there are specific rules devoted to issues – like their appointment – that are not necessary when parties appoint them; and this equally explains why the provisions on costs may also be different, as proposed in rule 47 of the Draft:

«(1) The fees and expenses of a court-appointed expert shall form part of the costs of the proceedings. The court may order that the party requesting the expertise pay an advance.

(2) The fees and expenses of a party-appointed expert shall only be recoverable from the other party if the court orders so.»

The 2017 Directive Proposal of the European Parliament also addresses this duplicity between party-appointed and court-appointed experts with a flexible approach, in its Article 11, under the heading of “Court experts”:

«1. Without prejudice to the possibility for the parties to produce expert evidence, Member States shall ensure that the court may at any time appoint court experts in order to provide expertise for specific aspects of the case. The court shall provide such expert with all information necessary for the provision of the expert advice.

2. In cross-border disputes, save where coercive measures are needed or where an investigation is carried out in places connected to the exercise of powers of a Member State or in places to which access or other action is, under the law of the Member State in which the investigation is carried out, prohibited or restricted to certain persons, Member States shall ensure that a court may appoint a judicial expert to conduct investigations outside of the court’s jurisdiction without the submission of any prior request to that effect to the relevant authority of the other Member State being needed.

3. For the purposes of paragraphs 1 and 2, a European directory of experts shall be drawn up by the Commission by bringing together existing national lists of experts and shall be made available via the European e-justice portal.

4. The court experts shall guarantee independence and impartiality in accordance with provisions applicable to judges provided for in Article 22.

5. Expert advice given to the court by court experts shall be made available to the parties which shall have the possibility to comment on it.»

Apart from that, the Draft deals with general and not really controversial provisions on duties of experts, qualification to act as an expert, instructions by the court, presentation of reports and oral examination before the court.

## E. JUDICIAL INSPECTION

All legal systems admit taking evidence consisting in direct inspection by the court of things or persons. It is frequently understood as a subsidiary means of evidence, when direct inspection cannot be substituted by other means (such as documents, photographs, video recordings, etc.). The proposals at this point are therefore quite classical and non-controversial. According to rule 48 of the Draft:

«(1) On application by a party, the court may order the inspection of things, or, under appropriate circumstances, the physical or mental examination of a person.

(2) When necessary for the inspection, the court may order entry upon land or into private premises.

(3) The court may inspect or require the inspection by court-appointed expert or a party-appointed expert, as it deems appropriate.

(4) The parties and their representatives shall have the right to attend any inspection, unless the courts provides otherwise. The court shall, in consultation with the parties, determine the timing and arrangement for the inspection.»

The rules on orders for access to evidence also allow the court to order persons who are not parties to the proceeding to produce things for inspection by the court or a party (rule 49 of the Draft).

## VI. CROSS-BORDER ISSUES

The general structure of the whole ELI/UNIDROIT Project requires that special attention be given to cross-border issues. The perspectives and provisions may be different depending on the scope of the cross-border element: in intra-EU cases the existing *acquis* may be very helpful and, for many purposes, may render unnecessary any specific provision; outside the EU the provisions may be more demanding.

### A. CROSS-BORDER TAKING OF EVIDENCE WITHIN THE EUROPEAN UNION

Within the EU, the starting point shall be a general reference to the Evidence Regulation<sup>33</sup> both for taking evidence in a different Member State or for asking a court of another Member State to order production of evidence. However, the Draft has also taken into account the case law of the CJEU that states that its use is not compulsory (except, possibly, for inspections that have to be performed at a different Member State). Additionally, it is necessary to establish how to proceed with orders for access to evidence in cross-border settings. This gives room to some specific provisions, granting special powers to courts, established in rule 50 (2) of the Draft:

«(a) the court may summon directly a witness residing in another Member State.»

This power has been recognized by the CJEU<sup>34</sup>, although this summons by the court may not lead to coercive measures. The use of videoconferencing, already addressed in these rules, may be of help in such cases.

«(b) the court may appoint an expert to submit a report, whose preparation requires the undertaking of activities (inspection of persons or premises located) in another Member State.»

This power has also been acknowledged by the CJEU<sup>35</sup>. This possibility, however, does not allow the expert to affect the powers of the Member State in which his/her activities take place (e.g., where it is an

33 Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters, O.J. L 174, 27.6.2001, p. 1.

34 CJEU, 6 September 2012, C-170/11, *Lippens*.

35 CJEU, 21 February 2013, C-332/11, *ProRail*.

investigation carried out in places connected to the exercise of such powers or in places to which access or other action is prohibited or restricted to certain persons. In such cases, in the absence of an agreement or arrangement between Member States, recourse to the Evidence Regulation is the only way to carry out an expert investigation directly in another Member State.

«(c) a party or non-party, to whom an order for access to evidence is addressed, and who is residing or domiciled in the Member State of the court, has the duty to produce the required documents and evidence, even if they are located in a Member State different to the one of the court issuing the order.»

The person to whom an order for access to evidence is addressed may not refuse compliance on the ground that the evidence to be produced is in another Member State, provided that the addressee of the order is residing or domiciled in the Member State of the court.

«(d) a court may address an order for access to evidence to prospective parties and to non-parties domiciled in another Member State.»

When the order concerns prospective defendants, the rule is a logical consequence of the general rules set in Part II: orders for access to evidence under Part II are permitted *ante litem*; the requested court shall analyze its jurisdiction before issuing the order; and it is possible that the court finds itself competent even if the prospective defendant is not domiciled in its territory. As far as non-parties are concerned, the rule is based on the principles of mutual trust and mutual recognition, and it places non-parties under the same duty to comply with orders addressed to them by the courts of other Member States, in the same manner as they are expected to comply with those issued by the courts of the Member State of their domicile. Ensuring compliance with the order may prove difficult, especially when non-parties are concerned; if some kind of enforcement or coercive measure is envisaged as necessary, recourse to the Evidence Regulation may turn out to be necessary. It may also be necessary, before issuing an order for access to evidence to a person who is resident abroad, to offer clear indications as to the steps necessary to oppose the proposed order; the provisions established in rule 29 of the Draft should be applied in a flexible manner (e.g., allowing the non-party to make a claim for privilege in writing and to include it as a possible response to the proposed order or to the order itself).

## **B. CROSS-BORDER TAKING OF EVIDENCE OUTSIDE THE EUROPEAN UNION**

The lack of an increased level of mutual trust impedes to transplant equivalent rules to situations where evidence needs to be taken outside the EU or when the addressee of an order for access to evidence has no domicile or habitual residence within the European Union. For those cases, the rule 51 of the Draft limits itself to refer the court and the parties to the provisions of the 1970 Hague Evidence Convention or of other relevant international conventions.

In the framework of the Hague Evidence Convention it should be noted that some Contracting States have made exclusion to the execution of letters of request issued for the purpose of obtaining pre-trial discovery of documents as known in Common Law countries; this might affect enforcement of orders for access to evidence, although their nature should be far away from the US-style discovery.

# NULLITIES AND THE EFFECTS OF DEFECTIVE PROCEDURAL ACTS IN EUROPEAN LAW (1)

Ferruccio Auletta

Milano, 21 giugno 2018

The paper examines the path along which the European systems have developed their own voidness regime of procedural acts: since the origin of the legislative primacy of nullity in France to the current features of the English or German system. The turning point seems to be the settling of principles that, nowadays more and more emerging on the law's surface (e.g. in the new Brazilian Code), provide the judge with the main tool in order to shape a fair process much more than ensure the legitimacy of a single act. These principles play the key-role in applying the procedural law to the given case, making the judge as the king of the trial but also putting at risk the foreseeability of the procedural law, whose rank is eventually lowered.

## System of nullities, procedural acts, formal and non-formal defects, fair process

1. The modern pattern of procedural acts; 2. The French *Code*; 3. The *CPR* (in England and Wales); 4. The *ZPO* (in Germany); 5. From the legitimacy of the proceedings to the fair process; 6. The key-role of the (new) principles: a comparison between the Brazilian *Código* and the Italian *Codice*; 7. A new but continuously changeable order.

## 1. THE MODERN PATTERN OF PROCEDURAL ACTS

My presentation must start by taking for granted the primacy of France on the fundamental choice that oriented the European continental systems and – clearly- the Brazilian system too (from the 1973 Code up to –albeit to a lesser degree- the new one) about form and regulation of the civil procedural acts (that is why Antonio Do Passo Cabral, in the *Comentários ao novo Código de processo civil*, co-edited with Ronaldo Cramer, Editora Forense, 2016, 433, defines the *novo Código* a lost opportunity and complains about «*um sistema parcialmente ultrapassado e que perdura há séculos sem alteração*»)<sup>2</sup>.

The modern pattern of procedural acts and the question whether they are void was conceived in very deep connection to the idea of supremacy and preeminence of the statutory law, *lex certa, lex praevia, lex stricta*, an idea that became prevalent at the time of the «*French revolution*», therefore «*it is up to the law, not to the judge, to set out that regulation*» (E. Minoli, *L'acquiescenza nel processo civile*, Torino, 1942, 182).

Previously, in the «*system of nullités comminatoires [...], the judicial power rest(s)-(ed) on the the circumstance that nullity provided by law could be both declared or remedied, with no legal criteria to be complied with by the judge. In a lawfulness system, instead, the law sets forth the criteria the judge has to comply with*».

As a result, the form and nullity of the procedural acts are particularly enlightening prisms through which the relationship between legislative power and judiciary can be analyzed, their relationship might be synthesized; and, in other words, their fight for primacy can be considered.

1 Presentation given at the *Congresso Internacional «O novo CPC em debate»* hosted by the *Instituto Brasileiro de Direito Processual*, in Rio de Janeiro, October 2017, 2nd and 3rd.

2 Since now on I will particularly refer to artt. 276 > 283 of the *Novo Código de processo civil*, where *Das nulidades* are regulated, but I will also consider other significant ones, such as artt. 76, 218, § 4°, 938, § 1°, 1007, § 7°, 1024, § 5°, 1029, § 3°.



## 2. THE FRENCH CODE

In the French Code provisions nullities can arise in two ways: as defects of form and defects *au fond*.

The «*vices de forme*» provisions of nullity are strict, and all listed in a limited number of cases selected by the legislation (no nullity without law), unless the case relates to a «*formalité substantielle ou d'ordre public*». Indeed, these latter cases need no strict provision by law and, actually, we can observe here the first step back of the Legislator. Art. 114 of the Code in force sets out the exemption that the settled case law had affirmed prior to 1972 (when the law came into effect). This is the exemption from the principle *pas de nullité sans grief* that finds its roots in a well known classification first proposed by Glasson in 1925. However, before art. 114 entered into force, the case law had debated «*formalité substantielle ou d'ordre public*» in order to exempt (not so much the judicial declaration from a legal text to be based on, as for to exempt) the affected party from the burden of proof of the damage suffered by the defective act.

Actually, (here is a second proviso on which nullity could be declared) no act could be annulled unless the affected party gave evidence of the damage suffered as a consequence of the defective act. In any event, the principle *pas de nullité sans grief* (in the New Brazilian Code, art. 282, § 1: *The act shall not be repeated nor its absence compensated when it does not harm the party*) is no longer debated because of its explicit extension to the «*formalité substantielle ou d'ordre public*».

Finally, and here is the third, now negative, proviso on which nullity could be declared: it is not to be declared when the defective act has otherwise been corrected or rectified.

It is worth noting that, in order to be declared, «*the nullity of the act must be invoked at party's first opportunity to file a statement into the record, under penalty of preclusion*» (as set out in art. 278 of the new Brazilian Code).

Art. 117, in addition, sets out «*irrégularités de fond*» (sometimes in the case law you find a different wording, «*vices de fond*»). These defects relate to lack of capacity to sue or to be sued and to lack of representation.

It is a peculiar regulation, different from that mentioned above: in particular, should the considered defect be one of those «*d'ordre public*» neither evidence of the harm need to be given by the party who invokes the nullity (art. 119), nor does any objection need to be raised at all (art. 120). In any case, should the objection be deemed essential to the annulment, no preclusion could ever affect the party who raised it late, but in the latter case the counterparty is entitled to request so called *dommages-intérêts*. On this point the legislation was inspired by the trend first implemented in the Alsace and Moselle Department, where, in order to prevent dilatory defences, judges were allowed «*to condemn to the payment of so called dommages-intérêts the party who had purposely omitted at his/her first opportunity to invoke the nullity aiming at invoking it later on*».

The topic of «*irrégularités de fond*» appeared in the specialist literature during the XX century, having remained unknown in the XIX Century's Code (1806), but afterwards it lost its relevance as a result of the figure, first shaped by the case law, of the so called «*formalité substantielle*», through which the aggrieved party was relieved from the burden of proof of the damage suffered by the defective act. However, as I said earlier, the 1972 Code even put in the new scope of the principle *pas de nullité sans grief* the «*formalité substantielle*». The difference therefore between the categories of defects, whether affecting form or not, has become more valuable.

Currently, in France even the most grievous formal defects are ranked by law further down the scale than non-formal defects, for which the Code does not preclude as a matter of principle the chance of correction, albeit there are no written criteria to comply with to achieve that purpose. This is the reason why the correct position of a defective act is still debated, whether among formal nullities or not. Some authors state that differences depend on the origin of the defect, whether related to the *instrumentum* or the *negotium*, and it remains clear how important is the influence of the civil substantial law over the subject matter<sup>3</sup>.

3 The last regulation of the manner to handle the proceedings by IT tools, that will become the compelling form on September 1st, 2019, does not modify in essence the principles discussed until now.

### 3. THE CPR (IN ENGLAND AND WALES)

Very far from such a premise might be the English system, although some elements belonging to the categories found in the continental countries are not unknown within it. A mere chronology of some cases judged until the *CPR* came into force in 1999 can be enlightening; better than using different methods, the state of the art ultimately demonstrates how the relationship between judges and legislation has finally become crucial even in England and Wales, instead of being the remote cause of the main issue at stake like happened in the continental countries.

The point is to draw the exact line between nullity and irregularity: since *Fry v. Moore*, Lindley L.J. said (1889) that if an order is irregular it can be waived by the defendant but if it is a nullity then it renders all that is done afterwards void. In general one can easily see on which side of the line the particular case falls.

In *Craig v. Kanssen* Lord Greene M.R. confirmed (1943) that an order which can properly be described as a nullity is something which the person affected by it is entitled *ex debito justitiae* to have set aside; so far as procedure is concerned the Court in its '*inherent jurisdiction*' can set aside its own order and an appeal from the order is not necessary.

And in *Wiseman v. Wiseman* Lord Denning M.R. specified (1953) that a void act is void even if it affects the rights of an innocent third party.

Later (1961), Lord Denning M.R. confirmed (in *MacFoy v. United Africa Co Ltd.*) that a void order is automatically void without more ado; a void order does not have to be set aside by a Court to render it void although for convenience it may sometimes be necessary to have the Court set the void order aside; a void order is incurably void and all proceedings based on the void order/invalid claim are also void.

1963: in *Re Pritchard* (deceased) Upjohn L.J. confirmed that *a fundamental defect in proceedings will make the whole proceedings a nullity; a nullity cannot be waived; it is never too late to raise the issue of nullity; and a person affected by a void order has the right – ex debito justitiae – to have it set aside.*

Upjohn L.J. reviewed the case law in 1963 (in *Re Pritchard*, deceased) and distinguished between defects in proceedings which could and should be rectified by the Court and those which were so fundamental that they made the whole proceedings a nullity. These included (i) proceedings which ought to have been served but which have never come to the notice of the defendant at all; (ii) proceedings which have never started at all due to some fundamental defect in issuing them; and (iii) proceedings which appear to be duly issued but fail to comply with a statutory requirement.

Lord Denning (dissenting) said: «The only true cases of nullity that I have found are when a sole plaintiff or a sole defendant is dead or non-existent and I would like to see the word '*nullity*' confined to those cases in the future». Then, in *Firman v. Ellis*, he confirmed (1978) that a void act is void ab initio, but one year later stated that «*although a void order has no legal effect from the outset it may sometimes be necessary to have it set aside because as Lord Radcliffe once said: "It bears no brand of invalidity on its forehead"*» (cfr. *The Discipline of Law*, Butterworths, 1979, 77). In other words the order setting the nullity aside is declaratory in effect.

Now the case law rests on the *CPR*, which entered into force on April 26<sup>th</sup>, 1999 and its *Practice Directions* (the 92 Update to which entered into force on 1st October 2017). The rules and practice directions are available electronically for the convenience of users (e.g., see the PD51O offering the Electronic working scheme, that is to clarify when documents may be submitted by email as well as through the Electronic working system)<sup>4</sup>.

*CPR* at their *incipit* prescribe the «overriding objective», with a drafting-technique close to that one used for some of the 12 *Normas fundamentais* of the *Novo Código de processo civil*: «*a new procedural code*

4 See <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules>. More broadly, anyway, it appears in England and Wales that the use of listing online forms which can be downloaded and filled when the specific case occurs is widely available.

*with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost». «Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable [...] (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly». «The court must seek to give effect to the overriding objective» and «The parties are required to help the court to further the overriding objective».*

The Court's duty to manage cases implies a «*General power of the court to rectify matters where there has been an error of procedure*», so that (3.10) «*Where there has been an error of procedure such as a failure to comply with a rule or practice direction – (a) the error does not invalidate any step taken in the proceedings unless the court so orders; and (b) the court may make an order to remedy the error*».

As a consequence of the power to rectify any error of procedure the statutory form of acts might appear at risk, lowered to the point of an absolute insignificance. In essence, it might be thought that the power to cure errors of procedure might enable the court to cure a nullity arising from a statutory provision. That might be thought to be the concern emerging from *Bellinger v Bellinger* in 2003, where the House of Lords felt the need to confirm that «*a void act is void from the outset; and no Court – not even the House of Lords (now the Supreme Court) has jurisdiction to give legal effect to a void act no matter how unreasonable that may seem because doing so would mean reforming the laws which no Court has power to do because such power rests only with Parliament. The duty of the Court is to interpret and apply the law not reform it*».

Three problems, however, still remain: first, the power to cure procedural error in *CPR* r.3.10 cannot cure an error of procedure that amounts to a nullity; secondly, the power cannot be used to cure all procedure irregularities (see *Vinos v Marks & Spencer* [2001] 3 ALL ER 784, where May L.J. stated that *CPR* 3.10 could not be extended to enable a court to do what another rule expressly forbade, like happened with a claim served too long after the date of issue, beyond the period within which had to be served pursuant *CPR* 7.5); and thirdly, procedural powers cannot cure errors of substantive, statutory law as the House of Lords in *Bellinger* made clear.

#### 4. THE ZPO (IN GERMANY)

Unlike the latter, the German system does not tend towards general provisions in the subject matter of defective procedural acts, nevertheless from many sections of the *ZPO* the inspiring principles can be clearly presumed. It is worth noting, e.g., the broad scope of § 56 (whose heading is *Review ex officio*), which is as follows:

- (1) The court is to take account ex officio of any lack in terms of the capacity to be a party to court proceedings, of the capacity to sue and be sued, of the legitimisation of a legal representative, and of the required authorisation to pursue legal proceedings.
- (2) If any delay would entail imminent danger for a party, that party or its legal representative may be admitted to pursue legal proceedings, with the provision that the lack identified must be remedied. The final judgment may be delivered only after the period determined for the remediation of the lack has expired.

Other significant clues derive from Section 130 (*Content of the written pleadings*), Section 189 (*Remediation of defects in the service of records or documents*), Section 230 (*General consequence of failing to take action*), Section 313 (*Form and content of the judgment*).

The *ZPO* does not include any general regulation on the nullity of acts; therefore interpreters should be banned from defining as null any defective act (*Mangel*) on the base of the applicable law, which -as to procedural acts- never makes mention of nullity (*Nichtigkeit*). There is, however, an unwritten general concept of defective acts established by procedural doctrine and recognized by the courts. The concept has been worked out with particular regard to court decisions (i.e. judgments, orders, and rulings; cf. Section 160 (3) n. 6) but does, in principle, also apply to procedural acts of the parties. The basic idea is that there are three different categories of unlawfulness: in consequence, the affected decision can be “null and void” (*Nicht- oder Scheinurteil*, e.g., when the judgment has not been properly announced in accordance with Section 311 (1)), or it can exist, but remain “without effects” (*wirkungsloses Urteil*; e.g., when the judgment was given against a party which is immune under the rules of public International law), or – in all other cases – it can be regarded as “simply wrongful” (*fehlerhaftes*

*Urteil*, in which case the judgment must be appealed against, since it otherwise will become final).

Another aspect to be considered is connected with the way of redeeming the defective or void proceedings. The relevant section is 295, whose heading is «*Right of objection*» (*Verfahrensrügen*):

- (1) The infringement of a rule to which the proceedings are subject, and in particular of a rule governing the form of a procedural action, no longer may be objected to if the party has waived the rule's being applied, or if the party has failed to object to the irregularity at the next hearing taking place as a result of the corresponding proceedings or at the hearing in which reference was made to the rule, in spite of the fact that the party appeared at the hearing and that it was aware, or must have been aware, of the irregularity.
- (2) The above provision shall not be applied if any rules have been infringed, the compliance with which no party may effectively waive.

The provision, actually, deals with the manner of recovering (*Heilung*), if any, the defective procedural acts (*Prozesshandlungen*), in particular when a formal defect occurs.

The section 295 is located among the provisions specifically related to the first instance proceedings (for parallel ways, relating to appeal and *Revision*, see sections 534 e 556):

- 1) the provision deals with procedural acts in general, using a drafting as broader as possible, meaning either parties' acts or judge's orders and judgements;
- 2) the legal reaction to the defective judge's acts (*Gerichtshandlungen*) depends on their type, whether decisions or not: the latter, *e.g.*: hearing evidence, *ex officio* service or summons, are simply ineffective (*unwirksam*); and any judicial act except the decision, if still defective, has to be amended and correctly done anew whilst judgements are normally – as already mentioned – effective but on a regular basis appealable (as long as they are not, in exceptional cases, regarded as either “null and void” or “without effects”);
- 3) the purpose of the section 295 is ensuring speedy and reliable proceedings. Any unamended defect, *i.e.* that hasn't been rectified along the first instance proceedings, can be duly invoked as ground of appeal unless it is no longer objectable because of a waiver of the affected party, or of his/her failure to the opportunity of objecting the irregularity.

By comparing both subsections, 1.st and 2.nd, of section 295, a distinction among defects emerges: the distinction between waivable (*verzichtbar*) and non waivable defects (*nicht verzichtbar*). The provisions about waiver of the affected party, or his/her failure to the opportunity of objecting the irregularity pursuant section 295, subsection 1.st. are applicable to the former ones: in other words the proceedings, though no correction has taken place, shall be deemed to be valid as a result of the loss of party's right to object to the irregularity (*Rügerecht*, that literally stands for right of complaining).

It's worth noting that among the ways of redeeming the proceedings from its defective path the section 295 doesn't set out the fulfillment of the purpose (the purpose the act had to pursue), that is recognized as a reason for recovery (*Heilung*) only by some doctrine.

The waivable defects, or -as a consequence- correctable or suitable for being overcome (*heilbar*), are defects a party is allowed to invoke at his/her convenience since they are connected to the infringement of provisions whose compliance with is at disposal of the party, due to the circumstance that the protected interest is not general.

As a result of the loss of the right to complaint (*Rügerecht*) -where a waivable defect has to be dealt with- the proceedings is redeemed (*Heilung des Mangels*) and the defective procedural act shall be considered as valid and effective from the beginning whilst, dealing with non waivable defects, as a consequence of the infringement of provisions not at one's disposal, the proceedings is suitable for appeal or *Revision* on that ground (unless the wrongful act has been replaced *ex tunc* by a lawful one).

## 5. FROM THE LEGITIMACY OF THE PROCEEDINGS TO THE FAIR PROCESS

Ultimately, it might be said that from such divergent starting points the above mentioned systems have taken a converging path both in the historic and juridical senses: once in the written law systems, under the primacy of the Legislator, judicial discretion tended to seek cases to be taken out of statutory

provisions on nullity (let us think of categories as *non-existence* or *absolute nullity* of the procedural acts, now everywhere under way of disappearance, Brazil included). Today, on the contrary, Codes, even those, like in England and Wales and Brazil, with an opening list of principles, tend to emphasize the instrumentality of the procedural statutes and lower the intimate value of procedural rules, particularly when it is matter of form, yet more downgraded to the level of non binding instructions, always suitable for being recasted in alternative patterns, which are feasible as long as deemed rationally interchangeable.

In summary: we have moved from the legitimacy of the proceedings to the *fair process*.

Then, as Teresa Arruda says, «*na medida do possível, o processo deve ser “salvo”*» (Nulidades do processo e da sentença, 7.a ed., São Paulo, 2014, 493): of such a trend the new art. 277 -compared with the previous art. 244- of the *Novo Código* is the case in point: «*When the law sets forth a determinate manner, a judge shall consider the act to be valid if, while performed differently, it achieves its purpose*». There is an unambiguous choice in favor of preserving the proceedings from all kind of nullities, without no more distinction between *nulidade cominadas* and *não cominadas*.

Obviously, achieving the goal of the «*previsibilidade*» for any orders or judgements becomes more difficult in the new context and it seems to be going back to that time of the *nullité comminatoires*, when the judge had at his own discretion the power to assess any procedural act not compliant with the statutory pattern. But this is the risk to be run since we are aware of leaving the time of the *nullités péremptoires*.

The process, according to Chiovenda, who was the most seminal supporter of the public essence of the procedural law and its location out of the field of the private law, is «*where the law solely finds its own enforcement, i.e. the law in an objective sense*» (Principii di diritto processuale civile, 1923, Napoli, rist. 1965, 65). But the statement needs now to be amended, in the same sense Betti had suggested to his readers by adding an adjective in brackets to the phrase of Chiovenda, the adjective “*substantive*” next to the word “*law*” (cfr. *Diritto sostanziale e processo*, Milano, a cura di N. Irti, rist. 2006, 42): the due process only enforces the substantive law, and no longer the procedural law, yet downgraded to job-protocol, practical guide-lines, experienced common method, but protocol or guide-lines or method never more exclusively stated by the law and matching only by tendency with the statutory rules.

## 6. THE KEY-ROLE OF THE (NEW) PRINCIPLES: A COMPARISON BETWEEN THE BRAZILIAN CÓDIGO AND THE ITALIAN CODICE

I would test these critical aspects, *i.e.* the relationship between statutory rules and their judicial enforcement as the main variable to estimate the predictability of decisions, and how much the mentioned relationship depends on the (new) principles which play the key-role between the rule and the case.

From my point of view, such a key-role of principles in procedural law can be mostly appreciated when to different rules nevertheless equal orders follow, that is much more symptomatic than the event of one rule followed by divergent implementations.

I will give some examples comparing the Brazilian *Código* with the Italian *C.p.c.*

Art. 282, par. 2 of the *Código* sets forth as follows: «*When a judge can decide on the merits in favour of the party who invoked the nullity, the former shall not declare nullity, order the act to be repeated or have its absence compensated*» (it's the *Lei da Vantagem* in soccer).

The *Codice* lacks such a rule, and yet Cass. 22<sup>nd</sup> jan. 2010, n. 272 stated that «*should the appeal result prima facie to be dismissed, the court, even in the occurrence of all required elements, shall not issue summons for a third party's sake, because by granting the term to the latter party the reasonable length and the costs of the trial could be negatively affected*».

In Brazil, «*não há nulidade sem prejuízo*» (according to art. 282, § 1). Although the Italian Legislator had quasi-proudly renounced such a principle, or the Italian Legislator having been aware of that lack (at least until a peculiar provision recently set out only for the Supreme Court: art. 360 bis, n. 2), the case law

has nevertheless pointed out the so-called *principio di offensività*, e.g. to solve the problem of an omitted ground of appeal. The Supreme court ruled in the case in point (Cass. 1<sup>st</sup> feb. 2010, n. 2313) that the proceedings had not to revert to the lower instance, where the ground should have been properly examined, if the raised *quaestio juris* had *prima facie* to be dismissed and consequently no different judgment could be issued at the appeal stage.

From the point of view of an Italian observer, both cases show an unpredictable overruling of the statutory procedural law, that *ob Constitutionem* must back the system of the nullity of acts: a system conceived in order to restrain judicial discretion and therefore to be primarily governed by legislation which has recently become an other annexed field to the judge's *liberdade*, hopefully *razoável*.

## 7. A NEW BUT CONTINUOUSLY CHANGEABLE ORDER

My last thought is that the original pattern of the procedural act and its voidness is suffering from an ultimate crisis, since it was strictly connected to the *lex certa, praevia, stricta*, with the subsequent need/requirement of one act being matched with its statutory scheme to measure *more geometrico* whether they overlap or not. Antonio Do Passo Cabral, *Nulidades no Processo Moderno*, Rio de Janeiro, 2009, 283, on the contrary, has stated about the asymmetric values implied by this kind of test of validity: «*O princípio de validade apriorística dos atos processuais [...] impõe um ônus ou peso argumentativo que a decisão para invalidar as condutas praticadas; exige uma força maior para nulificar do que para manter sua validade prima facie*». There from his doctrine of «*atipicidade relevante*» or *prima facie* validity.

Today, the judge has to acknowledge the inherent power of shaping the process in light of fairness, not only to ensure its legitimacy, but it seems to me as a new and continuously changeable order, settled by different and equivalent items: «*o intuito do texto legal e a conduta dos Tribunais*» (T. Arruda, *op. cit.*, 499).

But too much discretion might put one's own freedom at risk, even in civil procedure.

# IL SUPERAMENTO DELLA LOGICA AUTORITATIVA FILIPPO DANOVÌ DEL PROCESSO E L'ESPANSIONE DEGLI ADR

Filippo Danovì

Sommario: 1. Crisi e conflitti come stadi di pericolo relazionale. – 2. La tradizionale logica del processo, tra struttura autoritativa e dinamiche avversariali. – 3. Il fattore tempo. – 4. L'«organizzazione normativa» del processo. – 5. Gli oneri e le spese processuali. – 6. La valutazione del potenziale risultato del processo in termini di concreta opportunità. – 7. I limiti della risposta autoritativa. – 8. Gli ADR. – 9. Rapporti tra processo e ADR. L'idea di una giustizia coesistenziale o complementare. – 10. Il progressivo arricchimento del catalogo degli ADR. – 11. La giustizia di prossimità. – 12. Le spinte provenienti dall'ordinamento internazionale e dell'Unione europea. – 13. I vantaggi degli ADR e la loro capacità di adattamento alle esigenze della singola fattispecie controversa. – 14. Conclusioni.

## 1. CRISI E CONFLITTI COME STADI DI PERICOLO RELAZIONALE

Immaginiamo di trovarci di fronte una controversia, una situazione di conflitto, di crisi, o – altrimenti definita – di mancanza di cooperazione. La controversia è di per sé uno stato di reciproca insoddisfazione; lo è in modo fisiologico e ineludibile, in quanto entrambe le parti (anche quella che in ipotesi crede di poter trarre giovamento dalla situazione di stallo) saranno chiamate nel tempo a render conto di un tassello scomposto della loro vita e di uno stadio della loro relazione dannoso, o quanto meno non soddisfacente, se non altro in quanto non rispondente alle iniziali aspettative. La crisi e la controversia non vanno peraltro demonizzate, non necessariamente devono essere valutate in termini del tutto negativi, né condurranno per forza a conseguenze pregiudizievoli, ma certamente rappresentano momenti di allerta e di pericolo, che i loro protagonisti sono chiamati a non trascurare.

Per superare lo scoglio dell'incertezza che alla controversia consegue è necessario un «atto vincolante», ovvero un atto che ristabilisca le regole di condotta che le parti dovranno ricominciare a seguire<sup>1</sup>. In questa prospettiva, per reperire un nuovo assetto, le alternative che si pongono alle parti sono in ultima analisi due: il giudizio o il dialogo.

La prima è la via tradizionale: da tempo immemorabile il processo incarna l'esigenza di attribuire alla volontà dello Stato, e prima ancora del sovrano che lo impersonificava, il compito di far rispettare, anche coattivamente, i diritti<sup>2</sup>. Ancora oggi la funzione primaria e fondamentale della tutela giurisdizionale civile è quella di realizzare la tutela dei diritti (art. 2907 c.c.), e il processo intende fornire una risposta autoritativa alle situazioni di conflitto, ristabilendo – con il primato della legalità – certezza nell'incertezza e ordine nel disordine. Non è un caso, dunque, che malgrado le molteplici varianti con le quali si tende a descrivere la giurisdizione, la tradizionale definizione vede in essa la dichiarazione e attuazione della concreta volontà della legge, mediante la sostituzione degli organi giudiziari a un'attività altrui<sup>3</sup>.

In questa prospettiva il processo rappresenta ancora oggi uno strumento fondamentale nell'architettura di un ordinamento civile democratico, perché nell'affermare il principio per il quale lo Stato mette a garanzia dei cittadini un sistema capace di garantire il rispetto e l'attuazione della legge anche e proprio nelle situazioni controverse, di fatto appronta uno strumento rilevante per gestire autoritativamente eventuali situazioni di crisi.

1 Cfr. in questo senso Luiso, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, 9° ed., Milano, 2017, 5.

2 È assolutamente dominante in dottrina l'idea per la quale il processo avrebbe natura secondaria e strumentale rispetto al diritto sostanziale (per tutti v. ad es. Liebman, *Norme processuali nel codice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, I, 154 ss.).

3 In questo senso si veda la celebre definizione di Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965 (rist.), 296 ss.

## 2. LA TRADIZIONALE LOGICA DEL PROCESSO, TRA STRUTTURA AUTORITATIVA E DINAMICHE AVVERSARIALI

Nell'avverbio autoritativamente risiede peraltro non soltanto un punto di forza, ma altresì un possibile elemento di limitatezza dello strumento processuale.

Quando descrivo ai miei studenti il fenomeno processuale sono solito impiegare metafore e *topoi* che sono tipici e ricorrenti nella dottrina processualciviltistica. Il processo può allora essere visto come un «cammino» o un «viaggio» (il termine processo indica del resto un metaforico percorso, *id est* una concatenazione di atti successivi e consequenziali finalizzati all'emanazione dell'atto finale, *id est* la sentenza<sup>4</sup>), come una «rappresentazione»<sup>5</sup>, come un «giuoco» (come lo immaginava Calamandrei<sup>6</sup>), e rimane fondamentalmente un terreno aperto al dialogo (poiché basato sull'imprescindibile canone della difesa, che fa sì che il contraddittorio rappresenti – insieme alla presenza di un organo giudicante – il nucleo portante, l'anima insopprimibile del processo<sup>7</sup>).

Eppure, a dispetto di queste generose qualificazioni, dal sapore a tratti ormai aulico e letterario, il processo rimane prima di tutto uno scontro, una battaglia, in termini anche più crudi una guerra<sup>8</sup>.

Lo stesso connotato della difesa è considerato da un lato una garanzia per il cittadino di non vedersi calpestare i propri diritti senza poter dare la propria rappresentazione e fornire la propria versione dei fatti, ma dall'altro costituisce di per sé una reazione al diritto di azione. Pertanto, come quest'ultimo viene considerato tale da turbare in qualche modo la pace giuridica tra i consociati (nel momento in cui la domanda viene proposta nessuno sa ancora se l'attore ha ragione, e la sua iniziativa tende quindi in ogni caso a scardinare la quiete dell'ordinamento), così la difesa finisce per esprimere una logica anche rafforzativa dello scontro e del turbamento che ne consegue.

Il processo sposta dunque definitivamente la controversia dal terreno sostanziale a una diversa dimensione, nella quale il compito di pronunciare la parola finale spetterà al giudice. Le parti si fronteggiano, si sfidano, utilizzano tutte le armi (non è un caso che si parli anche nel linguaggio tecnico processuale di un

4 Cfr. ad es. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 8° ed., Milano, 2012, 37.

5 Per la raffigurazione scenica del processo cfr. Calamandrei, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 637: «si dice comunemente che il processo, civile o penale, si può rassomigliare a un dramma: come in un dramma, infatti, si svolge in esso una successione di atti compiuti da diverse persone in forma dialogica, con distinzione in diversi episodi concatenati, che trovano il loro scioglimento, come in un epilogo, nella sentenza. E in verità spesso il processo ha non solo nelle forme, ma anche nella sua sostanza umana, una vicenda di dramma, triste o comico secondo i casi». Nello stesso senso si v. anche Pajardi, *Processo al processo*, Padova, 1985, 56 ss., che definisce il processo «teatro», «scena» e «dramma»; Taruffo, *Giudizio: processo, decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 793, 791, che ricorda come da alcuni il processo venga descritto come «gioco di storie» narrate.

6 Il riferimento è in *primis* al classico scritto di Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 23 ss.; ora in *Opere giuridiche*, I, cit., 537 ss.; ma per il nesso, ancor più generale, intercorrente tra il fenomeno del gioco e ogni tipologia di organizzazione sociale v. Huizinga, *Homo ludens*, Milano, 1985.

7 Il ruolo fondamentale che il contraddittorio assume nell'esperienza processuale può essere limpidamente sintetizzato nell'impostazione tradizionale che vede in esso il requisito minimo e inderogabile fondante il concetto stesso di «processo» rispetto a quello più generico e lato di «procedimento». Per il più deciso sostegno di tale tesi si vedano i numerosi scritti di Fazzalari, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861; Id., voce *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1976, 1072; Id., voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, spec. 827 ss.; Id., *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 912, n. 11; Id., *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 10; Id., *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 1989, 80 ss.; Id., «Processo» e giurisdizione, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 1 ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale*, 8° ed., Padova, 1996, 73 ss.; Id., voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 653 ss.; cui adde Calamandrei, *La dialetticità del processo*, in *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 678 ss.; Picardi, *Dei termini*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, 1544 ss.; Id., *La dichiarazione di fallimento dal procedimento al processo*, Milano, 1974, *passim*, spec. 133 ss., 154 ss.; Ferri, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, 114, n. 2; Colesanti, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 577 ss., spec. 600 ss.; Tarzia, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 193 ss.; Luiso, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981; Fabbrini, voce *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 722; Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 8 ss.; L.P. Comoglio, voce *Contraddittorio*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 5 (laddove afferma che «è risalente e ben radicata nelle nostre tradizioni l'idea secondo la quale l'antitesi dialettica di almeno due soggetti, in posizione contrapposta, sarebbe una componente essenziale – addirittura, una condizione definitoria – del processo contenzioso»); Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996, 222; Bongiorno, *La prova dei crediti per l'ammissione al concorso*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 353; Taruffo, *Giudizio: processo, decisione*, cit., 793.

8 Cfr. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, rist. Napoli, 1965, 63-64, per il quale per il tramite del processo «la lotta materiale diventa così lotta giuridica»; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, 290, secondo il quale «il processo non è altro che una lotta regolata dal diritto, nella quale ciascuno dei litiganti persegue il suo fine»; Irti, *Le scelte dell'avvocato, le scelte del giudice*, in Mariani Marini, Paganelli, *L'avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, cit., 340, che ricorda come il dubbio del giudice nasca «dal duello dei difensori». Un discorso autonomo (che tuttavia devierebbe eccessivamente l'attenzione dallo scopo e i limiti dell'indagine) meriterebbe poi l'individuazione del concetto di «lite» enucleato da Carnelutti come presupposto portante del processo (v. ad es. Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, *passim*, spec. 40 ss., 249 ss.; nonché su di esso Calamandrei, *Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, 3 ss.).



vero e proprio principio di parità delle armi tra le parti) a loro disposizione per avere la meglio sull'avversario. Perché questo è in ultima analisi la controparte processuale: un avversario, un nemico da battere. E non a caso la parola *fine*, che viene pronunciata con la sentenza del giudice (*rectius*, con il suo passaggio in giudicato) costituisce la dispensatrice della giustizia, ma altresì una sorta di scure o mannaia che cala sulle teste dei litiganti salvandone uno e condannando l'altro (ovvero in altri casi ferendo entrambi in misura più o meno marcata e lasciandoli sul territorio dello scontro a guardare disillusi i detriti dell'edificio che avevano costruito).

Per quanto essenziali nel panorama di un ordinamento democratico, quindi, la giurisdizione e il processo (e la sentenza che ne rappresenta il fisiologico compimento) rappresentano pur sempre fenomeni fondati sulla forza e in quanto tali necessariamente invasivi.

Non è un caso che l'etimologia di «decidere» sia la stessa di «tagliare» o «mozzare»; poiché la sentenza è chiamata a scegliere tra due prospettazioni alternative e a individuare tra le possibili strade quale percorrere. Per sua natura, poi, la sua valenza è tale da consentire la prosecuzione lungo la strada prescelta se necessario anche rimodellando il diritto sostanziale e trasformando le posizioni delle parti (*res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis*).

La logica del processo è dunque una logica di scontro. E poiché lo scontro è per definizione un combattimento ostile e violento, esso presuppone una forte spendita di energie, in termini temporali, strutturali, di oneri e di opportunità.

### 3. IL FATTORE TEMPO

Dal primo punto di vista il processo necessita di tempo. Ed è questo uno dei motivi, probabilmente anzi il principale, per il quale si sente sempre più spesso parlare di crisi della giustizia; anzi, talmente spesso, che la crisi della giustizia è divenuta una sorta di luogo comune, anche se non per questo deve considerarsi una formula stereotipata.

Quando si denuncia questa situazione, si cerca di esprimere una serie di malesseri, di difficoltà e forti criticità che si riscontrano nel modo di operare della giurisdizione ordinaria.

Dette criticità attengono in particolare al numero delle cause pendenti (il c.d. arretrato) e alla durata dei processi.

Da entrambi questi punti di vista, alle complessità che il processo civile strutturalmente (e verrebbe da dire ontologicamente) presuppone, si aggiungono per l'ordinamento italiano una serie di personali disfunzioni: l'Italia è in effetti tristemente in coda nelle classifiche che la mettono a confronto non soltanto con gli altri paesi dell'Unione Europea, ma addirittura del mondo. Ci troviamo di fronte arretrati di milioni di cause e processi che durano anni.

Sotto questo profilo, malgrado gli accorgimenti che il nostro legislatore ha predisposto per evitare i danni connessi alla dilatazione del fattore tempo (*in primis* gli effetti sostanziali della domanda), è ben lungi dall'essere realizzato il celebre motto chiovendiano per il quale lo svolgimento del processo non dovrebbe mai andare a danno della parte che ha ragione. Ottenere una giustizia a distanza di anni equivale, a ben vedere, a ottenere una giustizia dimidiata.

### 4. L'«ORGANIZZAZIONE NORMATIVA» DEL PROCESSO

Vi è poi un ulteriore ambito di criticità, legato alla gestione del processo, tutt'altro che lineare. Il processo segue per definizione regole precise e binari definiti, individuati dalla legge.

Tuttavia in questo ambito si registrano una serie di difficoltà derivanti dalla mancanza di una visione organica del processo civile, soprattutto in una prospettiva diacronica, ovvero di sviluppo nel tempo. Negli ultimi trent'anni vi sono state continue riforme legislative, anche importanti (basti pensare a titolo di esempio alle importanti leggi che hanno ridefinito il volto del processo civile nel 1990, nel 1995, nel 1998, nel

2005, nel 2009), ma per quanto strutturali, sempre «a macchia di leopardo». Si interviene in un settore, poi in un altro, poi in un altro ancora; si cambiano alcune norme, si colmano lacune, si cerca di aggiustare le più evidenti disfunzioni.

Ma i mali della giustizia non si riescono definitivamente a estirpare e la struttura del processo si allontana sempre più dall'ideale equilibrio per il quale era stata all'origine concepita.

## 5. GLI ONERI E LE SPESE PROCESSUALI

Il processo è poi un fenomeno costoso. Trattandosi di uno strumento ad elevato grado di complessità, la sua gestione è riservata a una ristretta (per la verità non troppo, considerati i numeri degli iscritti agli albi presso gli ordini degli avvocati presenti nei vari distretti) cerchia di professionisti. La difesa tecnica è appannaggio degli avvocati, il cui intervento si traduce in costi vivi per le parti, che vengono ripartite alla fine del processo secondo la logica della soccombenza (art. 91 ss. c.p.c.); anche se, come noto, la liquidazione delle spese che il giudice dispone nella sentenza non sempre è realmente in grado di coprire tutti i costi che la parte alla quale viene infine riconosciuta ragione ha anticipato nel corso del processo. Anche da questo punto di vista, quindi, l'ulteriore celebre monito chiovendiano per il quale la parte dovrebbe sempre poter ottenere tramite il processo «tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire» rischia anch'esso di non trovare perfetto compimento, poiché anche la parte vincitrice si trova sovente, per ottenere il riconoscimento del proprio diritto, a dover sostenere una serie di oneri che non le verranno poi rimborsati.

## 6. LA VALUTAZIONE DEL POTENZIALE RISULTATO DEL PROCESSO IN TERMINI DI CONCRETA OPPORTUNITÀ

Vi è infine un ulteriore fattore di criticità congenito al processo, ed è ancora una volta dovuto alla fisiologica potenzialità espressiva del processo.

La decisione giudiziale interviene sulla *res dubia* applicando come già detto la legge. Il giudice è in questo senso garante e custode dell'ordinamento, e con esso della necessaria fissità della disciplina normativa.

Certo, vi è notoriamente all'interno del processo un ambito nel quale può esprimersi la discrezionalità giudiziale, ma come noto la stessa non significa libera inventiva, bensì prudente apprezzamento di una serie di dati e risultanze di causa sempre in funzione di una sottostante generale logica di rispetto della legge.

In questo modo, la sentenza mostra due intrinseche limitazioni.

*In primis*, essa interviene sulle conseguenze del conflitto, ma non sa agire alla base, sulle sue cause. Può ristabilire l'ordine, ma non può realmente apportare pace alle parti, che anche in seguito non vengono a perdere la loro rispettiva posizione, perpetuando paradossalmente l'immagine di «litiganti» anche oltre il processo. Da questo punto di vista la sentenza non apporta reali benefici al rapporto controverso. Per usare una metafora, è un po' come curare il male estirpando l'organo, non ridandogli funzionalità.

In secondo luogo, la decisione giudiziale non può che esprimersi secondo schemi fissi e rigorosamente ordinati. Nel seguire il diritto il giudice segue anche il postulato della logica, e così del metodo<sup>9</sup>, valore tanto più fondamentale anche all'interno del processo<sup>10</sup>, perché sul rispetto dell'ordine il processo (*ordo iudicii* per eccellenza) non può necessariamente che fondarsi<sup>11</sup>. Metodo e ordine non sono peraltro unicamente funzio-

9 Cfr. in proposito Perelman, voce *Logica*, in *Enc. del Novecento*, III, Roma, 1979, 1053 ss. Sull'importanza del metodo nel diritto v. ad es. anche Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966; Vincenti, *Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Padova, 1997; Alpa, *Il metodo nel diritto civile*, cit., 49 ss.; Perlingeri, *Metodo giuridico e scuole forensi*, in Aa. Vv., *Il linguaggio la condotta il metodo*, Milano, 2001, 151 ss. E anche in relazione alla decisione del giudice, ricorda Taruffo, *Giudizio: processo, decisione*, cit., 796, che il termine giudizio a ben vedere non deve essere inteso come generico sinonimo di decisione, bensì «come termine che indica soprattutto un *metodo* di decisione».

10 Costantino, *Il processo civile tra riforma ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 77 ss.

11 Non è ovviamente questa la sede per approfondire le implicazioni che può assumere il concetto di ordine nell'ambito del processo, per sua definizione «uno dei termini più complessi del lessico filosofico occidentale» e tuttavia indispensabile in sede processuale in quanto «permette di selezionare – tra le numerose informazioni – quelle che sono *rilevanti* e che pertanto costituiscono prova» (così Giuliani, *L'ordo iudicarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 599). Sulla rilevanza della distinzione nella costruzione del processo tra modelli fondati su possibili differenti concezioni in particolare della funzione della prova ai fini della decisione, il riferimento

nali alla logica; essi rispondono anche a ideali di lealtà e trasparenza<sup>12</sup>, e così in definitiva alla stessa funzione educativa di cui il processo deve sapersi dotare<sup>13</sup>. La scansione di fasi imperniate sul principio di preclusione intende rispondere anche a questa esigenza<sup>14</sup>.

Per questo motivo il processo non può ad esempio per sua natura partecipare di altri canoni espressivi della mente umana, e in particolare della fantasia. Quest'ultima reca invece in sé un enorme potenziale espressivo, non già per favorire soluzioni astruse (non deve essere in altri termini pura e incondizionata invenzione), quanto nella misura in cui la soluzione della lite non potrebbe che trarre giovamento dall'elasticità e duttilità che rappresentano *atouts* portanti dell'attività umana.

## 7. I LIMITI DELLA RISPOSTA AUTORITATIVA

Da quanto sinora evidenziato, dunque, è evidente che tanto il processo quanto la decisione autoritativa che per suo tramite si esprime nel *dictum* giudiziale, soffrono di impliciti e fisiologici limiti, che ne attenuano la valenza immaginata dal legislatore.

Sotto questo profilo la giustizia e la giurisdizione vanno quindi ripensate, e vanno ripensate nel loro nucleo essenziale. Le stesse devono essere progressivamente spogliate di anacronistici apparati pubblicistici, a favore della loro funzione di servizio; e il servizio per essere migliore deve per definizione essere strutturato sempre più a misura dell'utente, *id est* del cittadino, con un ventaglio sempre più ampio di opportunità e di strumenti.

Si è parlato dei problemi che affliggono il processo in relazione al fattore-tempo, sinteticamente espressi anche nei numeri delle cause pendenti.

Negli ultimi tempi si sono per fortuna riscontrati sotto questo profilo segnali di inversione di tendenza. Si tratta di segnali ancora contenuti, ma comunque significativi e in quanto tali incoraggianti. Il contenzioso arretrato è passato da oltre 4.500.000 procedimenti pendenti a oltre 3.500.000. Una riduzione importante, dovuta principalmente proprio al potenziamento di strade alternative, di risorse ulteriori, esterne al processo, che seguono una differente logica e diverse modalità espressive<sup>15</sup>.

d'obbligo è agli scritti di Giuliani, il quale, attraverso un'approfondita indagine storica e comparatistica, ha evidenziato l'esistenza di due distinte tipologie di sistemi, fondati rispettivamente su un modello c.d. *isonomico*, per il quale la prova verrebbe a essere segnatamente utilizzata come elemento persuasivo nei confronti dello stesso giudice, e un modello c.d. *asimmetrico*, nel quale la prova si configurerebbe invece come mezzo dimostrativo, atto a indurre il giudice a una conoscenza scientifica della verità dei fatti di causa. Per tali profili v. in particolare Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1959, 55 ss., 95 ss.; Id., *Il concetto classico di prova: la prova come «argumentum»*, in *La preuve. Recueils de la Société Jean Bodin*, XVI, Bruxelles, 1963, 357 ss.; Id., voce *Logica del diritto: b) Teoria dell'argomentazione*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 13 ss.; Id., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: «nuova teorica» e teorica del processo*, in *Soc. del dir.*, 1986, 81 ss.; Id., voce *Prova in generale (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, spec. 525 ss.; Id., *Presentazione*, in Perelman, *Logica giuridica nuova retorica* (1976), trad. it., Milano, 1979, V. ss.; Id., *La «nuova retorica» e la logica del linguaggio normativo*, in *Riv. int. dir.*, 1970, 374 ss.; Picardi, voce *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 101 ss.; Id., *Manuale del processo civile*, 2<sup>o</sup> ed., Milano, 2010, 4 ss.; Chizzini, *Brevi spunti in tema di oralità e dimensione retorica nella genesi del processo civile*, in Manzin, Puppo (a cura di), *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, 2008, 97 ss.; Cavallone, *Alessandro Giuliani processualista (Ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 107 ss. Intorno a tali tematiche v. più in generale anche Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 191 ss.; Gianformaggio, in Mosconi, Orvieto, Gianformaggio, Arcuri, Job, *La nuova retorica di Perelman*, in *Discorso e retorica*, diretto da Pontecorvo e Tornatore, Torino, 1981, 110 ss.; Id., *Elogio di un filosofo continentale pronunciato da una analitica*, in *Per Alessandro Giuliani*, a cura di Treggiari, Perugia, 1999, 65 ss.; Cavalla, voce *Topica giuridica*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 720 ss.; Lombardo, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, 149 ss., 411 ss.; Carponi Schittar, *La persuasione del giudice attraverso gli esami e i controesami*, Milano, 1998; Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 452 ss., ora in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, I ss., spec. 7 ss.; Menna, *Logica e fenomenologia della prova*, Napoli, 1992, spec. 135 ss.; Mortara Garavelli, *Logos e pathos nell'oratoria forense*, in *Aa.Vv.*, *Le strategie della difesa*, Milano, 2002, 15 ss.; Gulotta, Puddu, *La persuasione forense. Strategie e tattiche*, Milano, 2004, 178. Da un punto di vista generale, e in via di estrema sintesi, peraltro, non si può trascurare di considerare come la finalità propriamente persuasiva, per quanto possa anche rappresentare un aspetto del fenomeno probatorio, ben difficilmente ne colga appieno l'essenza, in quanto essa di fatto prescinde da (o quanto meno sviscive oltre misura) il postulato di oggettività del processo, e i suoi corollari della legalità e della razionalità che impongono che la prova sia prima di ogni altra cosa attendibile, coerente e in quanto tale anche razionalmente controllabile (in questo senso v. ad es. le riflessioni di Verde, voce *Prova*, cit., 586 ss., nonché di Taruffo, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVI, Torino, 1997, 14).

12 Cfr. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., 41, secondo il quale anche l'ordine nella gestione del fascicolo, la compostezza con cui si indossa la toga, la chiarezza delle scritture, la parsimonia del discorso, la diligenza con cui si mantiene l'impegno di scambiare le comparse nel giorno stabilito rappresentano tutte in ultima analisi modalità di espressione del dovere di probità dell'avvocato.

13 Sulla funzione educativa del processo v. Cavallone, *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, 2016, 204 ss., spec. 214 ss.

14 In questo senso la già richiamata Risoluzione sul tema «Misure per l'accelerazione dei tempi del giudizio civile» con riferimento al disegno di legge governativo presentato sull'argomento nella decorsa legislatura e in vista di eventuali nuove iniziative (approvata dal C.S.M. il 18 maggio 1988), cit., 256.

15 Cfr. i rapporti ormai annuali editi da Isdaci, in collaborazione con Unioncamere, la Camera di Commercio di Milano e la Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano a far tempo dal 2008 (l'ultimo pubblicato è il *Decimo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, Milano, 2018).

## 8. GLI ADR

Sempre più noto e apprezzato risulta in effetti il fenomeno che da circa mezzo secolo viene sinteticamente riportato sotto l'egida dell'acronimo inglese di ADR (*Alternative Dispute Resolutions*)<sup>16</sup>.

Con tale formula si suole designare un complesso di strumenti, di forme di giustizia, che si caratterizzano per essere alternativi rispetto alla giustizia ordinaria.

Non si basano sulla logica dello scontro, né necessariamente sulla sola applicazione della legge, ma cercano di indagare più a fondo le istanze delle parti, le loro esigenze, gli interessi sottesi al conflitto.

Si tratta di un insieme di strumenti vario ed eterogeneo, che nel tempo è andato implementando, proprio perché sottratto alla logica dell'applicazione fissa del diritto e per sua natura modulabile e flessibile.

## 9. RAPPORTI TRA PROCESSO E ADR. L'IDEA DI UNA GIUSTIZIA COESISTENZIALE O COMPLEMENTARE

Nell'intrinseca lacuna del processo dovuta ai fattori sopra descritti viene spesso individuato uno dei motivi di crescente successo degli ADR.

Per verità, nelle fonti e nella dottrina è sempre più ricorrente l'affermazione per la quale il potenziamento degli ADR deriverebbe come conseguenza e portata dalla crisi della giurisdizione ordinaria e dalla sua incapacità a far correttamente fronte al contenzioso pendente: se si guarda indietro, dall'Unità d'Italia ad oggi, non vi è stata temperie culturale, politica o legislativa che non abbia denunciato il mal funzionamento della macchina della giustizia. Puntualmente questo tema è il *leit motiv* dell'apertura dell'anno giudiziario, e tutti i progetti e le riforme processuali che si sono succedute nel tempo (con ritmo sempre più vorticoso e frenetico, soprattutto negli ultimi venticinque anni) hanno sempre avuto come obiettivo fondamentale quello di alleggerire il gravoso carico degli organi giudiziari, smaltendo l'arretrato e fornendo nuovi strumenti per rendere più celere lo strumento processuale. In questa prospettiva le statistiche degli ultimi anni danno conto di un implemento del ricorso a forme di giustizia alternativa, e con esse in particolare alla mediazione, e questo dato di per sé solo conforta l'idea che evidentemente si tratta di rimedi complementari, dei quali il sistema nel suo complesso non può non avvertire il bisogno.

Questa relazione di mutuo scambio, tuttavia, se pure dà atto di una realtà con la quale gli operatori del diritto sono tenuti a confrontarsi, trascura l'ulteriore e più pregnante *atout* degli ADR che consiste proprio nella possibilità di raggiungere, loro tramite, risultati per i quali il processo civile risulterebbe in radice inidoneo. Non è in altri termini enfatizzando l'idea per la quale la riduzione dei troppo gravosi carichi giudiziari possa favorire l'esercizio della funzione giudiziaria che la giurisdizione acquisterà quella qualità ed efficienza che dovrebbe garantire al cittadino<sup>17</sup>. Piuttosto, occorre davvero riconoscere senza più remore che i modelli di

16 Sugli ADR la letteratura è sterminata; a titolo meramente esemplificativo si vedano Ambrosi, *Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie. Creazione di una Rete giudiziaria europea per la tutela dei consumatori e la risoluzione delle controversie transfrontaliere*, in *Giur. it.*, 2005, I, 209 ss.; Appiano, *I sistemi A.D.R. nell'ottica del legislatore comunitario*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2009, 59 ss.; Azzali, *L'esperienza della Camera Arbitrale di Milano in materia di Alternative Dispute Resolution (ADR)*, in *Documenti Giustizia*, 2000, 830 ss.; Bruni, *La conciliazione delle controversie: un metodo antico con un cuore moderno*, in *Mediares*, 2005, 163 ss.; Caponi, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it.*, 2003, V, 165 ss.; Uzqueda, Frediani, *La conciliazione: guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, 2002; Cassano, *Le nuove forme di Alternative Dispute Resolution (ADR) nell'era di Internet*, in *Giur. it.*, 2005, IV, 884 ss.; Cassano, Nisati, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, Milano, 2003, 425 ss.; Civinini, *Mediazione e giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1305 ss.; Chiarloni, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 447 ss.; Comoglio, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 322 ss.; De Palo, D'Urso, Golann, *Manuale del mediatore professionista. Strategie e tecniche per la mediazione delle controversie civili e commerciali (ADR – Risoluzione alternativa delle controversie)*, Milano, 2010; Didone, *Priorità nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1158 ss.; Ferdani, *Metodi ADR: la conciliazione come strumento di risoluzione delle controversie. Profili generali della conciliazione, ruolo del conciliatore e procedimento*, in *Rassegna dell'avvocatura dello stato*, 2007, 313 ss.; Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 357 ss.; Iannicelli, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: modelli differenti e dubbi interpretativi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 146 ss.; Loic, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 1169 ss.; Nazzini, *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e tests strutturali)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 844 ss.; Passanante, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007; Punzi, *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1197 ss.; Id., *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 845 ss.; Rubino Sammartano (a cura di), *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, Bologna, 2009; Santagada, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008; Vigoriti, *Accesso alla giustizia, ADR, prospettive*, in *Riv. arb.*, 2007, 135 ss.; sia altresì consentito il rinvio a Danovi, *Natura e genesi della mediazione*, in Danovi, Ferraris, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, 4 ss.

17 Ha perspicuamente sottolineato Luiso, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*<sup>7</sup>, Milano, 2013, 21 ss., come il rapporto tra gli strumenti di risoluzione negoziale delle controversie e la giurisdizione non debba essere impostato immaginando che i primi

ADR svolgono una funzione anche più ampia e socialmente utile, rappresentando strumenti di composizione e gestione delle controversie che si aggiungono alla tendenziale rigidità del sistema di diritto e del modello processuale tradizionale, in tal modo arricchendolo<sup>18</sup>.

Quanto alla concreta identificazione del fenomeno, non è pacifico se nell'alveo degli ADR debbano essere ricompresi soltanto i mezzi *stricto sensu* alternativi al processo o, più latamente, tutti gli istituti che tendono a una risoluzione della controversia senza il ricorso alla giurisdizione ordinaria, così come non è neppure chiaro se in questi casi debba più propriamente discorrersi di «alternativa alla giustizia» ovvero di «giustizia alternativa»<sup>19</sup> (per parte mia, nella scia di quanto già lungo tempo addietro ebbe autorevolmente a chiarire Cappelletti<sup>20</sup>, prediligo una diversa formula ancora, ovvero quella di «giustizia coesistenziale»<sup>21</sup>, o ancora complementare); ma non è il caso di indugiare troppo su tali definizioni, che finiscono per avere il sapore di dispute per lo più nominalistiche. Ciò che preme, piuttosto, è mettere adeguatamente in risalto la fondamentale distinzione che, all'interno degli ADR, può essere operata tra mezzi di risoluzione della controversia «autonomi» ed «eteronomi»<sup>22</sup>, a seconda che la soluzione del conflitto venga raggiunta direttamente tra le parti, ovvero per il tramite di un soggetto terzo, a ciò deputato.

Da questo punto di vista, i modelli autonomi presentano un decisivo punto di forza rispetto a quelli eteronomi. In effetti, se scomponiamo la controversia risulta che la stessa in altro non consiste, come già anticipato, se non in una crisi di cooperazione tra due o più soggetti che, legati da un rapporto di varia natura, non sono più in grado di farlo funzionare.

A tale riguardo, peraltro, le parti dovrebbero rimanere sempre «custodi del sapere» e «signori» della lite, poiché sono i soggetti maggiormente in grado di leggere e interpretare la propria vicenda, e ciò non soltanto nella sua dimensione fisiologica ma altresì in quella patologica, essendo più di chiunque altro a conoscenza delle cause del conflitto, delle sue ricadute e conseguenze e (almeno in astratto) anche dei suoi possibili rimedi<sup>23</sup>.

Quest'innegabile verità può tuttavia talvolta apparire offuscata, proprio perché nel difficile labirinto della controversia la parte finisce sovente per perdere il proprio orientamento e non comprendere più con lucidità il contesto nel quale si trova a muoversi, né i passi che è più opportuno compiere. Quando ciò accade è allora necessario riappropriarsi dell'esperienza e delle capacità di soggetti terzi, che sappiano aiutare le parti a ritrovare la via, per mezzo di un filo che, pur se invisibile, esiste sempre.

---

abbiano lo scopo primario di risolvere le disfunzioni del secondo e migliorarne l'efficienza: piuttosto, è proprio favorendo il buon funzionamento della giurisdizione che verranno anche automaticamente valorizzate le vie di soluzione negoziale, tra le quali anche quella offerta dalla mediazione.

18 Cfr. Troisi, *Autonomia privata e gestione dei conflitti*, Napoli, 2007.

19 Su queste tematiche v., ad es., Luiso, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie tra prassi ed interventi del legislatore*, in Aa.Vv., *Quarto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, Milano, 2011, 112 ss.; Id., *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Giusto processo civ.*, 2011, 325 ss.; Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 357 ss.; Lindblom, *A.D.R.: l'oppio del sistema giuridico?*, in Aa.Vv., *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, a cura di Varano, Milano, 2007, 228; Pagni, *L'arbitrato come forma di giustizia alternativa: le ragioni di un successo "in sordina"*, in Aa.Vv., *Quinto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, Milano, 2012, 209; Tiscini, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, 1 ss.

20 Cappelletti, *Giudici laici. Alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 707; Id., *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 57. La locuzione è entrata nel linguaggio corrente e viene ormai generalmente impiegata: cfr. ad es. Caponi, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it.*, 2003, V, 174; Chiarloni, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 447; Id., *Introduzione*, in *Giur. it.*, 2012, 211; Nascosi, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, 2007, 361 ss.; Silvestri, voce *Conciliazione e mediazione*, in *Enc. dir. Annali*, Milano, 2007, 278; nonché, con riferimento all'esperienza statunitense, Santagada, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 93 ss.

21 Con tale espressione si intende pertanto porre l'accento sulla potenziale compenetrazione teleologica dei modelli e non già sulla loro (formale e strutturale) giustapposizione, riconoscendo che le ADR costituiscono a pieno titolo strumenti per il perseguimento della stessa superiore finalità di giustizia che è propria della giurisdizione ordinaria.

22 Per la distinzione tra mezzi di composizione della lite autonomi ed eteronomi v. ad es. Bove, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1065 ss.; Id., *Luci ed ombre nella legge-quadro sulla mediazione*, in Aa.Vv., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di Bove, Padova, 2011, 2; Luiso, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, VIII ed., Milano, 2015, 13 ss.; Id., *Il modello italiano di mediazione. Il "giusto" procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta)*, in *Giur. it.*, 2012, 213 ss.; Mandrioli, Carratta, *Diritto processuale civile*, I, XXV ed., Milano, 2016, 9; e, *si vis*, Danovi, *Natura e genesi della mediazione*, cit., 13 ss.

23 La più importante ricostruzione delle molteplici possibili forme di utilizzo del sapere della parte nel processo si deve, come noto, alla classica monografia di Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1974, *passim*, spec. I, 187 ss.

## 10. IL PROGRESSIVO ARRICCHIMENTO DEL CATALOGO DEGLI ADR

Costituisce come noto tema discusso quello inerente la possibilità di individuare un catalogo degli ADR organico e definito: possibilità resa ardua dalla considerazione che in questa area molteplici sono le variabili, che dipendono dalle caratteristiche dei singoli ordinamenti, e, all'interno di ciascuno di questi, dai particolarismi e sfumature che possono caratterizzare anche un particolare strumento. Così, non è raro il caso di istituti pure riportati *ad unitatem* nel cui interno tuttavia si presentano differenti *species* dotate ciascuna di peculiarità anche significative (l'esempio tipico in questo ambito è quello della mediazione).

Non vi è quindi ancora, ad oggi, una piena uniformità di vedute circa la qualificazione di ADR e l'esatta delimitazione dei confini che questo acronimo sempre più in voga può abbracciare.

La formula fa infatti come noto riferimento a istituti e strumenti di natura differente, non necessariamente processuale, legati tra loro da uno scopo comune: l'aspirazione di pervenire a composizioni delle controversie non già mediante la via giudiziale ordinaria, quanto piuttosto sfruttando le potenzialità delle parti stesse, ovvero le capacità di soggetti terzi, neutrali e imparziali rispetto ai contendenti e all'oggetto della lite.

Sul carattere di alternatività rispetto alla giustizia ordinaria sono state in particolare prospettate differenti interpretazioni. Secondo un primo orientamento<sup>24</sup>, i modelli di ADR svolgerebbero un ruolo alternativo rispetto al sistema di giustizia ordinaria e ai provvedimenti tipici dell'A.G.O. In questa prospettiva, metodi alternativi di risoluzione delle controversie sarebbero tutti quegli strumenti che, pur in presenza di un conflitto involgente diritti (e in quanto tale idoneo a dare vita a una domanda giudiziale), siano tali da escludere la sentenza di merito da parte dell'organo giurisdizionale. In questa definizione entrerebbero a far parte della categoria non soltanto mezzi pacificamente alla stessa annoverati, come la transazione e tutte le forme di conciliazione, mediazione e negoziazione spontanea, assistita o provocata, ma altresì l'arbitrato, poiché l'esercizio della relativa opzione da parte dei privati di fatto impedisce il ricorso all'A.G.O. e la pronuncia di un provvedimento di merito da parte di questa<sup>25</sup>.

Secondo un diverso orientamento, invece, l'alternatività dovrebbe essere intesa rispetto all'idea di processo astrattamente considerata, e ciò al fine di porre rimedio con modalità pacifiche (e non dialettiche, incentrate sul rispetto di un contraddittorio formale e sostanziale) alle liti<sup>26</sup>. In questo senso la concezione di alternatività sarebbe dunque esterna al processo e comprenderebbe soltanto i mezzi di tutela che rispetto ad esso possano considerarsi radicalmente alternativi, in quanto tendono a prevenirlo o a sostituirlo *in toto*. Così ragionando, non rientrerebbe nella categoria l'arbitrato, che invece rappresenta un processo a pieno titolo, condividendo in particolare i canoni tradizionali del contraddittorio e del giudizio autoritativo reso da un soggetto terzo e imparziale.

Infine, altra parte della dottrina<sup>27</sup> preferisce parlare di forme di risoluzione delle controversie «diverse» dalla giurisdizione e non necessariamente alternative, poiché si tratterebbe di modelli o procedimenti ai quali i soggetti interessati possono ricorrere per tutelare le proprie posizioni giuridiche in aggiunta alle forme di tutela tradizionali, senza limitare il ricorso all'azione giurisdizionale e con il vantaggio di offrire alle parti la possibilità di instaurare un dialogo che altrimenti sarebbe impossibile. Gli ADR sarebbero quindi chiamati a svolgere il fondamentale compito di assicurare la «pace sociale», poiché per loro tramite i terzi non assumono alcuna decisione e le parti non si affrontano (*rectius*, non si scontrano), ma – al contrario – si impegnano ad un processo di riavvicinamento e scelgono esse stesse le modalità per comporre la lite e la soluzione per loro più favorevole.

In ogni caso, anche prescindendo dal richiamo all'arbitrato, che per quanto ricompreso o meno nel novero degli ADR si contraddistingue comunque per una struttura processuale avversariale e decisoria, possono sicuramente citarsi le molteplici esperienze della conciliazione e mediazione (istituti che si intersecano

24 Cfr. Nazzini, *op. loc. cit.*, 851.

25 Nazzini, *op. loc. cit.*, 851.

26 Cassano, Risati, *op. cit.*, 425.

27 Commissione delle Comunità Europee – c.d. *Libro Verde* sui modi alternativi di risoluzione delle controversie, in materia civile e commerciale, Bruxelles, 19.04.2002, 9, consultabile in [www.europea.eu](http://www.europea.eu).

e a volte designano due momenti di uno stesso fenomeno, mentre altre volte tendono ancora a diversificarsi tra loro), nonché, tra i più noti, ulteriori modelli come la negoziazione assistita<sup>28</sup> o la pratica collaborativa<sup>29</sup>.

Per tutte queste figure immediati sono i vantaggi, che si ricollegano alla loro comune caratteristica di essere forme di giustizia non già autoritativa, bensì partecipativa e integrativa<sup>30</sup>. Esse consentono in effetti ai soggetti della lite una costante partecipazione al risanamento del conflitto, nonché di mantenere il controllo sull'esito finale del percorso che si intende intraprendere.

## 11. LA GIUSTIZIA DI PROSSIMITÀ

Vi è un ulteriore fattore che rende il ricorso agli ADR, e in particolare alla mediazione, particolarmente apprezzabile, ed è dato dal fatto che si tratta di strumenti che consentono di avvicinarsi molto più del processo ai bisogni e alle esigenze concrete dei cittadini.

Nel diritto francese è stata in passato coniata una formula *ad hoc*, quella di *juridiction de proximité*, e le *juge de proximité* è stato per l'appunto quell'organo giudiziario (introdotto nel 2002 e rimasto in vigore sino al 2017<sup>31</sup>, quando le sue competenze sono state riassorbite dal *Tribunal d'instance*) deputato a risolvere controversie di valore economico contenuto (le c.d. *small claims*), o dotato di altre speciali competenze per materia, al quale l'attore può rivolgersi anche senza necessità dell'assistenza di un avvocato<sup>32</sup>.

La locuzione *giustizia di prossimità* può essere adattata (e adottata) anche dal punto di vista delle teoria generale del diritto (e del processo), senza ovviamente voler alludere a una giustizia «approssimativa», ma anzi semmai proprio al contrario: essa esprime infatti l'idea e l'obiettivo di una giustizia realmente «su misura», rispondente alle concrete esigenze del singolo interessato e del singolo caso.

Se questa è una possibile direzione, occorre domandarsi quali passi abbia compiuto il nostro legislatore processuale. Al riguardo, dal punto di vista della giurisdizione ordinaria, le riforme degli ultimi anni non appaiono purtroppo confortanti, poiché ci lasciano impotenti spettatori di novità legislative (alcune già introdotte, altre in fase di aggiustamento, altre sempre *in pectore*) che in qualche modo tendono a svalutare e comprimere i valori della *giustizia di prossimità*. Si pensi alle riforme ordinamentali del 2012<sup>33</sup>, che hanno soppresso numerosi uffici giudiziari (tutte le sezioni distaccate dei tribunali, alcuni tribunali stessi, numerosi giudici di pace)<sup>34</sup>.

E ancora, si pensi alle tante riforme che hanno da ultimo parzialmente ridisegnato il volto del processo civile: in questo campo abbiamo preso atto di una progressiva restrizione dell'area di operatività delle impugnazioni, e con questa di alcune garanzie come quella offerta dal principio del doppio grado di giudizio, fortemente connaturato, se non al nostro sistema costituzionale, quanto meno alla tradizionale costruzione della giustizia. In questo senso si devono leggere non soltanto il c.d. «filtro in cassazione» (art. 360-*bis* c.p.c.) e il tentativo di introdurre una sorta di sistema della doppia conforme (art. 348-*ter*, 4° e 5° comma, c.p.c. e art. 383, 4° comma, c.p.c.), ma altresì il recente c.d. «filtro in appello» (artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c.)<sup>35</sup>. E nello stesso senso viene spontaneo il richiamo alle riforme già attuate sulla motivazione dei provvedimenti giudiziari (nuovi artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.) e a quelle per ora solo ventilate

28 Sulla negoziazione assistita v. ad es. Santangeli (a cura di), *La nuova riforma del processo civile. Degiurisdizionalizzazione, processo e ordinamento giudiziario nel D.L. 132/2014 convertito in l. 162/2014*, Roma, 2015.

29 Sulla pratica collaborativa v. Sala, Menichino (a cura di), *La pratica collaborativa. Dialogo fra teoria e prassi*, Torino, 2017.

30 Sullo sviluppo delle forme di giustizia partecipativa v. Foddai, *Dalla decisione alla partecipazione. Giustizia, conflitti, diritti*, Napoli, 2017.

31 La competenza del *juge de proximité* è stata soppressa per effetto della l. 13 dicembre 2011, n. 1862, che doveva inizialmente entrare in vigore il 1° gennaio 2013, ma che è stata poi prorogata e attuata il 1° luglio 2017, dopo l'adozione di un'ulteriore legge il 24 dicembre 2012.

32 Per riferimenti bibliografici sul tema v. ad es. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Parigi, 2008; Charvet, Vuillemin, *Rapport du groupe de travail sur les juridictions de proximité : septembre 2003 – novembre 2005 – Bilan et propositions*, Parigi, 2005; Thomas, Ponselle, *Les juges de proximité*, Parigi, 2008; Véricel, *Les juridictions et juges de proximité*, Parigi, 2009; Id., *L'abandon de la justice de proximité en matière civile: Loi du 13 décembre 2011*, in *Semaine juridique (édition générale)*, 2012, 325 ss.

33 Mi riferisco in particolare al d. lgs. 7 settembre 2012, n. 155.

34 In argomento v. ad es. Costantino, *La revisione delle circoscrizioni giudiziarie*, in *Le novità in materia di ordinamento giudiziario*, in *Atti del XXIX Convegno nazionale – Quaderni dell'associazione fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2013, 87 ss.; Verde, *Il giudice tra specializzazione e «diritto tabellare»*, *ibidem*, 61 ss.

35 Su queste ultime v. ad es. Balena, *La riforma del giudizio di Cassazione (capo I del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in *Nuove leggi civ.*, 2008, 459 ss.; Id., *Le novità relative all'appello nel d.l. n. 83/2012*, in questa *Rivista*, 2013, 335 ss.

(*rectius*, «paventate») che vorrebbero rendere tale fondamentale garanzia sempre più concentrata e asfittica (vi sono state anche le assurde «proposte» della motivazione stesa di concerto tra magistrati e avvocati e della motivazione a pagamento!).

Queste innovazioni (alle quali potrebbero esserne aggiunte altre) contribuiscono a formare l'idea che la giustizia accordata tramite il processo sia sempre più rarefatta e meno distesa, incardinata entro standard e parametri predefiniti ma in tal modo ingessata, poco capace di adattarsi alle molteplici (ed eterogenee) variabili che ogni singola fattispecie presenta, e in tal modo anche fatalmente meno capace di salvaguardare le reali esigenze dell'utente.

Si tratta di un messaggio intrinsecamente contraddittorio, finalizzato soltanto a ridurre i numeri degli arretrati, ad abbattere il contenzioso pendente, senza tuttavia ragionare sui fattori di crisi sottostanti, sull'idea di giustizia, sui relativi possibili modelli e declinazioni, e senza cercare in concreto strade alternative perché la giustizia possa realmente esprimersi in modo adeguato.

## 12. LE SPINTE PROVENIENTI DALL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE E DELL'UNIONE EUROPEA

La spinta a un rinnovamento di pensiero proviene anche dall'esperienza internazionale e, per quanto segnatamente ci riguarda, da quella dell'Unione Europea (dove ancora si ragiona molto sui principi e sulle linee direttrici da percorrere). Si avvertono moniti assai decisi a garantire una giustizia sempre più attenta alle esigenze dei soggetti, soprattutto di quelli «vulnerabili», come i consumatori, i risparmiatori, gli assicurati; tutti i cittadini, in altri termini, che sono strutturalmente privi di difese di fronte all'egemonia dei colossi dell'economia e del mercato.

Meritano di essere segnalate alcune riforme approvate in ambito europeo, tra le quali la Direttiva 2013/11/Ce del 21.5.2013 e la *On line Dispute Resolution* (Regolamento Ue 514/2013), entrambe peraltro riservate esclusivamente alle controversie che coinvolgono i consumatori<sup>36</sup>. In particolare, il Regolamento ODR ha modificato il Regolamento 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE, e reso obbligatorio l'utilizzo della piattaforma informativa On Line e potenzia così l'utilizzo dei sistemi informatici nella risoluzione delle controversie in materia di consumo.

Anche sotto questo profilo, pertanto, l'implemento degli strumenti e degli apparati informatici nella gestione delle controversie richiama l'idea di una giustizia dove l'elemento territoriale sfuma sino a divenire virtuale, aderente all'utente per via meramente funzionale e come tale sempre più di prossimità.

Si va sviluppando, in altri termini, anche nella dimensione comparata una nuova cultura, attenta ai valori delle tradizioni giuridiche locali, ma altresì alle nuove esigenze che il mercato globale (se non unitario) porta con sé<sup>37</sup>.

## 13. I VANTAGGI DEGLI ADR E LA LORO CAPACITÀ DI ADATTAMENTO ALLE ESIGENZE DELLA SINGOLA FATTISPECIE CONTROVERSA

Ecco allora che la *giustizia di prossimità* diviene fondamentale, perché insita nella stessa idea di giustizia, che per sua natura deve essere appannaggio di tutti, nessuno escluso. Se non lo è, come ricorda il monito del Protagora di Platone, non è per definizione giustizia. Così ragionando, dunque, la giustizia di prossimità diventa un valore irrinunciabile e non declinabile.

In questa prospettiva occorre quindi operare affinché la giustizia possa essere amministrata anche in

36 In argomento cfr. Bugiolacchi, *Commercio elettronico e ODR («Online dispute resolutions») dopo il regolamento n. 254/2013 dell'Unione Europea. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1403 ss.; Mariottini, *Due nuovi strumenti in materia di risoluzione delle controversie dei consumatori*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, 831 ss.; Danovì, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie tecnologiche*, in Aa.Vv., *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico* a cura di Tosi, II, Milano, 2012, 927 ss.; Vignoriti, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *Rass. Forense*, 2011, 319 ss.; Vaccà, *Il punto su ODR, online dispute resolution*, in *Contratti*, 2009, 1072 ss.

37 Foddai, *Dalla decisione alla partecipazione*, cit., 107 ss.



forme differenziate ed eterogenee, e comunque con «piccoli presidi», con una correlata, opportuna capillarità del reticolo di organi deputati a dispensarla. Ed è per questo motivo che dal punto di vista degli ADR e delle alternative al processo fioriscono iniziative e organismi su tutto il territorio (gli esempi ormai «istituzionali» sono quelli delle Camere arbitrali e delle Camere di conciliazione) deputati a garantire un migliore servizio di giustizia di prossimità ai cittadini, davanti a un desolante arretramento della giurisdizione e a una sempre più evidente rinuncia da parte dello Stato<sup>38</sup>.

Ritornando al tema dell'indagine, ecco riemergere il significato della mediazione. Da questo punto di vista, in effetti, l'istituto della mediazione è per definizione vincente, perché racchiude in sé una serie di *atout* difficilmente surrogabili.

Esso è rimessa alla libertà e alla libera iniziativa delle parti e muove pertanto (quanto meno nella sua forma «pura») da uno stimolo interno ai contendenti a reperire la chiave di volta per superare il conflitto; non incontra barriere, perché può superare quelli che ancora oggi a volte sono gli angusti confini del diritto e della giurisdizione, e liberamente esprimersi tra soggetti appartenenti a ordinamenti differenti.

Ancora, essa risulta particolarmente adatta per alcune tipologie di controversie, quali in particolare quelle seriali o di ridotto valore economico. La mediazione non ha poi una veste sclerotizzata ma risulta flessibile e sfaccettata (bellissima è la formula di Laura Weidner, una giurista americana, per la quale la mediazione è un «caleidoscopio in sé»<sup>39</sup>) e come tale sempre adattabile al caso di specie<sup>40</sup> (come un vestito di sartoria che calza alla perfezione)<sup>41</sup>. In questo modo essa vede sempre prevalere la «sostanza», ossia il raggiungimento dell'interesse, sulla «forma» e sulle modalità di perseguimento dell'obiettivo.

Ma soprattutto, la mediazione può soddisfare un complesso di bisogni, aspettative, interessi e attese addirittura superiore a quello del processo<sup>42</sup> e quando riesce ha una forza e una stabilità intrinseca particolarmente salda, data dal fatto che entrambe le parti hanno in qualche modo raggiunto un obiettivo soddisfacente (la formula *win/win* descrive l'effetto di soddisfazione parimenti ottimale tra le parti che la mediazione tipicamente tende a realizzare).

Infine, la mediazione ha costi e tempi molto più contenuti. Ecco allora che la mediazione diventa davvero uno strumento che aiuta a realizzare il valore fondamentale dell'*access to justice*, garanzia insopprimibile per ogni ordinamento democratico<sup>43</sup>.

Anche in relazione alla particolarità dei «soggetti» la mediazione si rivela uno strumento particolarmente utile. Ad esempio, laddove parti del procedimento di mediazione siano soggetti dotati di un forte potere economico (istituti bancari, imprese assicuratrici, aziende quotate o operanti a livello transnazionale, spesso in posizione dominante sul mercato) si è registrata una tendenza a disinteressarsi della controversia laddove questa coinvolga casi isolati e di valore economico modesto (se comparato alla struttura complessiva del soggetto), così come una analoga inclinazione da parte degli organi amministrativi a non volere assumere – specie nelle controversie di rilevante dimensione economica – una diretta responsabilità nella definizione bonaria della controversia, preferendo demandare al giudizio di un'autorità il definitivo responso su di essa. Si tratta di logiche che certamente non favoriscono il diffondersi del mezzo, nei cui confronti può essere mossa la persuasiva obiezione che ogni controversia, per quanto di modesta entità, rappresenta pur sempre un elemento patologico nella vita di un'azienda e come tale potenzialmente destabilizzante. Il suo superamento, quindi,

38 V. sul punto ad es. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 13 ss.

39 Weidner, *Model standards of conduct for mediators*, in *21 Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2006, 547.

40 E' ormai acquisita anche nella tradizionale sistematica processualista l'idea per la quale la giustizia deve sempre adattarsi alle particolarità del singolo caso, non potendo al contrario essere aprioristicamente preconizzata (in questo senso v. ad es. già Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 22 ss.; e soprattutto Taruffo, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim.*, 1997, 315 ss.; Id., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, ivi, 2001, 11 ss.; Id., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, ivi, 2001, 665 ss.; Chiarloni, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, ivi, 2008, 129 ss. Da una diversa prospettiva v. anche Rumiati, *Giudizio e decisione. Teorie e applicazioni della psicologia della decisione*, Bologna, 1990, 218 ss.

41 La definizione della mediazione come *mending justice*, ovvero come giustizia «rammendatrice» è di Cappelletti, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 57.

42 Ghirga, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 463 ss.

43 Sull'accesso alla giustizia, tra i molteplici contributi fondamentali, v. ad es. Comoglio *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970; Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, 161 ss.; Cappelletti, *Access to justice and the welfare state*, Firenze, 1981.

deve sempre considerarsi di per sé un fattore positivo<sup>44</sup>.

Da questo punto di vista la mediazione è divenuta quindi un importante strumento al servizio dell'economia. I riflessi sull'organizzazione della giustizia ordinaria rappresentano così anche motivi di ricorso al mezzo per ragioni di politica economica (prima ancora che giudiziaria).

In definitiva, la mediazione rappresenta certamente una nuova e valida forma di giustizia di prossimità, ben adattabile a ogni caso singolo. Ben si adatta a questa logica un aforisma di uno scrittore britannico, Evelyn Waugh, per il quale «*la giustizia è la capacità di considerare ogni caso come un problema interamente nuovo*»<sup>45</sup>.

La mediazione contribuisce così a rafforzare «la strada della liberalizzazione e della privatizzazione del servizio-giustizia»<sup>46</sup> e a realizzare l'ispirazione liberale per la quale per l'organizzazione del sistema giustizia un valore fondamentale è rappresentato da un libero esplicarsi dell'autonomia privata delle parti e al contempo da un ragionato temperamento dell'ingerenza dei pubblici poteri (ivi inclusa la giurisdizione) nella vita del cittadino. Il tutto con un'accorta avvertenza: implementare le forme di partecipazione diretta dei singoli alla giustizia non significa sacrificare il valore della giurisdizione, ma soltanto selezionarlo e riportare quest'ultima alle ipotesi di sua effettiva necessità.

## 14. CONCLUSIONI

In conclusione, quindi, l'obiettivo deve essere quello di diffondere una nuova cultura della giustizia, più democratica (perché tale da consentire un più ampio accesso ai cittadini), a misura del singolo e rispettosa dei suoi reali bisogni e delle sue esigenze.

Si tratta di un obiettivo fondamentale e non più rinunciabile, che è stato compreso non soltanto dallo stesso legislatore<sup>47</sup>, ma altresì dai giudici.

È tempo di svolte per le controversie civili.

L'iniziale diffidenza verso gli ADR, frutto di una concezione ancora pubblicistica e autoritaria della giustizia, si è ormai da tempo attenuata. Si è compreso che nell'intervenire sulla patologia del diritto il processo è a sua volta per definizione un evento «patologico»<sup>48</sup>, al quale è opportuno ricorrere unicamente allorché il conflitto non possa trovare pacifico componimento per altra via. In questo modo la coscienza collettiva va evolvendosi verso un più disteso riconoscimento e un più frequente utilizzo dei modelli consensualistici. Perché questa spinta possa dare i suoi frutti è tuttavia necessaria una sincera condivisione dei principi e dei valori sottostanti, oltre che un'adeguata conoscenza delle relative tecniche: di qui la necessità, per tutti gli operatori del settore (legali e più in generale ulteriori professionisti chiamati a operare all'interno di questi modelli), di una specifica formazione e un costante aggiornamento. Implementando la cultura degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie si potrà comprendere che la giustizia non ha necessariamente bisogno dei suoi apparati tradizionali, e che non soltanto la spada ma finanche la bilancia possono essere validamente sostituiti dalla parola e dal recupero di una volontà comune.

Milano, 21 giugno 2018

44 Cfr. Danovì, Ferraris, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, cit., 7.

45 E. Waugh, *Lady Margot (Decline and Fall)*, Milano, 1953, 198.

46 Silvestri, voce *Conciliazione e mediazione*, cit., 278.

47 Il riferimento è *in primis* al d.l. n. 132/2014, poi convertito in l. 162/2014, recante «*misure urgenti di degiurisdizionalizzazione*», nonché ulteriori «*interventi per la definizione dell'arretrato*». Per mezzo di tale riforma è stato come noto introdotto nel sistema (o meglio formalizzato e rafforzato da specifiche garanzie) l'istituto della negoziazione assistita per mezzo di avvocati.

48 Sono sintomatiche a questo riguardo le parole del bellissimo volume di Cavallone, *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, cit., 55 ss.: «Potremmo trarne la conclusione che il virus del processo, come molti altri, o come il Tentatore, è sempre in agguato dovunque e nella vita di chiunque. Tuttavia questa «eterna malattia» miete vittime soltanto tra coloro che – per debolezza, per insicurezza, per vanità, o più in generale per carenza di adeguate difese immunitarie morali – vogliono far dipendere dal processo il proprio destino».

# MEDIAÇÃO NOS CARTÓRIOS EXTRAJUDICIAIS: NOVOS REFORÇOS NA BATALHA PELA PACIFICAÇÃO<sup>1</sup>

**Flávia Pereira Hill**

Professora Adjunta de Direito Processual Civil da UERJ. Oficial Registradora. Membro da Comissão de Mediação de Conflitos da OAB/RJ.

## 1. INTRODUÇÃO: DA QUIMERA DA SOLUÇÃO ADEQUADA AO PESADELO DO DÉFICIT DE MEDIADORES

A mediação evoluiu, em nosso país, até o presente momento histórico, basicamente em três etapas.

Especialmente nas últimas duas décadas, os meios alternativos de solução dos conflitos (MASCs)<sup>2</sup> e mais especificamente os métodos *consensuais* de solução dos conflitos, que privilegiam o consenso entre as partes para a resolução da controvérsia, despertaram crescente interesse no meio acadêmico em nosso país, tendo sido desenvolvidos estudos aprofundados sobre o tema por diferentes instituições de ensino superior.

De fato, a Academia foi a primeira voz, no Brasil, a sustentar a adoção da mediação<sup>3</sup>, uma das espécies de MASC, como o meio mais adequado para a solução dos litígios envolvendo sujeitos que possuam, entre si, relação pretérita, seja de ordem comercial, familiar, profissional, comunitária, etc.

No entanto, em um primeiro momento, o clamor da Academia não ressoou junto às instituições públicas, especialmente o Poder Judiciário e o Ministério da Justiça, ficando a mediação quase que circunscrita às discussões eminentemente teóricas. Faltava-lhe apoio institucional de diferentes segmentos, a fim de que pudessem ser instituídas políticas de fomento e adoção concreta da mediação como método de solução dos conflitos.

No início do século XXI, verifica-se que o Poder Judiciário Brasileiro passou a demonstrar maior preocupação com a sua elevada taxa de congestionamento, que, em 2016, alcançou o patamar de 75%, segundo as estatísticas do Conselho Nacional de Justiça, intituladas Justiça em Números<sup>4</sup>. A partir disso, passaram a ser envidados esforços no sentido de perquirir outras formas de solução dos conflitos, de modo a reduzir a sobrecarga do Judiciário pátrio, chegando-se, dentre outras possibilidades, à mediação.

Podemos afirmar que, nesse ponto, as pesquisas desenvolvidas pela Academia nos anos anteriores encontraram-se com as expectativas do Poder Judiciário e do Ministério da Justiça, inaugurando-se, a partir de então, uma segunda etapa, em que se passou a buscar a aplicação concreta dos meios consensuais de solução dos litígios.

Podemos apontar, dentre os projetos levados a efeito pelo Judiciário, a criação, pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2010, do projeto *Conciliar é Legal*, realizado anualmente em todos os tribunais do país e que

1 Artigo redigido a partir de Palestra ministrada no Seminário “Mulheres no Direito Processual Civil Brasileiro”, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual em Vila Velha/ES, nos dias 07 e 08 de junho de 2018.

2 Os MASCs são também denominados métodos adequados de resolução de conflitos e, embora suas diferentes modalidades apresentem delineamentos distintos, podemos afirmar que possuem como característica primordial privilegiar uma maior autonomia da vontade dos litigantes e sua maior participação na solução do conflito.

3 GOLDBERG, SANDER, ROGERS e COLE trazem o seguinte conceito para mediação, *in verbis*: “Mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party. The mediator, in contrast to the arbitrator or judge, has no power to impose an outcome on disputing parties”. GOLDBERG, Stephen. SANDER, Frank. ROGERS, Nancy H. COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and other processes*. 4. Ed. New York: Aspen Publishers. 2003. p. 111.

4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2017 ano base 2016. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf> Consulta realizada em 15/06/2018.

premia a corte mais inovadora e engajada no propósito de fomentar os MASCs.

Merece registro também a concepção, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ, de duas iniciativas para estimular a solução consensual no âmbito dos Juizados Especiais. A primeira consiste na chamada *Conciliação Pré-Processual*, que mais se aproxima, tecnicamente, da negociação. A Conciliação Pré-processual ocorre de forma virtual, através da qual o consumidor envia um e-mail diretamente para a empresa participante – participam do projeto 21 empresas, segundo o TJRJ –, sem assistência de advogado, apresentando o seu problema e aguardando uma proposta de acordo<sup>5</sup>.

Podemos destacar a criação, também pelo TJRJ, do chamado *Expressinho*, que consiste na tentativa de acordo empreendida na presença de um conciliador, podendo haver assistência de advogado, e que conta com a adesão de dez empresas para atendimento antes da propositura da ação. O Expressinho está em funcionamento em dez Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro<sup>6</sup>.

Particularmente no que concerne à mediação, tema central do presente trabalho, ela já vinha sendo realizada por instituições privadas, como, por exemplo, a Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem – CBMA<sup>7</sup> e outras instituições privadas vinculadas ao CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem<sup>8</sup>, sem contar, contudo, com iniciativas públicas significativas.

Dando um passo à frente, ao final de 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, que trata da Política Nacional de fomento à mediação e a conciliação nos tribunais brasileiros. Em seu artigo 1º, a Resolução dispõe que os tribunais teriam doze meses para disponibilizar a conciliação e a mediação aos seus jurisdicionados, o que se mostrou uma medida de significativo impacto prático no que tange à utilização da mediação em todo o país.

Em 2012, foi criada, pelo Ministério da Justiça, a Escola Nacional de Mediação e Conciliação – ENAM, que disponibiliza cursos de capacitação sobre o tema<sup>9</sup>.

Em novembro de 2014, a Ministra Nancy Andrighi do Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup> noticiou que seriam criadas duas Varas Especializadas em Mediação e Arbitragem em cada capital de estado do Brasil, tudo a revelar o engajamento do Poder Judiciário no movimento em prol dos MASCs.

No entanto, podemos afirmar que a grande reviravolta quanto ao contexto evolutivo da mediação no Brasil se deu, sem sombra de dúvidas, em 2015, com a promulgação do Código de Processo Civil e da Lei Federal nº 13.140/2015, que regulamentaram o instituto, inaugurando a terceira etapa do processo evolutivo da mediação em nosso país<sup>11</sup>.

5 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Conciliação pré-processual. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/conciliacao-pre-processual> Consulta realizada em 16/06/2018.

6 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Expressinho. Disponível nos endereços eletrônicos: <http://cgj.tjrj.jus.br/projetos-especiais/expressinho> e <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5166350> Consulta realizada em 19/05/2018.

7 Informações disponíveis no site: [www.cbma.com.br](http://www.cbma.com.br). Consulta realizada em 29/05/2018.

8 Informações disponíveis no site: [www.conima.org.br](http://www.conima.org.br). Consulta realizada em 29/05/2018.

9 Maiores informações a respeito da ENAM estão disponíveis no endereço eletrônico: <http://moodle.cead.unb.br/enam/> Consulta realizada em 28/07/2015.

10 “Ministra Nancy Andrighi anuncia criação de varas especializadas em mediação e arbitragem. 21/11/2014 – 20:59. A ministra do Superior Tribunal de Justiça e corregedora do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Nancy Andrighi, aproveitou sua palestra de encerramento no seminário sobre mediação e arbitragem para anunciar a criação, em cada capital brasileira, de duas varas especializadas nessas formas alternativas de solução de conflitos. “Investir na aplicação do uso da mediação é dever de todos nós, juizes, e cada dia mais deve ser motivo da nossa preocupação e estímulo”, ressaltou. Ela afirmou que é dever da Corregedoria Nacional de Justiça empreender todos os esforços para que essa forma de prestação jurisdicional seja um caminho seguro e eficiente para todos aqueles que a escolherem. Para tanto, ressaltou a corregedora, o CNJ instituiu entre suas metas para o ano judiciário de 2015 a centralização da competência, especializando duas varas cíveis já existentes nas capitais para resolver todas as demandas relacionadas à Lei 9.307/96. “A adoção da meta, aprovada por unanimidade pelos presidentes dos 27 Tribunais de Justiça, comprova que é dever do Poder Judiciário ser partícipe e incentivador dessa forma adequada de solução de conflito, colocando o Brasil no caminho do mundo globalizado”, disse ela. **Inspiração.** Nancy Andrighi iniciou sua palestra enaltecendo as “verdadeiras aulas magnas” proferidas pelos especialistas que participaram do seminário “Como a mediação e a arbitragem podem ajudar no acesso e na agilização da Justiça?”, realizado no Conselho da Justiça Federal (CJF), em Brasília, nos últimos dois dias. Ela narrou a trajetória histórica do ingresso das formas alternativas de solução de conflito no cenário jurídico mundial e destacou o modelo norte-americano como inspiração para o Judiciário brasileiro mudar sua mentalidade e aceitar como juizes cidadãos que não se submeteram ao concurso público para a magistratura e, portanto, não são detentores do poder jurisdicional tradicional. Segundo a ministra, é preciso acabar com a convicção de que o juiz, investido das funções jurisdicionais, é o único ser detentor do poder de resolver conflitos. “Devemos abrir o coração para a chamada equivalência de jurisdições. A Lei de Arbitragem efetivamente colocou um ponto final acerca da inexistência de diferença entre a jurisdição judicial e a jurisdição da arbitragem”, afirmou”. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Notícia veiculada no endereço eletrônico: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Consulta realizada em 28/07/2015.

11 A Deputada Zulaiê Cobra teve a iniciativa do Projeto de Lei nº 4.827/1998 com vistas a regular a mediação no Brasil, contudo, o projeto não se

Logo ao início do Código de Processo Civil de 2015, ao tratar das normas fundamentais, o artigo 3º dispõe, em seu §2º, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e, a seguir, em seu §3º, prevê que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, a demonstrar a importância que foi dada aos MASCs no diploma processual, em uma verdadeira mudança de paradigma em relação ao CPC de 1973.

Migramos da prevalência da solução heterocompositiva para a solução autocompositiva ou consensual, também chamada de justiça coexistencial. Essa mudança emblemática traz novo fôlego para a conciliação e a mediação, ao mesmo tempo em que exige dos acadêmicos e dos profissionais do Direito que acompanhem essa revolução e com ela modifiquem o seu modo de pensar e de atuar o Direito Processual.

No entanto, o legislador, ao privilegiar a solução consensual, impôs um enorme desafio a todos nós, acadêmicos e profissionais do Direito.

Para que migremos da teoria à prática, é necessário que envidemos todos os esforços para que, com a maior brevidade possível, disponhamos de recursos materiais e humanos aptos a efetivamente aplicar a mediação à solução dos litígios, atendendo a contento ao comando do artigo 334, CPC/2015, que determina, como regra, a designação de sessão de mediação ou conciliação.

Para tanto, é necessário formar bons mediadores em número suficiente para conduzir os procedimentos de mediação em todos os processos judiciais que se adequem à regra do artigo 334 do CPC/2015.

Forçoso convir que, nesses mais de dois anos de vigência do marco legal da mediação no Brasil, pouco nos aparelhamos para atender ao enorme desafio que nos foi dado pelo legislador.

Melhor do que buscarmos um atalho que nos desvie do problema, colocando o desaparecimento como justificativa para a ausência de designação da sessão de mediação, mais salutar será efetivamente o enfrentarmos; enxergar a questão a médio prazo e encontrar soluções definitivas, que representem ganhos reais para o acesso à justiça e a efetividade do processo.

Mais valioso será nos empenharmos para suplantar as dificuldades iniciais – mormente quanto ao déficit de mediadores -, capacitando profissionais em número suficiente, de modo a aplicar a mediação na prática e, com isso, colocá-la como uma possibilidade real de solução dos conflitos de forma adequada. Aceitar esse desafio e procurar solucioná-lo trará como resposta, a um só tempo, jurisdicionados mais satisfeitos – visto que terão contribuído ativamente para encontrar a solução -, mais empoderados – eis que terão exercido um papel mais ativo na solução do conflito, passando de coadjuvantes a protagonistas – e Judiciário menos congestionado, com maior disponibilidade para julgar, com acuidade, os litígios que não puderem ser submetidos à mediação.

A cultura brasileira, em razão de suas raízes de *civil law*, está voltada para a solução adjudicada estatal, na qual o litígio é submetido ao Poder Judiciário. Sendo assim, somente lograremos migrar de uma cultura do litígio para uma cultura da pacificação, se dispusermos de mediadores capacitados e em número suficiente, a fim de que se multipliquem experiências exitosas, que permitam aos jurisdicionados se familiarizar com a mediação e, assim, começar a modificar a nossa cultura secular.

A figura do mediador é a pedra de toque de um sistema de mediação bem sucedido.

Isso porque a mediação não possui um procedimento pré-estabelecido, estando regido pela informalidade<sup>12</sup> (artigo 2º, IV, Lei Federal nº 13.140/2015), embora as grandes escolas de mediação mundo afora

converteu em lei. A esse respeito, vide: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

12 MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. “Princípios procedimentais da mediação no novo Código de Processo Civil”. In ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. PELAJO, Samantha (Orgs). *A mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GEN Forense. 2015. pp. 114-115.

nos trazem valiosos parâmetros<sup>13-14-15</sup>.

Sendo assim, é a atuação do mediador baseada no quadrupé imparcialidade, sigilo, ética e capacitação que inspirará a confiança das partes (mediandos) e as fará despertar para esse novo modelo de solução dos litígios.

Para um contingente enorme de conflitos, fatalmente precisaremos de um contingente proporcionalmente grande de bons, ou melhor, de excelentes mediadores para cumprir com tal tarefa.

Mas como conseguiremos transpor esse desafio hercúleo?

Uma das soluções concretas foi trazida pelo legislador no artigo 42 da Lei federal nº 13.140/2015, que contemplou os registradores e tabeliães como mediadores, desde que capacitados em curso autorizado e cadastrados junto ao tribunal estadual competente.

O Conselho Nacional de Justiça, por sua vez, regulamentou o mencionado artigo 42 através do Provimento 67/2018.

Os registradores e tabeliães já vinham sendo chamados a atuar no relevante movimento da desjudicialização, ao passarem a realizar habilitação de casamento sem intervenção judicial (artigo 1526, CC/02), inventários, partilhas e divórcios consensuais (Lei Federal nº 11.441/2007)<sup>16</sup>, registros tardios de nascimento sem intervenção judicial (Lei Federal nº 11.790/08)<sup>17</sup>, divisão e demarcação de terras particulares (artigo 570, CPC/2015), homologação do penhor legal (artigo 703, §§2º, 3º e 4º, CPC/2015), usucapião extrajudicial (artigo 216-A, Lei Federal nº 6.015/73), averbação direta de sentença estrangeira de divórcio puro no registro civil, com a dispensa da ação de homologação pelo STJ (artigo 961, §5º, CPC/2015)<sup>18</sup>, reconhecimento espontâneo de paternidade/maternidade biológica (Provimento nº 16/2012 do CNJ) e socioafetiva (Provimento nº 63/2017 do CNJ), retificação administrativa de registro (artigo 110, Lei Federal nº 6.015/73), averbação de alteração de prenome e gênero no registro civil em decorrência de transexualidade (Provimento nº 73/2018 do CNJ), dentre outros.

A justiça coexistencial também pode ser inserida no contexto maior da desjudicialização, na medida em que, ao representar a busca da solução consensual conduzida por mediadores e conciliadores, permite que os litígios sejam solucionados sem a intervenção do Estado-juiz.

Sendo assim, seja através da realização de atividades que tradicionalmente qualificamos como jurisdição voluntária, seja através da promoção da justiça coexistencial, o legislador vem conclamando registradores e tabeliães para auxiliar nessa nova fase do Direito Processual Civil Brasileiro, para que prestem a sua contribuição para uma Justiça mais célere, deformalizada e, tanto quanto possível, fora da órbita do Poder Judiciário.

Tecidas tais considerações, vejamos em que medida registradores e tabeliães podem contribuir para reduzir eficazmente o delicado déficit de mediadores e, assim, permitir o avanço da justiça coexistencial em nosso país.

13 Goldberg, Sanders, Rogers e Cole elencam algumas estratégias comumente adotadas pelos mediadores, com vistas a fomentar o diálogo e auxiliar os mediados a entabular um acordo, *in verbis*: "Despite the lack of 'teeth' in the mediation process, the involvement of a mediator alters the dynamics of negotiations. Depending on what seems to be impeding agreement the mediator may attempt to: encourage exchanges of information, provide new information, help the parties to understand each other's views, let them know that their concerns are understood, promote a productive level of emotional expression, deal with differences in perceptions and interests between negotiators and constituents (including lawyer and client), help negotiators realistically assess alternatives to settlement, encourage flexibility, shift the focus from the past to the future, stimulate the parties to suggest creative settlements, learn (often in separate sessions with each party) about those interests the parties are reluctant to disclose to each other, and invent solutions that meet the fundamental interests of all parties". GOLDBERG, Stephen. SANDER, Frank. ROGERS, Nancy H. COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and other processes*. Op. cit. p. 111.

14 A respeito das técnicas de mediação desenvolvidas pela Escola de Mediação da Universidade de Harvard, EUA, vide PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. "Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos". In PRADO, Geraldo (Org). *Acesso à justiça: efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

15 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. "Técnicas e procedimento de mediação no novo Código de Processo Civil". In ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. PELAJO, Samantha (Orgs). *A mediação no novo Código de Processo Civil*. Op. Cit. pp. 149-155.

16 Acerca do tema, vide HILL, Flávia Pereira. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Inventário Judicial ou extrajudicial; separação e divórcio consensuais por escritura pública – primeiras reflexões sobre a Lei n. 11.441/07. *Revista Dialética de Direito Processual*. V. 50. Maio-2007. pp. 42-59.

17 HILL, Flávia Pereira. A desjudicialização do procedimento de registro tardio de nascimento. Inovações trazidas pela lei federal n. 11.790/08. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. V. 3. Ano 3. Jan-Jun 2009. pp. 123-133. Disponível no endereço eletrônico: [www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br)

18 HILL, Flávia Pereira. Considerações sobre a cooperação jurídica internacional no novo Código de Processo Civil. MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. *Coleção novo CPC Doutrina Selecionada. Vol. 1. Parte Geral*. 2. Ed. Salvador: Editora Jus Podivm. 2016. pp. 743-766.

## 2. ASPECTOS SUBJETIVOS DA MEDIAÇÃO NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. OS REGISTRADORES E TABELIÃES E AS CARACTERÍSTICAS DOS MEDIADORES

Neste momento, abordaremos os aspectos subjetivos relativos à mediação, que se referem à figura do mediador, o terceiro incumbido de conduzir o procedimento da mediação.

Voltaremos a nossa análise para as características fundamentais do mediador – focando especificamente no quadrupé imparcialidade, sigilo, capacitação técnica e ética no exercício das funções – e relacionando-as com os atributos ínsitos às atividades extrajudiciais desempenhadas por registradores e tabeliães.

### 2.1. IMPARCIALIDADE

De acordo com o parágrafo único do artigo 1º combinado com o inciso I do artigo 2º da Lei Federal nº 13.140/2015, os mediadores são terceiros dotados de imparcialidade, devendo dispensar tratamento equânime aos mediandos, tanto assim que aos mediadores se aplicam as mesmas hipóteses de impedimento e suspeição do juiz (artigo 5º da referida lei).

Os registradores e os tabeliães, por sua vez, são profissionais do Direito aos quais igualmente é imposto o dever de atuar com impessoalidade e imparcialidade na sua prática profissional, o que deflui do artigo 25 da Lei Federal nº 8.935/94.

Ao realizarem os atos notariais e registrais nas serventias extrajudiciais, registradores e tabeliães buscam, imediatamente, tutelar a ordem jurídica, ao praticá-los de acordo com as normas que regem a prática do ato em questão. Tais profissionais não atuam com vistas a fazer prevalecer o interesse privado de tal ou qual usuário, mas praticar os atos de sua atribuição em estrita conformidade com as normas aplicáveis.

É justamente a imparcialidade, ou seja, uma atuação técnica voltada ao cumprimento da lei e não imediatamente ao interesse particular que permite conferir autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos praticados por tais agentes ou perante eles (artigo 1º da Lei Federal nº 8.935/94).

Acrescente-se ainda que, ao analisarmos a rotina das serventias extrajudiciais, podemos concluir que a mediação já é, em certa medida, um mecanismo utilizado diuturnamente por oficiais e escreventes como forma de eficazmente contornar ruzgas e impasses surgidos entre os interessados no momento da prática do ato notarial ou registral e que poderiam inviabilizá-lo. Para que os registros sejam realizados, faz-se necessário instar os interessados a chegar a um acordo quanto a um ou alguns pontos necessários para que o ato seja praticado. *Ad exemplum tantum*, podemos apontar divergências entre os pais quanto ao sobrenome a ser atribuído à criança no registro de nascimento, impasses sobre o regime de bens a ser adotado após o casamento ou sobrenome dos noivos após o casamento, dentre tantos outros dissensos.

Sendo assim, esse imperativo prático acabou por conduzir os registradores e tabeliães ao desenvolvimento de uma habilidade – o fomento do diálogo como forma de debelar impasses entre os sujeitos interessados – que poderá auxiliar tais profissionais no desempenho das funções de mediador.

Isso porque o principal papel do mediador no modelo adotado no Brasil é precisamente o de catalizador do diálogo, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 1º da Lei Federal nº 13.140/2015, fazendo amainar os ânimos entre os mediandos, a fim de que seja criado um ambiente propício ao franco diálogo entre eles, por ser este o único caminho viável para um acordo. Não cumpre ao mediador decidir o litígio, nem tampouco sugerir propostas de acordo, mas, acima de tudo, criar um ambiente de diálogo aberto e construtivo entre os interessados, que serão os reais protagonistas na elaboração de uma solução consensual.

De se destacar que a imparcialidade está diretamente relacionada com a independência do mediador, ou seja, com a ausência de pressões externas ao desempenho de sua atividade e com o seu distanciamento em relação ao Poder Judiciário e outras instituições<sup>19</sup>. Sob esse prisma, o modelo da mediação extrajudicial,

19 “Ao medir na balança o interesse em questão, é importante pesar que a independência jurídica tem como propósito garantir a imparcialidade da-quele que conduz a mediação, isto é, impedir a pressão externa em sua atividade. Portanto, é fundamental para que uma mediação transcorra com a necessária imparcialidade e autonomia, a independência em relação ao magistrado”. SANTANA, Ana Carolina Squadri. VERA, Cristiana Vianna. MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub. “Independência e imparcialidade: princípios fundamentais da mediação”. In ALMEIDA, Diogo Assumpção

desempenhada fora do âmbito do Poder Judiciário e externamente aos chamados CEJUSCs, possui maior aptidão para genuinamente resguardar a salutar independência do mediador.

## 2.2. SIGILO OU CONFIDENCIALIDADE

O artigo 2º, inciso VII da Lei Federal nº 13.140/2015 dispõe que a confidencialidade é um dos princípios norteadores da mediação. De fato, incumbe ao mediador não expor a terceiros informações por ele obtidas no curso da mediação<sup>20</sup>.

Havendo sessão privada entre mediador e apenas uma das partes (denominada “caucus”), incumbe ao mediador guardar sigilo até mesmo em relação à contraparte.

O artigo 30 da referida lei, por seu turno, estende o dever de confidencialidade às partes, seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação.

Tal dever abarca qualquer declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito, bem como o reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação, a manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador e qualquer documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

O sigilo é uma peculiaridade da mediação em relação ao processo judicial, que é, em regra, dotado de publicidade (artigo 189, primeira parte, CPC/2015). Na mediação, o sigilo se justifica em razão da necessidade de se criar um ambiente propício ao diálogo franco entre os mediandos. A presença do público na sessão de mediação inibiria os mediandos, prejudicando que se sentissem à vontade para apresentar os seus reais interesses. Por outro lado, não raro os mediandos podem fazer colocações e apresentar informações, durante as sessões de mediação, que, caso não houvesse dever de sigilo, poderiam militar em seu desfavor<sup>21-22</sup>. Nesse caso, a ausência de sigilo também acabaria por prejudicar o diálogo franco entre os mediandos e o mediador.

No entanto, nada obsta a que os mediandos, se preferirem, dispensem a confidencialidade.

Interessante notar que o dever de sigilo também é ínsito à atividade notarial e registral, conforme previsto no artigo 30, inciso VI, da Lei Federal nº 8.935/94, que dispõe ser dever dos notários e registradores “guardar sigilo sobre a documentação e os assuntos de natureza reservada de que tenham conhecimento em razão do exercício de sua profissão”.

Inúmeros são os atos registrares que demandam sigilo, *v.g.*, a adoção (artigo 47, *caput, in fine*, e §4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente), o reconhecimento de paternidade socioafetiva (artigo 11, *in fine*, Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça), o nascimento decorrente de reprodução assistida (artigo 17, §1º, Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça) e a averbação, no registro civil, de alteração de prenome e sexo em virtude de transexualidade (artigo 5º, Provimento nº 73/2018 do Conselho Nacional de Justiça), dentre outros.

Sendo assim, o sigilo e a discrição que já eram aplicados, por registradores e tabeliães, em alguns dos atos extrajudiciais por eles praticados, agora se estenderá às informações e documentos obtidos nas mediações que vierem a conduzir.

Ratificando o disposto na Lei Federal nº 8.935/94, o artigo 8º do Provimento nº 67/2018 do CNJ impõe o dever de sigilo às mediações realizadas por registradores e tabeliães.

Acrescente-se que os artigos 6º e 7º da Lei Federal nº 13.140/2015 veda que o mediador assessor,

---

Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. PELAJO, Samantha (Orgs). *A mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GEN Forense. 2015. p. 129.

20

21 LOPES, Vitor Carvalho. “Dos mediadores”. In PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org). *Teoria Geral da Mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. pp. 84-88.

22 O artigo 30, §3º da Lei Federal nº 13.140/2015 e o artigo 8º, §2º, do Provimento nº 67/2018 do CNJ ressalvam o dever de sigilo quanto à informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.



represente ou patrocine qualquer das partes mediandas, sendo certo que o artigo 25 da Lei Federal nº 8.935/94 já trazia proibição semelhante voltada aos registradores e tabeliães.

### 2.3. CAPACITAÇÃO TÉCNICA

Quanto à capacitação, primeiramente cumpre destacar a formação jurídica dos registradores e tabeliães, decorrente da exigência legal de graduação em Direito (artigo 3º da Lei Federal nº 8.935/94) e aprovação em concurso público de provas e títulos para exercício das funções (artigo 236, §3º, CF/1988).

A formação jurídica de registradores e tabeliães será de grande valia na condução de mediações decorrentes de conflitos oriundos do descumprimento de contratos ou de divergências quanto à interpretação e/ou aplicação de normas jurídicas, visto que, embora a mediação não tenha por finalidade dirimir tais questões, decerto o conhecimento técnico do mediador poderá auxiliar a compreender e identificar as divergências e, a partir de então, procurar mitigá-las e reabrir o diálogo.

De igual modo, o conhecimento técnico-jurídico poderá ser útil na elaboração do termo final de mediação (artigo 20, da Lei Federal nº 13.140/2016 e artigo 22 do Provimento nº 67/2018 do CNJ). Considerando-se que, se descumprido, o termo final de mediação poderá ser executado judicialmente, visto que consiste em título executivo extrajudicial – ou até mesmo judicial, se homologado em juízo –, emerge a importância de que tal documento seja redigido adequadamente, a fim de evitar dubiedades e subsequentes discussões judiciais.

Ao lado da formação jurídica, caberá aos registradores e tabeliães realizar o curso de capacitação em mediação e se atualizar regularmente, conforme artigo 6º do Provimento nº 67/2018 do CNJ.

Sendo assim, tais profissionais poderão aliar o conhecimento jurídico que já dispunham à capacitação específica em mediação que virão a obter, de modo a oferecer aos mediandos serviços de excelência técnica<sup>23</sup>.

Os registradores e tabeliães que estiverem capacitados, bem como até cinco escreventes de cada serventia extrajudicial, serão cadastrados junto ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) do tribunal estadual a que estejam vinculados (artigo 5º, §1º, do Provimento nº 73/2018).

### 2.4. ÉTICA

O artigo 1º, inciso VIII, da Lei Federal nº 13.140/2015 erige a boa-fé como um dos princípios basilares da mediação.

A exigência de uma atuação ética por parte dos mediadores na condução dos trabalhos se desdobra em uma série de previsões legais, como vimos antes, tais como a vedação à prestação de outros serviços aos mediandos, o dever de sigilo, a imparcialidade, dentre outros.

Os registradores e tabeliães são fiscalizados, em caráter permanente, pelo Tribunal Estadual da unidade federativa onde esteja situada a serventia extrajudicial (artigos 36 e 37 da Lei Federal nº 8.935/94).

Ao atuarem como mediadores, os registradores e tabeliães serão fiscalizados pela CGJ e pelo juiz coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) da jurisdição a que estejam vinculados os serviços notariais e de registro, conforme dispõe o artigo 5º do Provimento nº 67/2018 do CNJ.

## 3. ASPECTOS MATERIAIS DA MEDIAÇÃO NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. O ACESSO À JUSTIÇA

Ao lado dos aspectos subjetivos da mediação, vistos acima, faz-se necessário analisar os aspectos materiais, relativos ao local onde a mediação será realizada, eis que, para que a mediação se desenvolva a contento, é

23 “Nessa complexa missão, tem-se, portanto, que o mediador deve possuir um ótimo nível de comunicação, uma postura de cordialidade, empatia, seriedade, paciência e lealdade nas tratativas de negociação, equilíbrio pessoal, criatividade e – muito importante – amplo conhecimento em técnicas e métodos não adversariais de conflitos. E é justamente nesse contexto mais amplo que reside a importância de um adequado curso de formação de mediadores: expor e divulgar técnicas e métodos que tenham o seu fundamento maior nesse novo modelo de cultura de resolução de disputas que está a querer empreender, enfatizando os seus princípios enunciadores, características e vantagens comparadas ao modelo de litigância atual”. LOPES, Vítor Carvalho. *Op. Cit.* pp. 92-93.

necessário conjugar, de um lado, um mediador competente, dotado de todas as características antes delineadas, e, de outro, instalações físicas adequadas e aparelhamento material suficiente para que mediador e mediados possam, reservadamente, entabular as tratativas.

### 3.1. ACESSIBILIDADE E CAPILARIDADE

Os cartórios extrajudiciais estão situados, via de regra, em locais de fácil acesso nas diferentes cidades, de modo a permitir que os usuários a eles se dirijam sem percalços.

Particularmente quanto aos Registros Civis de Pessoas Naturais, há aproximadamente 8.000 cartórios espalhados por todo o território nacional<sup>24</sup>, o que lhes confere vasta capilaridade. Essa característica é fundamental, em razão de tais cartórios possuírem a atribuição de realizar registros de nascimento, casamento e óbito de todos os cidadãos e, por isso, precisarem estar presentes por todo o país.

Essa capilaridade se mostra igualmente valiosa para a disseminação da mediação nos diversos rincões do Brasil, pois a disponibiliza em locais próximos dos destinatários dos serviços, tornando esse método de solução de litígios mais acessível a uma camada da população que não reside nos grandes centros urbanos.

Acrescente-se que as instalações das serventias extrajudiciais estão estruturadas para receber o público, inclusive portadores de necessidades especiais. Será necessário, na forma do artigo 21 do Provimento nº 67/2018 do CNJ, destinar um ambiente reservado para a realização da mediação, de modo a propiciar um local confortável aos mediados e apto a preservar o sigilo ínsito à mediação.

Os mediados podem escolher livremente o registrador ou tabelião de sua preferência para atuar como mediador (artigo 13 do Provimento nº 67/2018 do CNJ), não havendo, nesse particular, exigência de observância do princípio da territorialidade<sup>25</sup>, visto que, dadas as características inerentes à mediação, deve-se privilegiar a confiança dos litigantes na pessoa do mediador e a autonomia da vontade<sup>26</sup>. Tampouco a escolha possui qualquer relação com a espécie de atribuição exercida na serventia extrajudicial, eis que o artigo 9º da Lei Federal nº 13.140/2015 não atrela a escolha do mediador a qualquer formação específica na área de conhecimento sobre a qual versa o litígio. Isso porque o mediador não imporá uma solução, cabendo a ele fomentar o diálogo e viabilizar o acordo a ser estabelecido entre os mediados.

A realização da mediação nos cartórios extrajudiciais e, mais amplamente, a valorização da mediação extrajudicial possui a grande vantagem de se realizar em local apartado da estrutura física do fórum, fora dos CEJUSCs, embora fiscalizados por eles.

Esse dado pode, à primeira vista, parecer singelo, mas a experiência do atendimento ao público demonstra a sua relevância. Isso porque o cidadão brasileiro médio sente certo temor reverencial ao adentrar no fórum, independentemente da providência que deva tomar naquele local. O simples fato de entrar no fórum, que é, por si só, um local formal, incute no cidadão essa percepção. E ela se mostra profundamente deletéria para a mediação, pois prejudica a visualização de que esse método de solução de conflitos em pouco ou nada

24 Esse número sobe para 13.600 unidades, se somarmos sucursais, postos de atendimento e Unidades Interligadas situadas nos hospitais, maternidades e Instituto Médico Legal.

25 CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 15. Ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p.08.

26 Chiara Besso, ao comentar a legislação italiana, ratifica o entendimento segundo o qual a autonomia da vontade dos mediados na livre escolha do mediador deve se sobrepor a critérios de territorialidade, *in verbis*: “Si affida piuttosto alla libera scelta dell’organismo di conciliazione, da parte di chi propone l’istanza. Ciò è giustificato da varie ragioni. Da un lato, premesso che l’organismo di conciliazione ed il mediatore sono al postutto solo soggetti di una mediazione e no giudici, è comprensibile che il legislatore non abbia voluto imporre l’organismo od il grupo di organismi competenti in base a prescrizioni legali, entro i quali le parti avrebbero dovuto sceglie. Devono valere – o quantomeno si deve ritenere che questo avvenga – la libertà dele parti ed una sana concorrenza fra organismi di varia estrazione e tradizione. Dall’altro lato, non sarebbe stato opportuno innescare questioni di incompetenza degli organismi, suscettibili di procrastinare l’esito della mediazione, ove si tratti di stabilire quale sai l’organismo competente. Dall’altro ancora, in un regime di controlli ma anche di apertura all’afermarsi di nuovi organismi, l’unico critério di competenza in astratto concepibile sarebbe stato quello territoriale, legato alla sede dell’organismo di conciliazione. In soldoni, ne sarebbe scaturita la regola secondo cui le istanze di mediazione riferite a domande giudiziali da proporre innanzi ad un dato tribunale debbono essere affidate ad organismi di conciliazione aventi sede nel circondario di quel tribunale, od almeno nello stesso distretto di corte d’appello. Ed è inevitabile chiedersi se davvero una regola siffatta avrebbe lenito le preoccupazioni di chi si è pronunciato contro la scelta che abbiamo visto, come il Consiglio Superiore della Magistratura. A nostro sommo giudizio, si sarebbe trattato soltanto di un’inutile restrizione. Ne può trascurarsi che la scelta dell’organismo non si traduce necessariamente nella scelta di una particolare ed immutabile sede della mediazione. Come già avviene in campo arbitrale, nulla esclude che la sede dell’organismo sai in un luogo, e gli incontri fra le parti si svolgano in altro luogo, se sussistano ragioni di convenienza singola o coletiva e se l’organismo dimostri al riguardo sensibilità e capacità organizzativa”. BESSO, Chiara (Org). *La mediazione civile e commerciale*. Turin: G. Giappichelli Editore. 2010. pp. 278-279.

se identifica com a solução adjudicada estatal.

Um ambiente informal, que deixe os mediados à vontade, confortáveis para dialogar entre si de maneira franca, revelando seus reais interesses, de modo a permitir que o mediador verdadeiramente os auxilie a alcançar um acordo, afigura-se fundamental.

Acrescente-se que os cidadãos estão acostumados a se dirigir ao cartório para realizar atos da vida civil que, para eles mesmos, são naturais, como nascimentos, casamentos e óbitos. Com isso, conseguem visualizar, intuitivamente, que, ao se dirigir ao cartório extrajudicial, não estão indo encontrar-se com um magistrado ou *longa manus* seu.

Em cidades do interior, é fácil perceber que os cidadãos chegam a se dirigir ao cartório mais próximo de sua residência para obter as mais diversas informações sobre o exercício da cidadania, tais como indagar sobre como retirar segunda via de documento de identificação, renovar carteira de habilitação para dirigir veículos, regularizar o cadastro eleitoral, perguntar onde se situa a Defensoria Pública, etc. Ou seja, os cidadãos visualizam os cartórios com salutar proximidade, o que é um ponto nodal para uma mediação bem sucedida.

Tecendo uma consideração mais ampla, o fato é que a mediação extrajudicial, ou seja, aquela realizada com maior distanciamento do Poder Judiciário, é o ideal a ser perquirido<sup>27</sup> e revela um estágio de maior amadurecimento da sociedade no tocante à resolução dos conflitos.

#### 4. CONCLUSÃO

Se nas últimas décadas nos ressentíamos da ausência de regulamentação legal da mediação em nosso país, em 2015 o legislador nos brindou com farta normatização, a partir da edição da Lei Federal nº 13.140 e do Código de Processo Civil.

O diploma processual vigente chama a atenção por privilegiar a solução consensual em detrimento da solução adjudicada, revelando uma significativa mudança de paradigma comparativamente com o Código de Processo Civil de 1973.

No entanto, se esse novo cenário, de um lado, nos rejubila, de outro, nos impõe o imenso desafio de migrar da teoria à prática – e com rapidez, sem solução de continuidade.

Agora, que o legislador nos municiou do arsenal legislativo necessário, urge formar mediadores capacitados e em número suficiente, bem como criar estrutura física adequada, a fim de que o imenso volume de litígios hoje existente possa efetivamente ser submetido à tentativa de acordo através da mediação.

Temos de enfrentar a dificuldade adicional da cultura brasileira, não afeita ou até mesmo resistente à solução consensual. Somente conseguiremos ultrapassar tal dificuldade, formando uma nova cultura, se lograrmos, antes de mais nada, multiplicar experiências exitosas de mediação, que irão conquistar, paulatinamente, os jurisdicionados e angariar a sua confiança para esse novo modelo de solução de conflitos.

Em Direito Processual, como, de resto, na vida, grandes conquistas só são alcançadas se forem fruto de proporcionais esforços. Se o desafio é, nada mais, nada menos, do que trazer novas bases para uma cultura litigiosa centenária, decerto será necessário, de nossa parte, enquanto profissionais do Direito, agir com tenacidade e agilidade.

O legislador autorizou que registradores e tabeliães de cartórios extrajudiciais realizem a mediação. É um contingente significativo de profissionais do Direito que vêm reforçar as fileiras nessa batalha em prol da solução pacífica para os litígios.

Conforme expusemos ao longo do presente trabalho, algumas características inerentes à atividade extrajudicial coincidem com as da mediação – tais como a imparcialidade e o sigilo – e outras podem ser empregadas

27 “Se por um lado pode-se sustentar que a intenção é de atribuir ao mediador uma atuação consciente e comprometida com os anseios e necessidades sociais, por outro lado não se pode deixar de perceber que o controle dessa atividade pode, na prática, limitar a necessária independência do mediador no exercício de seu trabalho, tendo em vista que entre ‘todos os dados relevantes’ estão expressamente previstos (ainda que a título exemplificativo) o sucesso o insucesso do procedimento.” SANTANA, Ana Carolina Squadri. VERA, Cristiana Vianna. MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub. “Independência e imparcialidade: princípios fundamentais da mediação”. *O. cit.* p. 135.

em favor de uma mediação o mais proveitosa possível – como é o caso do conhecimento técnico-jurídico. Acrescente-se que os cartórios extrajudiciais já estão espalhados por todo o país em locais de fácil acesso e ostentam estrutura física concebida para o atendimento ao público, o que também facilita a rápida absorção das novas atividades. De outra parte, os cidadãos sabem onde estão situados os cartórios extrajudiciais, pois a eles já se dirigem para praticar diferentes atos da vida civil, o que facilita o seu deslocamento para o fim de realizar a mediação e propicia maior familiaridade com o profissional que conduzirá a mediação.

Nas localidades onde haja carência de mediadores judiciais, uma solução satisfatória seria remeter a tentativa de mediação dos processos em curso, em observância ao disposto no artigo 334 do CPC/2015, à serventia extrajudicial da preferência das partes litigantes ou, subsidiariamente, àquela mais próxima da residência do réu, por analogia com o disposto no artigo 46 do CPC/2015. Essa providência permitirá que a mediação possa efetivamente ser adotada em um número substancialmente maior de ações.

Estamos atualmente vivendo o momento histórico mais favorável à efetiva implementação dos meios consensuais de solução de conflitos em nosso país, sem margem para exageros. Se não aproveitarmos o arcabouço legislativo recentemente editado e, ao contrário, optarmos por nos acomodar diante da envergadura do desafio, perderemos a oportunidade de auxiliar os brasileiros a passar para uma nova fase de exercício da cidadania na solução dos litígios.

O modelo de solução consensual dos litígios permite que os jurisdicionados passem de coadjuvantes a protagonistas na resolução de seus conflitos, sendo auxiliados pelo mediador ou pelo conciliador.

Inúmeras são as vantagens desse novo modelo, dentre as quais podemos nomear o empoderamento dos jurisdicionados, com a maior consciência de seus direitos e de como defendê-los, a maior propensão dos jurisdicionados a cumprir espontaneamente com os acordos por eles entabulados<sup>28</sup> e, *last but not least*, a redução do volume de litígios a serem solucionados pelo Poder Judiciário, permitindo, como consequência, que os magistrados possam se debruçar, com maior vagar, no julgamento das ações judiciais que venham a prosseguir. A mediação nos traz a valiosa vantagem adicional, comparativamente com a conciliação<sup>29</sup>, de preservar o relacionamento pretérito entre os litigantes, estabelecendo um verdadeiro *pacto de convivência* entre os mediandos<sup>30</sup>, o que, não raro, se mostra o maior bem a ser conquistado.

Passados trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã, decerto é chegada a hora de proporcionarmos aos brasileiros o exercício da cidadania, no sistema jurídico-processual, de forma mais amadurecida e com maior protagonismo.

Em um país com mais de duzentos milhões de habitantes, dimensão territorial continental e grande disparidade social e econômica, decerto a tarefa não se mostra singela.

Mas, sem dúvidas, resignar-se – ou acomodar-se – não nos trará melhores resultados do que agir. Então, demos as boas-vindas aos novos mediadores e mãos à obra!

## Referências bibliográficas

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. PELAJO, Samantha (Orgs). *A Mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GEN Forense. 2015.

BESSO, Chiara. *La mediazione civile e commerciale*. Turim: Giappichelli Editore. 2010.

CADIET, Loic. “L’arbitrage et l’évolution contemporaine des modes des règlements des conflits”. In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*.

28 “Na mediação, o desafio está na desconstrução e superação da contenda, sendo o acordo uma consequência (não necessária) da recuperação da comunicação, do estabelecimento de um diálogo leal e da compreensão das partes envolvidas na relação conflituosa (...). A escuta ativa entre os sujeitos, a busca pela compreensão das necessidades de cada um – por meio de um discurso participativo, objetivo, claro e honesto – possibilitaria um resultado que atenda a real demanda existente naquele conflito. Assim, quando a mediação resulta em um consenso, este valerá entre as pessoas envolvidas como um pacto de convivência, talvez até com maior força e mais efetividade que uma sentença judicial, pois foi resultado de um discurso baseado em uma argumentação participativa”. HALE, Durval. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs). *O marco legal da mediação no Brasil*. São Paulo: GEN ATLAS. 2016. P. 108.

29 “O conciliador, com uma conduta mais ativa no sentido de buscar a resolução do conflito em situações isoladas, sem vínculo entre os envolvidos, podendo, inclusive, sugerir soluções para um possível acordo. Já o mediador, atuando em casos de relações continuadas, com um papel de facilitador, auxiliando as partes na compreensão do conflito e no restabelecimento da comunicação”. HALE, Durval. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs). *O marco legal da mediação no Brasil*. Op. cit. pp. 100-101.

30 HALE, Durval. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs). *O marco legal da mediação no Brasil*. Op. cit. P. 108.

Volume 12. Jul-Dez 2013. Disponível no endereço eletrônico: [www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br) Consulta realizada em 11/05/2018.

CAPPELLETTI, Mauro. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça”. In *Revista de Processo*. Vol. 74. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1994. pp. 82-97.

CASADO, José. “Um país conflagrado nos tribunais. Brasil tem um processo em andamento para cada dois habitantes; cortes têm 70 milhões de casos sem decisão”. In *Jornal O Globo*. Edição de 18/07/2015.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. 15. Ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

CENTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM – CBMA. *Regulamento de Mediação*. Disponível no endereço eletrônico: [http://www.cbma.com.br/mediacao\\_regulamento](http://www.cbma.com.br/mediacao_regulamento) Consulta realizada em 29/05/2018.

CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. *Regulamento Modelo de Mediação*. Disponível no endereço eletrônico: [http://www.conima.org.br/regula\\_modmed](http://www.conima.org.br/regula_modmed) Consulta realizada em 29/05/2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento 67, de 26 de março de 2018*. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3415> Consulta realizada em 26/06/2018.

\_\_\_\_\_. *Justiça em números 2017 ano base 2016*. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf> Consulta realizada em 15/06/2018.

FISHER, Roger. URY, William. PATTON, Bruce. *Como chegar ao SIM. A negociação de acordos sem concessões*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Imago. 2005.

GOLDBERG, Stephen. SANDER, Frank. ROGERS, Nancy H. COLE, Sarah Rudolph. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and other processes*. 4. Ed. New York: Aspen Publishers. 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Projeto de lei sobre a mediação e outros meios de pacificação”. In *O Processo. Estudos e Pareceres*. São Paulo: DPJ Editora. 2006.

HALE, Durval. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. XAVIER, Trícia Navarro Cabral (Orgs). *O Marco Legal da Mediação no Brasil. Comentários à Lei nº 13.140, de 29 de junho de 2015*. Rio de Janeiro: Editora Atlas. 2015 (no prelo).

HALLAK, Eduardo. “Impedimentos, impossibilidades e penalidades referentes ao mediador”. In ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. PELAJO, Samantha (Orgs). *A Mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GEN Forense. 2015.

HILL, Flávia Pereira. “A nova lei de mediação italiana”. In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 6*. Jul-Dez 2010. Disponível no endereço eletrônico: [www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br). Consulta realizada em 20/05/2018.

\_\_\_\_\_. “Do Registro de Mediadores e da Fiscalização e Controle da Atividade da Mediação”. In PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org). *Teoria Geral da Mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. pp. 103-154.

\_\_\_\_\_. MAIA, Andrea. “Do cadastro e da remuneração dos mediadores”. In ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. PELAJO, Samantha (Orgs). *A Mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GEN Forense. 2015. pp. 157-68.

\_\_\_\_\_. “Da mediação Judicial”. In HALE, Durval. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. XAVIER, Trícia Navarro Cabral (Orgs). *O Marco Legal da Mediação no Brasil. Comentários à Lei nº 13.140, de 29 de junho de 2015*. Rio de Janeiro: Editora Atlas. 2015. pp. 168-190.

\_\_\_\_\_. “A mediação de conflitos no novo Código de Processo Civil e na Lei Federal nº 13.140/2015”. In MIRZA, Flavio (Org). *Coletânea Direito UERJ 80 anos. Volume 7. Direito Processual*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 2015. pp. 177-206.

\_\_\_\_\_. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Inventário Judicial ou extrajudicial; separação e divórcio consensuais por escritura pública – primeiras reflexões sobre a Lei n. 11.441/07. *Revista Dialética de Direito Processual*. V. 50. Maio-2007. pp. 42-59.

\_\_\_\_\_. HILL, Flávia Pereira. “A desjudicialização do procedimento de registro tardio de nascimento. Inovações trazidas pela lei federal n. 11.790/08”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. V. 3. Ano 3. Jan-Jun 2009. pp. 123-133. Disponível no endereço eletrônico: [www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br). Consulta realizada em 25/06/2018.

\_\_\_\_\_. “Considerações sobre a cooperação jurídica internacional no novo Código de Processo Civil”. MACÊDO, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. FREIRE, Alexandre. *Coleção novo CPC Doutrina Selecionada. Vol. 1. Parte Geral*. 2. Ed. Salvador: Editora Jus Podivm. 2016. pp. 743-766.

MATTEUCCI, Giovanni. “Mediazione Civile e Commerciale in Italia”. In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XI*. Jan-Jun 2013. Disponível no endereço eletrônico: [www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br) Consulta realizada em 25/06/2018.

MENKEL-MEADOW, Carrie J. LOVE, Lela Porter. SCHNEIDER, Andrea Kupfer. STERNLIGHT, Jean R. *Dispute Resolution beyond the Adversarial Model*. New York: Aspen Publishers. 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ESCOLA NACIONAL DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO. <http://moodle.cead.unb.br/enam/> Consulta realizada em 28/07/2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org). *Teoria Geral da Mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

\_\_\_\_\_. “Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos”. In PRADO, Geraldo (Org). *Acesso à justiça: efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005

\_\_\_\_\_. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. “Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação”. In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Vol. 11*. Jan-jun 2013. pp. 184 e ss. Disponível no endereço eletrônico: [www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br). Consulta realizada em 11/05/2018.

\_\_\_\_\_. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. “Desafios para integração entre o sistema jurisdicional e a mediação”. In ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. PELAJO, Samantha (Orgs). *A Mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GEN Forense. 2015.

SALLES, Carlos Alberto de. “Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recoloca-

da". In FUX, Luiz. NERY JUNIOR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. pp. 779-792.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999.

SPENGLER, Fabiana Marion. SPENGLER, Theobaldo (Orgs). *Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC. 2012.

\_\_\_\_\_. *Do conflito à solução adequada. Mediação, conciliação, negociação, jurisdição e arbitragem*. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo. 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. "Ministra Nancy Andrighi anuncia criação de varas especializadas em mediação e arbitragem". Notícia veiculada em 21/11/2014, disponível no endereço eletrônico: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Consulta realizada em 28/07/2015.

\_\_\_\_\_. "A morosidade do sistema judicial brasileiro é uma das razões para a ampliação das práticas de conciliação, mediação e arbitragem no país". Notícia disponível no endereço eletrônico: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Consulta realizada em 28/07/2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Conciliação pré-processual. Disponível no endereço eletrônico: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/conciliacao-pre-processual> Consulta realizada em 16/06/2018.

\_\_\_\_\_. Expressinho. Disponível nos endereços eletrônicos: <http://cgj.tjrj.jus.br/projetos-especiais/expressinho> e <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5166350> Consulta realizada em 19/05/2018.

# SENTENÇA ARBITRAL E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA<sup>1</sup>

**Flávio Luiz Yarshell**

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP

Advogado

Na interação entre as jurisdições estatal e arbitral, parece relevante indagar, como está expresso no título deste desprezioso trabalho, se é viável estender a eficácia de sentença arbitral condenatória ao pagamento de quantia, mediante desconsideração de personalidade jurídica, a terceiros que não participaram do processo em que gerada a decisão, de sorte a lhes atingir o respectivo patrimônio.

A resposta deve partir da premissa de que a arbitragem, justamente porque é fruto do consenso, não pode atingir terceiros que não tenham figurado na respectiva convenção ou, ainda que pulada essa etapa, que não tenham ingressado voluntariamente no processo arbitral. O assunto, como cediço, é bastante conhecido no contexto do litisconsórcio necessário: a menos que todos os sujeitos que devam integrar o processo estejam abrangidos pela convenção de arbitragem (ou, se não, que aceitem voluntariamente dela tomar parte), a arbitragem se afigura inviável justamente porque, sendo necessário o litisconsórcio, não haveria como proferir sentença se não no confronto de todos os envolvidos. Daí porque, como dito, a eficácia da sentença arbitral não pode simplesmente ser expandida para a esfera jurídica de terceiros.

Nos casos de sentenças constitutivas e meramente declaratórias isso é rigorosamente claro: naquelas, a modificação do estado jurídico não pode se dar em relação a quem não figurou na arbitragem; nas outras, a certeza sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica igualmente não se impõe perante terceiros. Já no caso de sentenças condenatórias – aquelas que impõem um dever de prestar – essa contenção de efeitos pode apresentar alguma dificuldade adicional.

É que, no último caso, havendo resistência do devedor e necessidade de se promover o cumprimento forçado da sentença arbitral, a prática dos atos executivos se desloca para o Judiciário, porque apenas ele detém a capacidade de coerção física e material. Contudo, isso não significa dizer que o cumprimento perante o juízo estatal signifique a pura e simples extensão de efeitos substanciais da sentença arbitral para quem não figurou no processo respectivo. Além disso, se é certo que apenas o Judiciário pode dar efetividade à atuação da sanção secundária, é preciso considerar que as matérias de fundo relativas ao modo de ser da obrigação seguem a carga da arbitragem.

Em termos técnicos, como é cediço, não se confundem o *débito* e a *responsabilidade* – *schuld und raftung* na clássica doutrina nascida na Alemanha. Na perspectiva de então, falava-se que a obrigação era resultante desses dois componentes e que, portanto, a responsabilidade se apresentava como o momento real da obrigação<sup>2</sup>. Mas, ainda que, sob a ótica processualista mais moderna, a relação entre *débito* e *responsabilidade* não seja exatamente essa, fato é que entre elas há um nexo de instrumentalidade, donde inclusive se extrai “serem excepcionais os casos de obrigação sem responsabilidade ou de responsabilidade sem obrigação”<sup>3</sup>.

Então, nas hipóteses em que o reconhecimento da *obrigação* se dá mediante a edição de uma sentença arbitral, não parece lícito admitir – não sem ressalvas ou cautelas – que a extensão da responsabilidade

1 O presente trabalho foi originado a partir de parecer que tratou desse e de outros assuntos correlatos. Não há qualquer alusão ao caso tratado, mas exclusivamente à tese jurídica, da qual me convenci a ponto de transformar um dos tópicos do referido trabalho em trabalho acadêmico. Na maior parte do tempo, o texto corresponde literalmente ao que lá foi escrito, mas foram feitas modificações e acréscimos, de forma e de conteúdo.

2 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A execução civil*, São Paulo, Malheiros, 1.997, p. 249.

3 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A execução civil*, São Paulo, Malheiros, 1.997, p. 249.

patrimonial possa se dar irrestritamente para terceiros, que não participaram do processo que resultou no reconhecimento do *débito*. A razão da ressalva é evidente: se o julgamento da controvérsia relativa à obrigação foi voluntariamente submetido à arbitragem e, portanto, igualmente excluído da jurisdição estatal, não parece lícito que esta última possa emitir juízos que – para muito além da prática de atos de coerção – significam incursionar pelo modo de ser da própria obrigação reconhecida. Por outras palavras, a depender da situação, a pretexto de se dar cumprimento ao julgado arbitral, estar-se-ia interferindo no modo de ser da obrigação fixada pelo órgão de justiça privada.

No caso específico da extensão de responsabilidade patrimonial a terceiros, mediante *desconsideração da personalidade* do devedor, não se pode olvidar que parte expressiva da doutrina e mesmo da jurisprudência, entre nós, já havia defendido a impossibilidade de simplesmente se estender a eficácia executiva da sentença condenatória para terceiros – ainda que sob aquele fundamento – que não houvessem participado da relação processual em que editada a decisão condenatória.

Esse judicioso entendimento era bem resumido pela ideia segundo a qual “será sempre inafastável a exigência de processo de conhecimento de que participe, no polo passivo, aquele cuja responsabilização se pretende, seja para demonstrar sua conduta fraudulenta (se prestigiada a formulação maior da teoria), seja para condená-lo, tendo em vista a insolvabilidade da pessoa jurídica (quando adotada a teoria menor)”<sup>4</sup>.

Mas, ainda que a jurisprudência, após debate acalorado, tenha acabado por firmar orientação contrária – isto é, de que a desconsideração poderia ocorrer diretamente na execução (o que, forçoso reconhecer, veio a integrar o texto do art. 134 do CPC/15) – é preciso considerar que esse entendimento é indubitoso apenas em se tratando de processo jurisdicional estatal. É que, nesse caso, a mesma jurisdição que forma o título executivo é aquela encarregada de promover o cumprimento forçado; o que não ocorre em relação à sentença arbitral condenatória.

Então, diante de tal unidade, até faz sentido – desde que assegurado o contraditório – que a extensão ocorra em qualquer fase, na premissa de que tudo está submetido a uma mesma jurisdição. Assim, do contraditório *a posteriori* que era exercido pelo terceiro via embargos de terceiro se passou à forma mais evoluída do incidente de desconsideração (CPC/15, artigos 133 e seguintes), em que corretamente o contraditório é prévio. Contudo, no caso de sentença arbitral o problema não é apenas de garantir o contraditório na fase executiva – via embargos ou mesmo pelo incidente de desconsideração. Aqui o problema é mais complexo porque se estender a terceiros a eficácia prática da sentença condenatória é reconhecer que a solução arbitral estaria a atingir quem não se submeteu voluntariamente à convenção de arbitragem. O problema não é (apenas) de contraditório, mas de potencial ausência de jurisdição.

Não se está aqui simplesmente a sustentar que a extensão de responsabilidade a terceiros nunca seria possível quando se dá cumprimento, perante o Poder Judiciário, à sentença arbitral. Para ilustrar, no caso de o credor pretender penhorar patrimônio que alega ter sido alienado em *fraude de execução* (CPC, art. 792), por exemplo, parece realmente inevitável que o tema seja debatido perante a jurisdição estatal, a começar pela circunstância – premissa do raciocínio aqui empregado – de que o terceiro adquirente não integrou a convenção de arbitragem. Dessa forma, a eventual ineficácia da alienação deverá ser enfrentada pelo Poder Judiciário; o que não impede que o órgão arbitral edite eventual medida de urgência, de ordem a impedir a alienação e, dessa forma, garantir a futura execução por quantia fundada em sentença condenatória que editará.

Mas, no caso específico da extensão de responsabilidade fundada em alegada desconsideração as coisas não se passam exatamente assim e a questão deve obrigatoriamente ser levada ao conhecimento do órgão arbitral; tanto mais nos casos em que o credor tenha a possibilidade e, portanto, o ônus – e, por que não dizer, o dever de lealdade – de assim proceder desde logo, por ter conhecimento dos fatos que justificariam a

4 Cf. Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito comercial*, São Paulo, Saraiva, 5ª edição, 2002, volume 2, p. 56. No mesmo sentido, Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, São Paulo, Malheiros, 4ª edição, 2001, p. 1194. Na jurisprudência, veja-se 1º TACivSP, 2ª Câmara, RT 657/120; TJMG, RT 581/215; STJ – AgResp 422583-PR, DJ. 09.09.2002, p. 00175, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, primeira turma, v.u., deram provimento ao agravo regimental.



providência. Assim deve ocorrer inclusive para que se submeta à jurisdição arbitral – sob a primazia da regra *competência-competência* que norteia a coordenação entre ela e jurisdição estatal – a decisão sobre eventualmente incluir no processo outras pessoas, ou ao menos facultar-lhes a intervenção.

Com efeito, se a alegação do credor é de que terceiros e devedor seriam uma só coisa, portanto, *uma só pessoa*, é exigível – sob a ótica de encargo processual e também de litigância proba – que o tema seja desde logo aventado. Esse aspecto foi bem captado pela doutrina, sendo disso ilustrativa a lembrança de que “Isso ocorre com boa frequência em matéria societária, vendo-se uma tendência dos painéis arbitrais a atrair à arbitragem sociedades integrantes do mesmo grupo econômico do qual participa uma das signatárias. A confusão patrimonial eventualmente existente nesses casos seria fator legitimante da desconconsideração da personalidade jurídica, legitimando a extensão subjetiva da convenção. Embora em tais hipóteses a ampliação seja em tese admissível, sua imposição em casos concretos condiciona-se aos pressupostos da própria desconconsideração, a qual é em si mesma excepcional no sistema jurídico e não deve ser prodigalizada obsessivamente”<sup>5</sup>.

Aliás, a doutrina arbitralista fala mesmo de uma “tendência atual, especialmente nas relações internacionais”, no sentido da “interpretação cada vez mais ampla e flexível da cláusula compromissória. Do mesmo modo que se amplia o campo de incidência da arbitragem, como assinalava recentemente Bernard Hanotiau, aplicando-se a tese do favor *arbitrandum*, também na interpretação da cláusula compromissória está havendo, especialmente na arbitragem internacional, um esforço construtivo válido que deve ser reconhecido”<sup>6</sup>. Daí a ideia segundo a qual “Desconsidera-se a aparência, para penetrar na realidade e responsabilizar o verdadeiro agente. A cláusula compromissória atinge a controladora, não por ter sido estendida, mas por força do afastamento do biombo que a escondia, isto é, da desconconsideração da pessoa jurídica da controlada”<sup>7</sup>.

Ora, essa desconconsideração de que fala a doutrina deve ser apreciada antes de tudo pelo órgão arbitral, a quem compete – por vontade das próprias partes – dizer qual a dimensão subjetiva da cláusula compromissória e, portanto, da futura decisão arbitral. Vale dizer: trata-se de apreciar eventual desconconsideração perante o órgão arbitral; e não apenas em fase executiva, perante o Poder Judiciário. Se a alegação é de que devedor e terceiros são a mesma pessoa, então o mais correto é ao menos se tentar a extensão da arbitragem para os terceiros; o que naturalmente deve ocorrer naquele ambiente, e não depois, no Judiciário. Pensar diversamente seria dar ao credor a possibilidade de conseguir junto ao Judiciário uma providência que, mais do que ser requerida na arbitragem, somente àquela jurisdição compete apreciar, dentro da regra *kompetenz-kompetenz*, cuja vigência entre nós é reconhecida pela doutrina e também pela jurisprudência<sup>8</sup>.

Então, se eventualmente houver resistência ao ingresso dos terceiros; ou, ainda, a recusa de inclusão pelo próprio painel arbitral, então nesse caso realmente o tema ficará submetido à jurisdição estatal. No entanto, o que não parece possível, no contexto examinado, é se conseguir originariamente perante o Judiciário uma extensão de efeitos que poderia e deveria ter sido pleiteada e obtida junto ao órgão arbitral.

Tais considerações não são infirmadas pelo eventual argumento de que a competência do Judiciário para o cumprimento da sentença arbitral – que realmente é indiscutível – abarcaria o tema da extensão de responsabilidade patrimonial a terceiros. Aqui é preciso separar os conceitos com o devido cuidado.

Com efeito, uma coisa é reconhecer que o órgão arbitral é desprovido da prerrogativa de executar medidas que importem alguma forma de coerção, isto é, que materializem a invasão da esfera patrimonial do devedor; outra coisa, diversa, é reconhecer-se ao órgão jurisdicional estatal competência para julgar aspectos substanciais da relação controvertida. Essa segunda competência, salvo melhor juízo, não decorre daquela

5 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 101/102.

6 Cf. Arnoldo Wald, “A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 2, mai/ago 2004, pp. 31/59.

7 Cf. Carlos Augusto da Silveira Lobo, “Cláusula compromissória e grupo de sociedades”, in *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 48, jan/mar 2016, pp. 33/52.

8 Na doutrina, por todos, veja-se Carlos Alberto Carmona, in *Arbitragem e Processo*, Atlas, 3ª ed., p. 175. Na jurisprudência do STJ, veja-se, dentre outros, Recurso especial 1.597.658-SP.

primeira porque o conteúdo de cada uma delas é substancialmente diverso.

Nesse campo é preciso considerar que são conceitualmente distintos, de um lado, os atos executivos e a coerção que neles se contém; e, de outro lado, a cognição que se exerce na atuação prática do direito, seja com relação ao mérito da execução (ou cumprimento), seja em relação à atuação dos meios executivos. A partir daí, não se afigura correto atribuir tal cognição – com os pronunciamentos daí decorrentes – ao Judiciário, se a resolução da controvérsia fora antes remetida pelas partes para a solução arbitral. Por outras palavras: dizer que os árbitros não são investidos de poder de coerção não significa afirmar que eles não tenham competência para apreciar e resolver as questões surgidas quando da atuação prática do direito.

Conforme já tivemos oportunidade de expor<sup>9</sup>, uma coisa é dar ao árbitro a prerrogativa de *decidir*; outra coisa é reconhecer que ele não tem força para impor sua decisão, caso isso seja necessário. Mas, até mesmo do ponto de vista lógico, uma coisa é separada da outra. Embora certamente possa haver interação entre os conceitos, a falta de coerção não é argumento para suprimir a competência – aqui bem entendida como medida da jurisdição – para a decisão. Invocando doutrina, lembramos a importância de se ter em mente que “o objeto da cooperação judicial – considerando-se a já exposta linha de interferência estritamente necessária – deve envolver apenas os atos para os quais o painel arbitral não tenha capacidade de realização”.

Conforme também já dissemos, “a remessa ao Judiciário das decisões a serem tomadas no momento de efetivação do comando pode simplesmente levar ao esvaziamento do que os árbitros decidiram: nas assim denominadas ‘crises de adimplemento’ (=credor que faz jus a uma prestação não realizada espontaneamente pelo devedor), a respectiva superação só ocorre quando se entrega ao credor o bem da vida que a decisão lhe reconheceu ser devido. A sentença condenatória é incompleta e, salvo os casos em que o devedor, diante dela, realize voluntariamente a prestação, a controvérsia ainda não foi solucionada”.

Dessa forma, dissemos ainda, “remeter para o Judiciário a cognição necessária para que se efetive o comando arbitral é desconsiderar que o modo de cumprimento pode – pela complexidade da relação material controvertida – comportar variações. Nesse momento, remeter a cognição para órgão diverso daquele que prolatou o comando é abrir margem para que a decisão arbitral seja desvirtuada ou até esvaziada”. Mais ainda: “Nos casos de obrigações de pagamento de quantia, determinar de que modo será realizada a apropriação (o que não se confunde logicamente com o emprego da força necessária para tanto) não parece ser algo completamente indiferente ao conteúdo do comando: que bens podem ou devem ser penhorados; se o devedor pode, ou não, ficar como depositário dos bens penhorados; se pode haver penhora de estabelecimento ou de faturamento; se e quem será nomeado como administrador, caso isso se afigure necessário; se haverá extensão da responsabilidade patrimonial a terceiros por fraude de execução ou desconsideração da personalidade jurídica; enfim, são todos temas que, mesmo sem chegar ao mérito da execução, dizem respeito – direta ou reflexamente – ao que se decidiu. A depender das escolhas feitas em relação a esses e a outros temas relativos ao emprego dos meios executivos, haverá a possibilidade, como já foi dito, de se interferir com o que decidiram os árbitros.”

Aliás, “negar a competência dos árbitros para a cognição exigida no momento do cumprimento é quando menos incoerente com o caráter unitário e sincrético que, não de hoje, deu-se ao processo: ele é único, com uma fase de formação do comando judicial; e outra para cumprimento desse comando”. Ademais, “no momento do cumprimento, embora a eficácia preclusiva impeça a rediscussão de temas que foram ou que poderiam ter sido debatidos na fase de formação da decisão declaratória (em sentido lato), há cognição sobre a relação substancial. Então, para saber se, por fato superveniente à formação do título, teria havido total ou parcial extinção ou modificação da relação de direito material (no caso, tal como resultante da decisão arbitral) é preciso exercer a cognição, que redundará numa declaração de direito, inclusive apta à formação de coisa julgada. Certo que não se julga procedente ou improcedente o pedido deduzido pelo credor munido de título executivo. Contudo, o pedido deduzido na execução – imediato, de atuação de

9 Cf. nosso *A cognição a cargo dos árbitros no cumprimento de sentença arbitral*, in *Arbitragem em evolução*, São Paulo, coord. Tarcisio Teixeira e Patricia Ayub Liganovski, São Paulo: Manole, pp. 160/167.

meios executivos; e mediato, de entrega ou fruição do bem da vida – pode ser rejeitado pela constatação de que, no plano substancial, o demandante não ostenta o direito que afirma ostentar; e que até pode resultar formal ou aparentemente do título executivo. Isso pode ocorrer por força da impugnação do executado ou até mesmo no bojo da própria execução”.

Assim, “seja diretamente no bojo do processo de execução (ou cumprimento), seja por força de impugnação (ou embargos), o mérito da execução é ainda parcialmente o mérito da controvérsia que as partes submeteram à arbitragem. A controvérsia não estará totalmente resolvida enquanto não forem superadas eventuais questões surgidas ao ensejo da atuação prática do direito. Ora, a cisão do mérito para efeito de competência de órgão jurisdicional parece ser injustificável. Na linha das considerações precedentes, neste caso fica ainda mais clara a distinção entre cognição, de um lado, e eventual coerção que seja necessária para tornar efetivo o que se decidiu”.

Não há dúvida de que a lei estabeleceu que o cumprimento da sentença arbitral seja feito perante o Poder Judiciário, na medida em que a qualificou como título executivo judicial. Contudo, assim se fez por duas razões: “primeiro, para ficar claro que a sentença arbitral é igualmente marcada por eficácia preclusiva própria dos títulos judiciais; segundo, porque realmente no momento do emprego da força, será preciso contar com o Estado. Mas, a escolha da lei – que até poderia ser oportunamente revista – não muda a essência das coisas, nem outorga ao juiz estatal uma competência que ele não tem, num modelo que consente que as partes abram mão da jurisdição estatal”.

Certo que, como ponderamos, “Poderá soar estranho que, após o encerramento da arbitragem, ela tenha que ser retomada, para solução de novas questões. Mas, não foi para a integral solução da controvérsia que as partes àquela recorreram? Se a resposta é positiva, o que soa estranho é que a arbitragem eventualmente dê uma solução incompleta”.

Portanto, parece lícito concluir: a questão sobre possível desconsideração da personalidade jurídica pode e deve ser levada ao órgão arbitral, para que lá se reconheça eventual possibilidade de extensão de responsabilidade patrimonial. Esta última não pode ser pretendida diretamente perante o Poder Judiciário, em fase de cumprimento. A um só tempo isso significa indevida extensão subjetiva dos efeitos da sentença arbitral e, não menos importante, invasão de uma esfera de atuação que as próprias partes reservaram à arbitragem.

Tal conclusão, ao que tudo indica, foi também encampada em recente julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, embora reconhecendo a competência do Judiciário para medidas de urgência pré-arbitrais, referida Corte entendeu que a “cautelar de arresto, incidente sobre bens de terceiros e que tem o propósito de assegurar o resultado útil da arbitragem, afigura-se indissociável, e mesmo dependente, da pretensão de desconsiderar a personalidade jurídica da empresa devedora. Logo, a tutela de urgência assecuratória, nesses termos posta (com pedidos imbricados entre si), deveria ser submetida ao Juízo arbitral, providência, *in casu*, não levada a efeito como seria de rigor”<sup>10</sup>.

Vale dizer: conquanto reconhecendo que a arbitragem não pode servir de escudo para evitar a responsabilização do terceiro que laborou em fraude, firmou-se, contudo, o judicioso entendimento de que o pleito de extensão da convenção de arbitragem deve ser dirigido ao órgão arbitral.

10 Cf. Recurso Especial nº 1.698.730-SP, Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 8 de maio de 2018.

# UN NUEVO PROCESO PARA CONFLICTOS DE INTERÉS PÚBLICO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Francisco Verbic<sup>1 2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por objetivo principal presentar algunas de las discusiones que informan un fenómeno relativamente novedoso en la República Argentina. Me refiero a la intervención de los jueces en el marco de ciertos conflictos colectivos -que denominaré “conflictos de interés público”- cuya solución requiere controlar la constitucionalidad o convencionalidad de acciones y omisiones del resto de los poderes del Estado en materia de políticas públicas -especialmente aquellas vinculadas con sectores de la población tradicionalmente postergados, desprotegidos o desaventajados-<sup>3</sup> y en ocasiones dictar complejas órdenes estructurales para remediar situaciones igualmente complejas. Se trata de una intervención que ha permitido al Poder Judicial en general, y especialmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), consolidar su rol institucional en tanto poder de Estado mediante una activa participación en el diseño de soluciones a problemas de interés público.<sup>4</sup>

La intención es presentar y analizar concisamente algunas de las cuestiones que rodean y explican dicho fenómeno en la República Argentina, así como también el marco constitucional que lo determina y la evolución jurisprudencial que se ha producido en torno al tema durante la última década. Mi principal finalidad es argumentar sobre lo que entiendo configura en la actualidad el problema más delicado que los operadores jurídicos argentinos debemos enfrentar en este campo. Me refiero a la ausencia de un proceso judicial con reglas adecuadas para abordar conflictos que, por muchas razones según veremos, difieren de aquellos que el legislador tuvo en mente al sancionar las normas procesales que actualmente gobiernan la tutela constitucional de derechos en Argentina.

En este orden de ideas comenzaré por realizar una aproximación conceptual a la noción “conflicto de interés público”. Intentaré allí identificar sus principales características y también presentaré algunos de los perfiles que asumen los procesos derivados de su discusión en sede judicial (apartado 2). A continuación desarrollaré las razones por las cuales considero que el Poder Judicial argentino tiene un verdadero deber funcional, de orden constitucional y convencional, para intervenir en las causas o controversias de interés público que se promueven ante sus estrados. Un deber en el marco del cual se encuentra facultado para controlar la constitucionalidad de actos y omisiones de los otros poderes del Estado (apartado 3).

1 Profesor Adjunto de Derecho Procesal II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Secretario Académico y Profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

2 Trabajo realizado con base en la conferencia pronunciada en las “X Jornadas Brasileñas de Derecho Procesal”, Campos de Jordao, 28 al 30 de Agosto de 2014. Agradezco a Roberto O. Berizzone, Martín Sigal, Matías A. Sucunza, José M. Salgado y Federico Sedlacek por sus valiosos comentarios, aportes y críticas sobre el primer borrador de este trabajo. Publicado previamente en Argentina en la Revista La Ley del 12/11/2014.

3 Sobre grupos desaventajados ver en general los trabajos reunidos en el libro GARGARELLA, Roberto (compilador) “Derechos y grupos desaventajados”, Gedisa Editores, 1999. La CSJN utilizó la terminología “tradicionalmente postergados” o “débilmente protegidos” para referirse a estos sectores de la población al pronunciarse en “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley 25.873 y dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24/02/09, Fallos 332:111. Ver también UCIN, María C. “¿Por qué el Ministerio Público? Un análisis del rol que le cabe en la defensa del interés público”, RDP 2011-2. (destacando que “Este fenómeno es ciertamente novedoso pero lógico desprendimiento del innovador marco de herramientas y garantías, además de derechos, incorporados con la reforma constitucional de 1994”).

4 Ver en este sentido GARGARELLA, Roberto “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, Gaceta Constitucional, Lima, 2008, pp. 573-590 (argumentando que “es posible definir la tarea de la Corte un modo que haga compatible la labor del máximo tribunal con el debido respeto que merece la autoridad democrática (de la ciudadanía y sus representantes)”; SUCUNZA, Matías A. “La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos: conceptualización e interpelaciones en pos de su concreción”, Microjuris, 10 y 11 de Julio de 2014, MJ-DOC-6787-AR y MJ-DOC-6788-AR (señalando que “en esta última década se ha constatado una paulatina resignificación del rol institucional del poder judicial, el cual se ha posicionado como un verdadero poder de Estado llamado a dialogar con el resto para la construcción, mejoramiento y perfeccionamiento de las políticas institucionales y públicas que propenden, promueven, reconocen u operativizan derechos, marcando y consensuando la agenda de gobierno”).

Sobre este piso de marcha abordaré el estado en que se encuentra el marco normativo que gobierna la tutela colectiva de derechos en Argentina. Adelanto desde ya que a pesar de las claras mandas constitucionales en la materia -y a diferencia de lo que ocurre en Brasil- el escenario se caracteriza por la ausencia de normas procesales idóneas para discutir adecuadamente sobre cualquier tipo de conflicto colectivo en sede judicial. Un vacío legal que produce gran inseguridad jurídica y cuyas derivaciones se tornan particularmente delicadas cuando se trata de conflictos de interés público (apartado 4).

Contando con este panorama del escenario donde opera el fenómeno, me ocuparé de identificar las principales consecuencias jurídicas y políticas que se derivan para los otros departamentos de Estado como consecuencia del debate sobre este tipo de conflictos en el Poder Judicial, así como también de subrayar las ventajas que ello supone desde distintas perspectivas (apartado 5). Con ello intentaré mostrar que este tipo de procesos son mucho más que una simple herramienta de desactivación de conflictos y se erigen como un trascendente instrumento de participación política. Un instrumento con gran capacidad de incidencia concreta en las discusiones que se producen en la esfera pública.

Por último me referiré a los institutos que la CSJN ha creado (o reinventado) en los últimos 10 años a fin de robustecer las discusiones en este campo, dotarlas de mayor publicidad y control, implementar con eficiencia las complejas decisiones que muchas veces resultan de su intervención, permitir la participación de la ciudadanía en el debate y en la supervisión de cumplimiento de las sentencias, y generar mecanismos de diálogo con la administración pública para avanzar en la implementación de los remedios ordenados en forma razonable y sin intervenir en las esferas de poder privativas del resto de los departamentos de Estado. Se trata, como veremos, de institutos diagramados por dicho tribunal tanto en ejercicio de su función administrativa como netamente jurisdiccional (apartado 6). Institutos cuya utilización se ha propagado – con ciertas variables- a diversas jurisdicciones locales.

A propósito de esto último, y antes de avanzar con el desarrollo propuesto, es importante tener presente que si bien este trabajo se enfoca en el ordenamiento jurídico nacional y la jurisprudencia de la CSJN, mucho de lo discutido aquí puede resultar trasladable (con las adecuaciones del caso) al análisis de lo que está sucediendo en la Ciudad de Buenos Aires y en diversas provincias ya que los Estados locales que conforman la República Argentina no son ajenos al fenómeno en estudio.<sup>5</sup>

## 2. CONFLICTOS DE INTERÉS PÚBLICO Y CAMBIO DE ESTRUCTURA PROCESAL

Una primera cuestión a determinar es de orden conceptual y tiene que ver con la delimitación de la noción “conflictos de interés público”. En una primera aproximación al tema podría afirmarse que todo los conflictos colectivos son conflictos de interés público, partiendo de la premisa que cualquier conflicto colectivo: (i) involucra una gran cantidad de personas afectadas en sus derechos de manera similar; (ii) su debate en sede judicial exige abordar cuestiones de trascendencia política, social y/o económica, aunque más no sea por el gran número de personas afectadas; (iii) el resultado de la decisión que lo dirime tiene un alto impacto político, social y/o económico; (iv) tiende a generar una fuerte presión social sobre el sistema de justicia para obtener una solución común a todos los afectados; y (v) en muchas ocasiones involucra derechos de grupos desaventajados.<sup>6</sup>

Sin embargo, el alcance que acuerdo en este trabajo a la noción “conflictos de interés público” es más restringido ya que sólo abarca dos especies de conflictos colectivos.

Por un lado, los conflictos colectivos que demandan al Poder Judicial expedirse sobre la constitucionalidad y convencionalidad de una determinada situación fáctica y exigen el dictado de una sentencia estructural como único remedio viable para garantizar la tutela de los derechos afectados.<sup>7</sup> Entre los ejemplos de este tipo

5 La República Argentina es un país federal cuyo Estado central coexiste con 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual tiene un status particular reconocido por la CSJN. Los poderes del gobierno federal son sólo aquellos que han sido delegados por las provincias. El sistema político supone que todo poder no expresamente delegado queda en manos de estas últimas. En materia de administración de justicia debemos tener en cuenta que el artículo 5 de la Constitución Nacional establece, como condición para el reconocimiento de la autonomía de las provincias argentinas, la obligación de organizar su propio sistema de justicia. Esta obligación, por supuesto, incluye las pertinentes regulaciones orgánicas y procesales, así como el consiguiente poder para sancionarlas ya que se trata de un poder no delegado al gobierno federal. Sin embargo, la CSJN ha reconocido la constitucionalidad de normas procesales dictadas por el gobierno federal para regir en la órbita provincial bajo ciertas condiciones.

6 VERBIC, Francisco “*Procesos colectivos. Necesidad de su regulación*”, L.L. 2010-A-769.

7 En esta línea encontramos a BERIZONCE, Roberto O. “*Los conflictos de interés público*”, RDP 2011-2, pp. 75-76 (sosteniendo que “*Los conflictos*

de conflictos en Argentina podemos mencionar los casos “Mendoza”, sobre contaminación de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo,<sup>8</sup> y “Verbisky”, donde se debatió sobre las condiciones de vida de las personas privadas de su libertad en el sistema penitenciario de la Provincia de Buenos Aires.<sup>9</sup>

Por otro lado, también considero comprendido en la noción “conflictos de interés público” aquellos conflictos colectivos que, aun sin exigir ese tipo de complejas decisiones, ponen al Poder Judicial en situación de decidir sobre la constitucionalidad y convencionalidad de ciertas acciones u omisiones del poder estatal en el marco de la diagramación e implementación de políticas públicas (especialmente aquellas vinculadas con sectores de la población tradicionalmente postergados, desprotegidos o desaventajados). Decisiones que en algunos casos pueden ir acompañadas de órdenes de condena que no llegan a adquirir la complejidad que caracteriza a las de tipo estructural. Como ejemplos de este tipo de conflictos podemos mencionar el caso “Halabi”, en torno a la constitucionalidad de cierta normativa que permitía escuchas telefónicas sin orden judicial,<sup>10</sup> el caso “Defensor del Pueblo de la Nación c. ENA”, vinculado con el alcance del derecho a un haber jubilatorio móvil,<sup>11</sup> y el caso “Asociación Benghalensis”, sobre el incumplimiento de la obligación estatal de proveer asistencia, tratamiento y medicación gratuita a los enfermos de HIV de todo el país.<sup>12</sup>

En ambos supuestos (conflictos cuya solución demanda órdenes estructurales y conflictos cuya solución se agota con una sentencia declarativa de inconstitucionalidad o una condena “simple”), nos enfrentamos con casos judiciales que, tal como afirma Berizonce, demandan de los tribunales “nuevas y más complejas misiones” y que, como señala Damaška, muchas veces involucran a estos últimos en actividades administrativas de supervisión e incluso en el ejercicio de “mini legislación”.<sup>13</sup> Este fenómeno demanda romper con un molde procesal que ha derivado (salvo algunas excepciones) en relevantes decisiones sobre conflictos de interés público dictadas en la oscuridad y secretismo de un expediente escrito, como fruto de un debate entre pocos, sin intermediación

*de interés público o estratégicos son aquellos que involucran derechos fundamentales colectivos, canalizados a través de los denominados litigios de derecho público, desarrollados a partir de la década de los 50' en el derecho norteamericano*”; BERIZONCE, Roberto O. “La jurisdicción protectora o ‘de acompañamiento’”, de próxima publicación en RDP 2014-2 (refiriéndose a los conflictos de interés público como aquellos tramitados en “procesos colectivos de interés público o estructurales, que por su propia esencia inevitablemente concitan el involucramiento, en mayor o menor medida, de los jueces en las políticas públicas”).

Ver también SHOBEN, Elaine W. – TABB, William M. – JANUTIS, Rachel M. “Remedies. Cases and Problems”, Fourth Edition, Foundation Press, New York, 2007, p. 303. Para algunas críticas contra las órdenes que se derivan del planteo de este tipo de conflictos en sede judicial ver SANDLER, Ross – SCHOENBROD, David “Democracy by Decree: What Happens When Courts Run Government”, Yale University, 2003, Introduction (afirmando que las órdenes y acuerdos estructurales “usualmente no se acercan (en ocasiones, ni remotamente) a lo que el derecho exige para el caso, sino que representan tratos que, como otros en política, reflejan un cúmulo de diversos motivos”).

- 8 CSJN, sentencias del 20/06/06 y del 08/08/08, causa M. 1569. XL. “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios”. En este caso la pretensión lleva por objeto la recomposición del medio ambiente en la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo (resuelta en la sentencia dictada en el mes de Julio de 2008), así como el reclamo de una indemnización por daño colectivo (aún pendiente de resolución). También formó parte de la pretensión original el reclamo de los daños individuales homogéneos sufridos por los miembros del grupo afectado, pero la Corte estimó que tales postulaciones no correspondían a su competencia originaria (ver la sentencia dictada en el mes de Junio de 2006).
- 9 CSJN, sentencia del 03/05/05, causa V. 856. XXXVIII. “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbisky, Horacio s/ habeas corpus”. La pretensión planteada por el CELS fue dirigida directamente al Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires. Llevaba por objeto solucionar la situación de las personas detenidas en establecimientos policiales y penitenciarios, así como también obtener de parte de dicho Estado local el diseño y la implementación de las políticas públicas necesarias para evitar la reproducción de problemas del género en el futuro. Para un análisis de las exhortaciones realizadas a los poderes públicos de la Provincia de Buenos Aires en el marco de esta decisión ver ARDOY, Leandro “Las sentencias exhortativas y sus límites (en los habeas corpus colectivos)”, RDP 2013-2, pp. 339 y ss.
- 10 En este caso el actor promovió una acción de amparo con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley N° 25.873 y su decreto reglamentario N° 1563/04, en cuanto imponen a los prestadores de servicios de telecomunicaciones la obligación de captar y derivar, en las condiciones allí reguladas, todas las comunicaciones que transmiten, para permitir su observación remota a requerimiento del Poder Judicial o del Ministerio Público. Aun cuando todo indica que Halabi nunca intentó discutir sobre el conflicto en clave colectiva (lo cual surge de la lectura del fallo y es confirmado con la lectura del escrito de demanda), la CJN calificó al asunto como un caso de “derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos” y, entre otras cosas, intimó al Congreso de la Nación a sancionar una norma procesal adecuada para debatir en este tipo de casos.
- 11 CSJN, sentencia interlocutoria del 12/06/12, causa D. 45. XLV “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ Amparos y Sumarísimos”. En este caso el Defensor del Pueblo promovió una acción de amparo con el objeto de obtener la aplicación colectiva de los criterios vertidos por la CSJN en materia de movilidad jubilatoria en los precedentes “Badaro, Adolfo Valentin c/ ANSeS s/ reajustes varios”, causa B.675. XLI, sentencias del 08/08/06 (“Badaro I”, ordenando al Estado Nacional a cumplir con el principio de movilidad jubilatoria) y del 26/11/07 (“Badaro II”, determinando el modo de hacerlo ante la inactividad del Estado Nacional luego de la primera sentencia). El caso cuenta con dictamen adverso de la Procuración General, quien al expedirse sobre el tema en fecha 08/03/10 entendió que no hay caso colectivo debido a la falta de homogeneidad entre las pretensiones de los miembros del grupo representado por el Defensor. La sentencia dictada por la CSJN en fecha 12/06/12 contiene un pedido de actualización y ampliación de cierta información, ya requerida por entonces a la Administración Nacional de la Seguridad Social, con respecto a diversos aspectos que se consideran necesarios para “el estudio de la temática planteada”. La causa se encuentra en estudio de la CSJN desde entonces.
- 12 CSJN, sentencia del 01/06/10, causa A. 186. LXXXIV, “Asociación Benghalensis y Otros c/ M. de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ Amparo Ley 16.986”. En esta oportunidad la CSJN confirmó la sentencia condenatoria que ordenó al Estado Nacional “dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y, en especial, al suministro de medicamentos -en forma regular, oportuna y continua- a los enfermos que se encuentren registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país”. Para ello se remitió al dictamen de la Procuración General, donde entre otras cosas fue señalado que “El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio” (apartado X).
- 13 DAMAŠKA, Mirjan R. “The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process”, Yale University Press, 1986, p. 237.

con el juez ni audiencias públicas, sin mecanismos de intervención y participación social, y sin herramientas de publicidad que concurrieran a garantizar transparencia y control sobre la discusión.<sup>14</sup>

Las excepciones a que me refería son resultado del activismo de algunos jueces y tribunales que han logrado construir y gestionar en Argentina procesos con particularidades que vale la pena destacar ya que demuestran la insuficiencia del sistema procesal tradicional para atender conflictos de estas proporciones. Entre ellas podemos comenzar mencionando justamente el ejercicio de un fuerte activismo procedimental y la ampliación de los poderes del juez (o bien el uso efectivo de aquellos poderes acordados por la normativa procesal, tradicionalmente no utilizados).<sup>15</sup> Asimismo, se destaca el empleo de un método dialogal para la solución del conflicto, el cual tiende a producirse en un marco de publicidad y transparencia más amplio que el del proceso tradicional.<sup>16</sup> En tercer lugar, muchas veces puede observarse en el trámite de estos asuntos la modulación y flexibilización de ciertas reglas postulatorias y, especialmente, probatorias. En cuarto término, estas discusiones suelen caracterizarse por finalizar con el dictado de complejas decisiones de tipo remedial que comúnmente implican mandas de diversa índole y se proyectan hacia el futuro más que hacia el pasado,<sup>17</sup> aun cuando – según vimos – en ocasiones puede bastar con una condena “simple” o bien con la declaración de inconstitucionalidad o inconvencionalidad de ciertos actos u omisiones estatales.<sup>18</sup> Cuando se trata de asuntos que derivan en órdenes estructurales, encontramos otra característica de este nuevo tipo de procesos en la generación de complejos procedimientos de ejecución o implementación de la sentencia, los cuales se continúan en el tiempo y demandan cierta relación dialogal entre las partes y el órgano judicial para su efectivo cumplimiento.<sup>19</sup> Por último, se destaca en estos procesos la tensión que producen en la lógica tradicional del sistema republicano de gobierno con motivo de permitir una injerencia directa del Poder Judicial sobre decisiones de otros poderes del Estado que podrían considerarse tomadas, al menos en principio, en ejercicio de funciones privativas de los mismos.<sup>20</sup>

Vale señalar que el tratamiento de estos asuntos de interés público en sede judicial fue durante mucho tiempo un fenómeno que se produjo casi exclusivamente en América del Norte. En este sentido, hace poco más de dos décadas Taruffo y Hazard afirmaban que *“El rol central que tienen los tribunales ordinarios en la resolución de controversias que involucran cuestiones de derecho público es un fenómeno exclusivo [único] de los Estados Unidos. En la mayoría de los demás sistemas políticos modernos las cuestiones de derecho público*

14 Tal como afirma Berizonce *“Transparencia e información, en definitiva, resultan fundamentales para alentar la participación social, a través del involucramiento de los ciudadanos y de sus entidades representativas, facilitando la defensa de sus derechos individuales y colectivos. La participación de los propios interesados legitima y facilita la confianza en el propio sistema democrático”* (BERIZONCE, Roberto O. *“Virtualidad de los derechos fundamentales e institucionalidad republicana y democrática”*, Disertación pronunciada en las V Jornadas de Profesores de Derecho Procesal organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Procesal, La Plata, 5-6 de abril de 2013, disponible en <http://www.aadproc.org.ar/index.php/opinion/17-virtualidad-de-los-derechos-fundamentales-e-institucionalidad-republicana-y-democratica>, última visita el 24/08/14).

15 Sobre este punto he trabajado en VERBIC, Francisco *“El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos”*, en BERIZONCE, Roberto O. (Coordinador) *“Los Principios Procesales”*, Librería Editora Platense, La Plata, 2011. En sede jurisprudencial el mejor ejemplo de activismo puede encontrarse en la causa *“Mendoza”*, todavía en trámite ante la CSJN. Allí, asumiendo un rol activo pocas veces visto antes (si es que alguna vez), a pesar de diversos defectos postulatorios la Corte no rechazó la demanda promovida por los actores sino que tomó una serie de importantes medidas instructorias y ordenatorias con el objeto de poder avanzar en la resolución del conflicto. Entre ellas se destacan las siguientes: (i) pedido de informes a las empresas demandadas sobre diversos aspectos relacionados con el caso; (ii) requerimiento a los tres Estados demandados y al COFEMA (Consejo Federal de Medio Ambiente) para que presenten un plan integrado que contemple diversas actividades orientadas a solucionar el conflicto; (iii) citación a una audiencia pública para que las partes informen oralmente al Tribunal sobre dicho plan integrado; y (iv) concesión de una oportunidad para la parte actora a fin de mejorar su demanda mediante el aporte de la información faltante, puesta de resalto en la propia sentencia (mayores desarrollos sobre lo hecho por la CSJN en este caso en VERBIC, Francisco *“El remedio estructural de la causa ‘Mendoza’. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación”*, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP N° 42, Diciembre 2013).

16 Me remito al análisis que realizamos con Berizonce del anteproyecto brasileño que lleva por título *Principios aplicables al control jurisdiccional de políticas públicas*, originado en el CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais) y liderado por los profesores paulistas Ada Pellegrini Grinover y Kazuo Watanabe. Allí señalamos que *“Con ser admitido que en el modelo del Estado Democrático de Derecho se reserva a los jueces verdaderas funciones de garantía para asegurar, en ejercicio de control de constitucionalidad y de convencionalidad, la operatividad de los derechos fundamentales, sobreviene el arduo desafío de articular en concreto semejantes atribuciones con las funciones políticas a cargo de los restantes poderes. Precisamente la intervención de los jueces en función de garantía y el contenido eminentemente público de la jurisdicción brindan sustento a novedosos modelos de procesos y de gestión, caracterizados por singulares métodos ‘dialogales’ y encaminados a la búsqueda concertada de soluciones estructurales”* (BERIZONCE, Roberto O. – VERBIC, Francisco *“Control judicial de políticas públicas (a propósito de un proyecto de ley brasileño)”*, L.L. 2013-D-778).

17 Ver BERGALLO, Paola *“Justice and Experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina”*, disponible en [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=yfs\\_sela](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=yfs_sela) (última visita 24/08/14).

18 El caso *“Halabi”* es un claro ejemplo de esto.

19 VERBIC, Francisco *“Ejecución de sentencia en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones”*, Ponencia General – XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, Argentina, Septiembre 2013; VERBIC, Francisco *“El caso ‘Mendoza’ y la implementación de la sentencia colectiva”*, J.A. 2008-IV-336.

20 BERIZONCE, Roberto O. *“Virtualidad de los derechos fundamentales e institucionalidad republicana y democrática”*, op. Cit.; VERBIC, Francisco *“Ejecución de sentencia en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones”*, op. Cit.

son usualmente resueltas por tribunales especiales que tienen competencia en asuntos administrativos y constitucionales, y mediante procedimientos especiales”.<sup>21</sup> Este escenario, sin embargo, ha cambiado drásticamente desde entonces ya que tanto en Argentina como en otros países de la región latinoamericana y del mundo las cortes nacionales han asumido un rol protagónico en la definición de cuestiones de interés público de diversa índole.<sup>22</sup> Curiosamente, por cierto, en la actualidad la tendencia parece ser exactamente opuesta en los Estados Unidos, donde cada vez más ciertos grupos desaventajados, como ser los consumidores y trabajadores, “están siendo enviados al sector privado para resolver sus disputas a través de la doctrina sobre la Ley Federal de Arbitraje y otros desarrollos”.<sup>23</sup>

### 3. MARCO DE ACTUACIÓN CONSTITUCIONAL Y LÍMITES DEL PODER JUDICIAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Una de las premisas sobre las que se asienta este trabajo es el hecho que el Poder Judicial tiene un deber funcional – de orden constitucional y convencional- de intervenir en el marco de causas o controversias que se plantean antes sus estrados y que, en ejercicio de dicho deber, le corresponde controlar la constitucionalidad de omisiones, leyes y actos administrativos de los otros poderes del Estado que afecten derechos fundamentales de grupos de personas.<sup>24</sup> Esto se deriva del modelo orgánico e institucional que la CN adoptó en el año 1853, el cual no es más que una copia de la Constitución federal estadounidense,<sup>25</sup> y se refuerza con el nuevo diagrama que adquirió la carta magna en su reforma del año 1994 atento el estatus constitucional acordado a los “derechos de incidencia colectiva” y al poder de diversos actores sociales y políticos para actuar en su defensa en sede judicial (art. 43 CN).<sup>26</sup>

Tal como sucede en los Estados Unidos y en aquellos países que han seguido su modelo de división de poderes con un esquema de controles, pesos y contrapesos, el poder de revisar la constitucionalidad de las acciones y omisiones de los otros departamentos de Estado ha generado históricamente importantes desarrollos doctrinarios en torno a si tal actuación resulta democrática o no (especialmente en el intento de justificar la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes).<sup>27</sup> Si estamos hablando de conflictos de

- 21 HAZARD, Geoffrey C. Jr. – TARUFFO, Michele “*American Civil Procedure*”, Yale University Press, New Haven, 1993, p. 29.
- 22 Sólo por poner algunos ejemplos podemos destacar en esta línea la actuación de la Corte Constitucional de Colombia, el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Constitucional de Sudáfrica.
- 23 RESNIK, Judith “*The Privatization of Process: Requiem for and Celebration of the Federal Rules of Civil Procedure at 75*”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 162, Forthcoming, 1792-1836, 1833.
- 24 Sobre el alcance del control de convencionalidad y su aplicación en la jurisprudencia de la CSJN me remito a VERBIC, Francisco “*Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Principales Características y Algunos Apuntes sobre su Aplicación en el Ordenamiento Jurídico Argentino*”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2013.
- 25 Un análisis histórico de la tensa relación entre la Corte Suprema de Justicia y el resto de los poderes del Estado en la República Argentina puede consultarse en OTEIZA, Eduardo “*La Corte Suprema. Entre una justicia sin política y una política sin justicia*”, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1994. Ver también el trabajo de MOLINARIO, Alberto en MOLLOY, John F. “*Miami Conference Summary of Presentations*”, 20 Ariz. J. Int’l & Comp. L. 47, 49 (2003) (explicando que en Argentina “*Los padres fundadores de nuestro país se inspiraron en la Constitución de los Estados Unidos de América. Por ello nuestro sistema evolucionó de la misma manera que el sistema estadounidense, ya que los Estados, que nosotros llamamos ‘Provincias’, existieron antes del gobierno federal. Estas Provincias se reunieron en un Congreso y adoptaron una Constitución. En contraste con Argentina, la estructura gubernamental de Brasil, a pesar de que también es republicana, evolucionó de otra manera. Brasil empezó como una monarquía, un imperio, y recién luego se convirtió en una república federal*”). Una explicación sintética de cómo funciona el sistema legal y la estructura de gobierno estadounidense con relación al proceso civil puede consultarse en HAZARD, Geoffrey C. Jr. – TARUFFO, Michele “*American Civil Procedure*”, Yale University Press, New Haven, 1993, pp. 29-50 (ver en especial la explicación sobre la lógica sistémica del control de constitucionalidad que los autores realizan en la p. 33).
- 26 Sobre el marco constitucional que determina el fenómeno en Brasil, ver PELLEGRINI GRINOVER, Ada “*Caminhos e descaminhos do controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil*”, de próxima publicación (considerando en esta misma línea que el Poder Judicial brasileño tiene un “*poder-deber*” de analizar la compatibilidad de las políticas públicas con la Constitución y con el respeto a los derechos fundamentales que ella asegura).
- 27 Entre otros ver los trabajos de ELY, John H. “*Democracia y Desconfianza*”, Ed. Siglo del Hombre, Santa Fe de Bogotá, 1997; GARGARELLA, Roberto “*La justicia frente al gobierno*”, Ed. Ariel, España, 1996; “*La dificultad de defender el control judicial de las leyes*”, ISONOMÍA N° 6/Abril 1997; “*Crítica de la Constitución. Sus zonas oscuras*”, Ed. Capital Intelectual, Bs. As., 2004; FISS, Owen M. “*The Supreme Court 1978 term*”, 93 Harv. L. Rev. 1; NINO, Carlos S. “*Fundamentos de Derecho Constitucional*”, Ed. Astrea, Bs. As. 2000, pp. 657 y ss.; “*La Constitución en la democracia deliberativa*”, Ed. Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 258 y ss.; DAHL, Robert. “*La toma de decisiones en una democracia: la Corte Suprema como una institución que crea políticas públicas*”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, año 8, N° 1. Para la defensa de un sistema constitucional basado en el diálogo democrático, en contraste con uno basado en la idea de los frenos y contrapesos, ver GARGARELLA, Roberto “*El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*”, Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 14 (Diciembre de 2013) (concluyendo que “*las prácticas y reformas institucionales desarrolladas en los últimos años, y destinadas a promover respuestas más conversacionales, no encuentran un buen respaldo en el sistema de frenos y contrapesos. El mismo tiende a frenar o socavar, más que a favorecer, tales alternativas dialógicas. Por ello es que aquellas personas interesadas en promover un diálogo democrático entre las distintas ramas del poder, y entre ellas y la sociedad en su conjunto, deberían pensar en reformar al sistema de los checks and balances, antes que seguir insistiendo en dicho camino para consolidar un modelo de diálogo constitucional*”).



interés público y de control de constitucionalidad de políticas públicas, es evidente que resulta necesario tomar una posición al respecto.

Sobre el particular entiendo que la rama Judicial configura en la República Argentina un poder del Estado tan democrático como el Ejecutivo o el Legislativo, aun cuando su legitimidad descansa sobre bases distintas al sufragio popular (ya que los jueces federales no son elegidos mediante el voto de la población).<sup>28</sup> Igualmente, considero que la actuación del Poder Judicial en la desactivación de conflictos de interés público no implica necesariamente un avance indebido sobre el resto de los departamentos de Estado, como se argumenta desde algunos sectores, en la medida que los jueces ejerzan con responsabilidad su tarea y se limiten a actuar en el marco de las competencias que le fueron constitucionalmente asignadas.<sup>29</sup> Esto, por cierto, ha sido reafirmado con suma claridad por la CSJN en una reciente decisión dictada en una causa colectiva promovida por el Defensor del Pueblo de la Nación a fin de controlar las condiciones del servicio de transporte ferroviario.<sup>30</sup>

Cabe también subrayar que la CN (desde su formulación original) confiere al Poder Judicial un cúmulo de competencias exclusivas e irrenunciables. Lo que intento destacar con esto es que la resolución de conflictos de interés público configura una verdadera y propia obligación del Poder Judicial, siempre que – claro está – aquellos sean introducidos en su seno en forma de “caso”, “causa” o “controversia”.<sup>31</sup> Desde esta perspectiva también importa tener en consideración que, a partir del señalado cambio de paradigma que significó la reforma constitucional del año 1994, el escenario de discusión ante los estrados de la justicia fue ampliado y comenzó a exigir una redefinición de la mismísima noción de “causa” o “controversia” en cuanto elemento habilitante de la jurisdicción en el sistema argentino. Esta redefinición dio paso al concepto de “causa o controversia colectiva”, claramente receptado por la CSJN en “*Halabi*”.<sup>32</sup>

En otras palabras: cuando el Poder Judicial actúa en el marco de un “caso”, “causa” o “controversia” de tipo colectivo, no puede argumentarse que hay invasión de competencias privativas de los otros poderes del Estado. Por el contrario, el abuso efectivamente se presenta cuando el Poder Judicial excede dicho límite. En este último supuesto sería correcto hablar de vulneración del principio de división de poderes, pero debe quedar en claro que se trata de un supuesto patológico. Lo normal es que el Poder Judicial actúe dentro del marco de sus competencias. Los excesos existen, como en todo ámbito. Sin embargo, se trata de las excepciones que confirman la regla y que cuentan con sus canales específicos para ser corregidas (juicio político, jurados de enjuiciamiento). Por otra parte, si el Poder Judicial puede resolver cientos o miles de conflictos similares o idénticos vinculados con una misma política pública y planteados de manera atomizada ante diversos tribunales, uno podría concluir que no existe un problema constitucional – en términos de competencia al menos – para que ese mismo poder del Estado resuelva el conflicto general en forma concentrada cuando se presenta debidamente ante sus estrados como una “causa colectiva”.<sup>33</sup>

28 He defendido esta posición en VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Bs. As., 2007, Capítulo III. Para una crítica de la misma ver TESHEINER, José M. R. “*Acoesolectivas e legitimidade democrática do poder judiciario*”, disponible en [processoscolectivos.net](http://processoscolectivos.net).

29 Sobre el corrimiento que ha experimentado la CSJN hasta asumir un rol determinante como cabeza de un Poder Judicial que ya no es ajeno al proceso político, ver el trabajo de SAGÜES, María S. “*Perfil de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco del pacto de Estado para la justicia. Ámbito institucional y revisor en la dinámica jurisdiccional y política actual*”, en OTEIZA, Eduardo D. “*Reforma Procesal Civil*”, Ed. RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2010, pp. 493 y ss).

30 CSJN, sentencia del 24/06/14, causa D.275.XLVI “*Defensor del Pueblo de la Nación c/ Trenes de Buenos Aires (TBA) y otro s/ Amparo Ley 16.986*”. En esta sentencia el Ministro Fayt sostuvo que “*la forma republicana de gobierno (artículo 1° de la Constitución Nacional) y la vigencia del principio de división de poderes, que le es inherente, imponen la necesidad de armonizar el ejercicio de esa función judicial esencial con las atribuciones que incumben a otros poderes del Estado, a fin de asegurar su equilibrio y coexistencia*” (Considerando 7°). También afirmó que si bien el Poder Judicial no debe abrir juicio acerca de las causas que pudieron haber llevado a la declaración de emergencia del sector ni sobre las razones por las cuales persiste esa situación, sí es de su incumbencia “*examinar en el caso concreto, en qué medida los actos que se ponen en ejecución para remediar la emergencia declarada y los efectos que ellos provocan sobre los derechos y garantías que la Constitución Nacional -con emergencia o sin ella- reconoce a todos los habitantes del país*” (Considerando 11°).

31 Ver al respecto MAURINO, Gustavo – NINO, Ezequiel – SIGAL, Martín “*Las acciones colectivas*”, Ed. LexisNexis, Bs. As., 2005, pp. 210 y ss.; SALGADO, José M. “*La corte y la construcción del caso colectivo*”, L.L.Sup.Const. 2007 (junio), 1; VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Bs. As., 2007, capítulo II, apartado 4.

32 En “*Halabi*” la CSJN sostuvo que la “causa o controversia” se configura de manera diferente según el tipo de derechos que se encuentren en disputa, abriendo paso así a la idea de “causa o controversia colectiva” como algo diferente a la tradicional “causa (individual)”. Ver en este sentido el Considerando 13° del voto de la mayoría (“*De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho*”) y el Considerando 11° (“*En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa*”).

33 GIANNINI ha expuesto esta idea muy claramente al trabajar sobre la tutela de derechos individuales homogéneos en general (ver GIANNINI, Le-

No obstante lo expuesto, debo señalar que la doctrina sobre “causa” y “ausencia de causa” no es más que un instrumento discursivo que utiliza el Poder Judicial para mantenerse al margen de ciertas discusiones o bien, como ha hecho la CSJN en los últimos años, para comenzar a involucrarse en las mismas. Esto supone que es el propio Poder Judicial quien determina los alcances de su competencia mediante la interpretación que acuerde a la señalada noción de “causa”. Desde tal perspectiva creo que es interesante observar cómo esta doctrina sobre el alcance de “causa o controversia” (art. 116 CN) ha venido a ocupar en nuestras discusiones el lugar que inicialmente tenía la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables<sup>34</sup> y que luego pasó a ocupar en gran medida la doctrina de “falta de legitimación activa”.<sup>35</sup> Si tenemos esto en consideración y también el hecho que la CSJN, en tanto cabeza de unos de los departamentos del Estado e intérprete final de la CN, ya amplió el alcance de su poder en conflictos de interés público al interpretar la noción de “causa” en el sentido colectivo al que hice referencia, es evidente que la necesidad de un nuevo proceso para debatir este tipo de casos se torna todavía más urgente.

#### 4. EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL ARGENTINO EN MATERIA DE TUTELA COLECTIVA DE DERECHOS

Desde la reforma operada en el año 1994 la CN reconoce la existencia de derechos de incidencia colectiva en cabeza de diversos sectores o grupos de habitantes (arts. 41, 42, 43, 75 inc. 22° CN). Igualmente, desde entonces el texto constitucional confiere legitimación procesal a los particulares afectados, las asociaciones intermedias, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo de la Nación para accionar en defensa de dichos derechos en sede judicial (arts. 43, 86, 120 CN). Esto supone reconocer, lógicamente y como principio, la legitimidad convencional y constitucional de una eventual sentencia cuyos efectos, cualificados por la cosa juzgada, recaigan sobre todo el grupo representado por tales legitimados colectivos.

Se trata de cara y cruz de una misma moneda: si hay legitimación colectiva debe haber cosa juzgada colectiva. Si no se reconoce la constitucionalidad de esta última, la primera no es más que un eufemismo. En este orden de ideas, resulta evidente que si la legitimación colectiva tiene rango constitucional es bastante absurdo discutir si corresponde o no reconocer como constitucional la cualidad de cosa juzgada expansiva de los efectos de la sentencia colectiva o bien, lo que es lo mismo, predicar en términos abstractos y generales que este tipo de sentencias violenta el principio de división de poderes como hacen algunos.<sup>36</sup> Por cierto, además, la propia CSJN reconoció en “*Halabi*” la raíz constitucional de esta cosa juzgada expansiva y su carácter inherente a la acción colectiva.<sup>37</sup>

En este contexto, si no deseamos contar con procesos colectivos en el sistema de administración de justicia argentino (ni, por tanto, con las sentencias colectivas que ellos implican, puesto que – vuelvo a la carga– sin sentencia colectiva no puede hablarse propiamente de proceso colectivo alguno) habría que comenzar por modificar la CN y eliminar de su articulado tanto los derechos de incidencia colectiva como las figuras sociales

andro J. “*La tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos*”, Librería Editora Platense, 2007, pp. 72 y ss.).

34 Sobre los alcances y usos de esta doctrina ver el trabajo de HARO, Ricardo “*El control jurisdiccional y las ‘cuestiones políticas’*”, Nueva perspectiva”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar> (última visita el 24/08/14).

35 Sobre la función política que tuvo (y tiene) la doctrina sobre legitimación colectiva en Argentina me remito a VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Bs. As. 2007, Capítulo II, § 27 (donde sostuve que “*si bien el debate sobre las aristas puramente técnicas del tema no se encuentra agotado ni mucho menos, podremos ver cómo en la República Argentina las divergencias teóricas en torno a la legitimación colectiva se han visto en gran parte opacadas en la práctica cotidiana por la función política del instituto. Este parece haber ocupado en la escena jurisprudencial un lugar que otrora correspondía casi con exclusividad a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables*”). Es particularmente demostrativo de esta función el alcance que la CSJN acordó a la legitimación colectiva del Defensor del Pueblo de la Nación en los diez primeros años que siguieron a la reforma constitucional de 1994 (para el análisis de esa jurisprudencia ver VERBIC, Francisco “*La (negada) legitimación activa del Defensor del Pueblo de la Nación para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva. Buscando razones a la doctrina de la Corte Suprema*”, RDP 2007-1).

36 Sigo en esta línea lo expuesto por Berizonce en el marco de su opinión frente a ciertos cuestionamientos que en el año 2013 se pronunciaron sobre el alcance “*de las potestades judiciales en el terreno de las cautelares y anticipatorias*”, especialmente aquellas dictadas contra el Estado en asuntos de índole colectiva (ver BERIZONCE, Roberto O. “*Virtualidad de los derechos fundamentales e institucionalidad republicana y democrática*”, op. Cit., sosteniendo que “*Habrà que asumir este nuevo debate con equilibrio y ponderación, valorando las razones que se sustentan desde las posturas contrapuestas. Si es cierto que a los actos de la administración debe reconocérsele la presunción de legalidad y que, además, se dictan muchas veces en ejercicio de potestades discrecionales en cuanto a oportunidad y conveniencia, no lo es menos que la intervención judicial revisora no puede ser cuestionada cada vez que esté en conflicto la virtualidad de un derecho fundamental que se pretende violado o menoscabado. Ese y no otro es el sistema de la Constitución. Y por cierto, como tantas veces se resaltó en estas Jornadas, la plenitud del control judicial de constitucionalidad y convencionalidad, incluye necesariamente las potestades de los jueces para dictar medidas cautelares, anticipatorias y de urgencia en general*”).

37 Considerando 21° del voto de la mayoría: “*El verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger. Tal estándar jurídico, como se ha expresado, reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional y, lejos de ser una construcción novedosa, aparece como una institución ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente*”.

y políticas que han sido reconocidas como legitimadas para actuar en su defensa. Sin embargo esto es algo que difícilmente pueda ocurrir en Argentina debido, al menos, al avance del tema en la jurisprudencia, la cláusula de derechos implícitos de la constitución histórica (actual art. 33 CN) y el principio de irreversibilidad en materia de derechos humanos, que impediría dar marcha atrás en materia del reconocimiento y alcance ya acordado a la tutela judicial colectiva.<sup>38</sup>

A pesar del claro marco constitucional que determina la vigencia del derecho a una tutela judicial colectiva en Argentina, lo cierto es que nuestro país carece todavía de regímenes procesales adecuados para debatir y resolver conflictos colectivos en sede judicial y mucho menos, por supuesto, conflictos de interés público en el sentido que acordamos a éstos en el presente trabajo. Las únicas regulaciones disponibles en la actualidad a nivel nacional para tratar conflictos en clave colectiva son la Ley General del Ambiente N° 25.675<sup>39</sup> y la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240.<sup>40</sup> Ambas leyes fueron sancionadas por el Congreso de la Nación y pueden ser caracterizadas como leyes “de fondo” por regular mayormente derechos sustantivos. A pesar de tal caracterización, en las dos podemos encontrar ciertas disposiciones procesales que resultan aplicables a casos que involucran conflictos en esas áreas particulares del derecho.<sup>41</sup>

Se trata, sin embargo, de disposiciones aisladas y carentes de la sistematicidad mínima que demanda cualquier sistema procesal que se digne de tal.<sup>42</sup> Es por ello que la doctrina elaborada por la CSJN en torno a distintos aspectos de los procesos colectivos configura una fuente del derecho imprescindible para todos los operadores jurídicos argentinos que trabajan en este campo. Me refiero especialmente a aquella derivada del caso “Halabi”, donde – entre otras cosas – la CSJN estableció los requisitos de procedencia de la acción colectiva en tutela de derechos individuales homogéneos,<sup>43</sup> y además realizó diversas precisiones sobre las condiciones de admisibilidad formal de este tipo de procesos ante la ausencia de “*pautas adjetivas mínimas que regulen la materia*”.<sup>44</sup>

38 Sobre el principio de irreversibilidad ver NIKKEN, Pedro “*La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales*”, Revista IIDH, Vol. 52, pp.70-71 (identificando al mismo como una de las características de los derechos humanos y precisándolo en estos términos: “*Cuando un derecho ha sido reconocido por una ley, un tratado o por cualquier otro acto del poder público nacional como “inherente a la persona humana”, la naturaleza de dicho derecho se independiza del acto por el que fue reconocido, que es meramente declarativo. La tutela debida a tal derecho se fundamenta en la dignidad humana y no en el acto por el cual el mismo fue reconocido como inherente a dicha dignidad. En adelante, merecerá protección propia de los derechos humanos de manera definitiva e irreversible, aun si el acto de reconocimiento queda abrogado o, si se trata de una convención internacional, la misma es denunciada*”). Sobre recordar que el debido proceso es un verdadero derecho humano para todo habitante de la República Argentina (ver OTEIZA, Eduardo D. “*El debido proceso. Evolución de la garantía y autismo procesal*”, en AA.VV “*Debido Proceso. Realidad y debido proceso. El debido proceso y la prueba*”, Ed. RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2005, pp. 3 y ss.).

39 Texto completo disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm> (última visita el 24/08/14).

40 Texto completo disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm> (última visita el 24/08/14).

41 En este punto es importante aclarar que aun cuando el poder de promulgar regulaciones procesales es reservado y exclusivo de las provincias argentinas (por no haber sido delegado a la Nación, tal como señalé en la introducción de este trabajo), la CSJN ha reconocido el poder del gobierno federal para dictar normas de esta naturaleza que deben ser aplicadas en las provincias cuando tales normas son consideradas indispensables a fin de garantizar el respeto de los derechos subjetivos en cuestión (CSJN en “*Correa c/Barros*”, sentencia del año 1923, *Fallos* 138:154). Para más información acerca de la distribución del poder para promulgar leyes procesales en el sistema federal argentino, ver el clásico trabajo de Amílcar A. Mercader “*Poderes de la Nación y de las provincias para instituir normas de procedimiento*”, Ed. Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1939.

42 Sobre la evolución de la tutela colectiva de derechos en Argentina me remito en general a VERBIC, Francisco “*Tutela colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia*”, RDP, Número Extraordinario sobre Procesos Colectivos, Santa Fe, 2012. En particular respecto del medio ambiente y los derechos de consumidores y usuarios, ver VERBIC, Francisco “*Procesos colectivos para la tutela del medio ambiente y de los consumidores y usuarios en la República Argentina*”, Civil Procedure Review, Vol.4, Special Edition, 2013, pp. 310-371.

43 Considerando 13° del voto de la mayoría: “*Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados*”.

44 Considerando 20° del voto de la mayoría: “*ante la ya advertida ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, se torna indispensable formular algunas precisiones, con el objeto de que ante la utilización que en lo sucesivo se haga de la figura de la “acción colectiva” que se ha delineado en el presente fallo se resguarde el derecho de la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Es por ello que esta Corte entiende que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos*”.

## 5. IMPLICANCIAS DEL CORRIMIENTO DEL ÁMBITO DE DISCUSIÓN SOBRE CONFLICTOS DE INTERÉS PÚBLICO. VENTAJAS QUE APAREJA SU DECISIÓN COLECTIVA EN SEDE JUDICIAL

Decía al inicio de este trabajo que la discusión sobre conflictos de interés público en sede judicial, con la consiguiente mayor injerencia de los tribunales en el campo de las políticas públicas, es un fenómeno relativamente novedoso en la República Argentina.<sup>45</sup> Esto se debe en gran medida al hecho que en los últimos años, y cada vez con mayor intensidad, diversos actores sociales han ganado allí un rol protagónico en el escenario del debate público mediante el planteo de acciones judiciales de diversa índole que configuran, a no dudarlo, una modalidad muy concreta de intervención política en el sistema democrático. Una modalidad bien diferente al sufragio popular y con gran potencial de impacto concreto en la agenda pública.<sup>46</sup> Mediante el planteo de tales acciones estos sujetos se han convertido en “aceleradores” de ciertas decisiones gubernamentales impostergables que, no obstante revestir tal carácter, eran efectivamente diferidas en el tiempo por los poderes Ejecutivo y Legislativo con motivo de la existencia de otras prioridades en la agenda.<sup>47</sup>

Sirve nuevamente como ejemplo paradigmático del fenómeno la intervención de la CSJN en procesos colectivos de reforma estructural que involucraban aspectos de política pública tan delicados como el medio ambiente y la salubridad del entorno vital de millones de personas (“Mendoza”) o las condiciones de detención en el marco del sistema penitenciario de la Provincia de Buenos Aires (“Verbitsky”). Estos casos y varios otros más –como pueden ser el caso “Rizzo”, promovido por una agrupación de abogados para discutir la constitucionalidad de la reforma al Consejo de la Magistratura de la Nación,<sup>48</sup> “ADC c. PAMI”, donde se buscaba obtener acceso a información respecto del modo de inversión de la pauta publicitaria de un organismo público,<sup>49</sup> o “F.A.L”, sobre condiciones de acceso al aborto no punible<sup>50</sup> trasladaron al seno del Poder Judicial el debate sobre conflictos que

45 En general sobre el tema ver SEDLACEK, Federico “El control jurisdiccional de políticas públicas: hacia una reformulación del dogma republicano. *Relatório Nacional (Argentina)*”, Civil Procedure Review, v.4, Special Edition, 2013, pp. 3-69.

46 Ver KUMM, Mattias “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Right-Based Proportionality Review”, 4 Law & Ethics Hum. Rts. 140, 144 (2010) (afirmando que la participación política en el marco de las sociedades democráticas contemporáneas no debería estar limitada al derecho a voto, y sosteniendo que “el control de constitucionalidad basado en el test de proporcionalidad no solo es compatible con las democracias liberales, sino que además institucionaliza un derecho de justificación que debería ser considerado como un compromiso institucional tan básico del constitucionalismo liberal-democrático como lo es la responsabilidad electoral basada en el derecho igualitario al voto”). En una línea similar, GARGARELLA, Roberto “Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución”, op. Cit. (afirmando que “si uno parte de una concepción deliberativa de la democracia, luego, no puede considerar que el mero hecho de que muchas manos se levanten al unísono sea sinónimo de decisión democrática. Tal requisito no basta para darle legitimidad constitucional a una ley: en democracia es necesario conocer las razones que justifican las decisiones que se quieren tomar”). Con relación a las dificultades que encuentran los grupos desaventajados para participar e incidir en el diálogo institucional, ver FISS, Owen “Grupos y la cláusula de la igual protección”, en GARGARELLA, Roberto “Derecho y grupos Desaventajados”, op. Cit., pp. 137-167, en especial pp. 137-146.

47 Entre las organizaciones del tercer sector que más han influido sobre políticas públicas mediante la práctica activa de litigio estratégico se destacan la Asociación por los Derechos Civiles ([www.adc.org.ar](http://www.adc.org.ar)), la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia ([www.acij.org.ar](http://www.acij.org.ar)), y el Centro de Estudios Legales y Sociales ([www.cels.org.ar](http://www.cels.org.ar)). A ellas se ha sumado en los últimos años la actuación de diversas clínicas jurídicas de interés público que operan en el marco de universidades públicas y privadas, así como también algunos colegios profesionales e incluso personas individuales en ejercicio de su condición de “afectadas” en sus derechos de incidencia colectiva. Ver en este sentido el reporte de CIPPEC “Aportes para mejorar el uso del litigio estratégico”, 2010, publicado en 2010 y disponible en [www.cippec.org/documents/10179/54837/Reporte,%20Justicia,%20Aportes+para+mejorar+el+uso+del+litigio+estrategico,%202010.pdf/660fe0a2-b8e6-4a25-856f-d15eb8620851](http://www.cippec.org/documents/10179/54837/Reporte,%20Justicia,%20Aportes+para+mejorar+el+uso+del+litigio+estrategico,%202010.pdf/660fe0a2-b8e6-4a25-856f-d15eb8620851) (última visita el 24/08/14) (señalando que “A partir de esta reforma, abogados particulares, OSC, clínicas jurídicas de interés público y centros de asistencia jurídica gratuita, asesores tutelares, defensorías públicas y defensores del pueblo, comenzaron a trabajar en la presentación de casos de litigio estratégico para impactar en el diseño, implementación y reforma de políticas públicas que garanticen los derechos económicos, sociales y culturales de las poblaciones vulnerables”). Como ejemplo del trabajo de estas organizaciones en la litigación de conflictos de interés público puede verse el libro “La lucha por el derecho”, Ed. CELS – Siglo XXI, Bs. As., 2008, disponible en [http://www.escc-net.org/usr\\_doc/CELS\\_La\\_Lucha\\_por\\_el\\_Derecho.pdf](http://www.escc-net.org/usr_doc/CELS_La_Lucha_por_el_Derecho.pdf) (última visita el 24/08/14). los excluidos por situación de pobreza, o reclusos en el sistema penitenciario

48 CSJN, sentencia del 18/06/13, causa R.369.XLIX, “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ Acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13)”. En este caso la CSJN confirmó la declaración de inconstitucionalidad de la ley de reforma del Consejo de la Magistratura de la Nación que, entre otras cosas, establecía la elección por sufragio popular de los miembros del mismo.

49 CSJN, sentencia del 04/12/12, causa A.917.XLVI. “Asociación Derechos Civiles c/ EN – PAMI – (Dto. 1172/03) s/ Amparo Ley 16.986”. Aquí la CSJN confirmó la decisión que había ordenado al Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados hacer entrega de la información solicitada por la organización actora, relativa “al presupuesto en concepto de publicidad oficial de dicho organismo para el año 2009 y a la inversión publicitaria de dicha institución correspondiente a los meses de mayo y junio de 2009 detallada según el rubro (medios gráficos, radiales, televisivos, cinematográficos, sitios de internet y vía pública) y medio de comunicación, productora o programa al cual fue asignada; el tipo de campaña al cual corresponde la pauta asignada en cada caso y la indicación de publicidad o intermediario a través de la cual se procedió a contratar espacios en los medios”.

50 CSJN, sentencia del 13/03/12, causa F.259.XLVI “F.A.L. s/ Medida autosatisfactiva”. A pesar de que el expediente llegó a la CSJN con la situación de la persona que promovió el caso ya resuelta, el tribunal realizó profundos desarrollos convencionales y constitucionales en materia de acceso seguro al aborto no punible y exhortó a las autoridades nacionales, locales y de la Ciudad de Buenos Aires “a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral a toda víctima de violencia sexual”. Esta exhortación fue cumplida sólo por algunas jurisdicciones, lo cual motivó un pedido de audiencia a la CSJN por parte de diversas organizaciones no gubernamentales para analizar el cumplimiento de su decisión. Este pedido fue rechazado en fecha 06/03/14 por entender la CSJN que carecía de competencia sobre el asunto al haberse desprendido de la misma con el dictado de la decisión principal (el tribunal sostuvo que al haberse desprendido de la competencia “no hay caso judicial actual en trámite ante este estrado constitucional que permita abrir juicio sobre la índole y los alcances de las exhortaciones formuladas en la sentencia”).

en otras épocas se resolvían, con un amplio margen de discreción, en sede administrativa o legislativa.<sup>51</sup> Además, estos casos fueron determinantes para demostrar la trascendentes consecuencias sociales, políticas y económicas que genera el corrimiento en el ámbito de discusión de tales conflictos para los departamentos de Estado encargados de diagramar e implementar políticas públicas. Entre ellas pueden señalarse las siguientes:

- (i) Imposibilidad de esgrimir razones de mérito y conveniencia para postergar decisiones cuando hay derechos fundamentales afectados, y consiguiente obligación de instrumentar soluciones aún en situaciones de crisis y limitaciones presupuestarias para garantizar el mínimo existencial de tales derechos.<sup>52</sup>
- (ii) Severa restricción en el manejo del tiempo de las decisiones.
- (iii) Puesta en juego de la responsabilidad (política y personal) de los agentes y funcionarios encargados de tomar tales decisiones.
- (iv) Alta exposición mediática de los asuntos, lo cual produce un reposicionamiento de los factores de poder y genera una mayor transparencia en la discusión.<sup>53</sup>
- (v) Traslado del poder de decisión sobre asignación de recursos presupuestarios, al menos indirectamente, a manos ajenas.
- (vi) Obligación de discutir en base a reglas iguales para todas las partes involucradas y frente a un tercero imparcial, quien debe resolver el asunto justificando su decisión conforme a derecho y no en directrices políticas.

Uno de los aspectos más delicados de todo este asunto es que las mencionadas consecuencias de la modificación que se ha producido en el ámbito de debate sobre ciertos conflictos de interés público se producen no sólo cuando el Poder Judicial excede sus competencias -y vulnera por ello el principio de división de poderes- sino también cuando aquel actúa en un marco constitucionalmente legítimo delimitado por la existencia de un “caso colectivo”. Tal vez sea ésta una de las razones por las cuales – a 20 años del establecimiento constitucional de derechos y legitimaciones colectivas en la República Argentina- no se ha sancionado todavía un sistema procesal idóneo para brindar respuestas adecuadas a diversos conflictos que aquejan a grupos específicos de la sociedad y que no encuentran cauce de debate en los canales tradicionales de diálogo institucional. Tal vez sea ésta también una buena razón para que el fenómeno de los procesos colectivos donde se discuten conflictos de interés público comience a ser estudiado con mayor profundidad no sólo por abogados sino también, y muy especialmente, por politólogos.

Insisto: la posibilidad de plantear conflictos de interés público en sede judicial configura mucho más que un mecanismo de protección de derechos. Configura, como he tratado de demostrar, un canal de participación política directa que rompe con las modalidades tradicionales de intervención y genera, con ello, un verdadero cambio de paradigma en la dinámica de distribución del poder en el marco de la sociedad argentina.<sup>54</sup> Ante esta realidad no parece razonable pretender dirimirsemejantes conflictos mediante las herramientas que nos confiere el proceso tradicional.<sup>55</sup>

En línea con esto hay todavía otro argumento relevante para considerar a la hora de exigir un nuevo

51 Sobre la relevancia y actualidad del fenómeno y de las dificultades que presenta para la propia CSJN ver las declaraciones efectuadas recientemente por el Dr. Lorenzetti, Presidente del tribunal, en el marco de una entrevista televisiva (disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=Low6O-j6Pnk8>, última visita el 24/08/14).

52 Por “mínimo existencial” entiendo “el contenido mínimo de los derechos sociales, constitucionalmente garantizado, que permite su inmediata justiciabilidad” (HENRIQUES DA COSTA, Susana “Controle Judicial de Políticas Públicas. Relatório Nacional (Brasil)”, Civil Procedure Review, v.4, Special Edition, 2013, pp. 70-120, 93).

53 Cuestión que involucra incluso a los jueces, quienes identifican como un verdadero problema “la exposición pública que adquieren (...) cuando deben resolver determinadas problemáticas sociales” (ver CIPPEC, “Aportes para mejorar el uso del litigio estratégico”, op. Cit. p. 4).

54 Ver GARGARELLA, Roberto “Recuperar el lugar del ‘pueblo’ en la Constitución”, borrador de trabajo disponible en <https://docs.google.com/file/d/0B7cfNSL5eGmZYnRqSHBkR3JwNXc/preview?pli=1>. (última visita el 24/08/14) (sosteniendo con relación al alcance de esta participación en distintos países latinoamericanos que “los cambios conseguidos dentro del ámbito de la justicia siguen resultando demasiado dependientes de los particulares integrantes del Poder Judicial que reciben esos casos, a la vez que la integración de los tribunales sigue estando demasiado ligada a la vieja estructura de poderes, en donde el Presidente sigue jugando un papel decisivo. En ese contexto, las capacidades de la población para intervenir en el proceso litigioso, de modo colectivo, constante, y en diálogo con las diversas autoridades judiciales y políticas involucradas, siguen siendo limitadas en extremo. Como resultado, los litigios de tipo social, originados a partir de problemas estructurales colectivamente sufridos, siguen resolviéndose de modo demasiado habitual a través de litigios individualizados, que resultan sujetos al examen de expertos que los analizan de modo aislado en sede judicial”).

55 Como bien señala Henriques da Costa, estas decisiones judiciales sobre cuestiones de política pública “siempre tendrán un contenido político, además del natural contenido jurídico” (HENRIQUES DA COSTA, Susana “Controle Judicial de Políticas Públicas. Relatório Nacional (Brasil)”, op. Cit.. p. 113).

tipo de proceso por medio del cual debatir y resolver conflictos de interés público. Me refiero a las ventajas que una adecuada regulación de estenuevo instrumental procesal puede acarrear, desde distintos puntos de vista, tanto para el Estado como para los grupos de personas afectadas por determinada acción u omisión. Entre ellas se cuentan las siguientes:

- (i) Disminuir y hasta eliminar los principales obstáculos que impiden el acceso irrestricto a la justicia por parte de grandes sectores de la población y que, por tanto, afectan derechos convencionales y constitucionales de los habitantes del suelo argentino (costos del litigio, desconocimiento de derechos, desigualdad entre las partes motivadas en razones de índole personal, entre otras).<sup>56</sup>
- (ii) Ahorrar recursos humanos y materiales al permitir el juzgamiento concentrado de conflictos que involucran de manera similar a grandes grupos de personas.
- (iii) Desalentar actos y omisiones inconstitucionales por parte del Estado encargado de diagramar, desarrollar e implementar las políticas públicas en beneficio de la población.
- (iv) Habilitar nuevos canales de participación ciudadana.<sup>57</sup>
- (v) Ampliar, fortalecer y profundizar ciertos debates sobre asuntos social, política y económicamente sensibles que, lo queramos o no, ya se están desplegando en sede judicial.
- (vi) Brindar a los jueces mayor cantidad de voces y argumentos, así como también mejores elementos de juicio, para lograr una más justa solución del litigio.
- (vii) Afianzar el derecho de igualdad, al disminuir sensiblemente (o bien eliminar) la existencia de sentencias contradictorias recaídas sobre la misma cuestión puesto que la sentencia colectiva afectará por igual a todo el grupo involucrado en el conflicto.<sup>58</sup>

## 6. INSTRUMENTOS IMPLEMENTADOS POR LA CSJN A NIVEL REGULATORIO Y JURISPRUDENCIAL

La CSJN no ha sido ajena al fenómeno en estudio. Aun a falta de una ley que regule mecanismos adecuados para discutir sobre conflictos de interés público en sede judicial, nuestro máximo tribunal de justicia se ocupó en los últimos 10 años de establecer por vía reglamentaria distintos instrumentos tendientes a abrir el debate a la sociedad y robustecer la discusión, mejorar las condiciones de publicidad y transparencia en este tipo de procesos, y contar con elementos de juicio que le permitan dimensionar el eventual impacto de sus decisiones en términos de macroeconomía. Entre ellos se destacan las regulaciones sobre *amicuscuriae* y audiencias públicas, así como también la creación de la Unidad de Análisis Económico y la Oficina de Justicia Ambiental.

El régimen de *amicuscuriae* encontró recepción inicial en la CSJN hace justamente diez años mediante una regulación que, según surge de sus fundamentos, tuvo como premisa considerar este instituto “*como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia*”.<sup>59</sup> La reglamentación aprobada en esa oportunidad no obtuvo buenos resultados en su implementación. Debido a ello, la CSJN realizó una convocatoria para proponer modificaciones al régimen y luego una audiencia pública donde diversas organizaciones del tercer sector tuvieron oportunidad de discutir al respecto. Como consecuencia de esto, hace poco más de un año se dictó la nueva regulación que actualmente gobierna el funcionamiento del instituto.<sup>60</sup>

Entre sus características más relevantes cabe mencionar que pueden presentarse como amigos del

56 Entre otros ver CAPPELLETTI, Mauro – GARTH, Bryant “*El acceso a la justicia*”, Ed. CALP, La Plata 1983; BERIZONCE, Roberto “*Algunos obstáculos al acceso a la justicia*”, VIII Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, 10 al 12 de junio de 1992, Córdoba, Argentina.

57 Destacando algunas de las causas y beneficios de la participación ciudadana en el sistema de administración de justicia, ver BERIZONCE, Roberto O. “*Virtualidad de los derechos fundamentales e institucionalidad republicana y democrática*”, op. Cit. (sosteniendo que “*el sano activismo judicial encuentra sustento en una creciente participación ciudadana celosa de sus derechos que, cuando encuentra su cauce pretorio, viene a reforzar la legitimación del propio Poder Judicial y, con ello, contribuye a apuntalar la propia institucionalidad republicana y democrática*”).

58 Para un análisis más detallado de algunas de estas ventajas me remito a VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Bs. As. 2007, capítulo I.

59 Acordada CSJN 28/2004, de fecha 14/07/04.

60 Acordada CSJN 7/201, de fecha 23/04/13.

tribunal tanto personas físicas como jurídicas (incluso el Estado, en todos sus niveles) “*con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito*”, quienes deben fundar su interés en la causa y “*expresar a qué parte o partes apoya en la defensa de sus derechos*”, así como también expresar “*si ha recibido de ellas financiamiento o ayuda económica de cualquier especie, o asesoramiento en cuanto a los fundamentos de la presentación, y si el resultado del proceso le representará —directa o mediatamente— beneficios patrimoniales*”(art. 2). Tal presentación puede ser espontánea o por invitación del tribunal (art. 8) y únicamente puede realizarse en asuntos “*de trascendencia colectiva o interés general*” (art. 1). La determinación de si el caso admite o no la presentación de *amicus* es tomada por la propia CSJN en una providencia dictada al efecto (art. 5). La Acordada vigente también establece el objeto de la presentación y sus límites, señalando que el memorial debe estar orientado a “*enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, relativos a las cuestiones debatidas*” y que “*No podrá introducir hechos ajenos a los tomados en cuenta al momento de trabarse la litis, o que oportunamente hayan sido admitidos como hechos nuevos, ni versar sobre pruebas o elementos no propuestos por las partes en las etapas procesales correspondientes*” (art. 3).<sup>61</sup>

Otro de los instrumentos regulados por la CSJN en ejercicio de sus poderes administrativos es el de las audiencias públicas.<sup>62</sup> Según puede leerse en los fundamentos de la Acordada que receptó este régimen, el declarado propósito de la CSJN para avanzar en su implementación fue “*elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el estado constitucional de derecho vigente en la República*”, señalándose también que “*la participación ciudadana en actos de esta naturaleza y la difusión pública*” permitirán “*poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal*”. La norma contempla la posibilidad de convocar audiencias públicas con el voto de tres de los jueces del tribunal (art. 1) y prevé tres tipos de audiencias: informativas, conciliatorias y ordenatorias (art. 2). Igualmente, permite a los jueces interrogar libremente a los abogados “*sin que ello implique prejuizgamiento*” (art. 9) y establece expresamente que “*Las audiencias serán públicas*” y que para participar se dará prioridad “*a las partes y a quienes ellas designen hasta una cantidad máxima que fije el Tribunal*”. El público en general podrá asistir “*hasta el número de personas que fije el Tribunal según la disponibilidad de espacio que exista en cada asunto*” (art. 5). A fin de superar las limitaciones de infraestructura que podrían impedir una amplia participación, la Acordada dispone que las audiencias “*serán filmadas y grabadas*” y que sus actas “*serán públicas y accesibles*” (art. 11).<sup>63</sup>

En lo que hace a la Unidad de Análisis Económico, fue creada hace cinco años y tiene a su cargo la realización de “*estudios de índole económica*” que le encomiende la CSJN para evaluar el impacto que podrían producir ciertas decisiones.<sup>64</sup> Para cumplir su cometido esta Unidad se encuentra facultada a solicitar informes a las reparticiones públicas competentes. En los fundamentos del acto de creación el tribunal enumeró distintos derechos reconocidos por la CN que involucran “*contenidos directamente referidos a cuestiones de naturaleza económica*” y sostuvo, con invocación de un precedente propio, que “*la importancia de las cuestiones reseñadas precedentemente justifica que sobre ellas se efectúe un razonable juicio de ponderación en el cual ‘...no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma’ (Fallos 302:1284)*”.<sup>65</sup>

Finalmente entre las medidas tomadas reglamentariamente por la CSJN para el tratamiento y mejor abordaje de conflictos de interés público vale mencionar la reciente creación de una Oficina de Justicia

61 Sobre el nuevo régimen de la figura ver GOZAINI, Osvaldo “*Régimen actual del ‘amicuscuriae’*. Acordada 7/2013”, L.L. 2013-D-726. Para ampliar sobre la vigencia del instituto de *amicuscuriae* en Argentina (no sólo ante la CSJN), VERBIC, Francisco “*Propuesta para regular la figura del amicuscuriae en la Provincia de Buenos Aires*”, L.L.B.A. 2009 (febrero), 14.

62 Acordada CSJN 30/2007.

63 Para un ejemplo ver la audiencia pública celebrada en el ya citado caso “*ADC c. PAMI*”, sobre acceso a la información pública, disponible en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/watch?v=C9mbu9iidro> (última visita el 24/08/14).

64 Acordada CSJN 36/2009, del 09/09/09.

65 Para ampliar sobre el punto ver SAGÜES, María S. “*El análisis económico del derecho en la jurisdicción constitucional: ponderación de la Unidad de Análisis Económico de Derecho de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*”, L.L. 2009-F-1114; DIAZ, Rodolfo “*Una acordada ‘Alberdiana’*. La ‘Unidad de Análisis Económico’”, L.L. 2009-F-1197.

Ambiental “*bajo la Superintendencia directa*” del tribunal (art. 1).<sup>66</sup> La misma cuenta con tres áreas principales (capacitación, investigación y recolección de datos, art. 2) y entre sus funciones se destacan las de “*implementar y realizar el seguimiento de las acciones derivadas de la Norma Ambiental y de las acciones previstas en la creación de la Comisión de Ambiente y Sustentabilidad*” (art. 1, inc. b);<sup>67</sup> “*impulsar, coordinar y fortalecer la difusión de las decisiones e iniciativas vinculadas con la Justicia Ambiental a nivel nacional e internacional*” (art. 1, inc. e); establecer vinculación “*con oficinas de similar carácter a nivel nacional e internacional*” (art. 1, inc. c); y recabar información “*para plasmar todos los datos que pueden resultar trascendentes a favor de la construcción y difusión de la justicia ambiental*” (art. 1, inc. f).

Se trata, sin lugar a dudas, de valiosas herramientas para la gestión y decisión de casos de interés público. El único inconveniente es que sólo se encuentran disponibles ante los estrados de la CSJN cuando los objetivos que pretenden avanzar pueden considerarse como algo valioso (verdaderamente necesario, podríamos argumentar) en todas las instancias por las que deban transcurrir este tipo de procesos.

Además de las señaladas reglamentaciones dictadas en ejercicio de su poder administrativo, la CSJN ha creado (o bien reinventado) jurisprudencialmente diversos instrumentos procesales en el marco de ciertos casos de interés público. Entre ellos se destacan:

- i. El dictado de sentencias “exhortativas” por medio de las cuales, luego de constatada la existencia de una determinada situación inconstitucional, el Poder Judicial sugiere a los otros poderes del Estado actuar en determinada línea de acción.<sup>68</sup>
- ii. La generación de mesas de trabajo entre los representantes colectivos y las autoridades condenadas a cumplir ciertas decisiones estructurales, con el objeto de tender puentes de diálogo entre las partes a fin de lograr modalidades razonables y eficientes de implementación de las sentencias.<sup>69</sup>
- iii. La delegación de la ejecución en jueces inferiores elegidos *ad hoc* con la finalidad de generar intermediación con los miembros del grupo afectado y dotar de mayor celeridad a la resolución de las incidencias que pueden suscitarse en el marco del procedimiento de ejecución de sentencia.<sup>70</sup>
- iv. La imposición de condenas pecuniarias (astreintes) en cabeza de ciertos funcionarios a título personal,<sup>71</sup> una herramienta que si bien fue expresamente vedada por la Ley N° 26.854 en materia de medidas cautelares contra el Estado no encuentra impedimento alguno para ser utilizada cuando se trata de compeler al cumplimiento de sentencias de mérito.<sup>72</sup>

66 Acordada CSJN 1/2014, del 11/02/14.

67 Ver las Acordadas CSJN N° 35/2011, de fecha 27/12/11 por medio de la cual se creó el sistema de Gestión Ambiental aplicable a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Norma de Gestión Ambiental para la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y N° 16/2013, del 28/05/13, por medio de la cual se creó la Comisión de Ambiente y Sustentabilidad, integrada por un Comité Ejecutivo conformado por funcionarios de la CSJN y por un Comité Consultivo en el que se invitará a participar a representantes de diversos órganos judiciales y Universidades Públicas y Privadas.

68 Ver al respecto SAGÜES, Néstor P. “*Las sentencias constitucionales exhortativas (‘apelativas’ o ‘con aviso’), y su recepción en Argentina*”, L.L. 2005-F-1461 (tomando como ejemplo del tema lo decidido por la CSJN en “*Verbitsky*” y sosteniendo que “*Las sentencias exhortativas se encuentran instaladas en buena parte de los tribunales constitucionales, y tienden a expandirse también en las cortes supremas con papeles de control de constitucionalidad. Son una muestra más del activismo judicial, que en este caso transforma a un órgano represor (‘legislador negativo’, en el caso de los tribunales constitucionales), en un cuasi legislador activo, o al menos impulsor de normas*”).

69 En el caso “*Verbitsky*” la CSJN ordenó al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de su Ministerio de Justicia, “*organice la convocatoria de una Mesa de Diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como amicus curiae, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil que puedan aportar ideas y soluciones y que en un ámbito de discusión facilitada permita arribar a soluciones consensuadas y sustentables*”. Igualmente, requirió la elevación de informes periódicos, cada 60 días, de los avances obtenidos en el marco de dicha mesa de diálogo. Este tipo de mesas de diálogo es muy utilizado por la jurisprudencia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires (ver los casos exitosos analizados en el libro editado por el Ministerio Público Tutelar y ACIJ “*Implementación de sentencias judiciales colectivas. Derechos económicos, sociales y culturales*”, Ed. Eudeba, Bs. As. 2013, disponible online en [http://asesoria.jusbaires.gov.ar/sites/default/files/12\\_implementacion\\_sentencias\\_judiciales.pdf](http://asesoria.jusbaires.gov.ar/sites/default/files/12_implementacion_sentencias_judiciales.pdf) (última visita el 24/08/14).

70 En “*Mendoza*” la CSJN delegó el proceso de ejecución de sentencia en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes (creado unos pocos años antes), a quien también facultó para fijar el valor de las multas diarias derivadas del incumplimiento del programa establecido en la sentencia de mérito dictada en el año 2008. Tres fueron las razones que llevaron al máximo tribunal a tomar esta decisión: (i) las dificultades e incidencias procesales que con seguridad se presentarán durante el cumplimiento de las numerosas mandas contenidas en el programa; (ii) la necesidad de mantener la racionalidad de la agenda de casos que debe manejar; y (iii) la búsqueda de un mayor grado de intermediación entre la magistratura y las partes.

71 También aquí el ejemplo es “*Mendoza*”, donde la CSJN impuso las condenas pecuniarias a modo eventual en la propia decisión de mérito sobre el asunto (a pesar de que por lo general su aplicación se produce recién después de haberse verificado algún incumplimiento) y lo hizo específicamente en cabeza del funcionario responsable del órgano obligado a cumplir (esto es, el Presidente de la ACUMAR). Más adelante, ya con otra persona a cargo del área, en su sentencia del 31/08/10 el Juez Federal a cargo de la ejecución impuso astreintes en cabeza del funcionario por incumplimiento de diversas mandas. Este pronunciamiento quedó firme y luego, por decisión de fecha 12/07/12, y el mismo juez dispuso la liquidación colectiva y el destino del dinero recaudado con causa en esas multas. Este recurso es contemplado en el anteproyecto brasileño sobre *Principios aplicables al control jurisdiccional de políticas públicas*, elaborado por el CEBEPEJ (art. 18).

72 En este sentido, VERBIC, Francisco “*El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado Nacional establecido por la Ley N° 26.854 y su potencial incidencia en el campo de los procesos colectivos*”, L.L. Sup. Especial 23 de Mayo de 2013, pp. 155 y ss.



- v. La implementación de mecanismos externos de control y participación ciudadana en el procedimiento de ejecución de sentencia, con intervención de organizaciones no gubernamentales, organismos y funcionarios públicos.<sup>73</sup>

Algunos de estos instrumentos jurisprudenciales han sido adoptados, con ciertas variables, por tribunales de distintas jurisdicciones locales.<sup>74</sup> El ejemplo más emblemático es el de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo fuero contencioso administrativo y tributario ha generado una de las experiencias más ricas en el país en materia de litigios sobre conflictos de interés público (especialmente aquellos de reforma estructural).<sup>75</sup>

## 7. CIERRE

La regulación de un proceso adecuado para la discusión de conflictos de interés público es algo que se impone de manera urgente al cumplirse veinte años de la última reforma constitucional que tuvo lugar en la República Argentina.<sup>76</sup> Según vimos, el nuevopacto constitucional reconoce expresamente numerosos derechos en cabeza de diversos sectores de la población, confiere poder a ciertos actores sociales y políticos para defenderlos en justicia y, además, confirma que son los jueces los responsables primarios -en su rol de garantes de tales derechos- de controlar la constitucionalidad y convencionalidad de las acciones y omisiones de los otros poderes del Estado. Un deber que resulta particularmente delicado cuando los conflictos a resolver están vinculados con los sectores más débiles de la población, dado que estos supuestos exigen al Poder Judicial asumir con mayor responsabilidad su rol contramayoritario y erigirse en un verdadero custodio de los derechos y garantías que configuran el núcleo duro de nuestra democracia.<sup>77</sup> Este marco constitucional ha permitido que, especialmente en los últimos diez años, la sociedad argentina haya sido testigo de una fuerte injerencia del Poder Judicial sobre el resto de los departamentos de Estado (tanto a nivel federal como local) en lo que hace al control de ciertas acciones y omisiones inconstitucionales que provocan la afectación colectiva de derechos fundamentales (intimidación, salud, vivienda, previsión social, educación, acceso a la justicia, entre otros).

No he pretendido discutir en este trabajo si está bien o mal que el Poder Judicial intervenga del modo

73 Nuevamente en el caso “Mendoza”, donde por un lado el tribunal designó a la Auditoría General de la Nación a fin de controlar específicamente la asignación de fondos y la ejecución presupuestaria de todo lo que tuviera que ver con el programa a cumplir; y por el otro -con el declarado objeto de fortalecer la participación ciudadana en este proceso- confirió al Defensor del Pueblo de la Nación el carácter de coordinador de un cuerpo colegiado a conformarse con las diversas ONG presentadas como terceros en la causa. Un cuerpo que tiene por objeto: (i) recoger sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado; (ii) recibir información actualizada; y (iii) formular planteos concretos ante la ACUMAR para el mejor logro del propósito encomendado.

74 Se destaca por ejemplo la reciente decisión (de fecha 17/06/14) tomada por la Sala en lo Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán en un asunto de contaminación ambiental que tramita en autos “Federación de Organizaciones Ambientalistas No Gubernamentales de Tucumán vs. Servicios y Construcciones La Banda S.R.L. s/ Amparo. Incidente de embargo preventivo p/p el actor”, donde recomendó al juez de trámite conformar “un ‘Comité de Vecinos’ cercanos a la zona de la planta de tratamiento, a los fines de que mensualmente informen junto a peritos especializados, la S.E.M.A. y los justiciables del caso sobre el grado de avance del saneamiento oportunamente ordenado”. A fin de emitir esta sugerencia la Corte entendió que la cercanía y contacto de tales vecinos con el lugar que debe sanearse permitirá al Juzgado contar con “un relevamiento constante del estado de situación, lo cual se condice con la naturaleza de las medidas que pueden aplicarse para el aseguramiento de una sentencia”. La idea que subyace en esta sugerencia, en palabras del propio tribunal, es “reconocer un papel predominante a aquellos habitantes del lugar que conviven en forma directa y permanente con las consecuencias de la contaminación, apelando a mecanismos democráticos de participación, donde el diálogo sea la primera instancia de cualquier solución posible. Así se instituye una instancia complementaria de los dictámenes periciales, informes de la S.E.M.A. y de las presentaciones de los mismos justiciables, permitiendo al órgano judicial tener acceso a una visión de la realidad más cercana y ajustada a los problemas diarios”.

75 Ver el ya citado libro editado por el Ministerio Público Tutelar y ACIJ “Implementación de sentencias judiciales colectivas. Derechos económicos, sociales y culturales”, Ed. Eudeba, Bs. As. 2013, donde se analizan distintos instrumentos útiles para la efectivización de sentencias estructurales y se identifican buenas prácticas en diversos casos concretos. Ver también en esta línea el libro “La lucha por el derecho”, op. Cit.

76 Reclamo que viene, según demuestran algunas investigaciones empíricas, incluso de parte de los propios jueces. Ver en tal sentido el reporte de CIPPEC “Aportes para mejorar el uso del litigio estratégico”, op. Cit. (donde los jueces de la Ciudad de Buenos Aires, al opinar sobre las debilidades de este tipo de procesos, aludieron entre otras “a la ausencia de un marco normativo que establezca los límites a la actuación de los jueces y las reglas procesales para casos de interés público”).

77 Sigo en esto las ideas de Dworkin, quien sostiene que los argumentos políticos (que justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad como un todo) no pueden ir en contra de los principios jurídicos que protegen derechos individuales, ya que sólo de este modo podemos considerar que estos últimos son tomados en serio por las autoridades estatales. Teniendo en cuenta el marco constitucional y la estructura de distribución de poder vigente en la República Argentina, corresponde al Poder Judicial - en tanto órgano contramayoritario- el rol de controlar el cumplimiento de esta importante premisa de todo sistema democrático (DWORKIN, Ronald “Los derechos en serio”, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1984, principalmente p. 72 y ss., 147 y ss, 232 y 303. En esta misma línea, refiriéndose al potencial de las acciones colectivas como instrumento de tutela de “grupos desaventajados, históricamente postergados y carentes de poder real para incidir políticamente entre los cuales podemos incluir a las minorías sexuales, comunidades socioeconómicamente marginadas, pueblos originarios, etc.” ver MAURINO, Gustavo - SIGAL, Martín “Halabi’: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, Lexis N° 0003/014394 (sosteniendo que para estos grupos “la justicia sería el único recurso institucional disponible para presentar sus reclamos basados en derecho en el marco de la Constitución de 1994. Si el Poder Judicial no puede garantizar efectivamente sus derechos yendo más allá de las declaraciones y los reconocimientos simbólicos, la alienación constitucional de estos grupos es radical, y la deslegitimación del Poder Judicial como un foro público independiente también”).

en que lo hace en el campo de la resolución de conflictos de interés público.<sup>78</sup> De hecho, estoy seguro que el dilema no puede siquiera plantearse en términos tan simples. Sin perjuicio de ello, creo haber presentado suficientes razones para demostrar: (i) que este tipo de conflictos tienen características muy diferentes a los clásicos conflictos en función de los cuales fue pensando y diagramado el instrumental procesal argentino; y (ii) que el marco convencional y constitucional vigente en la República Argentina permite a sus jueces actuar del modo en que lo están haciendo, siempre que sea con prudencia.<sup>79</sup>

A la luz de esta realidad, el gran problema que enfrentamos hoy en Argentina gira en torno a la ausencia de reglas en función de las cuales debatir argumentos y tomar decisiones con suficiente legitimidad política en este delicado campo,<sup>80</sup> así como también para lograr una razonable y debida implementación que permita dotar de eficacia a tales decisiones e impedir que se cometan abusos en la etapa de ejecución (los cuales pueden ocurrir aun cuando la solución del asunto hubiera sido dictada en el marco constitucional de una “causa colectiva”).<sup>81</sup> Ello, a su turno, es fruto de otro problema todavía más grave y actual: la falta de un debate público franco y sincero para generar consensos mínimos sobre cómo deben diagramarse estas nuevas (e imprescindibles) reglas procesales.<sup>82</sup>

Afirmo que estas reglas son imprescindibles debido al alto impacto social, político y económico que tienen tanto la discusión como la resolución de conflictos de interés público en sede judicial. Si tenemos esto en consideración, no parece razonable permitir que el gran poder político que hoy tienen los jueces al actuar en este campo sea ejercido mediante decisiones tomadas en procesos tramitados en base a reglas de debate que no cumplen con los estándares mínimos de publicidad, transparencia y participación social que demanda la discusión de estos asuntos fuera de las arenas del Estado con representación mayoritaria.<sup>83</sup>

Desde este punto de vista, tampoco parece razonable que a esta altura del Siglo XXI, y siendo plenamente conscientes de las complejidades involucradas en toda decisión de política pública,<sup>84</sup> esas reglas de debate no estén preparadas para incorporar adecuadamente el trabajo interdisciplinario de expertos y entidades científicas, aprovechar las ventajas de las nuevas tecnologías de la información, ni generar mecanismos de diálogo

78 Para una defensa del control de constitucionalidad judicial en materia de derechos humanos me remito a VERBIC, Francisco “*Human Rights Adjudication in Contemporary Democracies: Courts’ Specific Moral Insight as a Decisive Advantage Over Legislatures (a Modest and Partial Response to Jeremy Waldron’s Core Case Against Judicial Review)*”, *Revista Jurídica da Presidência*, vol. 13, N° 100, jun/set 2011.

79 Sigo en esto a GARGARELLA, Roberto, “*Un papel renovado para la Corte Suprema. Democracia e interpretación judicial de la Constitución*”, op. Cit. (sosteniendo que “el control judicial puede ser compatible con el ideal de la democracia sólo si, y en la medida en que, se ejerza de cierto modo. ¿De qué modo? De uno que, a la vez de ser respetuoso del predominio de la autoridad democrática, sirva al debate colectivo, y contribuya a la inclusión y a la igualdad que son necesarias para otorgarle sentido a la deliberación colectiva. Esto requiere, por ejemplo, que el poder judicial deje de hacer lo que habitualmente hace, es decir; simplemente reemplazar la voluntad del legislador por la propia, cada vez que considera (a partir de la teoría interpretativa que escoja privilegiar) que la actuación del legislador es impropia. Esto requiere que el poder judicial reconozca cuál es el lugar y el papel que le corresponde en el proceso de toma de decisiones, como motor y garante de la discusión colectiva. Esto requiere que el poder judicial se ponga al servicio de la discusión pública, y que se abra a ella, en lugar reemplazarla (y así, finalmente, desalentarla)”.

80 En este sentido señala UCIN que “el creciente desarrollo del litigio de interés público nos coloca ante la imperiosa adaptación de los paradigmas procesales clásicos, y con ello también nos impone una revisión de los roles que deben desempeñar los actores involucrados” (UCIN, María C. “¿Por qué el Ministerio Público? Un análisis del rol que le cabe en la defensa del interés público”, RDP 2011-2).

81 Entendiendo a la eficacia de la decisión como parte esencial de la garantía de debido proceso legal y como un valor fundamental del derecho procesal moderno, MARINONI, Luiz G. “*Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*”, Ed. Palestra, Lima, 2007, pp. 219-227. Ver también en esta línea BERIZONCE, Roberto O. “*El proceso civil. Modelo teórico y realidad*”, L.L. 2005-F-1238 (destacando el reconocimiento a nivel constitucional y supraconstitucional de “la cuestión de la eficacia en concreto del sistema de justicia”).

82 Como ejemplo de la importancia del debate público y su potencial incidencia en la diagramación de normas procesales vale destacar lo que sucedió con el proyecto original de la Ley N° 26.854 de medidas cautelares contra el Estado, el cual fue modificado en el Congreso para incorporar una excepción al régimen (art. 2, inc. 2°) cuando el caso comprenda alguna de las cinco circunstancias allí contempladas, a saber: (i) sectores socialmente vulnerados; (ii) la vida digna “conforme la Convención Americana de Derechos Humanos”; (iii) la salud; (iv) derechos de naturaleza alimentaria; y (v) derechos ambientales. La excepción se repite a lo largo del articulado de la Ley, haciendo que varios de los requisitos allí contemplados no resulten de aplicación cuando alguna de las circunstancias mencionadas esté presente en el caso. Así, de darse alguno de estos cinco supuestos: (i) el informe previo de la demandada previsto en el art. 4 resulta meramente facultativo; (ii) no es deber del juez fijar plazo de vigencia a la medida en los términos del art. 5; (iii) puede efectivizarse la medida prestando solamente caución juratoria (art. 10); y (iv) el recurso de apelación contra una medida que ordene suspender los efectos de un acto estatal tendrá efecto meramente devolutivo (art. 13). Esta excepción fue la única modificación de relevancia que recibió el proyecto original enviado al Congreso y tuvo cabida por un pedido expreso del CELS y por la presión generada desde diversas organizaciones del tercer sector a fin de abrir el debate en el Congreso para discutir los alcances de la reforma.

83 Como ha puesto de resalto Oteiza con suma claridad “*Nuestra legislación procesal se basa en las ideas de la España del siglo diecinueve, que a su vez se fundaba en los criterios dominantes en la Europa del Medioevo. El gobierno militar de Onganía sancionó la actual ley de amparo y el Código Procesal Civil, que con reformas parciales rigen hasta hoy. Una de las deudas más claras del proceso democrático iniciado en 1983 consiste en no haber implementado una reforma judicial amplia que permita a los ciudadanos confiar que sus derechos civiles y constitucionales serán respetados. Hemos avanzado en la declaración de derechos pero muy poco en las garantías que los resguardan*” (OTEIZA, Eduardo D. “*La justicia en el centro del debate público*”, publicado el 22/04/13 en elDial.com, DC1A4E).

84 En general sobre políticas públicas ver los trabajos compilados en “*Lecturas sobre el Estado y las políticas públicas: Retomando el debate de ayer para fortalecer el actual*”, Proyecto de Modernización del Estado, publicado en Agosto de 2011 y disponible en [http://www.jefatura.gov.ar/archivos/pme/publicaciones/libro\\_acuna.pdf](http://www.jefatura.gov.ar/archivos/pme/publicaciones/libro_acuna.pdf) (última visita el 24/08/14).

más fluidos para solucionar estos conflictos. Me refiero tanto a mecanismos de diálogo que vinculen a los propios tribunales que componen el sistema de administración de justicia a fin de compartir información y experiencias, como a mecanismos que tiendan a vincular con mayor fluidez a tales tribunales con los poderes del Estado que fueron elegidos por la sociedad para decidir las prioridades de la agenda pública y determinar el modo de asignar los recursos estatales a fin de satisfacer las necesidades de la población.

En el mismo orden de ideas, y ya para terminar, entiendo que también deberíamos repensar y discutir si estamos dispuestos a tolerar que el debate sobre este tipo de conflictos se encuentre limitado por el rígido sistema de preclusiones que gobierna nuestro proceso tradicional. Un sistema que no sólo puede obturar la incorporación de nuevos argumentos relevantes para el caso y la producción de medios probatorios que llevarían a una mejor verificación de los enunciados de hecho de las partes (y, consiguientemente, a una decisión más justa del litigio),<sup>85</sup> sino que también puede llevar a discusiones estériles en torno a la posibilidad de modificar los efectos de la propia sentencia de mérito en este tipo de complejos asuntos cuando se producen cambios relevantes en las circunstancias de hecho o de derecho que dieron lugar al dictado de la misma.<sup>86</sup>

A pesar de todo lo expuesto, lo cierto es que las perspectivas actuales de obtener una regulación adecuada sobre este tema en la Argentina no son alentadoras si tenemos en cuenta que el país carece todavía de normas idóneas sobre procesos colectivos en general a pesar de la seria exhortación realizada por la propia CSJN al Congreso de la Nación hace 5 años al pronunciarse en el caso “*Halabi*”.<sup>87</sup>

85 Cuestión de por sí valiosa en todo proceso individual, y que se convierte en algo realmente necesario en procesos donde se debaten conflictos de interés público. Sobre la importancia de la correcta (o más cercana) verificación de los hechos como uno de los factores a considerar para evaluar la justicia de una decisión judicial, ver TARUFFO, Michele “*Idee per una teoria della decisione giusta*”, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1997, pp. 315 y ss).

86 Sobre preclusiones dinámicas ver el exhaustivo trabajo de DO PASSO CABRAL, Antonio “*Coisajulgada e preclusões dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*”, Editora Jus Podivm, 2013 (en especial Parte II, caps. 4 a 7, pp. 241-406).

87 Considerando 12° del voto de la mayoría: “*Frente a esa falta de regulación (la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido), cabe señalar que la referida disposición constitucional [se refiere al art. 43 CN] es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nitida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular*”.

# SULLA FUNZIONE NOMOFILATTICA DELLE PRONUNCE NELL'INTERESSE DELLA LEGGE EX ART. 363 C.P.C.

Giorgetta Basilico

Il lavoro trae spunto da una Comunicazione del Procuratore generale presso la Corte di cassazione e contiene una riflessione sull'esercizio della funzione nomofilattica, da parte della stessa Corte, alla luce dell'art. 363 c.p.c. riformato nel 2006. Si prendono in esame, specificamente, la pronuncia del principio di diritto su richiesta del P.G. e quella emessa d'ufficio dalla Corte; si dà atto del rafforzamento della funzione nomofilattica attuabile attraverso i nuovi istituti; si ragiona sull'intensità del vincolo, in confronto di altri giudici, prodotto dalle esaminate pronunce.

The work draws a lesson from a Notification of the Attorney General of the Supreme Court and encompasses a reflection on the exercise of the nomophylatic function, by the Supreme Court, in view of the art. 363 c.p.c. reformed in 2006. It will examine, specifically, the pronouncement of the law's principle requested by the Attorney General and the pronouncement directly issued by the Supreme Court; it will acknowledge the reinforcement of the nomophilatyc function which is viable through the new institutions; it will reason on the intensity of the bond, compared to other courts, which is produced by the examined pronouncement.

Sommario: 1.- L'art. 363 c.p.c. dopo la riforma del 2006. 2.- La "richiesta" del Procuratore generale, di cui al I comma dell'art. 363. 3.- La pronuncia "anche d'ufficio" di cui al III comma dell'art. 363. 4.- L'entità del vincolo prodotto dai pronunciamenti della Corte. Cenno al fenomeno dell'*overruling* processuale. 5.- Conclusioni.

1.- Una Comunicazione del Procuratore generale presso la Corte di cassazione, intervenuta all'inizio del 2017, ha sollecitato rinnovata attenzione per le pronunce nell'interesse della legge, di cui all'art. 363 c.p.c.<sup>1</sup> L'istituto originariamente contemplato nel nostro codice di rito era quello del ricorso nell'interesse della legge, scarsamente esaminato dalla dottrina e oggetto di poche pronunce l'anno, almeno se riguardate in proporzione al numero complessivo delle decisioni assunte, annualmente, dal Supremo Collegio.

L'attuale assetto lessicale della norma si data al 2006, essendo stato redatto con il d. leg. n. 40 di quell'anno; nella versione antecedente, innanzitutto era diversa la rubrica dell'articolo, il quale si intitolava "Ricorso nell'interesse della legge", mentre oggi si legge "Principio di diritto nell'interesse della legge"; la previsione del ricorso da parte del Procuratore generale era, poi, col vecchio regime, sicuramente più semplice di quella attuale, mentre risulta pressoché confermato, nel contenuto, l'ultimo comma sull'inefficacia, in favore delle parti, della pronuncia emessa ai sensi dell'art. 363.<sup>2</sup>

E' opinione generale ed incontrastata quella per la quale la funzione dell'istituto descritto dalla norma in esame sia quella di assicurare l'attuazione dell'art. 65 r.d. 30 gennaio 1942 n. 12, Ordinamento giudiziario, realizzando la funzione nomofilattica propria della Corte di cassazione.<sup>3</sup>

1 La Comunicazione porta la data del 31 gennaio 2017 e la firma del Procuratore generale della Corte di cassazione, Dott. Pasquale Ciccolo: *Dialogo aperto sulla richiesta di enunciazione del principio di diritto (art. 363 c.p.c.)*, disponibile per la lettura in *Foro it.* 2017, V, 223 ss.

2 Nella versione ante 2006 "... le parti non possono giovare della cassazione della sentenza"; in quella attualmente vigente "La pronuncia della Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito".

3 Per un'ampia ricostruzione dell'istituto Cassazione sin dalle sue origini e per il completo inquadramento dello stesso nel codice del '40, nonché della sua funzione nomofilattica, v. PUNZI, *La cassazione da custode dei custodi a novella fonte del diritto?*, in *Historia et ius* 2012, spec. § 4; v. pure SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano 2015, 590 ss., il quale chiarisce quali sono gli istituti attraverso i quali la Cassazione esercita la funzione nomofilattica; PROTO PISANI, *Novità nel giudizio di cassazione*, in *Foro it.* 2005, V, 252, era già favorevole ad un rafforzamento del potere nomofilattico della Corte.

Esattamente il tema della nomofilachia ha provocato un'accesa disputa, in dottrina e con la giurisprudenza, sul rapporto tra *ius constitutionis* – da intendersi come funzione nomofilattica in senso stretto e quindi come legittimazione, della Cassazione, ad emettere pronunce di portata generale, che possano andare al di là del caso concreto – e *ius litigatoris* – da intendersi come legittimazione della Corte ad essere giudice della concreta controversia ad essa sottoposta –.<sup>4</sup> La contrapposizione netta tra le due funzioni della Corte, almeno con riguardo alla lettura che di essa si dà oggi, dopo le riforme del processo di legittimità, appare, a mio avviso, eccessiva e di ciò cercherò di dare conto nel corso di queste brevi riflessioni.

2.- Pregiudizialmente occorre analizzare il contenuto dell'art. 363.

Il primo comma consente al Procuratore generale presso la Corte di “chiedere” che essa “enunci nell'interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi”. Tale “richiesta” del P.G. presuppone che si siano verificate, alternativamente, alcune situazioni ivi descritte: *a)* che le parti non abbiano proposto ricorso nei termini; *b)* che vi abbiano rinunciato; *c)* che il provvedimento impugnato per cassazione non fosse, in realtà, ricorribile *e* (corsivo mio) fosse comunque non altrimenti impugnabile. Si tratta, quindi, di ipotesi di inammissibilità del ricorso di parte, riconducibile o all'inutile decorso del termine di proposizione dello stesso e quindi di passaggio in giudicato del provvedimento impugnabile, oppure alla inimpugnabilità oggettiva di quello; o, infine, si tratta di improcedibilità del giudizio di cassazione già correttamente iniziato, conseguente alla rinuncia della parte legittimata.<sup>5</sup>

Detta richiesta, rivolta dal P.G. al Primo presidente, deve essere corredata da “una sintetica esposizione del fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento” della stessa; in risposta ad essa, il primo presidente potrà “disporre” che la Corte pronunci a sezioni unite “se ritiene che la questione è di particolare importanza”.

L'espressione “richiesta”, usata dal legislatore, ritengo debba essere interpretata alla lettera: formalmente si tratterà, quindi, di un ricorso, verosimilmente a struttura semplificata; in realtà, esso condividerà ben poco con il ricorso con funzione impugnatoria, dato alle parti: qui il legislatore ha voluto proprio rimarcare la differenza con il vecchio testo della norma, che si esprimeva in quei termini.<sup>6</sup> Oggi il P.G. non propone, quindi, un vero ricorso, nella descritta occasione, quasi ad evidenziare la purezza dell'attività sollecitata al supremo collegio: non ci sono interferenze con l'impugnazione (di un provvedimento di merito) per cassazione; qui si chiede alla Corte di intervenire per enunciare una regola generale di giudizio, quel principio di diritto cui il giudice del merito “avrebbe dovuto attenersi” e, naturalmente, non lo ha fatto. Ma la sorte del processo conclusosi con la disattenzione del giudice a quel principio è, in questa sede, totalmente irrilevante; i poteri delle parti, relativamente all'impugnazione della sentenza, sono stati consumati, disvelandosi, così, un'assoluta proiezione della decisione richiesta verso il futuro.<sup>7</sup>

Non si realizza, qui, pertanto, una *terzachance* per le parti e per la tutela dei loro diritti, ma l'intervento del Supremo Collegio è richiesto solo per affermare, appunto *pro futuro*, un criterio generale di giudizio in casi identici o simili a quello da cui si sono prese le mosse, che realizzi l'attuazione dell'art. 65 O.g. e quindi la funzione nomofilattica.<sup>8</sup>

Il P.G., pertanto, non impugna alcun provvedimento, né mira ad ottenere l'annullamento di alcun

4 Sul tema, cfr. l'indagine approfonditamente ricostruttiva e critica di SCARSELLI, *Ius constitutionis e ius litigatoris alla luce della nuova riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 355 ss.: l'A. si schiera contro l'uso della distinzione che si fa correntemente oggi ed anche contro la riferibilità di essa al giudizio di cassazione, per concludere che tutte le questioni fatte valere in cassazione attengono allo *ius constitutionis*, con esclusione dei soli ricorsi ex n. 5 dell'art. 360 (ivi, 366).

5 Nella sua nota il P.G. precisa (§1) che il nuovo rito di cassazione prevede una contrazione della partecipazione del P.G., “sovente” di carattere facoltativo, alle adunanze camerali fissate dinanzi alle sezioni semplici; ma, contemporaneamente, la riforma privilegia in modo evidente la funzione nomofilattica della Corte, esaltando la sollecitazione allo *ius constitutionis* che può dare la procura generale nell'esercizio dei suoi poteri.

6 Si è osservato, opportunamente, in dottrina (*Codice di procedura civile commentato* a cura di Consolo, II, Padova 2013, sub art. 363), che detto ricorso “non instaura ... una fase del processo di cognizione ... irrimediabilmente concluso”; con la conseguenza che il *dictum* della Corte “non consiste nell'annullamento della sentenza ma nella mera declaratoria della sua erroneità”.

7 E' quanto sembra emergere dalle parole di RORDORF, *L'ampliamento della nomofilachia nella riforma del giudizio di Cassazione*, in *La nuova corte di Cassazione* a cura di Di Porto, Padova 2017, 26, laddove evidenzia che la funzione nomofilattica è in grado di soddisfare la diffusa aspettativa, nella società, “di recupero della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni”.

8 L'espressione tradisce la chiara origine greca, derivante da *Nomofilace*, il magistrato che custodiva in un archivio il testo ufficiale delle leggi e assicurava la stabilità della legislazione (v. in *Vocabolario della lingua italiana Treccani*).

provvedimento; la sua legittimazione è funzionale esclusivamente all'interesse della legge, quindi all'interesse generale – *id est* dell'ordinamento giuridico, ma anche di tutti i consociati – a che una certa norma sia letta ed interpretata, nei futuri giudizi, in un determinato senso, conforme al significato ed alla funzione che la norma stessa assume nel sistema generale della tutela dei diritti.

Ci si è posti il problema se l'attività in oggetto possa considerarsi giurisdizionale;<sup>9</sup> mi pare si possa rispondere negativamente senza timore di errore. Non si può neanche lasciarsi fuorviare da appellativi forzatamente utilizzati per ricomprendere quell'attività all'interno della "giurisdizione oggettiva", o di una particolare modalità di "giurisdizione puramente consultiva"<sup>10</sup>: la funzione nomofilattica molto semplicemente non è funzione giurisdizionale; tutt'al più la si potrebbe considerare attività giurisdizionale in senso soggettivo, in quanto posta in essere da soggetti appartenenti all'ordinamento giudiziario ed in special modo alla giurisdizione ordinaria; ma dal punto di vista funzionale siamo distanti, proprio per l'assenza di coinvolgimento della tutela di diritti soggettivi e, conseguentemente, per l'assenza di giudizio. La S.C. investita della richiesta del P.G. non giudica di alcuna situazione giuridica sostanziale, ma si limita a rielaborare l'interpretazione di una norma di diritto positivo, che poi altri potranno (in realtà dovranno, sia pure entro certi limiti) utilizzare per giudicare.

Ciò non deve comportare – come la dottrina più accreditata ha posto in evidenza già in passato<sup>11</sup> – l'esercizio di attività "puramente astratta" da parte del P.G., soprattutto oggi, in presenza di una mole eccessiva di pronunce, annualmente richieste alla S.C. Ne è conferma la precisazione, contenuta nel cpv. dell'art. 363, secondo il quale la richiesta del PG deve contenere "una sintetica esposizione del fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento dell'istanza";<sup>12</sup> in conseguenza, la funzione nomofilattica, pur con la sua portata generale e la sua proiezione verso giudizi futuri, non si esercita a prescindere dal caso di specie, bensì origina sempre da esso, ma poi se ne distacca totalmente; l'esigenza del suo esercizio sorge da un caso concreto che il giudice di merito non abbia correttamente deciso, ma, una volta esercitata, proprio per quello non manifesta alcuna utilità pratica.

Quanto al destinatario della richiesta, *ex lege* si tratta del primo presidente – precisazione non contemplata nella versione dell'art. 363 ante 2006 – il quale la inoltra ad un collegio, che può essere di sezione semplice o di sezioni unite, a seconda che non ritenga o ritenga la questione sottopostagli "di particolare importanza". Siamo di fronte ad un potere discrezionale, esercitabile dal Primo Presidente sulla base di un criterio molto generale, verosimilmente riconducibile all'ambito di quelle "clausole generali" sempre più diffuse nei testi normativi e oggetto di crescente attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza.<sup>13</sup>

La particolare importanza della questione, che induce il Primo Presidente ad affidare la richiesta di pronuncia di un principio di diritto alle S.U., si deve leggere, a mio avviso, in senso congruente proprio con la funzione di quella pronuncia: fare nomofilachia. Siamo di fronte non ad una questione di particolare interesse ai fini della controversia generatrice della richiesta del P.G. (probabilmente, in tal caso, il legislatore avrebbe parlato di particolare rilevanza), ma ad una questione la cui soluzione è di interesse generale e superiore poiché, evidentemente, il giudice di merito non ne ha saputo cogliere l'essenza, esprimendo un principio giuridico inesatto o errato. Il pronunciamento delle S.U. dovrà servire a rimediare a quell'errore

9 Secondo le parole di RORDORF nel corso di un Seminario dedicato a *I precedenti*, presso l'Accademia dei Lincei il 6 luglio 2017, quello di nomofilachia è un "concetto circolare" e la funzione nomofilattica appartiene alla giurisdizione nel suo insieme.

10 FAZZALARI, *Ricorso per cassazione nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, Padova 1998, 17 ss. dove precisa che l'attività *de qua* non può ascrivere alla giurisdizione; v. spec. *ivi*, note 110 e 111, contenenti citazioni di vari Autori che utilizzano le espressioni richiamate nel testo e respinte dall'A.

11 FAZZALARI, *Op. loc. ult. cit.*

12 Mi pare che in queste righe le parole 'richiesta' e 'istanza' vengano utilizzate dal legislatore in modo promiscuo. Sul tema v. le osservazioni di IAN-NIRUBERTO, *Il "nuovo volto" dell'art. 363 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 1089 s., che condivide la riconduzione della sanzione dell'inammissibilità alla carenza della sintetica esposizione delle ragioni in fatto e in diritto della richiesta.

13 Sulle "norme elastiche" o "clausole generali", volutamente formulate dal legislatore in modo generico, per essere suscettibili di adattamento a contesti storico-sociali oppure a speciali situazioni, cfr. TRIA, *Il ricorso per cassazione per violazione di norme di diritto*, a cura di P. Cendon, Key editore 2015, 70 s., la quale precisa che secondo la dottrina e parte della giurisprudenza l'attività del giudice che utilizza nella decisione una norma elastica debba considerarsi autenticamente valutativa, di interpretazione giuridica e pertanto suscettibile di censura di legittimità almeno "sotto il profilo della correttezza del metodo seguito nell'applicazione della stessa". Recente approfondimento della complessa tematica è quello di PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano 2016, spec. 77 ss., ove l'A. distingue le clausole generali dalle norme generali e le rapporta con il potere discrezionale del giudice; quest'ultimo profilo era già stato oggetto dell'attenzione di FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici e indeterminati, clausole generali, <<standards>> valutativi e principi generali dell'ordinamento*, in *Foro it.* 1999, I, 3558 ss.

con una nuova regola cui i giudici futuri si dovranno attenere.<sup>14</sup>

Ancora una volta il cerchio si chiude evidenziando l'irrelevanza della nuova decisione rispetto al provvedimento di merito *illo tempore* impugnato per cassazione.

3.- Come ho già sopra evidenziato, il contenuto del I comma del nuovo art 363 non differisce radicalmente da quello della versione ante 2006, dello stesso articolo. Ma la legge di riforma n. 40 di quell'anno ha inciso radicalmente sull'istituto in esame con l'aggiunta, proprio all'art. 363, di un terzo comma, a prima vista piuttosto dirompente rispetto all'originaria previsione; esso infatti contempla sempre il potere della Corte di pronunciare principio di diritto, evidentemente (qui la previsione non è ripetuta) nell'interesse della legge, ma la peculiarità è data dalla totale pretermissione, in detto contesto, dell'istanza del P.G.

Nel nuovo terzo comma si dice che il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte "anche d'ufficio" – evidentemente rispetto a quello sollecitato dal P.G. – in presenza contestuale, stavolta, di due presupposti: *a)* che il ricorso proposto dalle parti sia dichiarato inammissibile; *b)* se la Corte ritiene che la questione decisa sia di particolare importanza.

Nessun dubbio sulla ancor più accentuata funzione nomofilattica del nuovo istituto.

Legittimamente – in quanto corrispondente ad un'iniziativa officiosa – è escluso, qui, qualsivoglia profilo impugnatorio; *maiori causa*, il legislatore esige che l'impugnazione per cassazione sia definitivamente consumata e con esito nefasto per le parti: la dichiarazione di inammissibilità della stessa, senza alcuna specificazione. Ne consegue che – come si è affermato da più d'uno in dottrina<sup>15</sup> – qualunque ipotesi di inammissibilità può essere ricondotta alla disposizione in esame, con conseguente legittimazione sia delle sezioni semplici – e specialmente della VI, la "sezione filtro" – che delle S.U.

L'ipotesi in esame, in realtà, dovrebbe essere di esclusiva spettanza delle S.U., ma la legge non lo impone; ciò che invece sembrerebbe inevitabile – come qualcuno ha ritenuto<sup>16</sup> – è la trattazione in pubblica udienza, apparendo la camera di consiglio inidonea alla pronuncia del principio di diritto: il relatore della causa, pertanto, di fronte all'opportunità di una pronuncia ex art. 363, III co. e nell'inerzia del P.G., in applicazione dell'art. 380 *bis* solleciterà il collegio alla destinazione della causa alla pubblica udienza nella quale, dichiarata l'inammissibilità del ricorso, potrà essere pronunciato d'ufficio il principio di diritto.

La lettura del terzo comma in esame sembra imporre la contestualità delle descritte attività, affermando che la pronuncia officiosa può avvenire quando il ricorso di parte "è" (e non "è stato") dichiarato inammissibile. Tuttavia, la soluzione del problema consolidatasi nel tempo, è favorevole alla decisione (anche) in camera di consiglio, essendo pure la dottrina divenuta, nel tempo, meno critica nei confronti della c.d. cameralizzazione del giudizio di cassazione.<sup>17</sup>

Si è pure osservato, in dottrina, che la "particolare importanza" della questione, che legittima la Corte ad esprimersi officiosamente attraverso un principio di diritto, non riguarda quella per cui è stata dichiarata l'inammissibilità del ricorso di parte, ma *quella che sarebbe stata rilevante per il merito*. L'opinione appare piuttosto rigida e limitante, spec. in ragione della necessità di contestuale presenza dei due presupposti, richiesta dalla legge.<sup>18</sup>

14 Secondo PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2014, 506, funzione della disposizione è quella di "soddisfare l'interesse pubblico ... perfettamente isolato da quello privato" (l'A. richiama qui Calamandrei e Furno), che consiste nell'eliminare una "non corretta interpretazione della legge" e contemporaneamente "far emergere un precedente della corte che possa imporsi in forza del prestigio della posizione dell'organo da cui proviene".

15 La funzione latamente consultiva del descritto istituto era già stata evidenziata da TOMMASEO, *La riforma del ricorso per cassazione: quali i costi della nuova nomofilachia*, in *Giur. it.* 2004, IV, 5, secondo il quale esso richiama l'esperienza francese della *Saisine pour avis*, operante dal 1979, avente ad oggetto "questioni di diritto nuove, difficili, diffuse". Secondo opinioni più recenti (riportate nel *Codice di procedura civile commentato* a cura di C. Consolo, cit., sub art 363, § 7), il legislatore della riforma ha optato per una sorta di *certiorari*, al fine di affrontare la *quaestio iuris* originariamente posta, in quanto di interesse generale.

16 Per una sintesi, cfr. il Codice di procedura civile commentato a cura di Consolo, cit., § 8; ma questa è l'opinione, per es., della stessa Cass., sez. lav., 21 dicembre 2009 n. 28327.

17 In tal senso, per es., VACCARELLA, *Le ombre del recente passato sulla riforma della cassazione*, in *La nuova cassazione civile*, cit., 37; per una ricostruzione della tematica, TISCINI, *Commento all'art. 363*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, IV, Torino, 723 ss.

18 In tal senso, per es., BRIGUGLIO, in *Commento alle riforme del processo civile* a cura di Briguglio e Capponi, Padova 2009, 116 ss.; RICCI, G.F., *Il giudizio civile di cassazione*, Torino 2013, 428; per la giurisprudenza, cfr. Cass. S.U. 28 dicembre 2007 n. 27187, che fa riferimento a questioni la cui particolare importanza sia desumibile non solo dal punto di vista normativo, ma anche da elementi di fatto; anche Cass., S.U. 17 maggio 2017 n.

Ancora una volta, la sollecitazione primigenia alla pronuncia del principio di diritto risale al ricorso di parte e quindi all'impugnazione di un provvedimento di merito dinanzi alla Cassazione; ma la reale esigenza, per la Corte, di pronunciarsi officiosamente dettando una sorta di regola di condotta per i futuri giudici che si occuperanno della stessa causa o di cause simili, si astrae dalla domanda di parte che, non a caso, deve essere dichiarata inammissibile. Dalla fattispecie concreta sottoposta alla sua attenzione, la Corte enuclea una questione di portata generale, la cui importanza travalica completamente il caso di specie, tanto è vero che può trattarsi anche di una questione processuale, oltre che di diritto sostanziale; è su di essa che la corte riterrà di doversi esprimere, ancorché non sia stata oggetto di particolare attenzione ad opera delle parti.

L'esercizio di potere officioso descritto dalla norma in esame si può considerare come l'altra faccia della medaglia rispetto al potere esercitabile dalla Corte ex art. 384, II co., ult. pt, la pronuncia nel merito quando non si richiedano ulteriori accertamenti di fatto. Detta previsione si lega ai casi in cui la Corte, pur non entrando certamente nell'indagine sul merito della controversia, recepisca, tuttavia, dal grado precedente, che la controversia è stata *funditus* esaminata dal giudice di merito e quindi la trasmissione della causa al giudice di rinvio, contestuale all'accoglimento del ricorso, non è affatto necessaria: essa stessa può, contestualmente, esprimere un principio di diritto e adeguarvi la fattispecie concreta attraverso una sentenza "di merito".<sup>19</sup>

Dal nuovo III co. dell'art. 363 si ricava, invece, una totale scindibilità del principio di diritto che la Corte ritiene di dover elaborare e pronunciare, dalla fattispecie concreta originariamente sottoposta; quel principio di diritto non riguarda necessariamente l'oggetto originario del giudizio, ma una questione, che, come ho già sottolineato, può essere sia sostanziale che processuale, su cui la Corte ritenga di doversi pronunciare, in direzione di giudizi futuri. Tutto ciò in presenza dell'inammissibilità del ricorso ad essa proposto.

Ancora una volta, la pronuncia non avrà effetto sul provvedimento impugnato, né è immaginabile una possibilità di "recupero" dello stesso, dopo la dichiarazione di inammissibilità.

4.- Il dibattito sulla concreta utilità della nuova previsione, anche ai fini di un risultato deflattivo per la Cassazione, ferve e la Comunicazione del Procuratore generale, da cui nascono queste brevi riflessioni, vi si inserisce a pieno titolo. E' a tal proposito che mi appare eccessiva la diffusa contrapposizione tra *ius constitutionis* e *ius litigatoris*; non è escludendo l'una o l'altra delle funzioni della Corte di cassazione, o attribuendo assoluta prevalenza all'una o all'altra, che si risolvono i tanti problemi che affliggono il sistema di giustizia affidato alla S.C.

L'art. 65 O.g. rappresenta, ancora oggi, la norma cui si ancora la funzione nomofilattica della cassazione, che non è antitetica a quella di giudice dell'impugnazione, ma è necessariamente convivente con essa, il tutto compatibilmente con la previsione dell'art. 111 Cost., sia nel suo VII co., che generalizza l'accesso alla Corte per "tutti" i provvedimenti giurisdizionali, che nel suo I co., impositivo della regola del "giusto processo". Ciascuno ha diritto di accedere alla cassazione contro un provvedimento giurisdizionale che lo pregiudica, ma la Corte non è stata concepita come giudice di terzo grado o di terza istanza, non è, pertanto, il giudice che ripercorre il processo per la terza volta, ma un organo giudiziario cui ci si rivolge per motivi di legittimità: è questa la ragione per la quale la Corte di cassazione può fare nomofilachia; è questo che ha voluto il legislatore del 40 – 42 e che il Costituente di qualche anno dopo non ha espunto.<sup>20</sup> E' proprio pronunciando in diritto, quindi, che la Cassazione può stabilire regole di principio che necessariamente eccedono dalla risoluzione del caso singolo, ma certamente non a suo detrimento: la funzione della Corte è duplice, essa non si può sottrarre alla decisione del caso singolo, ma l'ottica in cui quella decisione avviene è un'ottica anche generale e sovrastante quel caso singolo.

<sup>19</sup> 11799, in tema di effetto devolutivo dell'appello, la quale, pronunciando ex art. 363, III co., definisce i limiti di applicazione dell'art. 346 a proposito di un'eccezione di merito respinta in primo grado, in modo espresso o attraverso un'enunciazione indiretta che comunque ne sottenda l'infondatezza. Le scelte giurisprudenziali appaiono più pragmatiche di quelle della dottrina e complessivamente più condivisibili.

<sup>19</sup> Per una sintesi sul tema, v. CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 588 s.

<sup>20</sup> Non anche convalidato, però: v. SCARSELLI, *Ius constitutionis*, cit., 362 s., che ricostruisce il tentativo di Calamandrei di costituzionalizzare il principio di nomofilachia e la sconfitta ottenuta in Assemblea costituente in favore della contraria opinione di Giovanni Leone.



La più moderna riconsiderazione della funzione nomofilattica, attuata con la modifica fin qui esaminata non va, quindi, a detrimento del c.d. *ius litigatoris*; opera semplicemente in altra direzione, tuttavia compatibile con esso proprio in quanto non impediante la contestuale attività – funzione di giudizio sul caso singolo. Il problema si porrebbe solo se le norme fossero state concepite in modo tale che la funzione nomofilattica risultasse *ad excludendum* di quella decisoria su diritti; se essa risultasse, in qualche modo, impediante o limitatrice dell'accesso alla Cassazione, specialmente allorché il giudice di merito abbia pronunciato un provvedimento decisorio “non altrimenti impugnabile”; se essa, cioè, impedisse o limitasse la piena applicazione dell'art. 111, VII co., Cost.

Ma questo non accade, in quantoché, come ho già precisato, l'attivazione del potere di cui all'art. 363, anche nel suo nuovo III co., presuppone sempre che la corte sia stata adita da un soggetto ricorrente, il quale si sia visto respingere da una pronuncia di inammissibilità.

Il problema più concreto – secondo la mia opinione, conforme ad altre, peraltro di rilievo<sup>21</sup> – è quello dei limiti al “vincolo”: quello prodotto dalla decisione nomofilattica, spec. se delle S.U., nei confronti del giudice di merito che si troverà, successivamente, a decidere la stessa controversia od una su caso simile; ma anche altro tipo di vincolo, che la pronuncia della cassazione produce sullo stesso organo, oggi di particolare interesse dopo il verificarsi, spec. negli ultimi anni, di una serie di casi di c.d. *overruling*.

Con riferimento alla prima tipologia di vincolo, la situazione riconducibile al combinato disposto degli artt. 383 e 392-394, è chiara: allorché la Corte, in accoglimento del ricorso, spec. se proposto ex n. 3 dell'art. 360, cassi con rinvio, pronunciando principio di diritto, è evidente che quello – ma direi la sentenza della cassazione nel suo complesso – è vincolante per il giudice di rinvio designato, il quale dovrà attenersi nel suo nuovo pronunciamento sul caso di specie.<sup>22</sup> Le scarse parole da cui si ricava detto vincolo sono contenute, in particolare, nell'art. 384, II co., I pt., dove il legislatore si esprime in termini di “deve uniformarsi”; è noto, tuttavia, che quello stesso vincolo non è assoluto e soprattutto la sua disattenzione non è affatto impedita né sanzionata, bensì solo subordinata ad articolata motivazione.

Ma la disciplina veramente sintomatica dell'effettiva portata del vincolo prodotto dall'enunciazione in diritto della S.C. è quella dell'art. 374, spec. II e III co. Al di là, infatti delle decisioni a S.U. di cui al I comma dello stesso articolo, ivi si parla del potere discrezionale del Primo Presidente, di disporre che la Corte, su ricorso di parte, pronunci a S.U. su questione di diritto risolta diversamente dalle sezioni semplici, oppure se il ricorso presenti “una questione di massima di particolare importanza”. Dette decisioni, tuttavia, pur ottemperando a ragioni di nomofilachia e di uniforme interpretazione della legge in casi concreti, non producono un vincolo assoluto sulla sezione semplice, chiamata successivamente a decidere altro ricorso su materia identica od omogenea,<sup>23</sup> poiché, ai sensi del comma successivo dello stesso art. 374, la sezione semplice può “non condividere il principio di diritto enunciato dalle S.U.”, con la conseguenza che dovrà rimettere “a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso”.<sup>24</sup>

La terza ipotesi, infine è quella del generale vincolo prodotto dal principio enunciato dalla Corte, specialmente se a S.U., in confronto di qualunque giudice venga investito, successivamente ad esso, di una controversia identica o simile a quella che ha sollecitato la pronuncia nomofilattica: esso è veramente debole, teoricamente non si esige neppure adeguata motivazione per potersene discostare. Tuttavia, proposto ricorso, ove la Cassazione ritenga di mantenersi sulla stessa posizione, verosimilmente lo accoglierà e annullerà la

21 Mi riferisco qui, in particolare alle opinioni articolatamente espresse da A. Proto Pisani e R. Rordorf nelle Relazioni tenute al Seminario su “I precedenti” all'Accademia dei Lincei il 6 luglio 2017, di cui ho già fatto menzione.

22 Chiarissime le parole di CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 555, secondo cui si tratta, per il giudice di rinvio, di vera e propria “*lex specialis* del caso, che non cede il passo neppure a radicali mutamenti di giurisprudenza della stessa S.C.”

23 Sulla *ratio* della norma, destinata “ad evitare inutili oscillazioni interpretative” se non funzionali “all'effettiva uniformazione della giurisprudenza”, TISCINI, *Il giudizio di cassazione riformato*, in *Giusto proc. civ.* 2007, 547, la quale aggiunge, in condivisione con altra dottrina (ivi, nt. 129), che il vincolo che lega la sezione semplice alle sezioni unite è solo processuale.

24 Questa è la versione attuale dell'art. 374, successiva alla riforma del 2006; la precedente non contemplava neppure la rimessione, di ritorno, alle S.U. Precisa CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 595 s., che il legislatore opportunamente non ha dato seguito al progetto di riforma preparatorio del d. leg. 40/06, nella parte in cui prevedeva un vero e proprio vincolo delle sezioni semplici al principio di diritto espresso dalle S.U. “salvo dare impulso al c.d. *overruling* di quel principio in quella stessa sede”, a meno che, quindi, la stessa sezione semplice non avesse provocato “una rivisitazione” dello stesso principio di diritto, investendo nuovamente le S.U.

sentenza impugnata; di contro, la parte che intendesse provocare un mutamento di opinione della cassazione, incorrerà facilmente nell'inammissibilità del ricorso, ai sensi dell'art. 360 *bis*, n. 1 (decisione filtro), se non sarà in grado di enunciare motivi nuovi, che possano indurre la Corte a quel ripensamento.

In sintesi: il principio di diritto pronunciato dalla Corte di cassazione, nel nostro ordinamento giuridico è vincolante, ma in modo non assoluto; si è detto efficacemente, in dottrina, che esso è “tendenziale e *rebus sic stantibus*”<sup>25</sup>, o meramente “persuasivo”<sup>26</sup>.

Ma la distinzione che, come risulta dalle considerazioni che precedono, mi sembra di maggior interesse nell'ambito di una riflessione sul tema, è quella, di sintesi, tra forza vincolante del principio *eteroprodotta* e forza vincolante del principio, ma *autoprodotta*.

Alla prima categoria sono pressoché riconducibili le ipotesi appena sopra descritte; la seconda è quella più problematica perché totalmente priva, nel nostro ordinamento, di disciplina normativa. Mi riferisco ai casi in cui la S.C., ed in particolare le S.U., effettuino, *in itinere* e quindi nel corso di un giudizio, un ripensamento, dispongano, cioè, una revisione della soluzione apprestata ad una certa problematica, generalmente di tipo processuale, modificando il principio di diritto ad essa funzionale, fino a quel momento condiviso e reiterato.

Ogni volta che si verifica un caso del genere, si apre un ampio e vivace dibattito in dottrina e con la giurisprudenza, fondato essenzialmente sulla diffusa reazione alla violazione delle aspettative processuali delle parti che, in corso di giudizio, ritenevano di poter fare conto di una certa regola processuale – perché tale da tempo cristallizzata dalla stessa giurisprudenza di vertice – la quale all'improvviso si modifica, con conseguenze, processuali, negative per esse.<sup>27</sup> Il fenomeno, comunemente definito di *overruling* processuale, trova rimedio, sia pure con delle sfumature, in due possibili direzioni: quella della rimessione in termini, naturalmente ad istanza di parte; quella di una sorta di disapplicazione al caso concreto, dovendosi esso considerare efficace per il futuro, quindi per i futuri processi e non per quello dal quale la mutata decisione sia scaturita.

Sull'argomento, come accennavo in precedenza, non esiste una norma; non esiste, però, neppure una norma che vieti alla Cassazione di ripensare un certo orientamento interpretativo di norme processuali. Se il ripensamento in esame dovesse avvenire secondo le regole sopra viste e quindi in forma di pronunciamento eteroprodotta, quelle regole, anche relativamente alla forza vincolante in esso contenuta, sarebbero interamente applicabili, fermo restando il problema – su cui qui non mi intrattengo espressamente – dell'efficacia immediata sul processo in corso; se il ripensamento, invece, avvenisse in forma di pronunciamento autoprodotta – quindi ex art. 363, sia I che III co. – tutti i problemi di cui sopra sarebbero risolti poiché, non applicandosi, la nuova regola, al giudizio in corso, al di là dell'intensità del vincolo, a mio avviso maggiore proprio perché enunciato nell'interesse della legge, nessuna garanzia delle parti sarebbe violata, avendo le stesse la possibilità di prenderne tempestivamente atto per i giudizi futuri.

5.- Concludo queste brevi riflessioni rifacendomi alla premessa: non è necessario né opportuno considerare antitetiche le due funzioni assolute dalla Suprema Corte, quella nomofilattica di *ius constitutionis* e quella decisoria su diritti, di *ius litigatoris*. Esse possono certamente convivere ed è auspicabile che ciò accada;<sup>28</sup> la convivenza non realizza, a mio avviso, una *deminutio* della tutela giurisdizionale dei diritti, poiché il rafforzamento della prima non produce affatto limitazioni in danno della seconda: lo scopo perseguito

25 CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 555.

26 TARUFFO, *La Corte di cassazione tra legittimità e merito*, in *Foro it.* 1988, V, 237 ss.

27 È esemplare, tra le tante, la vicenda del termine di opposizione a decreto ingiuntivo generata da Cass., S.U., 9 settembre 2010 n. 19246, sulla quale rinvio al mio *Le modifiche relative al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*, in PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Aggiornamento, Torino 2013, 229 ss., anche per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. Secondo la più recente opinione di VACCARELLA, *I precedenti*, Intervento al già cit. Convegno presso l'Accademia dei Lincei (il testo mi è stato messo a disposizione dall'A.) la “rivitalizzazione” del ricorso nell'interesse della legge attuata nel 2006 ha fatto sì che proprio quando intervenga quel tipo di pronuncia si sia in presenza di quella “giurisprudenza che la Corte vuole sia seguita e osservata, di solenne, voluta ed esplicita enunciazione di principi che entrano a pieno diritto nella giurisprudenza della Corte”.

28 A meno che non si voglia una Cassazione solo giudice di terza istanza, come auspicava, in concomitanza con la riforma del 2006, MONTELEONE, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 943 ss., che considera l'art. 65 O.g. norma “autoritaria”, e nega la necessità che, nello Stato post-costituzione del 1948, esista ancora un diritto oggettivo nazionale di cui assicurare l'unità.

dal legislatore va letto in funzione di una migliore articolazione dei ricorsi in cassazione e di una selezione, effettuata a monte dallo stesso ricorrente, tra ricorsi proponibili perché destinati ad un possibile accoglimento e ricorsi la cui proposizione non è opportuna – non già impedita o severamente “filtrata” – perché l’orientamento della Corte su un determinato tema è già cristallizzato in senso contrario.

Trattasi comunque di una valutazione di opportunità, non aprioristicamente impediante l’accesso alla Cassazione, che il sistema comunque consente.<sup>29</sup>

---

29 Richiamo ancora una volta le parole pronunciate, durante il Seminario presso l’Accademia dei Lincei, più volte menzionato, da Andrea Proto Pisani, secondo il quale il vero problema – quello, cioè, che produce disfunzioni nell’attività della Cassazione – è quello dell’eccessivo numero dei ricorsi, per cui occorre ridurre l’ambito di ammissibilità di essi, essenzialmente attraverso una rilettura – o meglio, una riscrittura – dell’art. 111 Cost., che deve essere necessariamente bilanciato con l’art. 3 Cost., se non si vuol finire per sacrificare il fondamentale principio in esso contenuto, quello di uguaglianza: la strada proposta – se male non ho inteso – è quella di “rovesciare” l’art. 360 *bis*, stabilendo che il ricorso è inammissibile se non involge una questione generale e non si pone in contrasto con la giurisprudenza consolidata della Corte; la riduzione del numero dei ricorsi sarebbe automaticamente conseguente.

# ACTE AUTHENTIQUE FRANCESE E ATTO PUBBLICO ITALIANO COME PROVE DOCUMENTALI: ANALOGIE E DIFFERENZE ANCHE ALLA LUCE DELLA RIFORMA DEL CODE CIVIL DEL 2016 <sup>1</sup>

Giulia Di Fazio

Università degli Studi di Urbino. Italia.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nozione di *acte authentique*. – 3. L'efficacia probatoria dell'*acte*: l'ambito dell'effetto di *pleine foi*. – 4. Gli effetti probatori delle dichiarazioni documentate: l'esempio delle dichiarazioni su fatti sfavorevoli. – 5. *L'inscription de faux* e la querela di falso.

1. Nel sistema francese, la complessiva regolazione dell'*acte authentique* come prova documentale presenta molte analogie con la disciplina italiana sull'atto pubblico. La somiglianza fra il sistema italiano e quello francese è dovuta principalmente a ragioni storiche ed alla diretta derivazione del codice civile italiano del 1865 dal *code civil* francese (2).

Fino a tempi recentissimi, le analogie fra i due sistemi potevano cogliersi solo esaminando congiuntamente i tre “formanti” (normativo, giurisprudenziale e dottrinale) che nel sistema francese delineano la “regola operativa” dell'efficacia probatoria del documento pubblico (3). Come infatti si avrà modo di osservare nei paragrafi che seguono, fino alla riforma del *code civil* entrata in vigore nell'ottobre del 2016 (4), le norme francesi sull'*acte authentique*, ed in particolare quelle relative alla sua efficacia probatoria (contenute nei vecchi artt. 1319 e 1320 del *code civil*), erano formulate in maniera radicalmente diversa rispetto a quelle italiane (essenzialmente rispetto all'art. 2700 codice civile): solo attraverso l'analisi dell'applicazione giurisprudenziale delle dette norme, ed in parte della loro interpretazione dottrinale, era dunque possibile ravvisare compiutamente la somiglianza fra i due sistemi.

In linea generale, la somiglianza fra il sistema italiano e quello francese in tema di documenti pubblici riguarda due rilevanti aspetti. Il primo consiste nel fatto che in entrambi i sistemi al documento pubblico è ricondotto un effetto di prova piena: esso determina un vincolo per il giudice che riguarda sia la provenienza del documento dal suo autore sia alcune delle enunciazioni sui fatti che si traggono dal documento stesso; il secondo riguarda la tecnica di rimozione del detto vincolo che è affidata, in entrambi gli ordinamenti, a procedimenti formalizzati (*l'inscription de faux* e la querela di falso) e non alla semplice prova contraria (come invece avviene, ad esempio, fra i sistemi di *civil law*, nel sistema tedesco) (5).

1 Questo scritto è destinato alla pubblicazione sulla rivista *Giurisprudenza italiana*.

2 Sulla diretta derivazione del codice civile italiano del 1865 dal *Code Napoléon* v. ex multis, Corradini, *Le codificazioni civilistiche dell'ottocento*, in Rodotà (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, 49 ss. e spec. 56 ss. e, fra i contributi recenti, Varano, Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2014, 139 ss. e spec. 162 ss. Con riguardo alla disciplina della prova documentale pubblica e per un'analisi delle norme francesi sull'*acte authentique*, anche in raffronto a quelle del codice civile italiano del 1865, Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario italiano*, v. III, Torino, 1903, 12-173 e spec. 15-42 e di recente Farina, *La querela civile di falso. I. Origini e vicende storiche*, Roma, 2017, spec. 143 ss. e 177 ss.

3 Sui concetti di “formante” e di “regola operativa” come strumenti ormai classici della comparazione v. per tutti Sacco, Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2015, spec. 54-71.

4 V. l'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, “portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations”, il cui testo ufficiale è disponibile in PDF sul sito [www.legifrance.gouv.fr](https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/JO/texte) al seguente link: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/JO/texte>. La riforma modifica anche significativamente l'impianto del *Code civil* ed è entrata in vigore il 1° ottobre del 2016; essa è il frutto di un lungo percorso che ha visto succedersi diversi progetti di riforma. Le norme sulle prove sono state modificate con la riforma che ha inserito nel *Code civil* un autonomo Titolo IV bis relativo alla “prova delle obbligazioni”, le cui disposizioni (che vanno dall'art. 1353 all'art. 1368) hanno preso il posto, talora modificandole, di quelle prima contenute negli artt. da 1315 a 1369 dello stesso *Code*. Per un sintetico inquadramento della riforma v. Guiomard, *Réforme du droit des obligations. Un supplément au code civil 2016*, Parigi, 2016, *passim*. Nella dottrina italiana, ma con prevalente attenzione alla disciplina del contratto, v. ad es. Fusaro, *Tendenze del diritto privato in prospettiva comparatistica*, Torino, 2017, 459 ss. V. anche gli ulteriori contributi citati nelle note successive.

5 In base a quanto previsto nei §§ 437 e 415, 417, 418 della ZPO. In argomento v. ad es., in ottica comparatistica, Taruffo, voce “Evidence”, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, v. XVI, Tubinga, 2010, 36 ss. Nella dottrina tedesca, anche per riferimenti, v. Prütting, Gehrlein, ZPO

Come si cercherà di mostrare, pur in presenza di questi importanti tratti comuni fra il modello francese e quello italiano sussistono alcune differenze. Alcune di esse emergono in particolare prendendo in considerazione l'efficacia probatoria delle dichiarazioni documentate e più in generale gli effetti che queste dichiarazioni sono in grado di produrre sul piano della prova dei fatti nel processo. In generale infatti gli effetti probatori che discendono dall'utilizzo del documento nel processo non dipendono solo dalle regole relative direttamente alla efficacia probatoria del documento come prova precostituita ma anche da quelle che riguardano l'utilizzo e il valore delle dichiarazioni delle parti o di terzi documentate (6).

2. Ancor prima di analizzare le norme francesi sull'efficacia probatoria dell'*acte authentique* è opportuno soffermarsi sulla sua nozione. In Francia, come in Italia, infatti, l'effetto di prova piena e il correlativo onere di proporre l'*inscription de faux* non ricorrono allorché il documento prodotto in giudizio non possa essere qualificato come *acte authentique* (o come atto pubblico) (7).

L'*acte authentique* è oggi definito dall'art. 1369 del *code civil* francese come l'*acte* "qui a été reçu, avec les solennités requises, par un officier public ayant compétence et qualité pour instrumenter. Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État". L'articolo in questione è stato introdotto con la riforma del 2016 e riproduce in gran parte il contenuto del vecchio art. 1317 del *code*: con riguardo alla definizione di *acte authentique* la formulazione della precedente norma è stata modificata solo con l'aggiunta del riferimento esplicito al possesso in capo al pubblico ufficiale della *qualité* necessaria alla formazione dell'*acte*. Questa aggiunta sembra esprimere, anche se forse in maniera ridondante, la necessità che la formazione dell'*acte* da parte del p.u. avvenga non solo nell'ambito delle proprie competenze, fissate in termini generali ed astratti dalla legge, ma anche nell'esercizio delle proprie funzioni (e cioè, appunto, nella "qualità" di pubblico ufficiale) (8). Ai fini della esistenza di un *acte authentique* la lettera dell'art. 1369 del *code* richiede dunque la contemporanea presenza di tre condizioni: 1) la formazione dell'atto da parte di un "pubblico ufficiale"; 2) la competenza e la qualità in capo a questi a "ricevere" o comunque a formare l'atto; 3) il rispetto delle solennità richieste dalla legge nella formazione dell'atto stesso.

Il secondo comma dell'art. 1369 equipara l'atto informatico a quello cartaceo con una disposizione che era invece già presente nel precedente art. 1317, essendo stata inserita in quest'ultimo articolo a seguito della novella del 2000 che, più in generale, ha rimodulato la definizione della prova scritta (*preuve par écrit* o *litterale*), rendendola comprensiva dei documenti elettronici (9).

L'ultimo comma dell'art. 1369 contiene in fine una disposizione che non riguarda la definizione di *acte authentique* ma che esenta l'*acte* che sia stato ricevuto da un notaio "de toute mention manuscrite exigée par la loi". In generale, nel diritto francese, la *mention manuscrite* indica tutte le ipotesi in cui la legge richiede la

Kommentar, ed. Luchterhand, 2010, 1132 ss.

- 6 Sull'idea che il valore probatorio della rappresentazione documentale dipenda anche dalla natura della dichiarazione documentata, v. Carnelutti, *La prova civile*, Milano, 1992 (rist. dell'edizione del 1915), 158 ss.; Id., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 695 e 797 ss. e specialmente Denti, *La verifica delle prove documentali*, Torino, 1957, spec. 50, 51; fra i contributi più recenti v. Bertolino, *Documento e rappresentazione della realtà*, in Ronco (a cura di), *Il documento nel processo civile*, Bologna, 2011, 23 ss. e Rota, *I documenti*, in Taruffo (a cura di), *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 590.
- 7 Nella giurisprudenza italiana v. Cass. 25 novembre 1997, n. 11823, in *Mass. giur. it.*, 1997, confermata di recente dalla giurisprudenza amministrativa: Consiglio di Stato, 19 gennaio 2013, n. 297, in Banca dati *Pluris* 2013.
- 8 Secondo Pétel-Teyssié, voce *Preuve des obligations (Modes de preuve – Acte authentique)*, in commentario al *Code civil, JurisClasseur*, agg. 2017, fasc. unico, n. 6, il riferimento alla *qualité* del pubblico ufficiale è stato aggiunto "à exiger que l'acte ait été reçu par un officier public au sens de l'article 1369 du Code civil (C. civ., art. 1317 ancien), éventuellement par une personne habilitée à agir en ses lieu et place". La modifica si è limitata tuttavia a recepire l'interpretazione già pacifica in giurisprudenza del vecchio art. 1317 *code civil*. Così, Guiomard, *Réforme du droit des obligations*, cit., 56. Sul nuovo art. 1369 *code civil* v. anche Gijsbers, *La place de l'acte authentique dans la réforme du droit des obligations*, in *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 2017, n. 17, 1163 ss.
- 9 Prima della riforma del 2016 la definizione di prova scritta (comunque comprensiva del documento elettronico) era contenuta nell'art. 1316 del *code civil*; a seguito della riforma del 2016 essa è invece oggi prevista nell'art. 1365 del *code* che recita: "L'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support". Il successivo art. 1366 del *code* equipara invece gli scritti cartacei a quelli informatici sotto il profilo della efficacia probatoria. Anche la legge francese sulla redazione dei atti notarili (decreto, n. 71-941, del 26 novembre 1971) è stata modificata dal decreto n. 2005-973 del 10 agosto 2005 che ha definitivamente dato ingresso nel sistema francese all'atto notarile elettronico. Sullo scritto elettronico ed in particolare sull'*acte authentique* elettronico nel sistema francese v., ad es., de Lamberteire, *Les actes authentiques électroniques; réflexion juridique prospective*, Parigi, 2002, *passim*; Blanchette, Berger, *La "dematerialisation" des actes authentiques en droit français*, in *La Gazette des archives*, 2006, v. 204, 151 ss.; J. Flour, Aubert, Y. Flour, Savaux, *Les obligations, Le rapport d'obligation*, v. 3, Parigi, 2007, 17-24; Aynès, *L'authenticité. Droit, histoire, philosophie*, Parigi, 2013, 147 ss. Nella dottrina italiana v. Danieli, *La firma digitale quale prova legale: una comparazione tra Italia e Francia*, in *The Cordozo electronic Law Bulletin*, 2000, v. 6, consultabile on line tramite il link: <http://www.jus.unitn.it/cordozo/Review/Cyberlaw/danieli1.htm>

scrittura autografa delle parti <sup>(10)</sup>.

La nozione di *acte authentique* delineata nel primo comma dell'art. 1369 coincide in larga parte con quella di atto pubblico contenuta nell'art. 2699 del c.c. italiano. L'art. 1369 del *code*, tuttavia, così come il precedente art. 1317, non contiene alcun riferimento al termine "documento" e definisce l'*acte authentique* come "l'atto ricevuto" (*l'acte qui a été reçu*) da un pubblico ufficiale. Questa espressione compariva anche nella vecchia norma sull'atto pubblico italiano del codice civile del 1865 ed è stata eliminata in Italia con la nuova formulazione dell'art. 2699 del codice civile vigente (che definisce l'atto pubblico come "il documento redatto dal pubblico ufficiale") proprio per evitare la confusione concettuale fra l'atto sostanziale oggetto dell'attività documentativa e il documento come mezzo di prova <sup>(11)</sup>.

La sovrapposizione terminologica fra atto sostanziale documentato e documento era in realtà ancora più evidente nella versione del *code* antecedente alla riforma del 2016: l'art. 1317 era infatti inserito nel paragrafo secondo della sezione del *code* dedicata alla *preuve litterale*, rubricato "*du titre authentique*". Il termine "*titre*", che accresceva ulteriormente la declinazione sostanziale e non meramente probatoria dell'*acte authentique*, è stato eliminato con la riforma del 2016 e sostituito da quello di *acte authentique* (che intitola in particolare la sotto-sezione del *code* che contiene l'art. 1369).

A prescindere dai miglioramenti recati dalla riforma del 2016, è opportuno osservare come la dottrina francese abbia da sempre avuto ben chiara la distinzione fra l'*acte authentique* e il rapporto giuridico sostanziale documentato, distinguendo fra il *negotium* e l'*instrumentum* ossia tra l'*acte* come mezzo di prova e l'*acte* come fonte di obbligazioni <sup>(12)</sup>.

La formulazione letterale delle norme sull'*acte authentique* francese, dunque, più che essere dovuta ad una confusione fra il piano sostanziale e quello probatorio sembra dipendere dalla idea fortemente radicata nel sistema francese che l'*acte authentique* possieda una giuridicità propria che è distinta da quella del rapporto giuridico documentato e che si identifica con l'idoneità dell'*acte* a produrre autonomi effetti giuridici, in particolare di carattere probatorio ed esecutivo <sup>(13)</sup>.

Più in generale, nel sistema francese, la nozione di *acte authentique* è ancora oggi incentrata sul ruolo dell'autorità pubblica nella formazione dell'*acte* come *instrumentum*: da questo ruolo, dalla sua natura e dalle sue modalità di attuazione dipende infatti il conferimento al documento del crisma dell'*authenticité* e dunque di un effetto di incontestabilità giuridica che si esprime prima di tutto sul piano della prova <sup>(14)</sup>. La nozione giuridica di *authenticité* ricomprende dunque nel sistema francese anche l'effetto di *pleine foi* che viene ricondotto a determinate categorie di documenti pubblici <sup>(15)</sup>.

Entrambi i sistemi si caratterizzano comunque per una nozione molto ampia di *acte authentique* e di atto pubblico. Questa circostanza è in parte dovuta al fatto che sia l'art. 1369 del *code civil* sia l'art.

10 V. ampiamente in argomento, ad es., Majdanski, *La signature et les mentions manuscrites dans les contrats*, Bordeaux, 2000, *passim* e spec. 203 ss.

11 V. art. 1315 del codice del 1865, su cui, Mattiolo, *Trattato*, cit., 12 ss. Parte della dottrina italiana ravvisa, tuttavia, anche nell'attuale formulazione dell'art. 2699 del codice civile italiano degli elementi di sovrapposizione concettuale fra atto (documentato) e documento. Sul punto, v. ad es. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, 429, 430.

12 V. J. Flour, Aubert, Y. Flour, Savaux, *Les obligations*, cit., 20.

13 Sulla vocazione all'esecutività quale componente essenziale dell'*acte authentique*, v. ad es. Perrot, Théry, *Procédure civiles d'exécution*, Parigi, 2000, 331 ss.; Julienne, *Le caractère exécutoire de l'acte authentique – La force publique au service des contractants*, in *La Semaine Juridique, Section Notariale et Immobilière*, n. 29, 2014, 1250 ss. e Aynès, *L'authenticité*, cit., 122 ss. in cui si prendono in considerazione anche gli ulteriori effetti dell'*acte authentique*: probatorio e di "vocazione alla pubblicità".

14 La nozione di *authenticité* è stata oggetto di ampie analisi da parte della dottrina francese, anche recente. V. *ex multis* Flour, *Sur une notion nouvelle de l'authenticité*, in *Defrenois*, 1972, 977 ss. (nn. 1 e ss.); Chaîne, *L'authenticité et le notariat*, in *La Semaine Juridique, Section Notariale et Immobilière*, 1985, n. 12, 125 ss.; Lapeyre, *L'authenticité*, in *La Semaine Juridique, édition générale*, 1970, I, 2365; Olivier, *L'authenticité en droit positive française*, *Les Petites Affiches*, 28 giugno 1993, 12 ss.; De Lamberterie, *Réflexions sur l'établissement et la conservation des actes authentiques*, *Relazione di sintesi per il progetto internazionale "The International Research on Permanent Authentic Records in Electronic Systems"*, (InterPARES), 2001, spec. 4-10, e, recentemente, l'importante studio sistematico di Aynès, *L'authenticité*, cit., *passim* e, sull'evoluzione in prospettiva storica della nozione di *authenticité*, 34 ss.

15 Su questa caratteristica della nozione di *authenticité* v. Chaîne, *L'authenticité*, cit., 125 secondo cui l'*authenticité* è "la *foi publique attaché aux actes public*" e spec. Aynès, *L'authenticité*, cit., 47-130, il quale distingue fra *authenticité* in senso "sostanziale" e *authenticité* in senso "funzionale"; la prima indica la piena rispondenza dell'*acte* ai requisiti oggi indicati nell'art. 1360 del *code civil*, la seconda invece esprime l'attribuzione a determinati tipi di documenti di provenienza pubblica, pur privi di una o più delle componenti che definiscono la nozione sostanziale di *authenticité*, di alcuni effetti giuridici tipici degli *actes authentiques* ed in primo luogo di quello probatorio di *pleine foi*. Sulle ragioni storiche della nozione di *authenticité* francese cfr. ancora, nella dottrina italiana, Farina, *La querela civile di falso*, cit., 143 ss. e spec. 147, la quale osserva come nel *Code civil* francese viene recepita una nozione di autenticità documentale non più intesa come mera provenienza di uno scritto dall'effettivo autore, secondo le regole stabilite dal diritto romano; secondo l'autrice nel *code* "l'*acte authentique*" si ammantava di una nuova veste: quella di pretesa fondata su un mezzo di prova privilegiato".

2699 del codice civile italiano non individuano le singole categorie di documenti ad essi soggetti ma indicano solo i criteri generali (che rinviando, almeno in parte, ad altre disposizioni di legge) il cui rispetto consente di qualificare un documento, rispettivamente, come *acte authentique* o come atto pubblico<sup>(16)</sup>. In Francia si considerano, in particolare, *actes authentiques* sia i documenti di provenienza pubblica, ricettivi di atti giuridici privati (tipicamente gli atti notarili) sia tutti i documenti idonei a produrre, nel rispetto delle condizioni previste dalla legge, un effetto di *pleine foi* di tipo probatorio e più in generale un effetto di “*foi publique*”.

La maggioranza dei documenti qualificati come *actes authentiques* in Francia sono comunque considerati in Italia atti pubblici. In particolare in Francia, come in Italia, sono considerati *actes authentiques*, oltre gli atti notarili e gli atti di stato civile, ad esempio: le sentenze (che ai sensi dell’art. 457 del *code de procédure civile* sono espressamente assimilate agli *actes authentiques* sul piano della forza probatoria) e gli altri provvedimenti del giudice; gli atti formati dagli ufficiali giudiziari (*les huissiers de justice*) o dai cancellieri (*les greffiers*) e dai consulenti tecnici (*les experts judiciaires*)<sup>(17)</sup>.

Vi sono però alcuni atti qualificati come *authentiques* in Francia che non sono considerati atti pubblici in Italia.

In Francia, non sono ad esempio considerati *actes authentiques* i verbali ispettivi in materia di lavoro e previdenza e più in generale i verbali di contestazione delle infrazioni. I verbali degli ispettori del lavoro sono peraltro soggetti ad una disciplina specifica (contenuta nel codice del lavoro francese) che ne regola l’efficacia probatoria fissandola in un effetto di prova piena fino a prova contraria semplice<sup>(18)</sup>.

La dottrina e la giurisprudenza francesi prevalenti riconducono inoltre alla categoria degli *actes authentiques* le sentenze arbitrali, anche se non sono mancate osservazioni critiche al riguardo, in particolar modo fondate sulla assenza in capo agli arbitri della qualità di pubblici ufficiali e sulla natura privata dell’incarico loro conferito<sup>(19)</sup>. L’opinione prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza italiana esclude, invece, che possano essere qualificati come atti pubblici i lodi arbitrali e tutti gli atti del procedimento arbitrale (ad es. i verbali). Fra gli argomenti a sostegno di questa opinione rientra la mancanza in capo agli arbitri della qualifica di pubblici ufficiali e di incaricati di pubblico servizio e che è espressamente sancita nell’art. 813, c. 2 del c.p.c.<sup>(20)</sup>.

16 Anche in Italia la formulazione generica dell’art. 2699 c.c. ha, in larga parte, contribuito a determinare una tendenza, di carattere prevalentemente giurisprudenziale, ad ampliare il novero degli atti riconducibili alla nozione di atto pubblico, includendovi in particolare anche documenti redatti da pubblici ufficiali ed ai quali la legge non attribuisce espressamente il potere di conferire pubblica fede. Su questa lettura si fonda in particolare l’inclusione di una serie di atti amministrativi quali ad esempio i verbali di polizia giudiziaria o i verbali redatti da funzionari di enti previdenziali o dagli ispettorati del lavoro e altri numerosi. In argomento v. Comoglio, *Le prove civili*, cit., 431 s.; Rota, *I documenti*, cit., 595 ss. e Biorci, *L’atto pubblico e gli altri documenti di formazione pubblica*, in Ronco (a cura di), cit., 54 ss.

17 Sulla riconduzione alla categoria degli *actes authentiques* dei documenti formati da tutte queste categorie di soggetti v. Tallon, voce *Inscription de faux*, in commentario al *Code de Procédure civile JurisClasser*, 2014, fasc. 626, nn. 24-35; Aynès, *L’authenticité*, cit., 53-61; Pétel-Teyssié, voce “*Preuve des obligations*”, cit., nn. 13-21. Alcune incertezze riguardano però l’inquadramento della relazione di consulenza tecnica (*le rapport d’expertise*): la giurisprudenza francese ha, infatti, in alcune occasioni affermato esplicitamente che *le rapport d’expertise* non costituisce un *acte authentique*. V. ad es. Cass. civ., 19 gennaio 1999, n. 97-14194, in *Bull. civ.* 1999, I, n. 22, 15; Cass. civ., 22 maggio 2014, n. 13-17166, consultabile sul sito [www.juricaf.org](http://www.juricaf.org) che ha tuttavia escluso la qualifica di *acte authentique* della relazione di consulenza tecnica al fine di valutare l’idoneità della stessa a costituire un valido titolo di proprietà. *Contra* la giurisprudenza più risalente: ad es. Cass. civ., 13 gennaio 1902, in *Recueil périodique et critique mensuel Dalloz*, 1903, I, 317.

18 V. art. L. 8113-7 del *Code du travail* francese. Lo stesso tipo di efficacia probatoria, non assimilabile a quella degli *actes authentiques*, sembra riconducibile, anche in assenza di previsioni di legge specifiche, anche alla maggioranza dei verbali di constatazione delle infrazioni, v. Ghestin, Goubeaux, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Parigi, 1994, 663, nota 296; Pétel-Teyssié, voce “*Preuve des obligations*”, cit., 17. In Italia per la qualificazione dei verbali degli ispettori del lavoro come atti pubblici v. *ex multis* in giurisprudenza Cass. 23 giugno 2008, n. 17049, in *Banca dati Pluris* 2015; Cass. 14 maggio 2014, n. 10427, in *Lav. giur.*, 2014, 10, 883.

19 Per la riconduzione delle sentenze arbitrali entro la categoria degli *actes authentiques* già la dottrina francese risalente: v. Glasson, Tissier, Morel, *Traité théorique et pratique d’organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, v. V, Parigi, 1936, 353, 354; più di recente, A. Aynès, Vuitton, *Droit de la preuve*, cit., 127. L’opinione favorevole a qualificare le sentenze arbitrali come *actes authentiques* si fonda sull’idea che pur essendo privi della qualifica di pubblici ufficiali gli arbitri siano delegatari di una “funzione pubblica temporanea”. In senso parzialmente critico v. Aynès, *L’authenticité*, cit., 74, 75 secondo il quale le sentenze arbitrali non potrebbero essere qualificate come *actes authentiques* in senso “sostanziale” in ragione della mancanza della qualità di pubblico ufficiale in capo agli arbitri; lo stesso autore ritiene invece che medesime sentenze possano essere considerate *actes authentiques* in senso “funzionale”, per ragioni di opportunità ed in particolare per l’esigenza di rafforzare la vincolatività dei provvedimenti resi dagli arbitri. La giurisprudenza è comunque costante nell’attribuire alle sentenze arbitrali un effetto di prova piena (fino a *inscription de faux*) sia pur limitato alle enunciazioni relative a fatti avvenuti alla presenza degli arbitri, v. per riferimenti, Pétel-Teyssié, voce “*Preuve des obligations*”, cit., n. 16. Nella dottrina italiana si veda in argomento, per riferimenti al dibattito francese, Bonato, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli, 2012, spec. 125 ss.

20 V. ad es. Romano, *L’efficacia probatoria degli atti dei procedimenti arbitrali*, in *Riv. arb.*, 2011, 49 ss.; Bonato, *La natura*, cit., 263, anche per riferimenti e, prima ancora della modifica dell’art. 813 c.p.c., Grossi, *La falsità della dichiarazione concernente la conferenza personale degli arbitri ex art. 829, n. 3, c.p.c.: l’impugnazione ex art. 829 c.p.c. e la querela di falso*, in *Riv. arb.*, 2004, 289. In giurisprudenza già prima della introduzione dell’art. 813, c. 2, c.p.c. per la negazione della qualifica di p.u. in capo agli arbitri, v. ad es. Cass., 27 gennaio 2004, n. 1409, in *Giur. it.*, 2004, 2292 ss.; Cass., 19 luglio 1988, n. 4695, in *F. it.*, 1988, I, 2864. *Contra*, Cass., 14 febbraio 1997, n. 1404; Cass., 4 giugno 1975, n. 2222; App. Milano, 9 gennaio 1996, in *Giur. it.*, 1997, I, 2, 261. Di recente, cfr. però Cass. 7 febbraio 2014, n. 2807, in *Giust. civ. Mass.* 2014, che ritiene necessaria la proposizione della querela di falso per contestare l’attestazione della data di sottoscrizione del lodo, al fine di sostenere

3. Fino alla riforma del 2016, le due norme del *code civil* che disciplinavano l'efficacia probatoria degli *actes authentiques* erano gli artt. 1319 e 1320. La prima norma prevedeva, in particolare, al primo comma, “*l'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause*”; la seconda, relativa sia all'*acte authentique* sia a quello *sous seing privé*, stabiliva che entrambi i tipi di documenti “*fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation ait un rapport direct à la disposition. Les énonciations étrangères à la disposition ne peuvent servir que d'un commencement de preuve*” (21).

A seguito della riforma del *code civil* del 2016, la *force probante* dell'*acte authentique* è oggi regolata nel nuovo titolo IV *bis* del codice (relativo alla prova delle obbligazioni) ed in particolare nel nuovo art. 1371 che ha preso il posto del vecchio art. 1319. L'art. 1320 è stato invece abrogato con la riforma. Il primo comma dell'art. 1371 prevede in particolare che: “*l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public dit avoir personnellement accompli ou constaté*”. La riforma ha indubbiamente reso più chiara la disciplina francese e reso più agevole la comparazione con il sistema italiano.

I vecchi artt. 1319 e 1320 del *code civil* erano infatti caratterizzati per confondere e sovrapporre l'efficacia probatoria dell'*acte authentique* con gli effetti obbligatori discendenti dall'accordo fra le parti (*la convention*) o più in generale dalle dichiarazioni negoziali documentati.

In particolare nell'art. 1319 *code civil*, la sovrapposizione fra il piano della efficacia probatoria dell'*acte authentique* e quello degli effetti obbligatori dell'accordo era particolarmente evidente (22). Nella norma infatti la *pleine foi* dell'*acte* appariva limitata all'accordo delle parti (e non agli altri fatti documentati nell'*acte*) e si estendeva solo alle parti ed ai loro eredi ed aventi causa.

La dottrina e la giurisprudenza francesi hanno però da tempo ormai risalente messo in luce le ambiguità dell'art. 1319, attribuendo alla norma un significato ed una portata applicativa che si discostano notevolmente dalla sua formulazione letterale, sotto due principali aspetti. Il primo riguarda l'ambito soggettivo della *pleine foi* dell'*acte authentique* rispetto all'accordo (*convention*) documentato. Secondo la giurisprudenza e la dottrina francesi, formatesi nel vigore del vecchio art. 1319, l'*acte authentique* fa piena prova della esistenza e della conclusione dell'accordo documentato nell'*acte* non solo nei confronti delle parti ma anche nei confronti di tutti i terzi estranei all'accordo e, più in generale, *adversus omnes* (23). La differenza fra la posizione delle parti e quella dei terzi attiene invece gli effetti obbligatori dell'accordo che, in virtù del principio della relatività degli effetti del contratto (sancito dopo la riforma del 2016 nell'art. 1199 *code civil*, e prima nell'1165 *code civil*) non possono prodursi che nei confronti dei soggetti che hanno partecipato all'accordo stesso. L'efficacia probatoria (*la pleine foi*) dell'*acte authentique*, rispetto al fatto storico della conclusione dell'accordo, vale invece tanto nei confronti delle parti quanto dei terzi.

La rettifica interpretativa dell'art. 1319 *code civil* ha riguardato inoltre l'ambito oggettivo della fede privilegiata dell'*acte authentique*. Il disposto della norma poteva infatti lasciar intendere che l'*acte* potesse far prova (piena, fino a querela di falso) solo della “*convention*” ossia del rilascio di dichiarazioni delle parti finalizzate alla produzione dell'effetto giuridico sostanziale di conclusione di un contratto. La norma è stata invece costantemente interpretata nel senso di estendere la *pleine foi* dell'*acte* ad ogni fatto avvenuto alla

l'eventuale tardività della pronuncia del lodo stesso.

21 Per la parziale corrispondenza delle norme francesi richiamate con quelle del codice civile italiano del 1865 (artt. 1317 e 1318), v. ancora Mattiolo, *Trattato*, cit., v. III, spec. 27 ss. e Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, Torino, 1927, III, 304.

22 Anche la distinzione fra dichiarazioni enunciative e dispositive, posta dall'abrogato art. 1320, sembrava rilevare sul piano dell'efficacia probatoria, in base alla lettera dalla norma. In realtà, la stessa distinzione, rilevava solo al fine di stabilire l'ambito della efficacia obbligatoria delle dichiarazioni documentate: le dichiarazioni enunciative erano considerate vincolanti solo per le parti, e non per i terzi, solo se aventi un rapporto diretto con le dichiarazioni dispositive. L'effetto di piena prova dell'*acte authentique* era comunque, pacificamente, esteso anche al rilascio delle dichiarazioni enunciative, nei confronti delle parti e dei terzi; le stesse enunciative, invece, se prive di relazione con le dichiarazioni dispositive, non potevano produrre effetti obbligatori per le parti ma solo valere come “principio di prova per iscritto”. V. Mattiolo, *Trattato*, cit., 32 con riguardo alle corrispondenti norme italiane del codice del 1865 e Lessona, *Trattato delle prove*, cit., 508 ss. anche per riferimenti alla dottrina francese più antica. L'art. 1320 era comunque di scarsissima applicazione pratica, v. Ghestin, Goubeaux, *Traité de droit civil*, 633, cit., nota 294.

23 V. *ex multis* Ghestin, Goubeaux, *Traité de droit civil*, cit. 662 e nota 293; Nicod, *La force probante de l'acte notarié*, in *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 2013, n. 5, n. 1; Aynès, *L'authenticité*, cit., 110 s. il quale distingue fra l'efficacia obbligatoria della convenzione e la sua opponibilità ai terzi, rilevando il carattere “difettoso” della formulazione dell'art. 1319; Pétel-Teyssié, voce *Preuve des obligations*, cit., n. 90. Il principio è del tutto pacifico in giurisprudenza e le prime rettifiche interpretative del disposto dell'art. 1319 *code civil* risalgono all'800, v. Cass. civ., 28 maggio 1879, in *Recueil*, 1880, 1, 157. Nella dottrina italiana più risalente, Mattiolo, *Trattato*, cit., 28 e ss.



presenza del pubblico ufficiale e dunque: al rilascio di dichiarazioni delle parti dell'*acte*, siano esse dichiarazioni di natura dispositiva (non solo contrattuale) o di scienza; al rilascio di dichiarazioni di terzi; ai fatti naturali e alle attività umane compiute dalle parti, dai terzi o dal pubblico ufficiale stesso <sup>(24)</sup>.

La *pleine foi* dell'*acte* era inoltre pacificamente estesa alla provenienza dell'*acte* dal pubblico ufficiale che lo avesse sottoscritto e alla data e al luogo di formazione dell'*acte* stesso. La regola operativa dell'efficacia probatoria dell'*acte authentique* coincideva dunque, già prima della riforma del 2016, con quella dell'atto pubblico italiano e che si trova espressa nell'art. 2700 c.c. <sup>(25)</sup>.

Il nuovo art. 1371 ha dunque recepito sotto molti profili l'interpretazione accordata al previgente articolo 1319. È opportuno però segnalare come anche nella nuova norma non compaia alcun riferimento espresso alla prova della provenienza dell'*acte* dal p.u. che ne appaia l'autore. Sotto questo profilo, il legislatore francese ha perso l'occasione di esplicitare un principio pacifico: l'idoneità dell'*acte authentique* a far fede, *ex se*, della propria origine è sempre stata considerata in Francia un tratto distintivo degli *actes authentiques* nell'ambito della categoria delle prove scritte <sup>(26)</sup>.

Una limitata, anche se incerta, divergenza fra il sistema francese e quello italiano emerge invece prendendo in considerazione l'ipotesi in cui il documento pubblico presenti dei vizi materiali così evidenti (cancellazioni e/o abrasioni) da indurre a ritenere, ad un semplice esame visivo, che il documento stesso sia stato alterato o falsificato.

Né le norme francesi sull'*acte authentique* né quelle italiane sull'atto pubblico chiariscono se nella richiamata ipotesi il documento mantenga comunque l'effetto di prova piena fino ad *inscription de faux* o querela di falso o se invece, come ad esempio è previsto nel sistema tedesco <sup>(27)</sup>, il documento possa essere comunque ritenuto dal giudice non genuino sulla base della sua semplice ispezione e perdere così l'efficacia di prova piena rispetto ai fatti da esso rappresentati. Questa seconda possibilità è esclusa nel sistema italiano nel quale, salvo alcune risalenti ed isolate opinioni, si ritiene che i vizi materiali evidenti del documento debbano comunque essere fatti valere come profili di falsità (materiale) del documento stesso nell'ambito del procedimento di querela di falso <sup>(28)</sup>. La dottrina e la giurisprudenza francesi hanno invece mostrato, soprattutto in passato, una maggiore apertura alla possibilità che il giudice, in presenza di falsità materiali evidenti del documento, possa ritenerlo privo di fede privilegiata sulla base della propria valutazione discrezionale e senza che sia necessario che le parti esperiscano previamente l'*inscription de faux* <sup>(29)</sup>.

4. Come dovrebbe già essere emerso dalle considerazioni sin qui svolte, anche il rapporto fra l'efficacia probatoria dell'*acte authentique* e le dichiarazioni delle parti contenute nell'*acte* è analogo a quello che contraddistingue l'atto pubblico e le dichiarazioni documentate nel sistema italiano: *l'acte authentique* fa *pleine foi*, fino ad *inscription de faux*, del rilascio delle dichiarazioni ma non della verità delle stesse rispetto ai fatti storici da esse (eventualmente) rappresentati <sup>(30)</sup>. Più in generale, come nel sistema italiano, la disciplina dell'*acte authentique* non riguarda gli effetti che le dichiarazioni documentate possono produrre autonomamente sul piano probatorio e che variano in base al tipo di dichiarazione di cui si tratta (e che di volta in volta è riprodotta nel documento pubblico prodotto in giudizio).

24 Dottrina e giurisprudenza costanti, v. ad esempio, J. Flour, Aubert, Y. Flour, Savaux, *Les obligations*, cit., 24-25; Buffélan Lanore, Larribau Terneyre, *Droit civil, Première année*, Parigi, 2007, 94; Aynès, *L'authenticité*, cit., 109; Nicod, *La force probante*, cit., n. 7; Pétel-Teyssié, voce *Preuve des obligations*, nn. 92 ss. In giurisprudenza, ad esempio, v. Cass. 17 novembre 2009, n. 08-20.669; Cass. 31 maggio 2007, n. 06-14.658, entrambe inedite e consultabili sul sito [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr); Cass., 4 marzo 1981, n. 80-14.123, in *Bull. Civ.*, I, n. 79; Cass. 3 febbraio 1993, in *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1993, n. 366, 304.

25 Sull'ambito della fede privilegiata dell'atto pubblico italiano, v. le recenti disamine di Rota, *I documenti*, cit., 597 ss. e Biorci, *L'atto pubblico*, cit., 43 ss.

26 La dottrina francese ha inoltre criticato la nuova formulazione dell'art. 1371 nella parte in cui non contiene l'espressione "*pleine foi*" per indicare l'effetto probatorio tipicamente e pacificamente ricondotto all'*acte authentique*: il nuovo art. 1371, come si è osservato, prevede infatti che l'*acte* faccia "*foi*" degli atti e dei fatti avvenuti alla presenza del p.u. Per questo rilievo cfr. Rouzet, *L'article 1371 nouveau du Code civil: faut-il déshabiller Pierre pour habiller Paul?*, in *La Semaine Juridique, Notariale et Immobilière*, 2016, n. 16-17, 2, b).

27 In particolare in base al par. 419 della ZPO su cui v. ad es. Prütting, Gehrlein, *ZPO*, cit., 1151.

28 In Italia solo alcune opinioni risalenti, ma all'epoca minoritarie, sostenevano la possibilità per il giudice di ritenere falso il documento che apparisse *ictu oculi* tale, anche senza ricorrere alla querela di falso. V. Giorgi, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno itali*, Firenze, 1890, v. I, 330 e per riferimenti Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, Torino, 1927, III, 375.

29 Nella dottrina francese più recente, v. Aynès, *L'authenticité*, cit., 107. Fra le opinioni più risalenti v. Jouhet, *De la nature, des variétés et du rôle de l'acte authentique en droit privé français*, Bordeaux, 1930, 8; Aubry, Rau, *Cours de droit civil*, 5 ed., t. XII, Parigi, 1922, § 755, nota 57.

30 Principio consolidato in dottrina e in giurisprudenza, v. ad es. Pétel-Teyssié, voce *Preuve des obligations*, cit., 103 anche per riferimenti giurisprudenziali.

Come si è anticipato, è proprio guardando agli effetti probatori delle dichiarazioni documentate che emergono alcune differenze fra il sistema francese e quello italiano. Una rilevante divergenza si rinviene, ad esempio, esaminando gli effetti riconducibili alle dichiarazioni delle parti su fatti ad esse sfavorevoli.

Anche in Francia, come in Italia, l'efficacia probatoria delle dichiarazioni provenienti dalle parti del giudizio, contenute in atto pubblico e relative a fatti sfavorevoli alla parte che le rende si determina avendo riguardo alle norme e ai principi che regolano la confessione (*l'aveu*) ed in particolare la confessione di tipo stragiudiziale.

La disciplina francese della confessione, prima contenuta negli artt. 1354-1356 del *code civil*, è stata modificata con la riforma del 2016 ed è oggi inserita negli artt. 1383, 1383-1 e 1383-2 del *code civil*. La modifica normativa tuttavia si è sostanzialmente limitata a recepire le indicazioni di dottrina e giurisprudenza e a rendere più chiare le norme francesi. Fino alla riforma, ad esempio, il *code civil* non conteneva una definizione generale di confessione; il nuovo art. 1383, riprendendo e codificando la definizione già unanimemente accolta da dottrina e giurisprudenza, recita oggi espressamente: “*L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques. Il peut être judiciaire ou extrajudiciaire*”<sup>(31)</sup>.

Come nell'ordinamento italiano, infatti, le norme francesi distinguono dunque la confessione in giudiziale (*aveu judiciaire*) e stragiudiziale (*aveu extrajudiciaire*); la confessione stragiudiziale resa oralmente al di fuori del processo deve essere provata in giudizio<sup>(32)</sup>, mentre quella resa per iscritto entra nel processo attraverso le regole e le tecniche (produzione ed esibizione su ordine del giudice) che si applicano al documento che la contiene.

Dal punto di vista della efficacia probatoria, tuttavia, la distinzione fra confessione giudiziale e stragiudiziale si atteggia nel sistema francese in maniera radicalmente diversa rispetto a quanto previsto in quello italiano. Solo la confessione giudiziale è considerata una prova legale (o, secondo la terminologia francese, “perfetta”) ed ha efficacia di prova piena contro colui che l'ha resa. La confessione stragiudiziale, invece, è soggetta al libero apprezzamento del giudice. Fino alla riforma del 2016, il *code civil* francese non conteneva alcuna esplicita previsione in tal senso e si limitava a disciplinare l'efficacia probatoria della confessione giudiziale, in ciò distinguendosi dal codice civile italiano che all'art. 2735 disciplina l'efficacia probatoria della confessione stragiudiziale, distinguendola a seconda che essa sia rivolta alla parte o ad un terzo. Il carattere di prova liberamente valutabile della confessione stragiudiziale in Francia era comunque pacificamente riconosciuto sia in dottrina sia giurisprudenza ed era attribuito indifferentemente alla confessione stragiudiziale resa alla controparte e a quella resa ad un terzo<sup>(33)</sup>. Nel vigore della vecchia disciplina, l'attribuzione dell'effetto di prova piena alla sola confessione giudiziale era comunemente ricondotta alle circostanze del suo rilascio e, in particolare, alle maggiori garanzie offerte dalla presenza del giudice<sup>(34)</sup>; non mancavano tuttavia ricostruzioni che riconducevano l'effetto di prova piena della confessione giudiziale alla sua assimilazione con le allegazioni delle parti di carattere ammissivo o non contestativo<sup>(35)</sup>.

In linea con queste opinioni, il nuovo art. 1383-1 regola oggi espressamente l'efficacia probatoria della confessione stragiudiziale, prevedendo al secondo comma che “*sa valeur probante est laissée à l'appréciation du juge*” e senza porre alcuna distinzione fra l'ipotesi in cui la confessione sia resa alla controparte o ad un terzo. La riforma non sembra tuttavia aver sciolto alcuni dubbi in ordine ai rapporti fra la confessione giudiziale e quella stragiudiziale ed in particolare circa l'applicabilità al secondo tipo di confessione delle regole sulla confessione giudiziale e relative alla inscindibilità della dichiarazione confessoria e alla sua revocabilità

31 La confessione era infatti unanimemente definita come la dichiarazione di una parte su fatti (e non su circostanze o qualificazioni giuridiche) idonea a produrre conseguenze sfavorevoli in giudizio per l'autore della dichiarazione, v. ad es. Ghestin, Goubeaux, *Traité de droit civil*, cit., 703. La definizione più risalente di confessione, spesso citata nei manuali, è quella riconducibile all'opera di Aubry, Rau, *Cours de droit civil*, cit., t. XII, § 751, 91 secondo cui “*l'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai et comme devant être tenu pour avéré à son égard un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques*”.

32 V. l'art. 1383-1 *code civil*.

33 V. Aubry, Rau, op. cit., § 751, 106-107 e nella dottrina francese contemporanea, ex multis, Ghestin, Goubeaux, *Traité de droit civil*, cit., 703 e 708; J. Flour, Aubert, Y. Flour, Savaux, *Les obligations*, cit., 42-44; Casson, voce *Preuve des obligations (Modes de preuve – Aveu. Effets)*, in *commentario al Code civil, Juris Classeur*, fasc. 20, agg. 2017, nn. 46 e 47 anche per riferimenti giurisprudenziali. In giurisprudenza cfr. ex multis Cass., 11 dicembre 1961, n. 60-10.999, in *Bull.*, 1961, I, n. 592; Cass., 12 giugno 1963, n. 60-13.319, in *Bull.*, 1963, I, n. 313; Cass., 11 luglio 2001, n. 99-19.566, in *Bull.*, 2001, I, n. 213, 134 e in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, 887.

34 V. Buffelan Lanore, Larribau Terneyre, *Droit civil*, cit., 101. Cfr. anche Casson, voce *Preuve des obligations*, cit., n. 46.

35 V. Ghestin, Goubeaux, *Traité de droit civil*, cit., 703.

(entrambe già previste nell'art. 1356 *code civil* per la sola confessione giudiziale e dopo la riforma riprodotte senza sostanziali variazioni nel nuovo art. 1383-2).

L'applicabilità di queste ultime regole alla confessione stragiudiziale è fortemente controversa in Francia ed anzi l'opinione prevalente tende ad escluderla.

In particolare, l'opinione prevalente considera sempre scindibile la confessione complessa stragiudiziale ammettendo che il giudice possa tener conto ai fini della formazione del proprio convincimento solo di alcune delle dichiarazioni stragiudiziali del confitente<sup>(36)</sup>. La scindibilità della confessione stragiudiziale si risolve, in particolare, nella possibilità per il giudice di differenziare la valutazione delle dichiarazioni che compongono la medesima risultanza probatoria non tanto dal punto di vista del grado dell'efficacia probatoria ad esse attribuibile (che non è in questo caso predeterminata e legale) ma da quello del loro utilizzo (o meno) ai fini della formazione del proprio convincimento.

L'applicabilità alla confessione stragiudiziale della regola sulla revocabilità per solo errore di fatto prevista nell'art. 1383-2 *code civil* è invece maggiormente controversa, in assenza di una previsione normativa sul punto. L'opinione maggioritaria in dottrina ritiene che la confessione stragiudiziale sia sempre revocabile dalla parte che l'ha resa, indipendentemente dalla prova dell'errore di fatto e che la effettiva portata della revoca (ossia la sua idoneità ad infirmare l'efficacia probatoria della dichiarazione confessoria) debba anch'essa essere rimessa al libero apprezzamento del giudice, il quale deciderà sul punto tenendo conto anche dei documenti, degli altri mezzi di prova e più in generale delle circostanze del giudizio<sup>(37)</sup>. La Cassazione francese non si è invece ancora espressamente e compiutamente pronunciata sulla questione e le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di merito sono limitate<sup>(38)</sup>.

La circostanza che la riforma del 2016 abbia inserito una norma (l'art. 1383-1 *code civil*) sulla efficacia probatoria della confessione stragiudiziale senza includervi tuttavia alcuna previsione relativa alla sua scindibilità o revocabilità costituisce un elemento che depone per l'inapplicabilità delle corrispondenti regole previste per la confessione giudiziale; anche se occorrerà comunque attendere che si formi un'interpretazione sulla nuova norma relativa alla confessione stragiudiziale.

Il diverso regime dell'efficacia probatoria della confessione stragiudiziale francese, sin qui sinteticamente descritto, incide sugli effetti probatori complessivamente riconducibili all'impiego nel processo del documento pubblico che contenga dichiarazioni confessorie. Mentre in Italia, infatti, la dichiarazione confessoria contenuta in atto pubblico (se resa alla controparte) è munita di per sé di efficacia di prova piena rispetto ai fatti che rappresenta, in Francia la confessione contenuta in un *acte authentique* è liberamente apprezzabile e l'effetto di prova legale è limitato al documento che la contiene e riguarda solo il fatto del rilascio della dichiarazione confessoria. Inoltre in Italia, da altro punto di vista, l'efficacia probatoria della dichiarazione confessoria stragiudiziale può venir meno solo a seguito della sua revoca e cioè della prova del suo rilascio per errore di fatto o violenza; in Francia invece, secondo la tesi che sembra prevalere, la "ritrattazione" della confessione non è soggetta al medesimo presupposto ed è tendenzialmente libera e rimessa al prudente apprezzamento del giudice.

Il quadro sin qui descritto potrebbe ad esempio incidere sugli effetti riconducibili alla produzione in giudizio di un documento contenente una dichiarazione di quietanza di pagamento ossia una dichiarazione con cui il creditore assevera il fatto dell'intervenuto pagamento da parte del debitore. La qualificazione della dichiarazione di quietanza come confessione stragiudiziale, che si riscontra con diversi accenti in entrambi i

36 In dottrina, per la scindibilità della confessione stragiudiziale, v. ad es. Ghestin, Goubeaux, *Traité de droit civil*, cit., 708; Casson, voce *Preuve des obligations*, cit., n. 48, 49 anche per riferimenti giurisprudenziali. In giurisprudenza, Cass. civ., 7 marzo 1973, n. 71-12.595, in *Bull.*, III, n. 185, 134; Cass., 22 maggio 1964, n. 61-12.228, in *Bull.*, n. 386; Cass., 29 novembre 1965, n. 64-10.811, in *Bull.*, n. 654. *Contra*, per la indivisibilità della confessione stragiudiziale, ad es. Cass. 19 aprile 1985, n. 83-16.449, in *Bull.*, IV, n. 117, 101.

37 V. Ghestin, Goubeaux, *Traité de droit civil*, cit., 709; nella dottrina francese risalente v. Aubry, Rau, *Cours de droit civil*, cit., t. XII, § 751, nota 66. Sul punto, anche per riferimenti, v. ancora Casson, voce *Preuve des obligations*, cit., n. 50.

38 Cfr. però Cass. 2 maggio 2012, n. 11-15509, inedita e consultabile sul sito [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), nella quale in motivazione si afferma la revocabilità per errore di fatto della confessione stragiudiziale. Nella giurisprudenza di merito, cfr. in senso contrario, Corte di Appello di Parigi, 14 gennaio 2000, anch'essa inedita e consultabile sul sito [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), che oltre a sancire la libera apprezzabilità della confessione stragiudiziale ne afferma la scindibilità e la libera revocabilità. V. anche per altri riferimenti, Casson, voce *Preuve des obligations*, cit., nn. 50 e 51.

sistemi, incide non poco sugli effetti riconducibili alla stessa dichiarazione sul piano probatorio<sup>(39)</sup>. In Italia in particolare gli effetti (di prova piena) della dichiarazione di quietanza potranno venir meno solo a seguito della sua revoca ossia provando, *ex art.* 2732 c.c., che il suo rilascio sia avvenuto per errore di fatto o violenza<sup>(40)</sup>. In Francia invece la dichiarazione di quietanza, oltre ad essere ritenuta soggetta al libero apprezzamento del giudice e dunque priva di efficacia di prova piena rispetto al fatto dell'avvenuto pagamento<sup>(41)</sup>, non è soggetta a revoca per errore di fatto e può essere smentita fornendo in giudizio la prova del mancato pagamento attestato nella medesima quietanza.

Questo assetto incide peraltro anche sui mezzi impiegabili in giudizio per dimostrare la falsità della dichiarazione di quietanza ed in particolare sulla possibilità di utilizzare a tal fine la testimonianza e le presunzioni. Il tema è certamente complesso ed in questa sede è possibile svolgere solo alcuni cenni. In estrema sintesi, in Italia la giurisprudenza più recente afferma che i limiti di ammissibilità previsti dagli artt. 2721 ss. c.c. si applichino solo al cospetto di una quietanza simulata o c.d. "di comodo"; al di fuori di questa ipotesi infatti l'efficacia di prova legale della quietanza impedisce a monte di utilizzare le testimonianze e le presunzioni per fornire la prova contraria alla quietanza (ossia la prova del mancato pagamento), in ragione della regola sulla revoca della confessione dettata dall'art. 2732 c.c., in base alla quale l'eliminazione dell'effetto di prova piena della dichiarazione di quietanza può avvenire solo attraverso la sua revoca per errore di fatto o violenza<sup>(42)</sup>. Quest'ultima regola non costituisce, tuttavia, in senso stretto, uno strumento per fornire la prova contraria della quietanza ma semmai per invalidare la stessa. In Francia invece, ove non c'è un problema di invalidazione e di revoca della efficacia di prova piena della quietanza, alcune opinioni affermano l'applicazione dei limiti previsti per la prova degli atti giuridici dagli artt. 1359 ss. *code civil* (*ex artt.* 1341 ss.) al cospetto di una dichiarazione di quietanza e cioè riconoscono che il creditore non possa provare con testimonianza o presunzioni che il pagamento attestato nella quietanza non sia in realtà avvenuto<sup>(43)</sup>. Questa interpretazione tuttavia trova la sua giustificazione nella rilevanza dispositiva della dichiarazione di quietanza e nel suo inquadramento come *acte juridique* al quale si correla l'obbligo di preconstituzione della prova scritta (oggi espressamente sancito dall'art. 1363 *code civil*). La conferma di questa ricostruzione è data anche dal fatto che le opinioni minoritarie che nella dottrina e nella giurisprudenza francesi escludono l'applicabilità dei limiti di cui agli artt. 1359 ss. *code civil* ss. alla prova del mancato pagamento del prezzo (contro la quietanza) fanno leva sulla qualificazione del pagamento quale semplice fatto<sup>(44)</sup>.

5. Come si è anticipato, i sistemi italiano e francese hanno in comune anche la tecnica di rimozione del vincolo probatorio ricondotto dalla legge ai documenti pubblici. L'effetto di *pleine foi* dell'*acte authentique* e di piena prova dell'atto pubblico possono venir meno, infatti, solo attraverso la *inscription de faux* e la querela di falso ossia mediante dei procedimenti caratterizzati dall'autonomia formale<sup>(45)</sup>.

39 Da alcuni anni la giurisprudenza italiana è costante, pur con diversi accenti, nell'applicare alla quietanza le regole sulla confessione stragiudiziale. Si veda in particolare Cass. s.u. 22 settembre 2014, n. 19888, in *I contratti*, 2015, 147 ss. ai cui commenti dottrinali si rinvia anche per riferimenti all'ampio e risalente dibattito dottrinale relativo alla natura della dichiarazione di quietanza: v. Tuccari, *Le sezioni unite delineano la disciplina applicabile alle diverse figure di quietanza*, in *I contratti*, 2015, 152 ss. del quale cfr. anche la voce "Quietanza atipica", in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. X, Torino, 2016, 634 ss.; Frassinetti, *Efficacia probatoria della dichiarazione di avvenuto pagamento contenuta nella denuncia di vendita di autoveicolo ex art. 13, r.d. 1814/1927*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 221 ss. e Mondini, *Quietanze di pagamento e prova contraria*, in questa *Rivista*, 2015, 1873 ss. Per l'applicazione delle norme della confessione alla quietanza, dopo la sentenza delle Sezioni Unite, v. ad es. Cass. 19 maggio 2015, n. 10202, in *Diritto e Giustizia* 2015; in epoca anteriore ad es. Cass. 22 febbraio 2006, n. 3921, in *Mass. giur. it.* 2006. In Francia la questione della qualificazione della dichiarazione di quietanza come confessione stragiudiziale non è oggetto di specifici dibattiti, probabilmente in ragione del carattere di prova liberamente valutabile dell'*aveu extrajudiciaire*. In giurisprudenza v. però per l'esplicita qualificazione della quietanza come confessione stragiudiziale, cfr. Cass., 4 marzo 1986, n. 84-16862, in *Bull.*, 1986, n. 48, 45, specificamente relativa a quietanza contenuta in *acte authentique*.

40 V. Cass. s.u. 22 settembre 2014, n. 19888, cit.

41 Cfr. Cass., 4 marzo 1986, n. 84-16862, cit.

42 (V. Cass. s.u. 22 settembre 2014, n. 19888, cit.; conf. Cass. 27 novembre 2014, n. 25213, in Banca dati *Pluris* (CED Cassazione 2014) e s.u. 13 maggio 2002, n. 6877, in questa *Rivista*, 2003, 881, con nota di Ronco.

43 V. spec. Cass., 4 novembre 2011, n. 10-27.035, in *La Semaine Juridique, section Entreprise et Affaires*, n. 11, 2012, 1184 che censura la sentenza di appello impugnata nella parte in cui aveva considerato raggiunta la prova della non verità della quietanza (ossia del mancato versamento del prezzo) attraverso il ricorso a presunzioni. Nello stesso senso, v. Cass., 16 novembre 1977, n. 76-11712, in *Bull.*, 1977, III, n. 393, 300 e in dottrina, v. Ghestin, Goubeaux, *Traité de droit civil*, cit., 190, 640, nota 190 anche per riferimenti. Cfr. anche Cass., 10 marzo 1993, n. 90-19474, inedita e consultabile sul sito [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), nella quale, sotto altro aspetto, si specifica che qualora la quietanza sia contenuta in un *acte authentique* e dia atto di un pagamento del prezzo avvenuto non alla presenza del notaio non occorre la querela di falso per provare il mancato pagamento. In giurisprudenza si è invece a tal fine ammesso, ad esempio, l'utilizzo di una confessione stragiudiziale resa dal debitore nell'ambito di un altro processo (ed attestata dagli atti processuali di quel processo): v. Cass., 7 marzo 1973, n. 71-12595, inedita e consultabile sul sito [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

44 V. Ghestin, Goubeaux, op. cit., 640, nota 191.

45 Nella dottrina italiana sulla querela di falso, v. ad es. Denti, *La verifica*, cit., spec. 195 ss.; Id, voce *Querela di falso*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1966, 658 ss.; De Stefano, voce *Falso (querela di)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 696 ss.; Attardi, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 187 ss.; Verde, voce

In entrambi i sistemi, in particolare, tanto la querela di falso quanto l'*inscription de faux* possono essere proposte sia in via incidentale, ossia nell'ambito di un processo già avviato nel quale il documento sia prodotto come mezzo di prova dei fatti di causa, sia in via principale ossia mediante l'instaurazione di un giudizio autonomo avente quale oggetto l'"accertamento" della falsità del documento; in entrambi i casi il procedimento di verifica della prova documentale è un procedimento autonomo, soggetto a specifiche regole sulla competenza e sullo svolgimento e che dà luogo ad una pronuncia autonomamente impugnabile.

Pur in presenza di numerosi elementi in comune, la disciplina italiana e quella francese dei giudizi di falso contro i documenti pubblici presentano anche molte differenze, alcune delle quali hanno carattere sistematico e non attengono cioè alle forme e alla tecnica del procedimento. La prima di queste differenze riguarda il rapporto fra il giudizio civile e il giudizio penale di falso. Sia in Francia sia in Italia i due giudizi sono considerati distinti per oggetto e funzione: il primo si rivolge contro il documento e mira ad eliminarne la forza probante, il secondo è diretto contro l'autore del falso ed è finalizzato ad accertarne la condotta rilevante sul piano penale<sup>(46)</sup>. Dal punto di vista normativo, l'autonomia fra i due giudizi si riflette anche nella possibilità, prevista in entrambi i sistemi, che il giudizio di falso civile e quello penale pendano contemporaneamente<sup>(47)</sup>. Le modalità di coordinamento fra accertamento penale e accertamento civile del falso sono però in parte diverse.

In particolare in Italia il detto coordinamento avviene fra le sentenze, in forza dell'art. 654 del codice di procedura penale che disciplina l'autorità del giudicato penale nel processo civile e dell'art. 537 del medesimo codice relativo alle pronunce penali sulla falsità di documenti<sup>(48)</sup>. E' tuttavia controverso se il giudizio civile sul falso debba o meno essere sospeso in ragione della pendenza di un giudizio penale sul falso documentale ed in attesa della sua definizione, anche se l'opinione negativa sembra oggi prevalere<sup>(49)</sup>. La soluzione della questione è strettamente dipendente dagli orientamenti relativi alla sospensione per pregiudizialità penale del processo civile che, dopo la riforma dell'art. 75 c.p.p. dell'88, non è più imposta in via generale ma è confinata entro spazi ridotti. In particolare, al di fuori del campo di applicazione dell'art. 75 c.p.p., che confina le ipotesi di sospensione del processo civile alle ipotesi in cui esso verta su pretese risarcitorie o restitutorie, le ipotesi di sospensione per pregiudizialità penale si ricavano dal combinato disposto degli artt. 295 c.p.c., 654 c.p.p. e 211 disp. att. c.p.p.<sup>(50)</sup>.

*Querela di falso*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 1 ss. Nella dottrina più recente, Rota, *I documenti*, cit., 612 ss.; Dominici, *La querela di falso*, in Ronco (a cura di), cit., 281 ss.; Vanzetti, *Commento agli artt. 221-227*, in Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella, *Commentario del c.p.c.*, v. III, 2012, 821 ss. e, per gli orientamenti giurisprudenziali più recenti, Russo, *Segnali di crisi della querela di falso*, in *Giur. it.*, 2016, 479 ss.; per un'approfondita analisi storica dell'istituto della querela di falso, v. Farina, *La querela civile di falso*, cit., *passim*. Sull'*inscription de faux*, v. ad es., nella dottrina francese, Guinchard, *Nouveau Code de procédure civile*, Parigi, 1999, 317 ss.; Couchez, *Procédure civile*, Parigi, 2008, 337 ss.; Guinchard, Chainais, Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Parigi, 2014, nn. 697 ss.; Tallon, voce "*Inscription de faux*", in *Encyclopédie Procédure civile, JurisClasseur*, 2014, fasc. 626, nn. 1 ss. e sull'ambito di applicazione, Pétel-Teyssié, voce *Preuve des obligations*, cit., nn. 106 ss. Nella dottrina italiana, v. Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, v. III, Torino, 1903, 61 ss. in ottica di raffronto con le norme italiane del codice del 1865 e Farina, *La querela civile di falso*, cit., 150 ss., in relazione alla disciplina francese del *Code de procédure civile* del 1806.

46 V., nella dottrina italiana, Denti, voce "*Querela di falso*", cit., 659; più di recente, Liebman, *Manuale*, cit., 350; Rota, *I documenti*, cit., 614; Negrini, *I rapporti fra processo civile e processo penale con riguardo alla falsità documentale*, in Ronco, *Il documento*, cit., 345 ss. ivi anche per riferimenti. Nella dottrina francese, v. Tallon, voce "*Inscription de faux*", cit., n. 39.

47 V., sul punto, con riguardo al sistema francese, Tallon, voce "*Inscription de faux*", cit., n. 41, secondo cui la proponibilità della *inscription de faux* in sede civile non è preclusa dalla estinzione del reato in sede penale e, viceversa, l'avvio dell'azione penale di falso non è impedita dal ritiro del documento nella procedura di *inscription de faux* incidentale o dalla chiusura dei procedimenti civili di falso per motivi di rito. In Francia, tuttavia, la scelta della parte di intentare il giudizio civile di falso preclude alla stessa la possibilità di promuovere di sua iniziativa un giudizio penale di falso: la contemporanea pendenza dei due giudizi (civile e penale) di falso può derivare solo dall'avvio dell'azione penale di falso da parte del p.m. in pendenza del giudizio civile. Con riguardo al sistema italiano, sull'autonomia fra giudizi civili e penali di falso v., ad es., Vanzetti, *Commento agli artt. 221-227*, cit., 849 ss. e Negrini, *I rapporti*, cit., 354 ss.

48 Le due fattispecie sono diverse: l'art. 654 c.p.p. riguarda gli effetti sul giudizio civile del giudicato penale sul reato di falso; l'art. 537 c.p.p. invece regola gli effetti delle sentenze penali dichiarative della falsità di documenti e pronunciate nei giudizi relativi a qualsiasi reato. Entro i limiti dettati dall'art. 654 c.p.p. la sentenza penale irrevocabile che abbia accertato la falsità di un documento ha efficacia vincolante nel processo civile; tuttavia il detto effetto vincolante non comporta la cessazione della materia del contendere nel giudizio civile e non preclude al giudice civile di decidere autonomamente sulla querela, pur con i vincoli cognitori derivanti dall'accertamento penale; in quest'ultimo senso, in particolare, v. Cass. 13 luglio 1995, n. 7653, in *Mass. giur. it.* 1995. Sugli effetti delle pronunce penali di falso sulle azioni civili di falso, v. Denti, *La verifica*, cit., 297 ss.; Id., *Limiti all'efficacia delle pronunce penali sulla falsità documentale*, in questa *Rivista*, 1960, 81; più recentemente, Negrini, *I rapporti*, cit., 364 ss.; cenni anche in Rota, *I documenti*, cit., 615 il quale, richiamando l'opinione di Denti (voce "*Querela*", cit., 659) ritiene che il giudizio civile possa prescindere del tutto dall'accertamento penale del falso nel caso in cui il reato non sia imputabile ad alcuno o in quello in cui lo stesso si sia estinto o comunque non sia perseguibile.

49 V. per una rassegna delle varie posizioni, Negrini, *I rapporti*, cit., 354 ss. e Rota, *Commento all'art. 221 c.p.c.*, in Carpi, Taruffo, *Commentario breve al c.p.c.*, Padova, 2015, 936 s.

50 Quest'ultima norma in particolare prevede che: "salvo quanto disposto dall'articolo 75 comma 2 del codice, quando disposizioni di legge prevedono la sospensione necessaria del processo civile o amministrativo a causa della pendenza di un processo penale, il processo civile o amministrativo è sospeso fino alla definizione del processo penale se questo può dare luogo a una sentenza che abbia efficacia di giudicato nell'altro processo e se è

Secondo una prima opinione, la sospensione del processo civile in pendenza di un processo penale relativo ai medesimi fatti dovrebbe essere disposta ogni qual volta la sentenza penale sia idonea a spiegare effetti di giudicato nel processo civile *ex art.* 654 c.p.p. <sup>(51)</sup>. Accedendo a questa tesi pertanto si è ritenuto che la sospensione del processo civile, nel quale venga dedotta la falsità di un documento, debba essere disposta in pendenza di un processo penale che implichi un accertamento dei medesimi fatti (rilevanti ai fini dell'accertamento di un reato di falsità) e che sia idoneo a produrre effetti di giudicato nel giudizio civile ai sensi dell'art. 654 c.p.p. <sup>(52)</sup>.

Secondo un'altra opinione, che appare maggioritaria, la sospensione obbligatoria del processo civile, al di fuori dei casi previsti dall'art. 75, c. 3 c.p.p., sarebbe da escludere o al più potrebbe disporsi solo nel caso in cui la decisione sulla domanda spiegata in seno al processo civile dipenda direttamente dall'accertamento dell'intera fattispecie penalistica e non solo dei fatti ad essa relativi <sup>(53)</sup>; secondo quest'orientamento la mera comunanza di fatti fra processo civile e processo penale non varrebbe ad imporre la sospensione del giudizio civile, essendo necessario che l'accertamento del reato sia idoneo ad incidere, in termini di pregiudizialità e sempre al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 654 c.p.p., sulla fattispecie sostanziale fatta valere in sede civile. Su questa tesi più restrittiva si fonda l'opinione che esclude la sospensione dei giudizi civili di falso per pendenza di giudizi penali relativi ai reati di falso documentale: l'accertamento della verità/falsità del documento in sede civile non avrebbe infatti quale presupposto della sua fattispecie costitutiva l'accertamento del reato di falso in sede penale <sup>(54)</sup>. Secondo questa lettura dunque, i giudizi civili e penali sul falso documentale potrebbero dunque proseguire parallelamente, salvi gli eventuali effetti vincolanti del giudicato penale sul giudizio civile *ex art.* 654 c.p.p.

Val la pena peraltro osservare come, anche accogliendo la tesi favorevole alla sospensione per pregiudizialità penale, l'eventuale effetto sospensivo è destinato a prodursi sul vero e proprio giudizio di falso (proposto in via principale o avviato a seguito di una domanda incidentale) e non sulla lite principale nell'ambito della quale l'incidente di falso sia stato sollevato. Non solo perché la lite principale potrebbe essere già formalmente sospesa a seguito della proposizione della querela <sup>(55)</sup> ma anche perché l'accertamento penale del falso non sarebbe pregiudiziale rispetto all'accertamento della pretesa giuridica sostanziale fatta valere in seno alla lite principale civile (nel cui ambito il documento oggetto di querela sia stato prodotto) ma solo rispetto all'utilizzo del documento come mezzo di prova nella stessa lite principale pendente in sede civile <sup>(56)</sup>.

La situazione è in parte diversa nel sistema francese ove una ipotesi di sospensione del giudizio civile per pendenza di un giudizio penale di falso è esplicitamente prevista nell'art. 312 del *code de procédure civile* <sup>(57)</sup>. Questa norma in particolare prevede che nel caso in cui dei processi penali siano stati istaurati nei confronti degli autori o

già stata esercitata l'azione penale”.

- 51 V. Capponi, *A proposito di nuovo processo penale e sospensione del processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, 348 ss. e spec. 356 ss.; Vellani, *Considerazioni critiche sulla sospensione del processo civile alla luce del nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1991, 772; C. Graziosi, *Osservazioni sulla disciplina della pregiudizialità penale al processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 407 ss.; Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, I, Bologna, 2011, 598.
- 52 In questo senso, Capponi, *A proposito*, cit., 359.
- 53 Per questo orientamento più restrittivo, con vari accenti, v., in dottrina, Consolo, *Del coordinamento fra processo penale e processo civile: antico problema risolto a metà*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, cit., 227 ss.; Menchini, voce *Sospensione (processo civile di cognizione)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 45 s.; Trisorio Liuzzi, *Riforma del processo penale e sospensione del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 529 ss. Per ulteriori riferimenti cfr. Zumpano, *Rapporti fra processo civile e processo penale*, Torino, 2000, 228 ss. In giurisprudenza, sulla possibilità che il processo penale e civile proseguano parallelamente, v., *ex multis*, Cass. 28 maggio 2001, n. 7242, in *Mass. giur. it.* 2001; Cass. 18 gennaio 2007, n. 1095, in *Mass. giur. it.* 2007; Cass., 1 ottobre 2013, n. 22463, in Banca dati *Pluris* (CED Cassazione 2013); Cass. 17 dicembre 2015, n. 23516, in Banca dati *Pluris* (CED Cassazione 2015); per limitate aperture alla possibilità di sospensione, v. Cass. s.u. 5 novembre 2001, n. 13682, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2209 nota di Zumpano; Cass. 16 dicembre 2005, n. 27787, in *Mass. giur. it.* 2005; Cass. 21 dicembre 2010, n. 25822 in *Giur. it.*, 2011, 10, 2113 ss. nota di Ronco.
- 54 Così Cass. 3 luglio 2009, n. 15641, in *Mass. giur. it.* 2009. In dottrina, contro la sospensione per pregiudizialità penale dei giudizi di falso civili, v. ad es. Negrini, *I rapporti*, cit., 359; nel medesimo senso sembra inoltre orientato Rota, *Commento all'art. 221 c.p.c.*, cit., 937.
- 55 Ai sensi ad es. degli artt. 313 c.p.c. e 355 c.p.c. In argomento v. ad es. Dominici, *La querela di falso*, cit., 314 ss.; Vanzetti, *Querela di falso e sospensione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1502 ss.; più in generale, sui rapporti fra l'istituto della sospensione e la querela di falso, v. Trisorio Liuzzi, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, spec. 205 ss., 572 s. e 614 ss.
- 56 Per rilievi simili in ordine però al rapporto fra la lite principale e il giudizio di falso civile, ai fini della “sospensione” della prima *ex art.* 225, c. 2 c.p.c., v. Cass. 24 luglio 2015, n. 15601, in Banca dati *Pluris* (CED Cassazione 2015).
- 57 Anche in Francia il coordinamento fra giudizi civili e penali avviene anche fra le decisioni e non solo attraverso la tecnica della sospensione, anche se in Francia sono assenti disposizioni espresse analoghe all'art. 654 c.p.p. italiano. V. Tallon, voce “*inscription de faux*”, cit., nn. 39 ss. anche sugli effetti sul processo civile di falso dei vari tipi di giudicati penali.

dei complici del falso, il processo civile venga sospeso fino alla definizione di quello penale a meno che “il giudizio principale” non possa essere deciso senza tener conto del documento del quale si denuncia la falsità o sia intervenuta rinuncia o transazione sul falso. L’art. 312 *c.p.c.*, che fa parte del gruppo di regole sull’*inscription de faux* incidentale, ma che è ritenuta comunque applicabile anche al procedimento instaurato in via principale<sup>(58)</sup>, è in linea con la tradizione francese che accorda una forte prevalenza agli accertamenti penali su quelli civili (“*le criminel tient le civil en l’état*”) e che si rifletteva nel disposto dell’art. 4 del *code de procédure pénale* francese secondo cui la contemporanea pendenza di un processo penale e di un processo civile vertenti sui medesimi fatti imponeva la sospensione del secondo<sup>(59)</sup>. Nel 2007, l’art. 4 del *c.p.p.* è stato però riformato e la sospensione obbligatoria per pregiudizialità penale permane in Francia nei rapporti fra i giudizi penali e i giudizi civili risarcitori: per i restanti giudizi, la sospensione è sempre facoltativa, anche quando l’esito del giudizio penale possa incidere su quello del processo civile<sup>(60)</sup>. A dispetto di queste modifiche di sistema, il disposto dell’art. 312 del *c.p.c.* francese è rimasto invariato e la sospensione del giudizio civile è imposta allorché il documento la cui falsificazione è alla base dell’azione penale sia idoneo ad incidere sulla decisione del giudizio civile nei termini indicati dalla norma ed in particolare nel caso in cui il giudizio civile possa non essere definito “*sans tenir compte de la pièce arguée de faux*” in sede penale<sup>(61)</sup>.

In caso di *inscription* a titolo incidentale, la sospensione prevista nella norma sembra riferirsi al giudizio principale nel cui ambito l’incidente è sollevato, dal momento che la sospensione viene subordinata dalla norma alla valutazione di incidenza del documento oggetto degli accertamenti penali sulla definizione del giudizio principale.

Un ulteriore tratto distintivo del sistema francese riguarda gli effetti determinati dalla proposizione della *inscription de faux* sulla “esecuzione” dell’*acte authentique*. Già in base all’art. 1319, c. 2 del *code civil*, nella versione antecedente alla riforma del 2016, infatti, la proposizione di una azione di falso principale determinava automaticamente la sospensione dell’esecuzione dell’*acte*; nel caso di *inscription de faux* a titolo incidentale, invece, il giudice aveva la mera facoltà di sospendere provvisoriamente l’esecuzione dell’*acte*. Il nuovo art. 1371, c. 2 del *code civil* ha semplificato la regola enunciata nel vecchio art. 1319 prevedendo che: “*en cas de demande d’inscription de faux, le juge peut suspendre l’exécution de l’acte*”. La nuova norma contempla, infatti, una sospensione sempre facoltativa dell’esecuzione dell’*acte* che sia contestato mediante *inscription de faux*, senza che rilevi la distinzione fra *inscription* proposta a titolo principale e incidentale. La vecchia formulazione dell’art. 1319 *code civil* era coerente con un sistema in cui l’azione principale di falso aveva solo carattere penale: l’*inscription de faux* a titolo principale in sede civile è stata introdotta infatti nel sistema francese solo con la riforma del *code de procédure civile* del 1973<sup>(62)</sup>. La riforma del 2016 ha dunque reso coerente la regola francese sulla sospensione dell’esecuzione dell’*acte* con l’introduzione nel sistema francese dell’azione di falso civile a titolo principale e con il venir meno dell’esigenza di differenziarne il trattamento, ai fini della sospensione dell’esecuzione dell’*acte*, dalla *inscription* a titolo incidentale. Il nuovo art. 1371, c. 2 (come il previgente art. 1319, c. 2), che non ha corrispondenti nel sistema italiano<sup>(63)</sup>, si riferisce letteralmente alla sospensione degli effetti esecutivi dell’*acte authentique*; tuttavia si ritiene che l’effetto sospensivo riguardi anche gli effetti probatori del documento e dunque determini una perdita provvisoria della fede privilegiata del documento (anche al di fuori del processo in cui la questione di falso sia fatta valere) che è destinata a perdurare sino alla definizione del procedimento di *inscription de faux*<sup>(64)</sup>.

58 V. Guinchard, *Nouveau code*, cit., 325. La norma non è invece ritenuta applicabile davanti al giudice dell’esecuzione, v. Couchez, *Procédure civile*, cit., 341, nota 3; Tallon, voce “*Inscription de faux*”, cit., n. 51 e in giurisprudenza, Cass., 18 febbraio 1999, n. 96-2104, in *Bull.*, 1999, II, n. 35, 24 e Cass., 28 marzo 2008, n. 06-19988, inedita e consultabile sul sito [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

59 Sul punto cfr. Zumpano, *Rapporti fra processo civile e processo penale*, cit., 225 s.

60 In ciò differenza che in Italia ove la residuale ipotesi di sospensione prevista dell’art. 75 *c.p.p.* è obbligatoria.

61 V. però l’opinione, successiva alla riforma dell’art. 4 *c.p.p.* francese, di Tallon, voce “*inscription de faux*”, cit., n. 44, secondo la quale l’art. 312 costituisce comunque una applicazione specifica del principio enunciato nell’art. 4 del *c.p.p.* francese.

62 La formulazione dell’art. 1319, c. 2 risentiva della natura esclusivamente penalistica dell’azione di falso a titolo principale: essa prevedeva infatti che la sospensione dell’esecuzione dell’*acte* operasse a partire dalla “*mise en accusation*”.

63 In Italia una regola di contenuto analogo era invece contenuta nel codice civile del 1865, in particolare nell’art. 1317. v. Mattiolo, *Trattato*, cit., 65.

64 V. con riguardo al nuovo art. 1371 v. Pétel-Teyssié, voce *Preuve des obligations*, cit., n. 114; Guimard, *Réforme du droit des obligations*, cit., 57.

# A SUMMA DIVISIO CONSTITUCIONALIZADA NO BRASIL DIREITO COLETIVO E DIREITO INDIVIDUAL E SUA IMPORTÂNCIA PARA O APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA DE TUTELA COLETIVA

**Gregório Assagra de Almeida**

Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Syracuse, NY, Estados Unidos, Bolsista CAPES em Estágio Sênior. Graduado em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Doutor em Direitos Difusos e Mestre em Direito Processual Civil Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas DESDE 1993. Foi diretor e Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Foi membro da Comissão de Juristas do Ministério da Justiça que elaborou o Anteprojeto convertido no Projeto de Lei (PL) nº 5.139/2009 sobre a nova Lei da Ação Civil Pública. Foi Professor e coordenador do Curso de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Integrante, na vaga de jurista, da Câmara de Desenvolvimento Científico da Escola Superior do Ministério Público da União. Assessor de Projetos e de Articulação Interinstitucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. Membro da Câmara Consultiva Temática de Política Regulatória do Ensino Jurídico. Autor de vários livros, com publicações no Brasil e no exterior. Recebeu em 2013 do Ministério da Justiça a Medalha Nacional de Acesso à Justiça. Organizador e coautor do livro *Direitos Fundamentais das Pessoas em Situação de Rua*, Editora D'Plácido, que ganhou em Primeiro Lugar, na Categoria Direito, o Prêmio Jabuti 2015.

**Resumo.** Para efeitos do acesso à justiça, a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado não foi adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. A nova *summa divisio* constitucionalizado no Brasil passou a ser direitos coletivos e direitos individuais. Esta conclusão é porque a Constituição de 1988 rompeu com a divisão clássica Direito Público e Direito Privado no seu Título II – Direitos Fundamentais, Capítulo I – Os direitos e deveres Individuais e Coletivos. Além da disposição constitucional, há muitos paradigmas de justificação da nova *summa divisio* direitos individuais e direitos coletivos. Portanto, esse novo modelo de classificação dicotômica dos direitos poderá ser aplicado ao estudo, reforma e implementação do sistema brasileiro de acesso à justiça, especialmente na defesa dos direitos coletivos. Também é compatível com outros sistemas legais estrangeiros, incluindo o Sistema de Direito Internacional.

**Palavras-chave.** Direito coletivo; Direito Individual; Nova *Summa Divisio* Constitucionalizada; Direitos Fundamentais; Direito Brasileiro; Sistemas Jurídicos Nacionais; Sistema Jurídico Internacional; Acesso à Justiça.

**Abstract.** For the purposes of access to justice the *summa divisio* Public Law and Private Law was not adopted by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988. The new *summa divisio* constitutionalized in Brazil now became one of collective rights and individual rights. This conclusion was reached because of the fact that the Constitution of 1988 broke with the classical *summa divisio* Public Law and Private Law in the Title II – Fundamental Rights, Chapter I – The Rights and Duties Individual and Collective. In addition to the constitutional provision, there are many paradigms of justification of the new *summa divisio* individual rights and collective rights. Therefore, this new model of dichotomous classification of rights can be applied to the study, reform and implementation of the Brazilian system of access to justice, especially in the defense of collective rights. It is also compatible with other foreign legal systems, including the International System of Law.

**Keywords.** Collective rights; Individual rights; New *Summa Divisio* Constitutionalized; Fundamental Rights; Brazilian Law; National Legal Systems; International Legal System; Access to justice.

**SUMÁRIO:** 1 *Introdução*; 2 *Enquadramento constitucional do Direito Coletivo brasileiro e seus principais fundamentos*; 3 *Natureza jurídica e dimensões do Direito*; 4 *Método do Direito Coletivo*; 5 *Objeto formal e material do Direito Coletivo*; 6. *Conceito de Direito Coletivo*; 7 *A nova summa divisio constitucionalizada e relativizada no Brasil: Direito Coletivo e Direito Individual*; 8 *A nova summa divisio Direito Coletivo e Direito*



*Individual e diretrizes para o enquadramento das várias disciplinas do Direito; 9 O Direito Constitucional como ponto de união e de conformação entre o Direito Coletivo e o Direito Individual e a inexistência de critério de preferência; 10 Outros paradigmas de justificação da **summa divisio** direito individual e direito coletivo e a sua compatibilidade com outras ordens jurídicas, inclusive com a ordem jurídica internacional. 11 Considerações finais; 12 Referências.*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo enfrenta e analisa o enquadramento constitucional do Direito Coletivo, que é um dos temas mais importantes para a sociedade brasileira e para o Projeto Constitucional implantado no País, principalmente com vista ao cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrados no art. 3º da Constituição Federal de 1988. Torna-se necessário, com isso, a revisão de conceitos e classificações que compõem inúmeros paradigmas clássicos do estudo do Direito, incompatíveis no plano de uma sociedade democrática e de Direito Democrático, como é o caso do Brasil (arts. 1º, 2º, 3º e 5º, 6º, entre outros, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) <sup>1</sup>.

O desafio, inicialmente proposto, exige que se vá muito além da conceituação legal sobre os direitos ou interesses coletivos, estabelecida no Código de Defesa do Consumidor do Brasil (parágrafo único do art. 81 da Lei nº 8.078/1990). O verdadeiro enquadramento constitucional do Direito Coletivo e as diretrizes metodológicas e principiológicas daí decorrentes compõem, em síntese, a atual problemática e ilustram os desafios prenunciados nesta empreitada.

Para tanto, aborda-se o enquadramento constitucional do direito coletivo, apontando os seus principais fundamentos. Em seguida, são analisados a natureza jurídica, o objeto formal e material e o conceito de direito coletivo como direito fundamental, assim como os fundamentos da nova *summa divisio* constitucionalizada no Brasil: direito individual e direito coletivo e sua importância para o enquadramento das novas disciplinas jurídicas. É feita a análise do direito constitucional como ponto de união do direito coletivo e do direito individual e sustentar a inexistência de critérios prévios e abstratos de preferência entre um e outro.

Observa-se que o texto sustenta no último tópico que, para além da previsão constitucional, há muitos paradigmas de justificação da nova *summa divisio* direito individual e direito coletivo, de modo que esse novo modelo de classificação dicotômica dos direitos, tendo em vista a sua utilidade teórica e prática, poderá ser aplicado para fins de estudo, reforma e concretização do sistema brasileiro de acesso à justiça, especialmente no âmbito da tutela coletiva, sendo compatível também com outras ordens jurídicas alienígenas, inclusive no plano da ordem jurídica internacional.

No final, são apresentadas as considerações finais e arroladas as referências bibliográficas utilizadas na pesquisa.

## 2. ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO COLETIVO BRASILEIRO E SEUS PRINCIPAIS FUNDAMENTOS

A concepção do Direito Coletivo analisada tem amparo constitucional (Título II, Capítulo I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) e é diretriz que, somada ao Direito Individual, deve pautar a nova metódica de classificação e de compreensão conceitual e substancial da própria ordem jurídica, tendo como ponto de unidade e de apoio o Direito Constitucional <sup>2</sup>.

Não existem no texto Constitucional, principalmente no plano dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, previsões inúteis, sem força normativa. Da normatividade constitucional devem ser extraídos todos os elementos necessários para o enquadramento teórico e metodológico dos direitos e garantias

1 ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 2-11.

2 ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 11-14.

constitucionais fundamentais. Não é a previsão constitucional que precisa se adequar a determinada concepção teórica. Ao contrário, a concepção teórica deve procurar compreender a diretriz constitucional relativa a determinada seara de direitos e garantias, especialmente os constitucionais fundamentais, para abstrair todos os seus elementos de concepção metodológica.<sup>3</sup>

Portanto, da previsão constante nos arts. 1º e 3º no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, e também da previsão constante nos arts. 5º, LXXIII e 129, III, entre outros dispositivos constitucionais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 são extraídos elementos de enquadramento metodológico e de ordenação dogmática do Direito Coletivo no plano do Sistema Jurídico brasileiro.

A *summa divisio* Direito Público e Direito Privado, herança do Direito Romano, não se sustenta no Estado Democrático de Direito, delineado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A *summa divisio*, implantada na Lei Fundamental brasileira de 1988, é a Direito Coletivo e Direito Individual (Título II, Capítulo I, da CF/1988).

O que é denominado “Direito Público” está inserido, com algumas exceções, dentro do Direito Coletivo como um de seus capítulos. A designação “Direito Privado” se insere no Direito Individual também como um dos seus capítulos.

A nova proposta não objetiva a formulação somente de novas classificações e conceitos. A nova concepção constitucionalizada da *summa divisio* impõe mudança dos paradigmas em torno da própria interpretação e aplicação da ordem jurídica, conforme se observará no decorrer da pesquisa.

É certo que a *summa divisio* clássica *Direito Público* e *Direito Privado* está enraizada em todas as esferas de atuação e de compreensão do Direito: departamentos nas Faculdades de Direito, divisão de competências, especialmente nos Tribunais, séries de coleções de obras jurídicas, disciplinas jurídicas, escolas de pensamento, etc.<sup>4</sup>. Contudo, é certo também que as rupturas de paradigmas são fundamentais para a implementação das mudanças sociais necessárias, especialmente quando o modelo teórico implantado está em crise e não mais mantém relação de adequação com as conquistas sociais consagradas constitucionalmente como direitos e garantias fundamentais.

Como escreveu o pensador Thomas S. Kuhn, em obra clássica, a análise das crises demonstra que é chegado o momento para renovar. A crise impõe-se como momento de transição do paradigma em crise para um novo paradigma. O novo paradigma, explica o pensador, não é um processo cumulativo que se obtém por meio de uma articulação com o velho paradigma, mas, antes de tudo, uma reconstrução da respectiva área de estudo, com fundamento em novos princípios e novos métodos<sup>5</sup>.

Esta nova proposta de compreensão constitucional em torno da *summa divisio* não pretende, como afirmado na introdução, desconsiderar tudo aquilo que foi construído pelos esforços, estudos e lutas durante a história da humanidade civilizada. O que se pretende é, justamente, que a sistematização defendida neste artigo represente uma adequada leitura do paradigma constitucional consagrado na CF/1988 e, a partir de novos princípios e novos métodos de interpretação e aplicação do Direito Coletivo, possa contribuir para esclarecer novos horizontes de compreensão do fenômeno jurídico relativo ao Direito Coletivo e à própria relação entre Estado e Coletividade.

É inquestionável que a Constituição contém tanto normas de Direito Público, quanto de Direito Privado e, assim, não é tecnicamente, nem metodologicamente adequado o enquadramento do Direito Constitucional como um dos capítulos do Direito Público como assim o faz a *summa divisio* clássica.

A divisão dicotômica do Direito em Público e Privado foi objeto de inúmeros debates e de grandes estudos em vários planos teóricos, até mesmo no filosófico. Há entendimento doutrinário que nega a clássica

3 No sentido de que o elemento normativo da Constituição lhe confere força ativa que chega a ordenar e a conformar a realidade política e social, HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 24.

4 DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*, p. 22.

5 *A estrutura das revoluções científicas*, p. 105 e 116.

concepção dicotômica e apresenta uma concepção unitarista do fenômeno. Existe também concepção teórica propondo uma classificação tricotômica do Direito em Direito Público, Privado e Direito Social, além de outras concepções teóricas sobre o tema.

Da mesma forma, não há de se concordar com a teoria negativista pura que prega uma unidade inquebrantável do Direito, como a defendida por Hans Kelsen<sup>6</sup>. A *summa divisio* constitucionalizada e relativizada, proposta neste trabalho, é útil metodologicamente, além de conferir explicitação às diretrizes constitucionais, em obediência ao modelo operacionalizado pela Constituinte de 1988.

A reintrodução do debate busca novas e corretas diretrizes de um enquadramento teórico do Direito Coletivo que corresponda ao verdadeiro modelo constitucional consagrado na Constituição brasileira de 1988.

A discussão a respeito do enquadramento no plano do Direito, do que é denominado comumente de “direitos transindividuais”, tem resultado em enormes prejuízos aos interesses e direitos sociais.

Concepções doutrinárias mais clássicas e decisões jurisprudenciais conservadoras, amparadas na principiologia de um Direito Público distante das diretrizes constitucionais, especialmente das diretrizes dos arts. 3º, 5º e 6º da CR/1988, têm garantido para o Estado imunidades e privilégios ilegítimos, em evidente prejuízo ao Direito Coletivo e ao Direito Individual fundamentais, que compõem o núcleo da atual Constituição da República Federativa do Brasil.

Faz-se necessário ressaltar que a *summa divisio* clássica Direito Público e Direito Privado fundamenta-se em uma visão equivocada em torno do Direito incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois pressupõe uma situação de desigualdade entre o Poder Público e os particulares. De um lado, estaria o Poder Público, revestido de *imperium*, e de outro, os particulares, que ocupariam uma posição inferior e subordinada.<sup>7</sup> Pergunta-se onde ficaria o Direito Coletivo dentro do contexto clássico da *summa divisio*. Essa divisão é própria de um Estado de espírito autoritário, incompatível com as conquistas e as transformações implantadas no Brasil com a Constituição Federal do Brasil de 1988.

Muitas categorias constitucionais, inclusive fundamentais, ficam sem espaço de enquadramento metodológico nos quadrantes da divisão clássica, como acontece com o próprio Direito Coletivo.

Apesar de a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado encontrar suas origens no Direito Romano, ela ganhou muito vigor no Estado Absolutista que se distanciava da sociedade, consagrando-se no Estado Liberal de Direito como forma de garantia dos interesses da burguesia.

Contudo, normas dos denominados “Direito Público” e “Direito Privado” estão na Constituição. A inserção do Direito Constitucional no Direito Público, nos termos da *summa divisio* clássica, contamina o Direito Constitucional, resultado da raiz ideológica de espírito autoritário que, por séculos, tem gerado desequilíbrio nas relações jurídicas.

A afirmação de que a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado constitui-se em uma mera classificação para fins didáticos parte de um ponto de vista que é, no mínimo, ingênuo e mantém ocultada, na dicotomia clássica, uma visão distorcida do próprio Direito e do papel do Estado em um sistema jurídico democrático.

Desde 1988, o sistema jurídico brasileiro conferiu dignidade constitucional ao Direito Coletivo, inserindo-o na teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, positivada na Lei Fundamental (Título II, Capítulo I, da CF/1988). Entretanto, até os dias atuais, não se vislumbra no País uma estrutura adequada para a proteção das várias dimensões do Direito Coletivo. Não há, na Justiça em geral, varas especializadas para a proteção dos direitos coletivos. A competência, em muitos tribunais, é distribuída com base na *summa divisio* clássica. Exemplo: Seção de Direito Público e Seção de Direito Privado etc. Principalmente nas

6 Afirmava KELSEN, Hans: “(...) não se nos afigurará de forma alguma paradoxal que a Teoria Pura do Direito, do seu ponto de vista universalista – sempre dirigido ao todo da ordem jurídica como sendo a chamada vontade do Estado – veja também no negócio jurídico privado, tal como no comando da autoridade, um ato do Estado, quer dizer, um fato de produção jurídica atribuível à unidade da ordem jurídica (...)”. *Teoria pura do Direito*, p. 297-8.

7 Nesse sentido, LATORRE, Angel: “(...) As relações de direito público com particulares caracterizam-se porque existe nelas uma situação de desigualdade entre as partes: de um lado, o órgão público revestido de ‘imperium’; do outro, o simples particular, que ocupa uma posição inferior e subordinada. Pelo contrário, nas relações de direito privado todos intervêm como iguais, pelo menos juridicamente. Não há nelas uma relação de subordinação, mas sim de coordenação”. *Introdução ao Direito*, p. 209.

grandes cidades e nas capitais dos estados existem Varas da Fazenda Pública, mas não há varas especializadas para a proteção dos direitos coletivos.

O art. 3º da CF, assim como os seus artigos 5º, o 6º e muitos outros não podem ser concebidos como meras promessas de amor ou meras cartas de boas intenções. A eficácia desses direitos é uma imposição do princípio democrático inserido no art. 1º da CF/88.

A própria Constituição consagra expressamente o *princípio da aplicabilidade dos direitos e garantias constitucionais fundamentais* (§ 1º do art. 5º da CF/88) e o seu desrespeito no plano do Direito Coletivo tem ocorrido, em grande parte, devido à visão distorcida do que é denominado de “Direito Público” e das diretrizes principiológicas construídas a partir de uma visão de Estado que se situa fora da sociedade e, até certo ponto, muito distante dos seus reais e mais agudos problemas.

Até mesmo economistas, mais sensibilizados com a questão social, explicam que o Brasil possui um conjunto de ferramentas esparsas e fragmentadas, distantes de um adequado e necessário sistema de proteção social de caráter universal<sup>8</sup>.

No século XIX, o consagrado jurista alemão Rudolf von Jhering, demonstrava a sua preocupação com a solidariedade coletiva ao escrever sua clássica obra *A Evolução do Direito*<sup>9</sup>. No final do século XIX, Antonio Menger, então professor de direito da Universidade de Viena, em sua obra *O Direito Civil e os Pobres*, critica a indiferença dos juristas em relação ao Direito e à pobreza<sup>10</sup>. No Brasil, no início do século XIX, Spencer Vampré também expressava a sua revolta com a miséria e a indiferença da classe rica e poderosa<sup>11</sup>. Em tempos mais recentes, Mauro Cappelletti analisava e enfrentava, com riqueza de detalhes, a problemática relativa à Justiça e à pobreza<sup>12</sup>.

Atualmente, com a consagração da mudança no campo do debate, antes em torno dos códigos e da legislação infraconstitucional, agora em torno da Constituição, concebida como diretriz fundamental de ordenação das transformações e mudanças na sociedade<sup>13</sup>, a temática relativa à pobreza, à exclusão social e à falta de acesso a uma ordem jurídica justa é o ponto central que deve pautar as grandes discussões jurídicas nos países que ainda não passaram efetivamente pelo estágio do Estado do Bem-Estar Social, como é o caso do Brasil.

Considerando o exposto e em razão de vários outros problemas decorrentes do desrespeito às normas e princípios constitucionais de dimensão coletiva e massificada, entende-se que o modelo constitucional brasileiro impõe e exige, no plano do Direito Coletivo, um enquadramento de diretrizes metodológicas e principiológicas condizente com a sua principiológica.

Torna-se premente, portanto, a construção de novos paradigmas interpretativos que possam contribuir para a efetivação do projeto constitucional, principalmente o elencado no art. 3º da CR/1988, que consagra o princípio da transformação social como síntese dos objetivos da República Federativa do Brasil.

### 3. NATUREZA JURÍDICA E DIMENSÕES DO DIREITO COLETIVO

A análise da natureza jurídica é imprescindível para a compreensão do fenômeno estudado. No caso em

8 POCHMANN, Marcio. *Gastos sociais, distribuição de renda e cidadania: uma equação política*, p. 3. In: <http://www.ie.UFRJ/aparte/pdfs/gastos>. Texto publicado também na *Econômica*, v. 5, n. 1, p. 190-13, impressa em fevereiro de 2004.

9 DIZIA JHERING, Rudolf von: “(...) Tôda a nossa civilização, tôda a história da humanidade repousa sôbre a aplicação da existência individual aos fins da comunidade. Não há vida humana que só para si exista; tôda a vida existe ao mesmo tempo para o mundo: cada homem, por ínfimo que seja o lugar que êle ocupe, colabora no interesse da civilização da humanidade (...)”. *A evolução do Direito*, p. 95.

10 Era contundente a crítica de MENGGER, Antonio: “La extraordinaria diferencia según la cual los que tienen y los que no tienen, pueden ‘perseguir su derecho’, ha sido hasta ahora olvidada por los juriconsultos. El motivo de esto consiste, sin duda, en que, à causa de su educación y de sus intereses, los juriconsultos de todos os países, se sienten inclinados à considerarse exclusivamente como servidores y representantes de las clases pudientes (...)”. *El Derecho Civil y los pobres*, p. 101. A extraordinária diferença segundo a qual os que têm e os que não têm, para defender seus direitos, tem sido olvidada pelos juriconsultos. O motivo consiste, sem dúvida, em que, por causa de sua educação e de seus interesses, os juriconsultos de todos os países sentem-se inclinados a se considerarem exclusivamente como servidores e representantes das classes ricas (tradução livre do autor).

11 Expressa emotivamente VAMPRE, Spencer: “E essas vítimas miseráveis, atiradas aos montões sob as rodas do carro fatal, não podem gemer alto, não podem gritar na exaltação da dôr, porque esses ruidos incommodam o somno dos argentarios, dos dominadores do mercado, dos encilhadores da fortuna”. *Interpretação do Código Civil*, p. 150-1.

12 CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*, p. 131-83.

13 A respeito do poder ordenador da Constituição: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*; HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*.

questão, o Direito Coletivo brasileiro possui *natureza jurídica de direito constitucional fundamental*, pois está inserido no sistema jurídico brasileiro, ao lado do Direito Individual, na da *teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais* (Título II, Capítulo II, da CR/1988) <sup>14</sup>.

Portanto, não é compatível com o Direito Coletivo interpretação restritiva, mas só extensiva, aberta e flexível, de forma a considerá-lo inclusive como cláusula pétreia, pois a interpretação meramente literal da Constituição é inconciliável com o modelo do constitucionalismo atual. Ele possui aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CFR/88) e sua interpretação tem que ser criativa e concretizante.

Considerados os *fatores subjetivos*, ligados ao plano da *titularidade*, e *fatores objetivos*, inseridos no âmbito da própria ordem jurídica constitucionalmente considerada, conclui-se que o *Direito Coletivo brasileiro* possui três grandes dimensões.

A primeira refere-se ao *direito coletivo objetivo*, composto pelo conjunto de princípios, garantias e regras que disciplinam o próprio Direito Coletivo como direito constitucional fundamental.

A segunda diz respeito aos *direitos coletivos subjetivos*, os quais, tendo em conta a amplitude mais geral ou mais limitada da sua respectiva titularidade e a divisibilidade ou não do seu objeto, podem ser escalonados em difusos, coletivos e individuais homogêneos, nos termos da conceituação tripartite estatuída no parágrafo único do art. 81 do CDC.

A terceira constitui-se no *interesse coletivo objetivo legítimo* traduzível no interesse indivisível e geral de toda a sociedade de garantir o respeito à Constituição como Lei Fundamental da Nação. Ampara-se aqui o controle abstrato e concentrado da constitucionalidade.

Contudo, não é possível classificar e enquadrar as dimensões do Direito Coletivo somente pelo critério abstrato. As situações concretas são as adequadas para saber se um direito é coletivo ou individual. Um mesmo fato poderá gerar direito de proteção jurídica tanto no âmbito do Direito Coletivo, quanto do Direito Individual. Um dano ambiental grave, por exemplo, poderá atingir uma coletividade de pessoas indetermináveis e também atingir diretamente pessoa determinada<sup>15</sup>.

#### 4. MÉTODO DO DIREITO COLETIVO

Método é o caminho, a diretriz a ser seguida e observada para chegar-se a determinados objetivos. No caso do Direito Coletivo, como direito fundamental, o seu método é o *pluralista*, preenchido a partir de todos os elementos que integram o *princípio democrático* <sup>16</sup>, como base e diretriz primária do próprio Direito Coletivo, além de outras diretrizes decorrentes da teoria dos direitos fundamentais, positivada de forma expressa ou implícita na Lei Fundamental<sup>17</sup>.

Assim, o estudo, a compreensão, a reforma, o ensino, a interpretação e a concretização do direito coletivo devem ser orientados pela teoria dos direitos fundamentais, pela solidariedade coletiva, pela proibição de retrocesso e por outros valores éticos, políticos e sociais que compõem os princípio democrático e suas derivações constitucionais.

#### 5. OBJETO FORMAL E MATERIAL DO DIREITO COLETIVO

Se de um lado o método é fundamental para ordenação das ideias e pensamentos que promovem a própria evolução do Direito, de outro ele não terá sentido, utilidade ou legitimidade sem que seja contextualizado com o objeto do Direito para o qual ele foi estabelecido. No plano do Direito, como de outras ciências sociais e humanas, o objeto possui lugar de destaque, pois está diretamente ligado com a vida e com o próprio

14 ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 434-5.

15 Nesse sentido, NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 159-60.

16 ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 435.

17 ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 436.

comportamento humano. É justamente em razão do próprio objeto do Direito que devem ser desenvolvidos pela *metodologia jurídica* os métodos de ordenação e também de concretização do Direito. As peculiaridades de cada área do Direito exigem metódicas adequadas às suas necessidades<sup>18</sup>.

Portanto, no campo do Direito e das ciências humanas em geral, o objeto adquire importância capital, inclusive para a identificação da própria ciência. No caso do Direito Coletivo, como categoria constitucional fundamental, observa-se que o seu objeto formal é integrado pelo conjunto de princípios, garantias e regras que disciplinam a proteção e a efetivação de todos os direitos ou interesses coletivos, inclusive no plano abstrato, pelo controle abstrato ou concentrado da constitucionalidade.

Por outro lado, o objeto material do Direito Coletivo são todos os direitos e interesses difusos, coletivos e, por ficção legal, os direitos e interesses individuais homogêneos, incluindo também o *interesse coletivo objetivo legítimo* de garantir a proteção abstrata e indivisível da Constituição como Lei Fundamental.

## 6. CONCEITO DE DIREITO COLETIVO

Direito Coletivo pode ser conceituado como a parte integrante da teoria constitucional dos direitos fundamentais, que compõe um dos blocos do sistema jurídico brasileiro e se integra pelo conjunto de princípios, garantias e regras disciplinadoras dos direitos ou interesses difusos, dos direitos ou interesses coletivos em sentido restrito, dos direitos e interesses individuais homogêneos e dos interesses objetivos coletivos legítimos.

À expressão “Direito Coletivo”, o adjetivo “coletivo” deve conferir o sentido mais amplo possível, em interpretação aberta e flexível, compatível com a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Portanto, ela abrange os direitos e interesses difusos, os direitos e interesses coletivos em sentido restrito, os direitos e interesses individuais homogêneos e os interesses coletivos objetivos legítimos. Abrange também, em um plano geral e abstrato, o conjunto de garantias, regras e princípios que compõem o Direito Coletivo positivado no País<sup>19</sup>.

## 7. A NOVA SUMMA DIVISIO CONSTITUCIONALIZADA E RELATIVIZADA NO BRASIL DIREITO COLETIVO E DIREITO INDIVIDUAL

A *summa divisio* Direito Público e Direito Privado não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A *summa divisio* constitucionalizada no País é Direito Coletivo e Direito Individual. Chega-se a essa conclusão porque o texto constitucional de 1988 rompeu com a *summa divisio* clássica ao dispor, no Capítulo I do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, sobre os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Dessa forma, considerando que no contexto do constitucionalismo democrático os direitos e garantias constitucionais fundamentais contêm valores que devem irradiar todo o sistema jurídico de forma a constituírem-se a sua essência e a base que vincula e orienta a atuação do legislador constitucional, do legislador infraconstitucional, do administrador, da função jurisdicional e até mesmo do particular, conclui-se que no contexto do sistema jurídico brasileiro a dicotomia Direito Público e Direito Privado não se sustenta.

Existem outros fundamentos constitucionais mais pontuais que também amparam a presente obra. A ação popular está dentro do Capítulo I do Título II da CR/1988 (art. 5º, LXXIII), constituindo-se em garantia constitucional fundamental. A ação popular, pelo seu objeto material, é espécie do gênero “ação coletiva”, inserindo-se dentro dos denominados genericamente “Direitos Coletivos fundamentais”. A ação popular poderá ter como objeto material a tutela do patrimônio público em sentido amplo (moral, econômico, cultural,

18 A respeito da importância do objeto em sede da ciência do Direito, escreveu DINAMARCO: “[...] Só se pode chegar à definição do método de uma ciência e a um satisfatório nível de sensibilidade ao seu objeto formal quando se tenha perfeita consciência do objeto material cujos segredos essa ciência se propõe a desvendar. Se ‘é o método que faz a ciência’, não havendo ciência que não assente em seu próprio ‘processo ordenatório da razão’, menos certo não é também que todo cientista precisa saber, com precisão e perfeita consciência, qual é a meta de convergência de suas atenções. Precisa o processualista, em outras palavras, determinar o ‘conteúdo do direito processual’”. *Fundamentos de processo civil moderno*, v. I, p. 75-6.

19 ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 437-8.

histórico e ambiental). Assim, proteção do patrimônio público é espécie de Direito Coletivo.

O art. 129, *caput*, e seu III da CR/1988 estabelecem que são funções institucionais do Ministério Público: “III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.” O referido dispositivo constitucional, mantendo perfeita sintonia com o Título II, Capítulo I, da Lei Fundamental, arrola a proteção do patrimônio público como espécie de interesse coletivo. Em termos mais precisos, a tutela do patrimônio público é espécie de direito difuso, que é espécie do gênero Direito Coletivo (Título II, Capítulo I, art. 5º, LXXIII, c/c o art. 129, III, da CR/1988).

Destarte, se, por imposição constitucional, a tutela jurídica do patrimônio público é espécie de direito difuso e se o direito difuso é espécie do gênero Direito Coletivo, não há como sustentar a existência de um Direito Público fora ou paralelamente ao Direito Coletivo. O objeto material é que identifica e insere o Direito no âmbito do sistema jurídico.

## 8. A NOVA SUMMA DIVISIO DIREITO COLETIVO E DIREITO INDIVIDUAL E DIRETRIZES PARA O ENQUADRAMENTO DAS VÁRIAS DISCIPLINAS DO DIREITO

Considerando a divisão estrutural da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, observa-se que o seu Preâmbulo e o seu Título I – Dos Princípios Fundamentais compõem a fundamentação primária que dá sustentação ao Direito Coletivo e ao Direito Individual como os grandes blocos do sistema jurídico brasileiro.

Como afirmado, é inquestionável que a Constituição contém tanto normas de Direito Público, quanto de Direito Privado e, assim, não é tecnicamente, nem metodologicamente adequado, o enquadramento do Direito Constitucional como um dos capítulos do Direito Público, como assim o faz a *summa divisio* clássica<sup>20</sup>.

O Direito Coletivo e o Direito Individual formam dois grandes blocos do sistema jurídico, integrados por vários ramos do Direito. Entretanto, não se insere o Direito Constitucional dentro da *summa divisio* constitucionalizada no Brasil. O Direito Constitucional está acima e representa o ponto de união e de disciplina da relação de interação entre esses dois grandes blocos. A Constituição, que estrutura o objeto formal do Direito Constitucional, é composta tanto de normas, garantias e princípios de Direito Coletivo, quanto de normas, garantias e princípios de Direito Individual.

Não obstante a criação de uma Constituição democrática, como a brasileira, decorrer da organização da sociedade, ela é resultado do querer individual de cada ser humano que, de alguma forma, tenha vivido o momento do processo histórico que deu ensejo à sua elaboração e dos indivíduos em relação aos quais ela projeta os seus efeitos na condição de Lei Fundamental em vigor.

Se há uma autonomia metodológica do Direito Coletivo, como há em relação ao Direito Individual, não se trata de autonomia na condição de disciplina própria, mas uma autonomia de incorporação e, mesmo assim, submetida às diretrizes fundamentais que compõem a Constituição.

Apesar da autonomia metodológica e principiológica do Direito Coletivo brasileiro, conforme é de se extrair do seu método e objeto, acima apontados, não se sustenta que o Direito Coletivo brasileiro seja um novo ramo do Direito, como não se sustenta que o Direito Individual, que compõe a outra dimensão da *summa divisio* constitucionalizada no País, seja um outro ramo do Direito.

O Direito Coletivo e o Direito Individual formam a *summa divisio* consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No Direito Coletivo existem ramos do Direito, tais como o Direito do Ambiente, o Direito Coletivo do Trabalho, o Direito Processual Coletivo e o próprio conjunto, em regra, do que é denominado de “Direito Público”, o qual estaria dentro do Direito Coletivo, existindo, contudo, exceções, como o direito processual civil que se volta para a tutela de direito individual.

Da mesma forma, no Direito Individual há vários ramos do Direito, como o Direito Civil, o Direito Processual Civil, o Direito Individual do Trabalho, o Direito Comercial etc.

20 ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 620.

Todavia, essas classificações não são fechadas e estanques, até porque, na metódica da ciência jurídica atual, do tipo prática, construtivista e transformadora, são os casos reais os fundamentos da ordem jurídica. O enquadramento de uma disciplina no Direito Coletivo ou no Direito Individual não se dá de modo absoluto e hermético.

Convém destacar que essa nova divisão constitucionalizada, Direito Coletivo e Direito Individual, não nega a autonomia metodológica do direito processual, até porque a ordem jurídica é composta tanto de normas materiais, voltadas para disciplinar as condutas sociais em suas relações intersubjetivas, quanto de normas processuais, formais ou instrumentais, consideradas normas secundárias. Assim, o direito coletivo é integrado por um conjunto de princípios, garantias e normas de natureza material e normas de natureza processual, mas de titularidade coletiva. Por outro lado, o direito individual seria formado por um conjunto de princípios, garantias e normas de natureza material e de natureza processual, porém de titularidade individual.

O Estado Democrático de Direito, na hipótese, especialmente o brasileiro (art. 1º da CR/1988), está dentro da sociedade, regido pela Constituição, tem função de proteção e de efetivação tanto do Direito Coletivo, quanto do Direito Individual. É um Estado, portanto, da coletividade e do indivíduo ao mesmo tempo. Por isso se conclui que há dimensões do que é denominado, pela concepção clássica, de “Direito Público” também dentro do Direito Individual, como é o caso do Direito Processual Civil de concepção individualista.

## 9. O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO PONTO DE UNIÃO E DE CONFORMAÇÃO ENTRE O DIREITO COLETIVO E O DIREITO INDIVIDUAL E A INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIO DE PREFERÊNCIA

A *summa divisio*, proposta neste texto, é relativizada. Em primeiro plano vem o Direito Constitucional, naquilo que compõe a essência e os próprios fundamentos da Constituição como Norma Fundamental e seus princípios que são aplicáveis tanto aos direitos individuais quanto aos direitos coletivos.

Não se pode enquadrar o Direito Constitucional como um capítulo do Direito Público. O Direito Constitucional é o ponto de união e de disciplina da própria relação entre o Direito Coletivo e o Direito Individual.

Não existe, na nova *summa divisio* constitucionalizada no País, *regra geral de preferência* entre o Direito Coletivo e o Direito Individual. Os dois blocos constitucionais estão inseridos na teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais positivada no País. Em caso de ponto de tensão entre eles, o princípio da proporcionalidade constitui-se na diretriz capaz de alcançar a solução constitucional e concretamente adequada. Essa solução pela ponderação ampara-se no Direito Constitucional, topo da *summa divisio* constitucionalizada, e deve buscar seu apoio no princípio democrático (art. 1º da CF/88), no qual se funda a própria exigência de *justiça material*<sup>21</sup>.

Contudo, Robert Alexy, ao discorrer sobre a relação entre *direitos individuais* e *bens coletivos*, sustenta que, havendo colisão entre eles, deve haver precedência *prima facie* dos direitos individuais. Afirma que essa precedência *prima facie* geral exige simplesmente que, para a solução requerida aos bens coletivos, existam razões mais fortes que para a requerida para os direitos individuais. Sem essa precedência *prima facie* não seria possível afirmar que o indivíduo é levado a sério<sup>22</sup>.

Não pode ser aceita tal orientação sustentada por Alexy. A primeira objeção está em relação à discriminação que se extrai das suas considerações quando ele utiliza-se das expressões “direitos individuais” e “bens coletivos”, reconhecendo a categoria de Direito somente aos primeiros. No contexto de uma verdadeira concepção de Estado Democrático de Direito em que a tutela jurídica é ampla e irrestrita, não há como negar o *status* de Direito aos denominados “bens coletivos”. Nesse sentido, foi providencial a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao estabelecer expressamente, no âmbito da teoria dos direitos e garantias

21 ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 441.

22 Afirma ALEXEY, Robert: “(...) Existe, pues, una precedencia general ‘prima facie’ en favor de los derechos individuales. Esta precedencia ‘prima facie’ se expresa en una carga de la argumentación en favor de los derechos individuales y en contra de los bienes colectivos”. *El concepto y la validez del derecho*, p. 207-8. Existe, pois, uma precedência geral *prima facie* em favor dos direitos individuais. Esta precedência *prima facie* se expressa em uma carga de argumentação em favor dos direitos individuais e contra os bens coletivos (tradução livre do autor).



constitucionais fundamentais, que os direitos são individuais e coletivos (Título II, Capítulo I). A regra geral da precedência *prima facie* dos direitos individuais é própria para um sistema jurídico liberal individualista em que os direitos coletivos são desconsiderados ou postos em um plano inferiorizado. A proteção dos direitos coletivos realizada de forma holística e, portanto, integral atinge o todo e, com isso, as suas particularidades de forma a beneficiar os próprios indivíduos isoladamente considerados, como acontece com a proteção ambiental, com a proteção ao consumidor coletivo contra propagandas enganosas, etc. O certo é estabelecer uma relação de equilíbrio em que os dois direitos sejam respeitados, tanto o Direito Individual, quanto o Direito Coletivo. Em caso de tensão, a ponderação concreta se torna necessária, valendo-se, para tanto, das diretrizes principiológicas que compõem, de modo expresso ou implícito, o núcleo da Constituição. Porém, se for para fixar uma regra de precedência *prima facie*, ela melhor se assentaria na priorização da proteção do Direito Coletivo, dada a dimensão social e holística presente nesse tipo de tutela jurídica<sup>23</sup>.

## 10. OUTROS PARADIGMAS DE JUSTIFICAÇÃO DA SUMMA DIVISIO DIREITO INDIVIDUAL E DIREITO COLETIVO E A SUA COMPATIBILIDADE COM OUTRAS ORDENS JURÍDICAS, INCLUSIVE COM A ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL

Para além da previsão Constitucional expressa (Título II, Capítulo I, da CR/1988), há muitos paradigmas de fundamentação teórica que amparam a nova *summa divisio*, o que permite a sua aplicação em outras ordens jurídicas, inclusive no âmbito da ordem jurídica internacional.

*1 Paradigma Estado Democrático de Direito.* Inicialmente, observa-se que na dimensão do Estado Democrático de Direito, não é possível separar de forma estanque os direitos do próprio Estado, de um lado, e os Direitos Coletivos e os Individuais, de outro; o Estado Democrático existe porque a sociedade, democraticamente, organizou-se e o constituiu. O Estado está inserido na sociedade que o constituiu e em seu nome e em sua defesa deve atuar. O que se chama de “Direito Público”, é um dos capítulos do Direito Coletivo. A principiologia que rege o Direito Coletivo (princípio democrático, solidariedade coletiva, aplicabilidade imediata dos direitos coletivos fundamentais etc.) deve traçar a nova forma de atuação do Estado e das suas instituições de sociais. Ademais, o Estado está dentro da Sociedade e não fora dela. A *summa divisio* Direito Coletivo e Direito Individual encontra fundamento na concepção de Estado Democrático de Direito como Estado que não mais se ampara na tese dualista (Estado e Sociedade), pois ele está inserido na Sociedade, como sua força organizativa decorrente da vontade individual e da coletiva, para consagrar, proteger e efetivar direitos coletivos e individuais<sup>24</sup>.

Boaventura de Sousa Santos defende a distinção entre *quatro espaços estruturais de produção de poder, existentes nas sociedades capitalistas*, os quais se articulariam em modos específicos: 1º) o *espaço doméstico*, que tem como *forma institucional família, casamento e parentesco*; 2º) o *espaço da produção*, cuja *forma institucional é a empresa*; 3º) o *espaço da cidadania*, em relação ao qual a *forma institucional é o Estado*; 4º) o *espaço mundial*, que tem como *forma institucional contratos, acordos e Organismos Internacionais*.<sup>25</sup>

Após tecer considerações sobre esses quatro espaços estruturais de produção de poder nas sociedades capitalistas e discorrer sobre os seus cinco componentes elementares, Boaventura de Sousa Santos afirma que a alternativa conceitual por ele apresentada flexibiliza a rigidez estrutural, pluralizando as estruturas sociais sem gerar o interacionismo amorfo; permite a constituição de várias interfaces entre as condicionantes estruturais e as ações sociais autônomas; possibilita o regresso ao indivíduo sem o fazer de um modo individualizado; recompõe o ambiente doméstico que a teoria clássica havia atirado para o lixo das relações privadas; e autoriza a inserção da sociedade nacional no contexto de um espaço mundial. Enfatiza Boaventura de Sousa Santos que a sua concepção permite, acima de tudo, mostrar que a natureza política do poder não é um atributo exclusivo

23 ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 244-5.

24 No mesmo sentido, sustentando que o dualismo clássico (Estado e Sociedade) não subsiste no Estado Democrático de Direito, ZIPPELIUS, Reinhold: “A distinção entre Estado e sociedade provém de uma época histórica durante a qual a centralização do poder político na mão dum soberano absoluto e respectiva burocracia dava origem à noção de que o Estado constituía uma realidade autónoma em face à sociedade”. *Teoria geral do Estado*, p. 158.

25 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000, p. 124-7.

de uma determinada forma de poder, mas antes o efeito global da combinação entre as diversas formas de poder. A virtude principal da concepção defendida por Boaventura de Sousa Santos seria, no seu entender, a constituição de uma resposta adequada à terceira objeção contra a eliminação da distinção entre Estado e Sociedade Civil, a qual sustenta que a eliminação da diferença seria perigosa, especialmente nas sociedades periféricas e semiperiféricas compostas de sociedades civis fracas e pouco autônomas.<sup>26</sup>

Diante do que ficou exposto, torna-se insustentável a concepção dualista. Com efeito, a visão de Estado que orientou o trabalho tem como base a organização de estrutura democrática, nutrida pelo pluralismo, político e jurídico, amparada em sua essência no princípio da soberania popular. Nessa concepção, o poder político deriva do poder dos cidadãos e o respeito aos direitos e garantias constitucionais fundamentais é a condição máxima da legalidade estatal<sup>27</sup>.

Tal é o modelo de Estado Constitucional Democrático de Direito inserido na Magna Carta brasileira de 1988 (arts. 1º/17), em que está expressamente estabelecido que *todo poder emana do povo*, que o exerce por seus representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição (parágrafo único do art. 1º da CR/1988). Assim, se *todo poder emana do povo*, por previsão constitucional expressa, não há amparo que sustente a tese dualista com a separação estanque entre *Estado e Sociedade*.

Por tais razões, não mais se sustenta a *summa divisio* clássica Direito Público e Direito Privado, traçada e sistematizada, principalmente, em um paradigma liberal, no contexto da visão *dualista*, em que Direito Público era o Direito do Estado e Direito Privado era o Direito do indivíduo no plano das suas relações particulares.

Foi muito feliz, portanto, o legislador Constituinte brasileiro ao estabelecer uma nova *summa divisio* constitucionalizada e relativizada no País: *Direito Coletivo e Direito Individual* (Título II, Capítulo I, da CR/1988). O Direito Coletivo é o Direito da Sociedade, no plano da sua transindividualidade, e o Direito Individual é o Direito do Indivíduo, no plano da sua individualidade. O Direito Coletivo e o Direito Individual têm, no plano do espaço da cidadania (coletiva ou individual), o Estado como forma institucional. Em termos de ordem jurídica nacional, no topo da *summa divisio* está o Direito Constitucional integrado tanto pelo Direito Coletivo, quanto pelo Direito Individual, conforme normas que compõem o seu objeto formal: a Constituição. O que é denominado “Direito Público” está, em regra, dentro do *Direito Coletivo*. Assim, não há um direito do Estado contra a sociedade. O administrador tem que administrar para a sociedade. Da mesma forma, o que é intitulado de “Direito Privado” está inserido dentro do *Direito Individual*. Todavia, não há espaços estanques, porque todas essas dimensões encontram a Constituição como berço comum básico e fundamental de disciplina e de tutela jurídica.

*2 Paradigma titularidade do direito.* Para a identificação do Direito, não é suficiente a análise da natureza da norma jurídica ou da relação jurídica ou a sua utilidade. É determinante que também sejam analisados o plano da titularidade do Direito e a forma de sua proteção e efetivação material. Com base nesses dois últimos elementos, conclui-se que ou a norma jurídica se destina à proteção ou efetivação de Direito ou Interesse Individual, ou a norma Jurídica visa a proteção ou efetivação Direito ou Interesse Coletivo. Esses dois tipos de normas compõem o sistema jurídico constitucional. Mesmo em relação à divisão das normas constitucionais em normas jurídicas constitucionais materiais e normas jurídicas constitucionais processuais, observa-se que ambas as categorias das referidas normas voltam-se para a proteção e efetivação ora de Direito Individual, ora de Direito Coletivo. No plano abstrato, todas essas normas do direito positivo constitucional são de interesse coletivo (difuso) e, portanto, indivisível de toda a coletividade. É exatamente esse interesse que apoia e justifica o controle abstrato e concentrado da constitucionalidade, interesse esse denominado de “interesse coletivo objetivo legítimo”<sup>28</sup>. Pelo plano da titularidade, já apontado, observa-se que os direitos ou interesses poderão ser de titularidade de dimensão coletiva e de titularidade de dimensão individual

*3 Paradigma necessidades humanas.* Por outro lado, a nova *summa divisio* direito coletivo e direito individual encontra justificativa também nas necessidades humanas, que são de natureza coletiva e de natureza

26 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000, p. 124-7.

27 Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 91-2.

28 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*, p. 159-65.

individual, pois estão relacionadas com os indivíduos e com a coletividade<sup>29</sup>. A tutela dos direitos pelas diversas vias do acesso à justiça visa atender os direitos relacionados com as necessidades dos indivíduos e ou dos grupos.

4 *Paradigma acesso à justiça*. Outro paradigma importante é o paradigma do acesso à justiça, concebido atualmente como novo método de pensamento e como direito de acesso a todo meio legítimo de proteção e de efetivação de direitos. Assim, nos planos jurisdicional, extrajurisdicional, nacional ou internacional, os mecanismos para a proteção e a efetivação dos direitos são mecanismos para a proteção e efetivação de direito coletivo, amplamente considerado ou não, isso conforme o sistema jurídico, e mecanismos para a proteção e efetivação de direito individual. Ademais, as situações de lesão e de ameaça que são encaminhadas para as diversas portas de acesso à justiça são aquelas que atingem direitos individuais ou a direitos coletivos ou ambos os grupo de direitos.

Por exemplo, no plano do Direito processual somente existem dois tipos de processos: processo de tutela jurídica de direito individual e processo de tutela jurídica de direito coletivo. Em verdade, isso ocorre porque, na verdade, em termos de tutela jurídica, somente existem dois grandes blocos do Direito: Direito Individual e Direito Coletivo.

Ora, se as formas e os meios de proteção e de efetivação dos Direitos ou são coletivas ou são individuais, impõe-se um novo modelo de *summa divisio* superador do modelo clássico *Direito Público e Direito Privado*, o qual não leva em conta o plano da proteção ou da efetivação do Direito, mas outros valores que não são legítimos para um sistema constitucional democrático e servem apenas como bloqueio na construção de novos modelos que possibilitem ao Direito tornar-se realmente instrumento de transformação da realidade social.

Norberto Bobbio dizia que não adianta só reconhecer direitos ou declará-los formalmente. O mais importante atualmente é como efetivá-los, como garanti-los, evitando-se que sejam violados continuamente<sup>30</sup>. Essa efetivação constitui a problemática do acesso à justiça, novo método de pensamento que confere à ciência jurídica uma nova dimensão conceitual e impõe uma revisão completa nos modelos clássicos de enquadramento conceitual e metodológico.

No caso do Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 demonstra preocupação quanto à proteção e efetivação dos direitos, ao consagrar o acesso amplo e irrestrito à justiça (art. 5º, XXXV), ao conferir dignidade constitucional a um rol enorme de ações constitucionais, individuais e coletivas, especialmente coletivas (art. 5º, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXIII, e art. 129, III, etc.) e também, ao determinar a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (art. 5º, § 1º). A *aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais* é garantia constitucional fundamental e, portanto, cláusula pétrea, sendo-lhe incompatível interpretação restritiva. A aplicabilidade imediata tem incidência tanto em relação aos direitos e garantias constitucionais fundamentais individuais, quanto aos coletivos. Considerou-se essas diretrizes na sistematização da nova *summa divisio*, bem como, para a fixação das regras e princípios de interpretação e aplicação do Direito Material Coletivo, em suas diversas dimensões<sup>31</sup>. A exigência de efetividade dos Direitos é diretriz que traça o espírito da CR/88; sua incidência alcança todos os planos do exercício do poder. A própria exigência de *eficiência* da administração pública, na condição de princípio da administração pública (art. 37, *caput*, da CR/1988), decorre desta visão principiológica em torno da efetividade dos direitos.

A própria compreensão da Constituição somente tem sentido se for levado em consideração o plano da sua aplicação. Pela nova hermenêutica constitucional, fala-se em interpretação-concreção da Constituição como lei fundamental. Portanto, o verdadeiro sentido da Constituição prende-se à sua concretização<sup>32</sup>.

29 Para GUSTIN, Miracy B. S, as necessidade humanas, compreendidas genericamente, possuem natureza social e cultural e: “*Deve-se garantir aos indivíduos e aos grupos, ou coletividades, oportunidades que permitam adquirir capacidades efetivas de minimização de danos, privações ou sofrimentos graves e, assim, ampliar essa potencialidade de atividade criativa e interativa, cuja precondição é a autonomia [...]*”. *Das necessidades humanas aos direitos*, p. 226.

30 Disse BOBBIO, Norberto: “*Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (...)*”. *A era dos direitos*, p. 25.

31 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 284-7.

32 Nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz: “*A sociedade como realidade simbólica é indivisível das funções políticas e dos efeitos de poder das signi-*

A discussão atual em torno da proteção e da efetivação dos direitos, propondo a implantação de novas formas, novos meios de solução de conflitos, é realmente o ponto mais importante para fazer do Direito instrumento legítimo de transformação com justiça da realidade social. Não adianta somente a interpretação constitucional e a formulação de novas diretrizes teóricas. Os resultados concretos são essenciais e a explicitação de meios e canais, para o cumprimento dos compromissos assumidos no pacto constitucional, depende de uma visão crítica, como afirmou Konrad Hesse<sup>33</sup>.

Por outro lado, a superação da discussão em torno dos pontos de tensão entre segurança jurídica e efetividade deve ser superada por uma pauta de análise que leve em conta, acima de tudo, a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais<sup>34</sup>, principalmente aqueles que compõem as necessidades humanas básicas<sup>35</sup>.

5 *Paradigma situações de lesão e de ameaça a direito.* São as situações concretas de lesão ou de ameaça a direito que justificam a tomada de medidas para se buscar o acesso à justiça. Observa-se que as condutas comissivas ou omissivas que acarretam situações de lesões ou de ameaças a direitos atingem direitos ou interesses individuais ou direitos ou interesses coletivos ou ambos os grupos de direitos, o que dependerá da situação concreta. No caso do Brasil, esse paradigma é importantíssimo para fins de se buscar a tutela jurisdicional, tanto que a CR/1988 consagrou, expressamente, o princípio da inafastabilidade das decisões judiciais para todos os casos em que há lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CR/1988).

Com isso, como já foi sustentado, apesar de o presente estudo estar contextualizado no ambiente do direito brasileiro, nada impede, como confirma pela ampla extensão dos seus paradigmas de justificação, a sua aplicação em outras ordens jurídicas, nacionais ou internacionais<sup>36</sup>.

6 *A utilidade da nova summa divisio direito individual e direito coletivo para o aperfeiçoamento dos sistemas de outras ordens jurídicas, nacionais ou internacionais.* Por tudo que foi escrito e falado neste texto, observa-se que a classificação dicotômica dos direitos, tendo em vista os seus inúmeros paradigmas de justificação, poderá ser utilizada como modelo teórico e prático em outros sistemas jurídicos alienígenas, inclusive no plano do direito internacional, o que permitirá construir novos modelos explicativos e novos mecanismos adequados de tutela jurídica, jurisdicional ou extrajurisdicional, nacional ou internacional, com um olhar mais voltado para o real: o indivíduo ou a coletividade que necessitam de proteção jurídica.

Em termos de tutela jurídica dos direitos humanos, observa-se que os mecanismos poderão ser de tutela de direito humano de um indivíduo que está sob situação de lesão ou de ameaça ou de um grupo, de uma classe, de uma categoria, de uma comunidade de pessoas indeterminadas ou não que estão sofrendo situações de lesão ou de ameaça a seus direitos. No caso das Cortes Internacionais de direitos humanos, por exemplo, o acesso a essas Cortes poderá abranger a defesa de direito humano individual ou de direito humano coletivo, mais amplo ou menos amplo, conforme as situações de lesões ou de ameaça concretas.

A nova *summa divisio direito individual e direito coletivo*, portanto, permite um olhar mais voltado, em termos de acesso à justiça, para o indivíduo e para as coletividades e não simplesmente para a figura dos Estados

ficações. Por isso, a interpretação da Constituição, isto é, o sentido (norma) do texto constitucional é — parafraseando Radbruch — ‘o resultado do seu resultado’, que decorre, afinal, desse complexo jogo de relações intersubjetivas e das dimensões simbólicas do poder, que ‘cercam’ desde sempre o intérprete”. (Ontem, os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. (Coord.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte, p. 541).

33 Ressaltou HESSE, Konrad: “[...] o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional. Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado”. (*A força normativa da Constituição*, p. 27).

34 Para OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, estamos agora um quarta-fase do direito processual, a do formalismo-valorativo, onde o processo: “[...] é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o segurança, dão lugar a direitos humanos, com características de normas principais. A técnica passa segundo plano, como mero meio para atingir o valor”. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo, p. 3.

35 GUSTIN, Miracy B. S.: “Afirma-se, de antemão, que as necessidades humanas básicas diferem dos interesses e desejos. Enquanto as necessidades parecem referir-se aos constrangimentos à obtenção ou ao atingimento de objetivos ou fins específicos que são geralmente aceitos como naturais e/ou morais, os interesses e desejos dizem respeito à esfera precípua da volição. Portanto, justificam-se em razão de fins individuais, contrariamente às necessidades, que são generalizantes”. (*Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*, p. 9).

36 ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*, p. 439.

ou das Organizações em si, os quais, na verdade, são e devem ser concebidos como mero entes representativos de direitos do indivíduo ou da coletividade, amplamente considerados.

## 11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A *summa divisio* constitucionalizada e relativizada, proposta neste trabalho, é útil metodologicamente, além de conferir explicitação às diretrizes constitucionais, em obediência ao modelo operacionalizado pela Constituinte de 1988.

2. O estudo, a reforma e a interpretação, e aplicação do Direito, levando-se em consideração a titularidade respectiva e os modos de proteção e efetivação nos desígnios apresentados na pesquisa, permitem melhor controle sobre a própria justeza do Direito, ainda mais quando no topo da nova proposta dicotômica encontra-se a Lei fundamental.

3. A divisão das normas em dispositivas e ou cogentes de interesse social agora deve considerar novos valores, os valores constitucionais, especialmente no que tange à teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

4. A nova *summa divisio* Direito Coletivo e Direito Individual, constituindo-se como direito fundamental (Título II, Capítulo I, da CR/1988), permite uma abertura de novos horizontes para a tutela jurídica dos direitos no País, especialmente no plano da tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos: a abertura para a interpretação criativa e concretizadora; a abertura para a interpretação aberta e flexível; a abertura para a ponderação entre os interesses, sem regras gerais de preferência em favor de um ou de outro ou em benefício do Estado; e a abertura para a revisitação de muitos princípios da administração pública de índole e espírito autoritários.

5. A nova *summa divisio* constitucionalizada no Brasil Direito Coletivo e Direito Individual é confirmada por vários paradigmas de justificação: a) decorre de uma previsão expressa da teoria dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais, consagrada na República Federativa do Brasil de 1988 (Título II, Capítulo I); b) está amparada nas necessidades humanas, que são de natureza coletiva e de natureza individual; c) é confirmada pelo plano da titularidade dos direitos ou interesses, que poderão ser de dimensão coletiva e de dimensão individual; d) está confirmada, também, pelo paradigma do acesso à justiça como novo método de pensamento, nos planos jurisdicional, extrajurisdicional, nacional ou internacional, pois os mecanismos para a proteção e a efetivação dos direitos são mecanismos para a proteção e efetivação de direito coletivo e para a proteção e efetivação de direito individual, sendo certo que as situações de ameaças ou de lesões são a direitos individuais ou a direitos coletivos; e) encontra fundamento na concepção de Estado Democrático de Direito como Estado que está inserido na Sociedade, como sua força organizativa decorrente da vontade individual e da coletiva, para consagrar, proteger e efetivar direitos coletivos e individuais.

6. Convém ressaltar, por fim, que apesar de o presente estudo estar contextualizado no ambiente do direito brasileiro, nada impede, como confirma pela ampla extensão dos seus paradigmas de justificação, a sua aplicação em outras ordens jurídicas, nacionais ou internacionais.

## 12. REFERÊNCIAS

ALEXI, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 1997.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova summa divisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BERIZONCE, Roberto O. *Efectivo acceso a la justicia*: prólogo de Mauro Cappelletti. La Prata: Librería Editora Platense, 1997.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed., rev., amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed., rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais pro-

gramáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1994.

**CAPPELLETTI**, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad*. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1974.

**CAPPELLETTI**, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Tradução Nelson Renato Palaia Ribeiro Campos. *Revista de Processo*, São Paulo: n. 5, p. 128-159, 1977.

**CAPPELLETTI**, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, p. 144-160, 1991.

**CAPPELLETTI**, Mauro; **GARTH**, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

**DIAS**, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2003.

**DINAMARCO**, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed., rev. e atual. por Antônio Rulli Neto. São Paulo: Malheiros Editores, v. I, 2000.

**GUSTIN**, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

**HESSE**, Konrad. *A forma normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

**JHERING**, Rudolf Von. *A evolução do Direito*. Salvador: Livraria Progresso Editora, 1950.

**KELSEN**, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2ª edição brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

**KUHN**, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

**LATORRE**, Angel. *Introdução ao Direito*. Tradução de Manuel de Alarcão. 5ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2002.

**MENGER**, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

**NERY JUNIOR**, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

**POCHMANN**, Marcio. Gastos sociais, distribuição de renda e cidadania: uma equação política, p. 3. In <<http://www.ie.UFRJ/aparte/pdfs/gastos>>. Texto publicado também na *Econômica*, v. 5, n. 1, p. 190-13, impressa em fevereiro de 2004.

**SANTOS**, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 10. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

**STRECK**, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

**STRECK**, Lenio Luiz. Ontem, os códigos; hoje, as constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno. (Coord.), *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

**VAMPRÉ**, Spencer. *Interpretação do Código Civil*. São Paulo: Livraria de Oficinas Magalhães, 1919.

**VIEHWEG**, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

**ZIPPELIUS**, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução de António Cabral de Moncada. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

# RIFLESSIONI SUL GIUDIZIO DI RINVIO AI SOLI EFFETTI CIVILI EX ART. 622 C.P.P.<sup>1</sup>

**Guido Canale**

*Ordinario di diritto processuale civile nell'Università del Piemonte orientale*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La competenza. – 3. Il divieto di domande nuove: limiti. – 4. I profili istruttori e il divieto di nuove prove.

1. Il (preteso) danneggiato da un fatto o da una condotta, penalmente rilevante e oggetto di un processo penale, può fare valere la propria pretesa risarcitoria e/o restitutoria non solo innanzi al giudice civile, ma anche nell'ambito del processo penale, costituendosi parte civile<sup>2</sup>; l'art. 75 c.p.p., inoltre, consente che l'azione già promossa innanzi al giudice civile sia trasferita nel processo penale, con conseguente rinuncia agli atti del giudizio civile, fino a quando, in sede civile, non sia stata pronunciata sentenza di merito anche non passata in giudicato<sup>3</sup>.

Quando l'azione civile è esercitata nel processo penale, regola generale vuole che essa sia decisa dal giudice penale, all'esito del giudizio condotto e deciso secondo le regole del processo penale<sup>4</sup>. Tuttavia, non sempre così vanno le cose, poiché può avvenire che il giudizio penale si concluda senza una pronuncia sul merito<sup>5</sup>; e se la sentenza, che chiude il processo penale senza pronunciare sulla responsabilità dell'imputato (e, di conseguenza, sulla domanda risarcitoria e/o restitutoria della parte civile), è resa dalla Corte di cassazione, si pone il problema della sorte dell'azione civile. L'art. 622 c.p.p. dispone che la Corte suprema, qualora annulli la sentenza impugnata, debba, ai soli effetti civili e quando occorre<sup>6</sup>, rinviare la causa al giudice civile competente per valore in grado di appello.

L'art. 622 c.p.p. prevede, dunque, un fenomeno inverso a quello disciplinato dall'art. 75 c.p.p.; quest'ultimo disciplina la trasmigrazione dell'azione civile, già esercitata innanzi al giudice civile, innanzi a quello penale, mentre l'art. 622 c.p.p. prevede che l'azione civile esercitata nel processo penale trasmigri davanti al giudice civile quando il processo penale si concluda senza una pronuncia sulla responsabilità penale dell'imputato e/o del responsabile civile, poiché, in questo caso, la decisione sulla sola domanda risarcitoria e/o restitutoria deve essere pronunciata dal giudice civile<sup>7</sup>.

1 L'idea di dedicare qualche riflessione al tema in oggetto è sorta da alcune esperienze professionali nonché dalla lettura, quale *referee*, di una pregevole tesi di dottorato di una giovane studiosa milanese, Fanny Dubini.

2 Sul tema A. Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano 2006, 918; A. Chiliberti – C. Brusco, *L'azione civile nel processo penale*, Milano 2017, *passim*; A. Anceschi, *L'azione civile nel processo penale*, Milano 2012, *passim*; M. Maniscalco, *L'azione civile nel processo penale*, Padova 2006, *passim*; B. Lavarini, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Torino 2009, *passim*; T. Cavallaro, *L'accertamento dei fatti inerenti la responsabilità civile da reato*, in A. Gaito, *La prova penale*, Torino 2008, 516; nonché L.P. Comoglio, *L'azione civile nel processo penale e le strategie di tutela del diritto al risarcimento*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2001, II, 161 e ss.

3 Giova anche ricordare che il danneggiato, che abbia scelto di esercitare l'azione civile nel processo penale, ha uno *jus poenitendi*, poiché l'art. 82 c.p.p. consente la revoca, in ogni stato e grado, della costituzione di parte civile e il suo trasferimento innanzi al giudice civile.

4 Sebbene un tempo vi sia stato chi riteneva che il giudice penale dovesse applicare le regole proprie del processo civile per decidere sulla domanda della parte civile (così C. Cost., 27 febbraio 1974, n. 40 in *www.consultaonline.it*), ormai da tempo prevale l'opinione contraria; cfr. C. Cost. 29 gennaio 2016, n. 12, in *Giur. cost.* 2016, I, 77, con nota di Daniele; C. Cost., 27 luglio 1994, n. 353, in *Giur. it.* 1995, I, 65; C. Cost., 28 febbraio 1996, n. 60, in *Foro it.* 1997, I, 68. Sul tema, con specifico riferimento ai profili probatori inerenti la prova eventualmente già raccolta nel processo civile prima della costituzione di parte civile e del conseguente trasferimento dell'azione nel processo penale, cfr. Comoglio, *L'azione civile nel processo penale*, cit., 161 e ss.

5 Come accade, ad esempio, e forse è il caso più frequente, in caso di prescrizione del reato.

6 Il rinvio, dunque, può non avvenire, ogniqualvolta la Corte di cassazione ritenga superflua la prosecuzione del giudizio in sede di rinvio; sul significato dell'inciso «quando occorre» cfr., per tutti, R. Bertoni, *Art. 622*, in M. Chiavario, *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino 1991, VI, 293, che sottolinea che ciò può avvenire in tutti i casi nei quali la Corte ritenga sussistano elementi chiari per escludere ogni obbligo risarcitorio in capo all'imputato o al responsabile civile.

7 La *ratio* di tale norma viene oggi per lo più ricondotta all'esigenza di evitare che il giudice penale debba decidere una lite che non ha più ad oggetto alcunché di rilevante sotto il profilo penale; cfr. C. Cost. 12 gennaio 2016 n. 12, cit.; Cass. pen., 17 novembre 2016, n. 48781, in *CED Cass. pen.* 2017, rv 268344. Tale norma realizza una *traslatio* (i.e. prosecuzione) del giudizio sulla sola domanda civile innanzi alla giurisdizione civile in luogo di quella penale; la *traslatio* tra giurisdizioni è oggi divenuta, come noto, un fenomeno più esteso a seguito degli interventi della Corte suprema e della Corte Costituzionale (Cass., 22 febbraio 2007 n. 410 e C. Cost., 7 marzo 2007, n. 77, entrambe in *Foro it.* 2007, I, 2009, con nota di R. Oriani,

Se questa è la *ratio* e il fondamento dell'art. 622 c.p.p., si deve immediatamente rilevare che null'altro il legislatore ha disciplinato sul punto, sicché le norme processuali destinate a regolare la prosecuzione del giudizio innanzi al giudice civile devono essere ricavate in via interpretativa.

Il giudizio che si svolge a seguito della sentenza di annullamento pronunciata dalla Corte di cassazione penale ai sensi dell'art. 622 c.p.p. è, a mio avviso, un giudizio civile di rinvio riconducibile alla fattispecie disciplinata dagli artt. 392 e ss. c.p.c.<sup>8</sup>; esso rappresenta la prosecuzione del giudizio innanzi al giudice civile<sup>9</sup>, a seguito della decisione ablatoria della suprema Corte. Questo rilievo è autoesplicativo della complessità del problema, poiché le norme che vengono in rilievo sono quelle proprie del giudizio civile di appello<sup>10</sup> e non più le norme applicate dal giudice che ha pronunciato la sentenza annullata. Si tratta di norme del tutto nuove per l'azione civile che, quando è esercitata nel processo penale, subisce, per il proprio carattere accessorio e subordinato rispetto all'azione penale, tutte le conseguenze e gli adattamenti derivanti dalla funzione e dalla struttura del processo penale<sup>11</sup>.

Il tema non è stato adeguatamente approfondito dalla dottrina processualciviltistica; anche gli studi dedicati al giudizio civile di rinvio non prendono compiutamente in esame la fattispecie<sup>12</sup>, che risulta così studiata soltanto dai processualpenalisti, nell'ambito degli studi sui rapporti tra azione civile e azione penale<sup>13</sup>.

Si tratta di un argomento che meriterebbe una adeguata trattazione, non consentita in questa sede; le osservazioni che seguono sono così volte a prendere in esame alcuni dei principali profili problematici e a proporre soluzioni, da approfondire, sperando in tal modo di stimolarne lo studio. In particolare, si affronterà il tema della competenza del giudice civile del rinvio e quello della piena applicabilità delle regole preclusive, anche probatorie, che normalmente governano il giudizio di rinvio disciplinato dagli artt. 392 e ss. c.p.c.

Un'ultima annotazione preliminare: i rilievi che verranno svolti non terranno conto della ancor'oggi controversa natura del giudizio di rinvio, da distinguersi, secondo alcuni, in prosecutorio o restitutorio o, secondo altri, da considerarsi unitario<sup>14</sup>; la scelta tra le due tesi arricchirebbe, oltre la misura qui consentita, l'esame dei problemi e delle soluzioni proposte.

2. – Il primo tema, al quale dedicare attenzione, è quello costituito dalla individuazione del giudice (civile) competente per il rinvio, ricordando che in sede di rinvio la competenza è pacificamente ritenuta funzionale (e perciò inderogabile)<sup>15</sup>. Diversamente da quanto accade in caso di annullamento della sentenza da parte della Corte di cassazione civile (che, ai sensi dell'art. 383 c.p.c., deve individuare il giudice del rinvio<sup>16</sup>),

È possibile la *translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte Costituzionale* e, infine, del legislatore; da ultimo sul tema, all'interno di numerosi contributi della dottrina, cfr. M. Palma, *Processo amministrativo e translatio iudicii*, Giappichelli 2017, *passim*.

- 8 In senso conforme è la giurisprudenza di legittimità; *ex multis* cfr. Cass., 9 maggio 2017, n. 11211, in *Diritto & Giustizia* 2017; Cass., 8 aprile 2015, n. 7004, in *Diritto & Giustizia* 2015 con nota di Tarantino; Cass., 9 agosto 2007, n. 17457, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 9.
- 9 Cass., S.U., 9 giugno 2016, n. 11844, in *Foro it.* 2017, 3, 1019, con nota di Di Virgilio, sottolinea che: «il giudizio di rinvio conseguente a cassazione, dunque, pur dotato di autonomia, non dà vita ad un nuovo ed ulteriore procedimento, ma rappresenta una fase ulteriore di quello originario da ritenersi unico ed unitario».
- 10 Conforme è la giurisprudenza di legittimità; per tutte cfr. Cass., 20 giugno 2017, n. 15182, in *Giust. civ. Mass.* 2017, rv. 644747-01; in dottrina, per tutti, cfr. B. Lavarini, *Il giudizio di rinvio dopo l'annullamento in cassazione*, Padova 2014, 70 e ss.
- 11 Così, testualmente, C. Cost., 29 gennaio 2016, n. 12, *cit.*, e, sul tema, cfr. anche le altre decisioni ricordate alla nota 4.
- 12 Sul giudizio civile di rinvio cfr. G. Pavanini, *Contributo allo studio del giudizio civile di rinvio*, Padova 1937; P. Calamandrei – C. Furno, voce *Cassazione civile*, in *Nov.ss.mo dig. it.*, II, Torino 1957, 1102; E.F. Ricci, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano 1967; E. Fazzalari, *Rinvio (giudizio di) nel diritto processuale civile*, in *Dig. it.*, XVII, Torino 1998, 669; C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova 2006, 285 e ss.; B. Gambineri, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano 2008; E. D'Alessandro, *Del giudizio di rinvio*, in P. Comoglio – C. Consolo – B. Sassani – R. Vaccarella, *Commentario del codice di procedura civile*, Torino 2013, IV, 1322 e ss.; G.F. Ricci, *Il giudizio civile di rinvio*, Torino 2016; R. Gambioli, *Il giudizio di rinvio nella giurisprudenza della cassazione*, in *Giur. it.* 2017, 1706.
- 13 In dottrina, per tutti, M. Bargi, *Il ricorso per Cassazione*, in AA. VV., *Le impugnazioni penali*, a cura di A. Gaito, vol. II, Torino 1998, 654; G. Molfese, *Ricorso e controricorso per cassazione in materia civile*, Padova 2006, 742; A. Giarda, *Ricorso per cassazione della parte civile, annullamento del capo penale e competenza del giudice di rinvio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1975, 627 e nota 24; in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., 20 giugno 2017, n. 15182, in *Giust. civ. Mass.* 2017; Cass., 8 settembre 2015, n. 17794, in *pluris-cesdam-utet giuridica.it*; Cass., 8 aprile 2015, n. 7004, in *Giust. Civ. Mass.* 2015, rv 634918.
- 14 Come noto, ancor'oggi si discute se vi sia un solo tipo di rinvio, a prescindere dal motivo della cassazione (E. Fazzalari, *op. cit.*, 184) ovvero si debba distinguere, come a me pare preferibile, tra un rinvio restitutorio, da disporre in caso di *errores in procedendo*, e un rinvio prosecutorio, collegato alla cassazione per *errores in iudicando* (E.F. Ricci, *op. cit.*, 59; C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova 2012, 541).
- 15 Per tutti G.F. Ricci, *Il giudizio civile di rinvio*, *cit.*, 573 e ivi ulteriori riferimenti bibliografici; Cass., 8 ottobre 1987, n. 7505, in *Giust. civ. Mass.* 1987; Cass., 9 febbraio 2000, n. 1437, in *Giust. civ. Mass.* 2000, 280; Cass., 23 settembre 1996, n. 8404, in questa *Rivista* 1997, 928 con nota di Finocchiaro. Alla Corte di cassazione residua unicamente il potere di intervenire sulla propria decisione in forma di ordinanza per la correzione di errori materiali; così Cass., 23 gennaio 1998, n. 628, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 138.
- 16 Come noto, in sede di cassazione della sentenza civile, la suprema Corte deve indicare il giudice competente per il rinvio, sia pur con la discrezionalità nella sua individuazione, ferma soltanto l'esigenza di diversità del collegio giudicante (sul punto per un approfondimento, oltre agli autori indicati alla nota 12, cfr. Cass., 5 maggio 2017, n. 11120, in *Giust. Civ. Mass.* 2017, rv 643965-01; Cass., 13 gennaio 2016, n. 340, in *Giust. Civ. Mass.* 2016, rv 638610; Cass., S.U., 27 febbraio 2008, n. 5087 in *Giur. it.* 2008, 2524 con nota di M. Russo.



l'art. 622 c.p.p. prevede soltanto che la Corte rinvii al giudice civile competente per valore in grado di appello, anche se l'annullamento abbia ad oggetto una sentenza inappellabile, senza stabilire il principio che sia la Corte stessa ad individuare il giudice competente per la prosecuzione del giudizio.

Per individuare quale sia il giudice competente, secondo le regole del processo civile<sup>17</sup> occorre rispettare i tre criteri di competenza: grado, valore e territorio. Se sui primi due la risposta è agevole, sull'ultimo, quello della competenza per territorio, il dibattito è acceso.

Procediamo con ordine.

Per quanto concerne la competenza per grado è sempre competente il giudice civile in grado di appello, anche se la sentenza annullata è una sentenza inappellabile, poiché così espressamente dispone l'art. 622 c.p.p. in deroga alle regole desumibili dal codice di procedura civile.

Anche in merito alla competenza per valore non vi sono dubbi; sebbene l'art. 622 c.p.p. taccia sul punto, occorre considerare che il processo penale non conosce questo criterio di competenza, sicché si deve fare riferimento ai criteri di competenza per valore previsti dal codice di procedura civile. Si dovrà dunque fare riferimento al *quantum* richiesto dalla parte civile nel processo penale, con l'avvertenza che nel processo penale la parte civile può anche omettere di quantificare il danno<sup>18</sup>; qualora ciò accada, la domanda sarà di valore indeterminabile ai sensi dell'art. 14 c.p.c.

In conclusione, in virtù di questi due principi, il rinvio in sede civile deve essere effettuato – in linea generale – alla corte d'appello, salvo per quei casi, nei quali il *quantum* della domanda non superi la competenza per valore del giudice di pace, nei quali il rinvio dovrà essere effettuato al tribunale.

Assai più discussa è l'individuazione del giudice competente per territorio; l'art. 622 c.p.p., infatti, nulla dice sul punto né, come già ricordato, prevede che sia la Corte suprema a indicare quale sia il giudice competente per la prosecuzione del giudizio, come invece dispone l'art. 383 c.p.c.<sup>19</sup>. Talvolta, la suprema Corte vi provvede e per lo più, quando ciò accade, rinvia la causa alla medesima autorità giudiziaria che aveva pronunciato la sentenza annullata, ma in sede civile<sup>20</sup>.

Il criterio previsto dall'art. 383 c.p.c., è dunque di applicazione eventuale, per i soli casi in cui la sentenza della Corte suprema a ciò provveda. Quando ciò non avviene vi è un vuoto normativo e il problema è particolarmente delicato, essendo agevole ipotizzare situazioni processuali, nelle quali vi possa essere una pluralità di fori concorrenti; pluralità di imputati e/o responsabili civili nel processo penale e pluralità di parti civili potrebbe dare luogo a prosecuzioni del processo innanzi a diversi giudici d'appello, dei quali sarebbe preclusa la riunione ex art. 335 c.p.c. per la diversità degli uffici giudiziari innanzi ai quali essi pendono<sup>21</sup>. Non vi è dunque dubbio che una regola vada individuata, sia per l'insopprimibile esigenza di una individuazione *ex ante*, nel rispetto dei principi costituzionali, del giudice competente sia per evitare fenomeni di *forum shopping*, sia, infine, per prevenire gli eventuali conflitti appena evidenziati e altrimenti difficilmente risolvibili.

A me pare che, nel silenzio della Suprema Corte, sia competente per il rinvio il medesimo giudice, in

17 In senso contrario F. Dinacci, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova 2002, 238, secondo il quale il silenzio del legislatore sul punto avrebbe il significato di richiedere l'applicazione dei principi propri del processo penale in caso di rinvio sui capi penali della sentenza.

18 Cass. pen., 14 febbraio 2002, n. 20475, in *Dir. e giust.* 2002, 28, secondo la quale «l'omessa determinazione nelle conclusioni scritte della parte civile del *quantum* risarcitorio non determina alcuna nullità»; e, più di recente, Cass., 22 dicembre 2015, n. 7128, in *Dir. e giust.* 2016, secondo la quale «l'inosservanza della norma di cui all'art. 523, comma 2, c.p.p. per omessa determinazione nelle conclusioni scritte delle parti civili dell'ammontare dei danni dei quali si chiede il risarcimento non produce alcuna nullità, né impedisce al giudice di pronunciare condanna generica al risarcimento, in quanto l'esercizio dell'azione civile ha come unica condizione essenziale la richiesta di risarcimento, la cui entità può essere precisata in altra sede dalla stessa parte o rimessa alla prudente valutazione del giudice.»

19 A integrazione di quanto osservato alla nota 16, giova ricordare che anche in caso di *translatio iudicii* tra giurisdizioni diverse è previsto che il giudice, nel declinare la propria giurisdizione, indichi il giudice ritenuto munito di giurisdizione; in tal senso dispone sia l'art. 59 della l. 69/2009 (per il difetto di giurisdizione del giudice civile, amministrativo, contabile tributario e speciale) sia l'art. 11 d.lgs. 104/2010 (per il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo). Assai vasta è la bibliografia sul tema; per tutti sia consentito rinviare a Mandrioli – Carratta, *Diritto processuale civile*, Torino 2017, I, 255 – 261 e note relative.

20 La tesi di dottorato, cui ho fatto riferimento in apertura, ha evidenziato che da un'analisi della casistica risulta che in tutti i casi in cui la Corte di cassazione penale, annullando la sentenza ai sensi dell'art. 622 c.p.p., ha indicato il giudice civile territorialmente competente, ha sempre rinviato la causa alla medesima autorità giudiziaria che aveva pronunciato la sentenza annullata, ma in sede civile.

21 Trattandosi, poi, come noto, di un caso di inscindibilità della lite per litisconsorzio necessario processuale, ai sensi dell'art. 331 c.p.c. ciascun giudice dovrebbe disporre l'integrazione del contraddittorio qualora non tutte le parti fossero state evocate in giudizio; sul tema cfr., *ex multis*, Cass., 8 settembre 2014, n. 18853, in *Giust. civ. Mass.* 2014; Cass., 19 marzo 2012, n. 4370, in *Giust. civ. Mass.* 2012; Cass., 6 febbraio 2004, n. 2292, in *Foro it.* 2004, I, 1769;

sede civile, che ha pronunciato la sentenza annullata<sup>22</sup> e ciò non in applicazione, come da taluni sostenuto<sup>23</sup>, dell'art. 623 c.p.p., ma in applicazione dei principi propri del processo civile. Se il giudizio di rinvio costituisce la prosecuzione del processo avente ad oggetto l'azione civile esercitata nel processo penale<sup>24</sup>, la lite, sia pur nelle diverse forme richieste per il suo esercizio nel processo penale, *pende*, sin dalla costituzione di parte civile, tra le parti innanzi ad un giudice; ed è dunque innanzi a quel medesimo giudice, sia pur in sede civile (e, dunque, garantendo l'alterità del giudice del rinvio<sup>25</sup>), che deve essere proseguita e conclusa. La prassi prima ricordata, secondo la quale quando la Corte suprema, pronunciando la sentenza di rinvio, individua il giudice del rinvio in sede civile in quello che ha pronunciato la sentenza penale annullata, mi pare costituisca una conferma della bontà della soluzione proposta.

3. – L'art. 392, 1 co., c.p.c. prevede che ciascuna delle parti<sup>26</sup> possa procedere alla riassunzione; e il successivo art. 394, 2 co., c.p.c., fissa il principio, secondo il quale le parti, a prescindere dal rilievo di quale di esse abbia provveduto all'incombente della riassunzione, mantengono, in sede di rinvio, la posizione processuale che avevano nel giudizio in cui fu pronunciata la sentenza cassata. Secondo l'opinione pressoché pacifica, ciò significa che nel giudizio di rinvio sono precluse nuove attività assertive e/o probatorie<sup>27</sup>; le parti, dunque, non possono assumere conclusioni diverse da quelle già formulate, con l'unica eccezione che l'esigenza sorga dalla pronuncia della Corte di cassazione o dallo *jus superveniens*<sup>28</sup>.

La natura civile del giudizio di rinvio ex art. 622 c.p.p. e la sua riconducibilità alla fattispecie disciplinata agli artt. 392 e ss. c.p.c. inducono la giurisprudenza, sia di legittimità sia di merito, e la dottrina a ritenere che anche a tale giudizio si applichi il principio preclusivo appena delineato<sup>29</sup>; le domande e le eccezioni nuove, la cui proposizione non consegua alla sentenza rescindente o allo *jus superveniens*<sup>30</sup>, dovranno essere dichiarate inammissibili.

Sebbene questo principio sia sostanzialmente condiviso da tutti (salvo, ovviamente, per il giudizio di rinvio di natura restitutoria, per tutti coloro che, come me, ne condividono l'esistenza), merita qualche riflessione con riferimento ad uno specifico profilo.

La Suprema Corte da tempo afferma che il giudice civile non potrebbe, in sede di rinvio, procedere alla quantificazione del danno laddove il giudice penale abbia pronunciato soltanto una condanna generica al risarcimento, anche con provvisoria, qualora non vi sia stata impugnazione del capo specifico<sup>31</sup>, pena l'ampliamento del *thema decidendum* con violazione dell'art. 394, 3 co., c.p.c. e del giudicato formatosi sul punto nel processo penale.

Non mi pare che il principio possa essere condiviso. In tema di effetti della riforma o della cassazione di una sentenza, l'art. 336 c.p.c. declina il principio dell'effetto espansivo interno della pronuncia di riforma o annullamento, a mente del quale il venir meno della sentenza travolge anche i capi dipendenti<sup>32</sup>, a prescindere

22 U. Aloisi – N. Fini, voce *Cassazione penale*, cit., 1138; M. Bargi, *Il ricorso per Cassazione*, cit., 654.

23 F. Dinacci, *Il giudizio*, cit., 238; A. Giarda, *Ricorso*, cit., 628.

24 Cass., S.U., 9 giugno 2016, n. 11844, cit., ha sottolineato che «il giudizio di rinvio conseguente a cassazione, pur dotato di autonomia, non dà vita a un nuovo e ulteriore procedimento, ma rappresenta una fase ulteriore di quello originario, da ritenersi unico ed unitario».

25 Su questo principio si veda, per riferimenti bibliografici, M. De Cristofaro, sub. art. 383 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato* a cura di C. Consolo, II, Milano 2013, 1121; nonché Cass., S.U., 27 febbraio 2008, n. 5087, cit.

26 Parti legittimate sono soltanto la parte civile, l'imputato e il responsabile civile, che già fossero parti del processo, nel quale la Corte di cassazione ha pronunciato la sentenza di annullamento; il giudizio civile di rinvio, infatti, ha ad oggetto il solo rapporto privatistico per il risarcimento del danno e/o le restituzioni già dedotto nel processo penale.

27 Sul tema per tutti e per riferimenti bibliografici e giurisprudenziali ulteriori, oltre agli autori indicati alla nota 11, cfr. C. Mandrioli – A. Carratta, *Diritto processuale civile*, cit., II, 623 e nota 294.

28 Assume qui rilievo assoluto la controversa questione, in apertura ricordata, in ordine alla sussistenza di un rinvio di duplice natura, restitutoria o prosecutoria, poiché nel primo caso è evidente che l'eventuale esistenza di preclusioni a carico delle parti consegue alla fase processuale, alla quale esse sono rimesse; ma le osservazioni che seguono prescindono, anche in questo caso, dalla distinzione, essendo, a mio avviso valide anche per il rinvio prosecutorio.

29 Cass., 20 giugno 2017, n. 15182, in *Giust. Civ. Mass.* 2017, rv 644747-01; Cass., 10 aprile 2015, n. 7175, in *Giust. civ. Mass.* 2015, rv 635029; Cass., 9 agosto 2007, n. 17457, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 9; A. Chiliberti, *Azione civile*, cit., 884; M.A. Zumpano, *Sui nova nel giudizio di rinvio*, in *Giust. civ.* 1986, I, 423.

30 Cass., 8 aprile 2015 n. 7004, in *Giust. civ. Mass.* 2015, rv 634918; Cass., 19 gennaio 1996 n. 417, in *Foro it.* 1997, I, 255. Rientrano nello *jus superveniens* anche i mutamenti prodotti dalle sentenze della Corte di Giustizia UE, che hanno efficacia immediata nel nostro ordinamento; così Cass., 12 settembre 2014, n. 19301 in *Foro it.* 2015, I 3992 con nota di O. Desiato.

31 Cass., 19 gennaio 1996, n. 417, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 85; Cass., 8 aprile 2015, n. 7004, in *Giust. civ. Mass.* 2015.

32 Oltre alle opere di carattere manualistico, sul tema cfr. C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., Padova 2012, 711; A. Cerino Canova, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova 1973, 452; R. Maccarone, *Profili sistematici dell'effetto espansivo esterno della sentenza di riforma*, Milano 1983, 62; R. Poli, *In tema di estensione dell'impugnazione alle parti di sentenza dipendenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2001, 707; Id., *Limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova 2002; N. Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli 1996, 116.

dal loro passaggio in giudicato<sup>33</sup>. La situazione che si verifica in caso di annullamento in sede penale della sentenza, con rimessione al giudice civile del rinvio, è sostanzialmente analoga a quella che si verifica, nel processo civile, ogniquale volta vi sia l'impugnazione di una sentenza di condanna sull'*an debeat*, con scissione dalla pronuncia sul *quantum*. Ebbene, in questi casi nessuno dubita che la riforma o la cassazione della pronuncia relativa all'accertamento dell'*an debeat* travolga anche quella relativa al *quantum*<sup>34</sup>. D'altronde, la pronuncia sul *quantum* presuppone, necessariamente, la pronuncia positiva sull'*an*; e, qualora quest'ultima sia venuta meno, la seconda non potrebbe trovare luogo. L'annullamento in sede penale della sentenza travolge il «presupposto» costituito dalla responsabilità dell'imputato e/o del responsabile civile, sicché la sussistenza di questa responsabilità dovrà essere nuovamente valutata dal giudice civile in sede di rinvio; e solo laddove questa responsabilità (*i.e.*, l'*an debeat*) sia ritenuta sussistente, potrà avere luogo la pronuncia sul *quantum*.

Occorre dunque prendere atto che per effetto dell'annullamento in sede penale, a seguito dell'impugnazione dell'imputato, viene a cadere la pronuncia che accerta la responsabilità; questa pronuncia estende la sua efficacia a quella (dipendente) di condanna alle restituzioni ed al risarcimento del danno, senza che abbia rilievo la circostanza che tale sentenza sia stata oggetto di impugnazione, poiché il giudicato che si sia formato su di essa sarebbe solo apparente<sup>35</sup>. L'azione civile viene così sottoposta al giudice civile nella sua integrità, senza possibilità di scissione della decisione sull'*an* e sul *quantum*; vi è una piena *traslatio* del giudizio sulla domanda civile, sicché tutto quello che vi è ancora da decidere sull'azione civile esercitata nel processo penale costituisce l'oggetto del giudizio di rinvio<sup>36</sup>.

4. – La natura chiusa del giudizio di rinvio pone anche un ulteriore problema, di un certo rilievo, in ordine alla fase istruttoria; il divieto di proporre nuove conclusioni vale, infatti, anche per le richieste istruttorie, salva la possibilità, prevista espressamente dall'art. 394, comma 3, c.p.c., di deferire il giuramento decisorio<sup>37</sup>. Nel giudizio di rinvio non è dunque ammessa attività istruttoria, anche in questo caso con l'eccezione che la necessità di assunzione delle prove sorga quale conseguenza diretta della pronuncia di annullamento resa dalla suprema Corte o dello *jus superveniens*<sup>38</sup>. Tuttavia, quando il giudizio di rinvio costituisce la prosecuzione in sede civile dell'azione esercitata nel processo penale, si pongono immediatamente due problemi: il primo concerne l'ammissibilità di quei mezzi di prova che il processo civile non conosce (quali, ad esempio, le intercettazioni telefoniche<sup>39</sup> o la testimonianza della parte) e che invece, sovente, costituiscono una delle principali fonti di convincimento del giudice penale. Il secondo concerne l'efficacia da riconoscere alle prove raccolte nel processo penale, laddove ne sia ritenuta ammissibile l'utilizzabilità nel processo civile, anche qualora esse siano state raccolte prima del processo e in assenza di qualunque contraddittorio tra le parti (come accade in caso di indagini di polizia giudiziaria).

33 Secondo un'autorevole opinione, in questi casi si dovrebbe considerare sospeso il passaggio in giudicato dei capi dipendenti, senza renderli, sia pur potenzialmente, oggetto del processo di impugnazione, al fine di ottenerne la caducazione in via riflessa in caso di accoglimento del gravame; secondo altri l'art. 336 c.p.c. avrebbe una funzione vicaria, quale regola residuale, che comporta la mera caducazione del capo dipendente quando il giudice del gravame (quello dell'appello o di cassazione quando pronuncia nel merito o quello di rinvio) ometta di pronunciarsi sul capo o sulla causa dipendente; così C. Consolo, *Spiegazioni*, cit., 438; Id., *Le impugnazioni*, cit., 45; per ulteriori riferimenti C. Mandrioli – A. Carratta, *Diritto processuale civile*, Torino 2017, II, 471 – 472 e note 147, 148 e 149.

34 Cass., 9 marzo 2005, n. 5162, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 4, Cass., 29 aprile 1997, n. 3274, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 587; Cass., S.U., 26 luglio 2004, n. 14060, in *Giust. civ.* 2005, 5, I, 1168.

35 *Ex multis* cfr. Cass., 7 febbraio 2001, n. 1720, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 215; Cass., 19 giugno 1998, n. 6130, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 1358; Cass., 13 gennaio 1995, n. 363, in *Giust. civ. Mass.* 1995, 66.

36 In questo senso cfr. la recente Cass., 20 giugno 2017, n. 15182, in *Giust. civ. Mass.* 2017, che ha statuito «Nell'ipotesi di annullamento, ai soli effetti civili, da parte della Corte di cassazione, della sentenza penale contenente condanna generica al risarcimento del danno, si determina una piena «*traslatio*» del giudizio sulla domanda civile al giudice civile competente per valore in grado di appello, il quale può procedere alla liquidazione del danno anche nel caso di mancata impugnazione dell'omessa pronuncia sul «*quantum*» ad opera della parte civile, atteso che, per effetto dell'impugnazione dell'imputato contro la pronuncia di condanna penale – la quale estende la sua efficacia a quella di condanna alle restituzioni ed al risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 574, comma 4, c.p.p. – deve escludersi che si sia formato il giudicato interno sull'azione civile, sicché questa viene sottoposta alla cognizione del giudice del rinvio nella sua integrità, senza possibilità di scissione della decisione sull'«*an*» da quella sul «*quantum*».

37 Cass., 18 novembre 1997, n. 8454, in *Giust. civ.* 1988, I, 2354; in dottrina, per tutti, cfr. C. Consolo, *Impugnazione*, cit., 287; ma, nel caso specifico, il giuramento incontra il limite fissato dall'art. 2739 c.c. che preclude l'ammissibilità del giuramento decisorio su fatto illecito (su tale divieto cfr. da ultimo Cass. 19 marzo 2014, n. 6347, in *Diritto & Giustizia* 2014; sulla nozione di fatto illecito Cass., 15 marzo 2007, n. 5994, in *Arch. giur. circol. e sinistri* 2007 1041).

38 Sul tema per tutti, oltre agli autori indicati alla nota 12, cfr. B. Gambineri, *Giudizio di rinvio*, cit., 261.

39 Sull'utilizzo delle intercettazioni telefoniche quale fonte di prova nel giudizio civile cfr. Cass., sez. lav., 2 marzo 2017, n. 5317, in *Giust. civ. Mass.* 2017, rv 643273-01, secondo la quale «Il giudice civile, ai fini del proprio convincimento, può autonomamente valutare, nel contraddittorio tra le parti, ogni elemento dotato di efficacia probatoria e, dunque, anche le prove raccolte in un processo penale e, segnatamente (come nella specie), le dichiarazioni verbalizzate dagli organi di polizia giudiziaria in sede di sommarie informazioni testimoniali, e ciò anche se sia mancato il vaglio critico del dibattimento in quanto il procedimento penale è stato definito ai sensi dell'art. 444 c.p.p., potendo la parte, del resto, contestare, nell'ambito del giudizio civile, i fatti così acquisiti in sede penale».

A me pare evidente che, poi, offerta una soluzione a questi due quesiti, si debba altresì affrontare quello conseguente: se in ragione dell'eventuale ingresso di queste prove nel processo civile, sorga l'esigenza di garantire una attività istruttoria alle parti.

Il tema si presenta in tutta la sua peculiarità, che rende difficile l'applicazione dei principi noti e applicati in fattispecie analoghe. Da un lato, il caso in esame si differenzia da quello disciplinato all'art. 310 c.p.c.<sup>40</sup>, poiché il giudizio non è estinto per iniziare, nuovamente, in primo grado tra le stesse parti e innanzi a un altro giudice (con le stesse regole processuali), ma prosegue in grado d'appello innanzi a un diverso giudice e con diverse regole processuali; dall'altro, anche l'ipotesi che appare più finitima, quella della *traslatio* della domanda tra giurisdizioni diverse<sup>41</sup>, presenta una significativa differenza: in questi casi la prosecuzione del processo innanzi a un giudice appartenente a una diversa giurisdizione avviene con la introduzione<sup>42</sup> della domanda in primo grado e non innanzi al giudice d'appello, nell'ambito di un giudizio «chiuso» a nuove domande istruttorie.

La questione dell'utilizzabilità delle prove raccolte nello stesso processo, in una diversa fase e secondo regole processuali differenti, si impone così in tutta la sua evidenza.

Secondo l'opinione della giurisprudenza e della dottrina del tutto prevalenti, il giudice penale decide l'azione civile in base alle regole processuali e probatorie del processo penale<sup>43</sup>, sicché potrà utilizzare, al fine del proprio convincimento, anche prove che non sarebbero ammissibili nel processo civile; e l'esempio più immediato è costituito, come poc'anzi ricordato, dalle intercettazioni telefoniche e dalla testimonianza della parte civile, espressamente ammesse nel giudizio penale e, invece, ignote e/o non ammesse nel giudizio civile. Su uno dei punti più delicati, la Suprema Corte afferma che il giudice civile del rinvio dovrebbe utilizzare tutte le prove raccolte nel processo penale<sup>44</sup>, a prescindere dai limiti di ammissibilità che ne dovrebbero regolare la sorte nel giudizio civile<sup>45</sup>, ritenendo così utilizzabile anche la testimonianza della parte civile<sup>46</sup>.

Il punto fermo, dal quale deve muovere il ragionamento, è costituito dal principio, secondo il quale il giudice civile del rinvio deve decidere sulla base delle regole previste per il rito civile e non in base a quelle previste per il processo penale<sup>47</sup>. Il giudizio di rinvio è regolato dagli artt. 392 e ss. c.p.c., si svolge davanti al giudice civile, il quale deve applicare il rito previsto per quel grado di giudizio; in questa affermazione devono essere ricomprese anche le regole che governano l'ammissibilità e rilevanza delle prove raccolte nel giudizio penale, che dovranno essere

40 Sul tema, per tutti, M.C. Vanz, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano 2008, 111 e ss.

41 Anche in caso di *translatio iudicii* tra giurisdizioni diverse si è posto un problema analogo; l'art. 59 della l. 69/2009, 5 co., prevede che le prove raccolte dal giudice amministrativo possano essere utilizzate dal giudice civile innanzi al quale la causa venga proseguita, ma esse siano valutabili come argomenti di prova: soluzione ritenuta da Ciprani, *La translatio tra giurisdizioni italiane*, in *Foro it.* 2009, V, 250, non propriamente apprezzabile sul piano dell'economia processuale. Nulla prevede, invece, l'art. 11 del d.lgs. 104/2010 (che disciplina il difetto di giurisdizione rilevato dal solo giudice amministrativo), sulla sorte delle prove già raccolte, anche se si ritiene che si dovrebbe applicare, per analogia, il medesimo principio. Su questi profili, per un loro approfondimento e per i riferimenti bibliografici, cfr. L. Querzola, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna 2016, 23 e ss e 150 e ss.

42 Come noto si è assai discusso se l'ipotesi in oggetto possa costituire una vera e propria *traslatio* (e, dunque, una prosecuzione dell'originario processo e con il mantenimento delle preclusioni eventualmente già verificatesi) ovvero un'instaurazione di un diverso e nuovo processo, nel quale vi sia la retrodatazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda; *ex multis*, E.F. Ricci, *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in questa *Rivista* 2008, 693; G. Ruffini, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii tra confusione del legislatore ed equivoci degli interventi*, in *Giur. it.* 2013, 214; C. Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in questa *Rivista* 2009, 1267.

43 Sul punto cfr. C. Cost., 20 gennaio 2016 n. 12, cit.; C. Cost., 28 febbraio 1996, n. 60, cit.. In senso contrario, per la applicazione delle regole civili, anche probatorie, da parte del giudice penale cfr. la risalente C. Cost., 27 febbraio 1974, n. 40, cit.; in dottrina T. Cavallaro, *L'accertamento dei fatti*, cit. 516.

44 Cass., 18 novembre 2014, n. 24475, in *Giust. civ. Mass.* 2014, afferma che «La sentenza penale di non luogo a procedere per concessione del perdono giudiziale nei confronti di imputato minorenni non ha efficacia di giudicato nel giudizio civile risarcitorio, perché esula dalle ipotesi previste negli artt. 651 e 652 cod. proc. pen., non suscettibili di applicazione analogica per il loro contenuto derogatorio del principio di autonomia e separazione tra giudizio penale e civile. Ne consegue che il giudizio civile deve interamente ed autonomamente rivalutare il fatto in contestazione, sebbene, nel rispetto del contraddittorio, possa tener conto di tutti gli elementi di prova acquisiti in sede penale, al fine di ritenere provato il nesso causale fra la condotta del minore e la lesione subita dall'attore; nell'ipotesi di sentenza penale di condanna non definitiva e di sentenza definitiva di non doversi procedere essendo il reato estinto per prescrizione – che non hanno efficacia di giudicato nel giudizio civile di danno ai sensi degli artt. 651 e 654 c.p.p., – il giudice civile deve interamente rivalutare il fatto ma può tener conto di tutti gli elementi di prova acquisiti, nel rispetto del contraddittorio tra le parti, in sede penale e non gli è vietato ripercorrere lo stesso "iter" argomentativo del giudice penale e giungere alle medesime conclusioni. Ai fini di questa rivalutazione delle prove raccolte in sede penale, il giudice ben può tener conto del contenuto di tali prove quale risulta dalla sentenza penale, se in merito non vi sono contestazioni tra le parti».

45 Per tutte Cass. pen. S.U., 29 settembre 2016, n. 46688, in *Riv. pen.* 2017, 1, 15.

46 Cass., 14 luglio 2004, n. 13068, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 7-8 afferma «La parte civile può legittimamente rendere testimonianza nel processo penale, non esistendo all'interno del processo penale una norma come l'art. 246 c.p.c., e tale testimonianza può essere sottoposta al cauto e motivato apprezzamento del giudice, che può fondare la sentenza di condanna anche soltanto su di essa; tale testimonianza conserva il suo valore anche quando, con l'accoglimento del ricorso della parte civile contro la sentenza di proscioglimento dell'imputato, il solo processo civile prosegue dinanzi al giudice di rinvio, ex art. 622 c.p.p., giacché in tal caso continuano ad applicarsi, "in parte qua", le regole proprie del processo penale e la deposizione giurata della parte civile, ormai definitivamente acquisita, deve essere esaminata dal giudice di rinvio esattamente come avrebbe dovuto esaminarla il giudice penale se le due azioni non si fossero occasionalmente separate».

47 Sul tema cfr. T. Cavallaro, *L'accertamento dei fatti*, cit., 516; M. Bargi, *Il ricorso per cassazione*, cit., 654; B. Lavarini, *Azione civile*, cit., 155; E. Savio, *Il giudizio di rinvio dopo l'annullamento in cassazione*, Padova 2014, 73 e ss.; Cass. pen., 24 ottobre 2003, n. 897, in *Cass. pen.* 2005, 2, 519 (s.m.).

valutate dal giudice civile, al fine del suo convincimento, secondo le regole proprie del rito che egli sta applicando.

Il principio appena affermato non comporta, tuttavia, che il materiale probatorio acquisito nel processo penale debba essere ritenuto del tutto inutilizzabile da parte del giudice civile<sup>48</sup>; da un lato, infatti, sarebbe pregiudizievole per le parti del rapporto privatistico precludere l'utilizzabilità di elementi probatori raccolti in una diversa fase dello stesso processo; dall'altro, ciò sarebbe in contrasto con il principio di economia processuale<sup>49</sup>, poiché imporrebbe di prendere seriamente in esame la possibilità di una significativa riapertura della fase istruttoria e, infine, mi sembra priva di logica l'elisione dal processo di accadimenti storici avvenuti in quel medesimo giudizio, innanzi a un sia pur diverso giudice che ha operato con regole diverse<sup>50</sup>.

La questione non è dunque se tali prove siano utilizzabili, ma in che modo esse possano essere utilizzate; vale a dire con quale grado di efficacia esse possano essere valorizzate dal giudice civile del rinvio al fine della formazione del proprio convincimento. Orbene, da tempo, ormai, il processo civile conosce l'ammissibilità e rilevanza di mezzi di prova atipici, utilizzabili dal giudice per la formazione del proprio convincimento. Secondo l'opinione classica, si tratta di mezzi di prova che rientrano nel secondo comma dell'art. 116 c.p.c., nella categoria nota come argomenti di prova, che possono essere utilizzati a conforto e integrazione dei mezzi di prova tipici<sup>51</sup>.

Le prove raccolte nel processo penale saranno dunque utilizzabili dal giudice civile secondo il grado

48 Cass, 30 gennaio 2013, n. 2168, in *Giust. civ. Mass.* 2013, secondo la quale «Il giudice civile, ai fini del proprio convincimento, può autonomamente valutare, nel contraddittorio tra le parti, ogni elemento dotato di efficacia probatoria e, dunque, anche le prove raccolte in un processo penale e, segnatamente (come nella specie), le dichiarazioni verbalizzate dagli organi di polizia giudiziaria in sede di sommarie informazioni testimoniali, e ciò anche se sia mancato il vaglio critico del dibattimento in quanto il procedimento penale è stato definito ai sensi dell'art. 444 c.p.p., potendo la parte, del resto, contestare, nell'ambito del giudizio civile, i fatti così acquisiti in sede penale»; Cass. civ., 22 ottobre 2014, n. 22384, cit., secondo la quale «Il giudice civile può utilizzare e autonomamente valutare come fonte del proprio convincimento, nel contraddittorio tra le parti, ogni elemento dotato di efficacia probatoria, comprese le prove raccolte in un processo penale e, segnatamente, le risultanze della relazione di una consulenza tecnica esperita nell'ambito delle indagini preliminari, soprattutto quando la relazione abbia ad oggetto una situazione di fatto rilevante in entrambi i giudizi, e le dichiarazioni verbalizzate dagli organi di polizia giudiziaria in sede di sommarie informazioni testimoniali; ciò anche se sia mancato il vaglio critico del dibattimento in quanto il procedimento penale è stato definito ai sensi dell'art. 444 c.p.p., potendo la parte, del resto, contestare, nell'ambito del giudizio civile, i fatti così acquisiti in sede penale».

49 Ovvero il principio di «non dispersione dei mezzi di prova», sul quale cfr. C. Cost., 3 giugno 1992, n. 255, in *Giur. it.* 1993, I, 1, 534, con nota di Gaeta; C. Cost., 2 novembre 1998, n. 361, in *Giust. pen.* 1999, I, 1, nonché L. Querzola, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 137 e ss.

50 Trib. Milano, sez. X, 2 ottobre 2009, n. 11786, in *Giust. a Milano* 2009, 10, 71, secondo la quale l'art. 651 c.p.p. dispone che «la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e dell'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni ed il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero che sia intervenuto nel processo penale. La giurisprudenza di legittimità è costante nel consentire al giudice civile di utilizzare atti e documenti del giudizio penale svoltosi fra le stesse o fra altre parti, imponendo, anche qui, al giudice civile di procedere ad una autonoma valutazione di esse. Possono inoltre, essere utilizzate anche le sentenze penali prodotte dalle parti, ma non come provvedimenti giudiziari contenenti un giudizio, ma solo come documenti che accertano la verità di fatti storici (ad esempio che il teste Tizio ha reso certe dichiarazioni o che in una determinata data ed in un determinato luogo, la polizia giudiziaria ha proceduto al sequestro di determinate cose o documenti ecc.). Al riguardo non può essere opposta l'eccezione di cui all'art. 246 c.p.c. per le dichiarazioni rese da una parte non assumibile come teste nel giudizio civile, non potendosi elidere il fatto storico che certe dichiarazioni siano state rese in sede penale con le regole peculiari di quel processo».

51 La dottrina ritiene, tradizionalmente, che gli argomenti di prova rappresentino una sorta di *probatio inferior* rispetto agli altri mezzi di prova contemplati dal nostro ordinamento (in argomento G.F. Ricci, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1988, 1042 e ss.; per ulteriori riferimenti bibliografici L. Querzola, *L'efficacia dell'attività processuale*, cit., 151 e ss.). Essi integrerebbero una fonte sussidiaria e complementare di valutazione degli elementi di prova già acquisiti altrove nel processo (essi, cioè, non farebbero altro che corroborare conclusioni già raggiunte sulla base di altri elementi istruttori, tendenzialmente in senso sfavorevole alla parte dalla cui condotta l'argomento di prova viene desunto). E la conferma di tale circostanza deriverebbe proprio dall'espressione utilizzata dal legislatore «argomenti di prova». Come tale, essi sarebbero sprovvisti di un'efficacia probatoria autonoma, dunque impossibilitati a conseguire l'autosufficienza decisoria della prova piena (P. Comoglio, *Le prove civili*, 3° ed., Torino 2010, 645); costituirebbero elementi secondari dotati (a loro volta) di significato indiziario, da porsi eventualmente alla base di vere e proprie inferenze presuntive, nello schema configurato dall'art. 2729 c.c.

Per alcuni, l'inferiorità degli argomenti prova rispetto ai mezzi di prova si concreterebbe non già nella loro minore efficacia probatoria, bensì nella loro inidoneità a consumare il diritto dell'avversario alla prova contraria. In altre parole, non sarebbe possibile fondare il giudizio di superfluità di cui all'art. 209 c.p.c. o di maturità della causa ex art. 187 c.p.c. in presenza della richiesta proveniente dalla parte contro la quale gli argomenti di prova possono essere utilizzati, di offrire una prova diretta a ribaltare la situazione provvisoriamente raggiunta (S. Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1986, 845; sul tema cfr. anche G. Ruffini, «Argomenti di prova» e «fondamento della decisione» del giudice, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 1332).

L'elaborazione giurisprudenziale tende tuttavia ad estendere l'efficacia probatoria degli argomenti di prova rispetto ai limiti ora evidenziati. Innanzitutto, è stata data rilevanza anche ai comportamenti tenuti dalle parti in sede extraprocessuale (Cfr. Cass., 10 giugno 1998, n. 5784, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 1276 in cui la Corte di cassazione ha ritenuto utilizzabile come argomento di prova il comportamento extraprocessuale consistente nell'aver chiesto il cosiddetto «patteggiamento» ai sensi dell'art. 444 c.p.p. nel processo penale svoltosi per imputazioni corrispondenti agli addebiti mossi nel giudizio di responsabilità in sede civile). In secondo luogo, si è progressivamente riconosciuta agli argomenti di prova la dignità della prova piena, come tale idonea, anche da sola, a fondare il convincimento del giudice; in senso conforme, *ex multis*, Cass., sez. lav., 21. Gennaio 2015, n. 1024, in *Diritto & Giustizia* 2015; Cass., 26 marzo 1997, n. 2700, in *Fall.* 1997, 1009 e in *Giust. civ. Mass.* 1997, 470, secondo la quale «l'argomento di prova – specialmente quando, come nella specie, non è isolato ma s'inserisce in un più ampio contesto valutativo – può costituire sufficiente fonte di prova e non soltanto un elemento di valutazione degli elementi di prova già acquisiti al processo»; Cass., 18 febbraio 2014, n. 3782, in *Guida al diritto* 2014, 23, 90 (s.m.) ha ritenuto che le planimetrie catastali non fanno piena prova dello stato dei luoghi in esse rappresentato, sicché il giudice non può fondare la propria decisione sulla sola base delle medesime. Le dette planimetrie costituiscono, infatti, un mero indizio, che può assurgere al medesimo grado di certezza della prova storica ove si combini con altri indizi di univoco significato attraverso un processo informato a un adeguato rigore logico, qual è quello richiesto dall'articolo 2727 del cc perché la prova per presunzioni possa costituire fonte di convincimento del giudice. Sul punto Chiarloni, *op. cit.*, 841 e segg., secondo il quale tali prove possono essere idonee a fondare il convincimento del giudice quando non ne sia possibile la rinnovazione (in questo caso dovrebbero essere considerati come se provenissero da un procedimento d'istruzione preventiva), quando le parti non chiedano la rinnovazione, pur essendo questa possibile, infine, quando a seguito della rinnovazione, sorga contrasto fra l'esito delle nuove prove e quello delle vecchie; in tal caso il giudice potrebbe fondare il proprio convincimento su queste ultime laddove le ritenga più convincenti. Critico G.F. Ricci, *op. cit.*, 1082.

di efficacia loro riconosciuto dal codice di rito ogniquale si tratti di prove previste in entrambi i riti<sup>52</sup>; allorché, invece, si sia in presenza di prove che il processo civile non conosce o la cui ammissibilità è diversamente disciplinata, esse saranno utilizzabili quali argomenti di prova. Così, la testimonianza della parte civile perderà l'efficacia che avrebbe avuto nel processo penale, ma potrà essere utilizzata – al pari delle dichiarazioni dell'imputato e del responsabile civile – quale dichiarazione libera resa dalla parte nel processo e valutabile ai sensi dell'art. 116 c.p.c.<sup>53</sup>.

Se così stanno le cose, occorre allora prevedere che le domande istruttorie delle parti non siano del tutto precluse per un duplice ordine di ragioni: in primo luogo, la diversa efficacia dei mezzi di prova raccolti nel processo penale potrebbe indurre la parte all'integrazione probatoria e, in secondo luogo, l'applicazione delle regole probatorie proprie del giudizio civile comporta che siano applicabili le presunzioni, che sono del tutto sconosciute nel processo penale; ed allora se, nella specifica controversia in sede civile, trovino applicazione presunzioni (ad es. in tema di colpa), che non avrebbero avuto spazio nel processo penale, credo diventi ineliminabile consentire, alla parte gravata dalla presunzione, la deduzione di prova sul punto. A queste ragioni se ne aggiunge una terza: occorre ricordare che il giudizio di rinvio in sede civile prevede l'ammissibilità di mezzi di prova disposti dal giudice d'ufficio<sup>54</sup>. In quest'ultimo caso sarà inevitabile consentire alle parti di dedurre, a loro volta, nuovi mezzi di prova resi necessari dall'iniziativa istruttoria del giudice.

Infine, nel processo penale avrebbero potuto essere utilizzate prove raccolte prima e al di fuori del processo<sup>55</sup>; secondo la più recente dottrina tali prove possono essere utilizzate anche nel processo civile<sup>56</sup> e, dunque, non residuano dubbi; ma tali prove devono essere sottoposte al contraddittorio tra le parti, le quali hanno facoltà di dedurre prova sul punto. Se il contraddittorio e la facoltà di prova sono già stati garantiti nell'ambito del processo penale, tanto basta; ma ove ciò non fosse avvenuto, la loro utilizzabilità nel processo civile di rinvio sarà subordinata al rispetto delle essenziali esigenze difensive delle parti.

52 Per un approfondimento dei temi inerenti la circolazione della prova in diversi processi e in processi innanzi a diverse giurisdizioni cfr. M. C. Vanz, *La circolazione della prova*, cit., *passim* e con riferimento ai rapporti tra processo civile e processo amministrativo a seguito della *traslatio* 274 e ss.; su quest'ultimo profilo cfr. anche M. Palma, *Processo amministrativo*, cit., 145.

53 Cass., sez. lav., 22 ottobre 2014, n. 22384, in *Dir & Giust.* 2014, con nota di Dulio, secondo la quale il giudice civile può utilizzare e autonomamente valutare come fonte del proprio convincimento, nel contraddittorio tra le parti, ogni elemento dotato di efficacia probatoria, comprese le prove raccolte in un processo penale e, segnatamente, le risultanze della relazione di una consulenza tecnica esperita nell'ambito delle indagini preliminari, soprattutto quando la relazione abbia ad oggetto una situazione di fatto rilevante in entrambi i giudizi, e le dichiarazioni verbalizzate dagli organi di polizia giudiziaria in sede di sommarie informazioni testimoniali; ciò anche se sia mancato il vaglio critico del dibattimento in quanto il procedimento penale è stato definito ai sensi dell'art. 444 c.p.p., potendo la parte, del resto, contestare, nell'ambito del giudizio civile, i fatti così acquisiti in sede penale; Cass., sez. lav., 20 gennaio 2013, n. 2168, in *Giust. civ. Mass.* 2013, secondo la quale il giudice civile, ai fini del proprio convincimento, può autonomamente valutare, nel contraddittorio tra le parti, ogni elemento dotato di efficacia probatoria e, dunque, anche le prove raccolte in un processo penale e, segnatamente (come nella specie), le dichiarazioni verbalizzate dagli organi di polizia giudiziaria in sede di sommarie informazioni testimoniali, e ciò anche se sia mancato il vaglio critico del dibattimento in quanto il procedimento penale è stato definito ai sensi dell'art. 444 c.p.p., potendo la parte, del resto, contestare, nell'ambito del giudizio civile, i fatti così acquisiti in sede penale; nonché, su diversa fattispecie, Cass., 8 maggio 2012, n. 7015, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 575, che ritiene che le dichiarazioni rese in giudizio dal difensore, contenenti affermazioni relative a fatti sfavorevoli al proprio rappresentato e favorevoli all'altra parte, non hanno efficacia di confessione, ma possono essere utilizzate dal giudice come elementi indiziari, valutabili agli effetti dell'art. 2729 c.c. (Nella specie, in applicazione del principio, la S.C. ha respinto il ricorso avverso la decisione di merito che aveva riconosciuto il possesso sulla base delle ammissioni del difensore del convenuto per usucapione, in quanto corroborate da altri elementi inferenziali desunti dalla condotta proprietaria dell'attore) (e nello stesso senso Cass., 16 maggio 2008, n. 12411, in *Dir. e Giust. online* 2008); Cass., 26 giugno 2007, n. 14766, in *Giust. civ. Mass.* 2007, 6, ha ritenuto che le risultanze di un procedimento penale possono essere utilizzate dal giudice civile sia come indizio, sia come prova esclusiva del proprio convincimento, anche quando non vi abbiano partecipato le parti del giudizio civile. Da ultimo Cass., sez. trib., 14 novembre 2012, n. 19859, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 11, 1302, ha ritenuto che nel processo tributario il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento, in ordine alla sussistenza dei fatti costitutivi dell'obbligazione tributaria, le prove assunte in un diverso processo e anche in sede penale, quali prove atipiche idonee a fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico – riservato al giudice di merito e non censurabile in sede di legittimità se non congruamente motivato – con le altre risultanze del processo; è, pertanto, utilizzabile nel giudizio tributario la relazione tecnica del consulente nominato dal p.m. nel corso del procedimento penale, proprio in quanto prova atipica acquisita in altro giudizio; Trib. Parma, sez. lav., 11/10/2017, n. 234, in *Redazione Giuffrè* 2018 ha deciso che in tema di prove nel giudizio civile, sentenza di patteggiamento integri una prova atipica non ricompresa nel catalogo dei mezzi di prova specificamente regolati dalla legge va, tuttavia, osservato che "l'assenza di una norma di chiusura nel senso dell'indicazione del numerus clausus delle prove, l'oggettiva estensibilità contenutistica del concetto di produzione documentale, l'affermazione del diritto alla prova ed il correlativo principio del libero convincimento del giudice, inducono le ormai da anni consolidate ed unanimi dottrina e giurisprudenza, ad escludere che l'elencazione delle prove nel processo civile sia tassativa e a ritenere quindi ammissibili le prove atipiche. In particolare una delle prove atipiche maggiormente utilizzata dalla giurisprudenza è proprio data dalla sentenza di patteggiamento. Detta sentenza, pur ontologicamente diversa da una vera e propria pronuncia di condanna rilevante nel giudizio civile ex art. 654 c.p.p., non impedisce che, alla stregua dei pacifici principi generali, possa procedersi, nel corrispondente giudizio in sede civile ed ai fini della relativa decisione, all'accertamento autonomo e incidentale dei fatti illeciti del giudizio penale, traendo da tale giudizio elementi di valutazione; Tribunale Roma, sez. XIII, 17/03/2014, in *GiustiziaCivile.com* 2015, ha deciso che la consulenza tecnica espletata nel procedimento di mediazione può essere utilizzata nel procedimento civile come prova atipica valutabile dal Giudice secondo scienza e coscienza.

54 Cass., 22 settembre 2016, n. 18595, in *pluris-cedam-utet giuridica.it*; Cass., 26 luglio 1985, n. 4353, in *Giur. it.* 1987, I, 1, 849, con nota di D. Spiazzi, *Cassazione delle sole disposizioni civili di sentenza penale con rinvio in base all'art. 541 c.p.p. e vincoli concreti che derivano per il giudice del rinvio dalle determinazioni contenute nella sentenza della Corte suprema*.

55 Prove utilizzabili, secondo la giurisprudenza (cfr. sentenze citate alle note 49 e 54), dal giudice civile sebbene non sottoposte al vaglio critico del dibattimento.

56 Sul tema C. Besso, *La prova prima del processo*, Torino 2004, *passim*.

# LAS FACULTADES JUDICIALES DE DIRECCIÓN MATERIAL DE LOS PROCESOS CIVILES EN LA LEGISLACIÓN Y EXPERIENCIA ESPAÑOLAS.

**Guillermo Ormazabal Sánchez**

Catedrático de Derecho Procesal Civil y Penal. Universidad de Girona, España  
guillermo.ormazabal@udg.edu

## 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

### 1.1. JUEZ ACTIVO VERSUS JUEZ PASIVO. SIGLOS DESPUÉS, UN DILEMA AÚN NO RESUELTO

Asignar al juzgador una actitud predominantemente pasiva o, por el contrario, activa o beligerante en relación con el conflicto que enfrenta a los litigantes constituye uno de los principales dilemas que los legisladores y la doctrina han habido de arrostrar durante la entera historia del proceso civil hasta nuestros días. En el ámbito de la Europa continental la cuestión cobró especial relevancia desde la obra de KLEIN, que potenció el papel activo y participativo del juzgador en la conducción de las actuaciones, rompiendo así con la visión abstencionista propia de los códigos procesales que fueron viendo la luz durante el siglo XIX. El juez, a la luz de este nuevo paradigma, debía observar en la contienda que sostienen los litigantes una actitud de mayor implicación, involucrándose activamente en su desarrollo, participando en el acopio del material probatorio, en el esclarecimiento de los términos fácticos y jurídicos de la controversia, así como impulsando el transcurso de las diferentes fases o estadios procesales y ejerciendo un atento control a la concurrencia de los presupuestos procesales.

La distinción entre el modelo del juez pasivo y el del juez activista ha sido considerada asimismo como el factor decisivo para caracterizar el sedicente sistema adversarial norteamericano frente al europeo continental, al que por oposición se ha llegado incluso a calificar, en casos extremos y con evidente exageración, de “inquisitivo”<sup>1</sup>. Este seminario ha proporcionado una oportunidad privilegiada para constatar hasta qué punto la referida contraposición no es tan aguda como frecuentemente se ha pretendido.

Por lo que se refiere al control sobre la concurrencia de los presupuestos procesales y al impulso oficial de las actuaciones, parece claro que, al menos en Europa, el modelo del juez activo ha acabado imponiéndose rotundamente, confiando al tribunal la misión de velar celosamente por evitar el consumo de actividad procesal superflua cuando las partes no ostentan la representación que afirman, el tribunal adolece de falta de competencia, existe una sentencia firme reincidente en el mismo objeto procesal etc. al mismo tiempo que se le encomienda impulsar las diferentes fases del proceso evitando que éste quede detenido *sine die* en vía muerta.

Fuera de estos dos últimos aspectos, relativos a la conducción formal o meramente procedimental del proceso, que parecen gozar de una aprobación generalizada en la práctica totalidad de los ordenamientos procesales y que frecuentemente reciben el nombre de facultades de dirección procesal<sup>2</sup>, existe aún un considerable grado de divergencia entre las legislaciones nacionales y las opiniones científicas acerca de la conveniencia de asignar al juez un papel de mayor o menor protagonismo en lo que se refiere a aspectos más profundos del proceso, como, señaladamente, la delimitación fáctica y jurídica de la controversia, la distribución de la carga de la prueba, la apreciación de defensas no alegadas por el demandado etc. Es a estos aspectos, también conocidos como facultades materiales de dirección, a los que pretendo dirigir mi atención durante esta intervención, centrándome específicamente en el ordenamiento jurídico español.

1 Véase a este respecto mi monografía *La brecha procesal civil entre EEUU y Europa (Una visión panorámica de los principales puntos de divergencia)*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia 2016.

2 Así, por ejemplo, CARRERAS LLANSANA, J. *Facultades materiales de dirección*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Librería Bosch, Barcelona 1962, pp.255 y ss.

## 1.2. LAS GRANDES CONCEPCIONES ACERCA DEL PODER ESTATAL Y SU REFLEJO EN LA ATRIBUCIÓN AL JUEZ DE MAYORES O MENORES FACULTADES DE DIRECCIÓN MATERIAL DEL PROCESO. LA CONVENIENCIA DE RELATIVIZAR LA TRASCENDENCIA DE ESTE CRITERIO

La opción por un modelo de juzgador más o menos pasivo o comprometido con la justa resolución de la controversia suele relacionarse con las grandes concepciones o ideologías sobre el poder estatal. De este modo, es frecuente poner en conexión la tendencia a situar al juez en una posición pasiva con una concepción liberal del Estado, donde los poderes públicos observan una actitud más bien abstencionista o poco propensa a intervenir en el funcionamiento de la economía y, en general de la vida social, ámbitos en los que los particulares operarían en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, únicamente condicionada por ciertas limitaciones impuestas por el orden público. Por el contrario, existen otras concepciones del Estado que atribuyen a los poderes públicos un considerable protagonismo o intervención en el despliegue de la vida económica y social, asumiendo ampliamente y como cometido propio la protección de ciertos intereses y sujetos considerados más vulnerables, con el fin de promover la igualdad y la justicia social. Esta concepción del Estado, por su parte, se correspondería con un modelo de juez activo o beligerante en el descubrimiento de la verdad procesal, en la delimitación fáctica y jurídica de la controversia, y propenso a proteger los intereses de la parte procesal más débil.

Como es obvio, tanto una como otra concepción del poder público constituyen modelos ideales o teóricos que nunca llegan a plasmarse en la realidad con un grado total de pureza o radicalidad, pues todos los Estados suelen presentar trazos o elementos provenientes de ambos modelos. Lo que no impide que el equilibrio entre unos y otros elementos se decante de modo diferente dando lugar a modelos políticos más liberales que otros, más intervencionistas o de marcado carácter social.

En todo caso, creo que la relación de dichas concepciones del poder público con el mayor o menor protagonismo que un determinado ordenamiento jurídico atribuya al juzgador en la dirección material del proceso, es considerablemente menor de lo que a veces se ha sostenido. Es preciso, en este sentido, “desdramatizar” o relativizar ciertos planteamientos que sitúan dichas cuestiones en el centro de los grandes debates sobre la misión y el alcance del poder público<sup>3</sup>. Desde luego, dotar al juzgador de mayores o menores poderes para influir en el desenlace de la controversia no es una cuestión puramente técnica o aséptica, sino que implica importantes decisiones de política legislativa. Pero de ahí a establecer una suerte de nexo de necesidad entre ciertos modelos procesales y aquellas ideologías o concepciones globales del poder público el trecho se me antoja francamente excesivo.

Personalmente se me hace difícil aceptar que la búsqueda de la verdad material y de la decisión justa, que frecuentemente se asocian al modelo de juez activo, provengan de una concepción intervencionista, estatista o, en el caso extremo, autoritaria del poder público. O que quienes defienden una visión liberal de la sociedad y propugnan, en general, un Estado abstencionista hayan de tomar forzosamente partido en el ámbito procesal por la tesis que sitúa la búsqueda de una verdad formal y la mera resolución del conflicto

3 Destaca en este sentido, MONTERO AROCA, quien en el marco de la Primera Jornada Internacional sobre “Proceso Civil y Garantía”, el día 27 de enero de 2006, con un grupo de profesores convocadas en Valencia y pertenecientes a diferentes países de lengua italiana, castellana y portuguesa, aprobaron en Valencia una moción titulada *El proceso civil en el siglo XXI: tutela y garantía* (ALVARADO VELLOSO, ARIANO DEHO, CIPRIANI, F.G. DOMÍNGUEZ, CORREIA DE MENDONÇA, MONTELEONE). En dicha moción se realiza un decidido alegato contra la ideología procesal a la que vengo refiriéndome: “(...) Si en el siglo XX los procesos civiles regulados desde las concepciones “publicistas” no han dado buen resultado y han llevado en la práctica a una situación de innegable ineficacia, siendo manifiesto que la situación actual de esa práctica es claramente insostenible en muchos países, nos parece evidente que las reformas del siglo XXI, no podrán seguir consistiendo otra vez en “más de lo mismo” (...). Las concepciones ideológicas desde las que se conformó el proceso civil en el siglo XX han quedado superadas y el futuro está en la idea-fuerza de la libertad de los individuos como función básica del Estado democrático y, consiguientemente, en el proceso como garantía (...) La condición del juez como tercero, esto es, extraño a los hechos y al objeto deducido en el proceso, es incompatible con la posibilidad misma de que las normas le permitan asumir en el proceso funciones que son propias de las partes (...) El Estado democrático debe garantizar a todas las personas que podrán iniciar y realizar un proceso en condiciones de igualdad. A ese efecto adoptará las medidas que se estimen necesarias, como la asistencia jurídica gratuita a cargo del propio Estado, pero no podrá el juez de un proceso concreto, en tanto que tercero e imparcial, asumir funciones o deberes de promoción de esa igualdad “sustancial””. Comentando dicha moción el prof. MONTERO AROCA señala que “de este modo todavía hoy, y a pesar de todo, se siguen sosteniendo las viejas concepciones “publicistas”, si bien ahora ya no de modo ideológicamente manifiesto, pues generalmente se presentan como simples cuestiones técnicas, pero el caso es que aún en este inicio del siglo XXI las viejas concepciones se siguen pretendiendo ennoblecer y se presentan bajo eslóganes una y otra vez reiterados como (...) 2) “Socialización del proceso civil” o “proceso social”, expresiones en virtud de las cuales el aumento de los poderes del juez estaría enderezado al logro de la llamada igualdad “sustancial” de las partes del proceso (en particular de la parte que se dice socialmente más “débil”), con la misma consecuencia de que el juez, no es que deje de ser imparcial, es que deja de ser tercero. (...) Los eslóganes no pueden seguir escondiendo algunos de los contenidos propios de las ideologías a las que la realidad ha mandado a los archivos de la historia. Hoy lo que nos importa es saber qué de diferente hay entre sostener alguna de las consecuencias procesales de las viejas ideologías, con matices diversos entre ellas, como es lógico, y seguir defendiendo posiciones que se quiere que se llamen simplemente “publicistas”. Si existe la diferencia sería conveniente que se explicara”.



como objetivo final del proceso civil<sup>4</sup>.

En efecto, tal como he señalado en otro lugar, no cabe identificar la atribución al juez civil de amplios poderes de dirección material con una sedicente visión más “social” del proceso, o afirmar que la tesis contraria tenga su origen en una concepción liberal o neoliberal del Estado. No es infrecuente que tales expresiones sean objeto de un uso frívolo cuando no sectario, más propio de un debate político deteriorado y de bajas miras que de una discusión científica serena y desapasionada. Y, con no poca frecuencia, que sean utilizadas como arma esgrimida por políticos ávidos de buscar diferencias respecto del adversario para crear artificialmente un perfil propio y obtener réditos electorales más o menos inmediatos.

Con el término “social”, en el ámbito procesal, se alude con frecuencia a la necesidad o conveniencia de proteger los intereses de las personas más desfavorecidas en la escala social o de la parte más débil por otros motivos, de modo que el juzgador asuma un cometido tuitivo o de vigilancia respecto de dichos intereses. En muchos casos se trataría de que el Juzgador observase dicha actitud protectora respecto de aquellos litigantes que gozan de recursos insuficientes para costearse una defensa de calidad.

Plantear la protección de los intereses de los más desfavorecidos necesariamente en términos de mayor implicación del tribunal, esconde frecuentemente un modo unilateral de contemplar una problemática compleja y, en ocasiones, una peligrosa manera de darle solución, en la medida en que “implicación” y “compromiso” son actitudes que, si tal vez loables en otros ámbitos, en el procesal pueden fácilmente engendrar parcialidad y prejuicio.

Concretamente, aunque se aceptase que la competencia de los letrados hubiese de aumentar en modo directamente proporcional a la cuantía de los honorarios que devengan, de ahí no se sigue con nexo de necesidad que los litigantes menos pudientes hayan de ser socorridos con un incremento de la implicación o militancia tuitiva de los juzgadores en lo referente a la fundamentación jurídica de sus pretensiones o a la aportación de la prueba que precisan para fijar los hechos que les resultan favorables.

Y en todo caso, con idéntico ánimo “social” o de proteger al litigante más débil o desfavorecido, la solución a ciertos problemas bien podría afrontarse desde otro ángulo, a saber, estableciendo medidas que asegurasen a los justiciables una asistencia letrada de calidad, sin necesidad de comprometer al tribunal o aumentar su implicación.

Tampoco una concepción, por así decirlo, liberal del Estado conduce de modo necesario a cercenar las facultades judiciales de dirección material del proceso. La razón es que en la ideología liberal clásica el abstencionismo estatal se amalgama con un fuerte intervencionismo en la defensa de los derechos subjetivos, señaladamente en materia patrimonial. El Estado liberal clásico es remiso a importunar a los ciudadanos con gravosas cargas fiscales o se resiste a reconocerles derechos asistenciales a cargo del erario público, pero se muestra celosamente beligerante en cuanto a la defensa de los derechos subjetivos privados, pues la protección de éstos frente a las agresiones del propio Estado u otros particulares es prácticamente la única función que según dicha concepción del Estado justifica la existencia del poder público. De este modo, por ejemplo, la idea del juzgador que reconoce a un particular su derecho subjetivo pese al desacierto de su letrado en la selección del fundamento jurídico correcto o que descuida la aportación de algún elemento de prueba trascendental no habría de resultar necesariamente incompatible con un planteamiento (neo) liberal del Estado.

En definitiva, dentro de ciertos límites, ni una perspectiva marcadamente liberal entraña necesariamente acoger una concepción minimalista de los poderes oficiales del juzgador en el proceso civil, ni asignar al Estado un rol intervencionista en la vida social implica necesariamente canalizar esta intervención a través de los poderes oficiales del juez civil.

Se precisa, por lo dicho, adoptar una visión ponderada de los intereses en juego que permita combinar en su justa medida la necesaria distancia del juez civil respecto de las partes y el objeto procesal con la atribución de ciertos poderes dirigidos a superar algunos obstáculos que aquel distanciamiento puede suponer para el esclarecimiento de los hechos y la obtención de una decisión ajustada a Derecho.

Eso implica, a mi juicio, partir del protagonismo o primacía de la actuación de las partes en lo relativo a

4 Enestesentido DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*. Yale University Press. New Haven and London 1986.

suministrar la base fáctica, probatoria y aún jurídica de la controversia. Protagonismo o primacía compatibles con ciertas facultades subsidiarias del juzgador para evitar en la medida de lo posible y razonable que la defectuosa actuación de las partes – más bien de sus letrados- acabe provocando un desenlace de la controversia injusto o no adecuado a Derecho. Hasta donde alcanza mi conocimiento, es dentro del ámbito delimitado por las coordenadas ahora descritas donde se mueven las soluciones adoptadas por las legislaciones y la doctrina de los ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos en el tema que nos ocupa. Personalmente, no tengo noticia de propuestas radicales, que confieran al juzgador civil una posición de prevalencia sobre las partes en cuanto a la delimitación fáctica o jurídica de la controversia.

Con todo, aun asumiendo el papel secundario o subsidiario del juzgador en lo relativo al acopio de los medios de prueba, a la delimitación de los términos jurídicos de la controversia u otras facultades oficiales del juez, las diferencias entre legislaciones resultan muy significativas y trascendentes, lo que aconseja dedicar una atención particularizada a cada ordenamiento procesal. A continuación trataré de las facultades directivas de carácter material que se asignan al juez en el ordenamiento procesal español.

Una aclaración final. Por amplios que resulten los poderes oficiales que una legislación procesal confiera al juzgador, parece claro que siempre habrán de resultar conformes con el principio dispositivo, conforme al cual los derechos subjetivos sólo pueden ser ejercitados por su titular y en la medida que éste desee ejercitarlos, y que los hechos sobre los que versa la controversia deben ser asimismo introducidos en el proceso por las partes. Un proceso civil en el que el juez asumiese la iniciativa de ejercitar derechos ajenos o introdujese por sí mismo hechos para fundamentar las pretensiones deducidas por las partes, sí que resultaría incompatible con los parámetros ideológicos del mundo occidental y un modo de proceder intolerablemente inquisitivo, por no decir que una aberración poco menos que inimaginable con muy pocos visos de suceder en la realidad. Los poderes de dirección material que nos ocuparán en las líneas que siguen, por lo tanto, no afectan al principio dispositivo y constituyen modulaciones del principio de aportación parte que, como se ha visto, no implican necesariamente un compromiso u opción radical entre concepciones enfrentadas sobre la función del poder público.

## 2. LOS PODERES OFICIALES DE INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ.LA SOLUCIÓN ESPAÑOLA: FACULTAD ADMONITIVA EN VEZ DE POTESTAD

Tras un análisis directo de las correspondientes fuentes históricas, el Prof. Picó Junoy concluyó que la expresión *iudexiudicaredebetsecundumallegata et probatapartium* no responde fielmente a la tradición de la doctrina del *ius commune*<sup>5</sup>. Concretamente, sería la Escuela de Bolonia quien, al glosar la obra de Justiniano, habría acuñado el aforismo o brocardo original, cuya formulación era ligeramente diferente en su literalidad (*iudexiudicaredebetsecundumallegata et probata, non secundumconscientiam*) pero considerablemente diversa en cuanto a su significado y consecuencias<sup>6</sup>. La mutación, según el autor, se remonta a finales del siglo XIX y responsabiliza de la misma a la doctrina alemana (principalmente Wach) e italiana (especialmente Chiofenda)<sup>7</sup>. En definitiva, la exclusión de toda iniciativa probatoria del juez civil, elevada con frecuencia a la dignidad de dogma, no respondería a la tradición jurídica europea sino a las concepciones procesales de ciertos tratadistas alemanes e italianos de finales del XIX. Aquella tradición del derecho continental europeo no sería contraria a conferir al juzgador civil cierta iniciativa probatoria, por mucho que dicha iniciativa no pueda resultar absoluta y el autor trate de confinarla dentro de ciertos límites.

Por lo que al legislador español se refiere, la LEC 2000 ha conferido al juzgador cierto aunque limitado margen de actuación oficial en materia probatoria. Aunque al inicio de su texto el art.282 LEC instituya como norma general el principio de aportación de parte, disponiendo que *las pruebas se practicarán a instancia de parte*, a renglón seguido se apresura a precisar que *sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley*.

5 PICÓ I JUNOY, J., *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudexiudicaredebetsecundumallegata et probata, non secundumconscientiam y su repercusión actual*, Bosch, Barcelona, 2007, p.161.

6 Ibidem.

7 Ibidem.

Dicha precisión se está refiriendo, en primer lugar y de un modo singular, a la facultad irrestricta del juez civil para acordar la práctica de pruebas en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, respecto de los cuales el art.752.1.II LEC establece que *sin perjuicio de las pruebas que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, el tribunal podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes*. El art.759.3, relativo a los procesos sobre la incapacitación de personas, señala que *si la sentencia que decida sobre la incapacitación fuere apelada, se ordenará también de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas* a que se refieren los apartados anteriores del mismo artículo. Y el art.770.4, relativo a los procesos matrimoniales y de menores, dispone que *el Tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable. Si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años*.

Pero no son estos artículos referidos a los procesos sobre estado civil los únicos preceptos donde se otorga al juzgador cierta iniciativa en materia probatoria. Aunque de forma mucho más atenuada, existen también otros dos preceptos que permiten al tribunal involucrarse activamente en el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Se trata, en concreto, de los arts. 429.1. III y 435.2 LEC.

El primero de ellos, el art.429.1.III LEC, está referido a la audiencia previa al juicio, momento procesal en el que las partes, después de haber formulado sus escritos de demanda y contestación, pueden solicitar la práctica de medios probatorios en el juicio oral. En dicha audiencia, indica el precepto que nos ocupa,

*(...) cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, citándose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente. En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.*

Por su parte, el 435.2 LEC está referido a las diligencias finales, es decir, a la posibilidad excepcional de acordar la práctica de pruebas una vez concluido el juicio. Señala concretamente dicho apartado 2º que

*(...) excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.*

Por lo que al primero de dichos preceptos se refiere, contiene una doble admonición dirigida al juzgador. Concretamente, una – al menos literalmente- de carácter imperativo, ordenándole señalar a las partes la posible insuficiencia probatoria que haya advertido en relación con alguno de los hechos; y otra de carácter potestativo, permitiéndole indicar los concretos medios de prueba que podrían ser convenientes para paliar aquella insuficiencia.

Como se ve, ambas indicaciones presuponen una valoración o pronóstico del juzgador sobre el desenlace probatorio del proceso. Un auténtico “prejuicio”, si se repara en que dicha valoración se anticipa al juicio que será emitido en la sentencia. La advertencia a la parte afectada desvela o pone de manifiesto una predisposición del juez a valorar la prueba en un cierto sentido, de modo que dicha “revelación” permite al referido litigante ponerse en guardia y tratar de contrarrestar aquella valoración aportando nuevas pruebas, acaso sugeridas por el mismo juzgador, o de persuadirle de la conveniencia de mudar dicha impresión inicial. Posibilidades, todas ellas, de las que hubiese carecido de no haber salido a la luz aquella orientación o predisposición del juzgador. A los ojos del adversario, la referida advertencia es más probablemente percibida como un auxilio a la pretensión del litigante contrario.

El precepto está, por lo demás, plagado de problemas prácticos. La doctrina discute sobre si advertir acerca

de la insuficiencia probatoria constituye una verdadera obligación del juez, como parece sugerir el tenor literal del precepto, o una pura facultad discrecional. En el primer caso, la omisión de tal deber podría comportar algún tipo de nulidad o ineficacia, esgrimible por el litigante que sucumbió en el proceso y que no fue tempestivamente advertido de la insuficiencia probatoria que el juez, sin embargo, aprecia en la sentencia. Por otra parte, es preciso advertir también que no es fácil que el juez, antes de practicar la prueba y en un estadio tan precoz del proceso, se halle en condiciones de adelantar un pronóstico sobre la suficiencia de las pruebas propuestas.

Además, la posibilidad de aportar en el momento procesal de la audiencia previa medios de prueba que deberían haberse traído al proceso con los escritos iniciales de alegaciones (como es el caso de los documentos, los informes periciales y los soportes informáticos) bajo la inexorable sanción de preclusión<sup>8</sup>, supone introducir un innegable desigualdad de trato respecto de aquellos litigantes que omitieron la presentación de documentos, dictámenes o soportes pero no gozaron de la providente atención de un juez que echase en falta su aportación.

Tal vez por todos estos motivos, el uso práctico del mecanismo previsto por el art.429.1 LEC es poco menos que inusual.

En todo caso, queda claro que el ordenamiento español, excepto en los procesos sobre el estado civil y menores y en el caso y con el estrecho margen de las diligencias finales, no permite la práctica de prueba por iniciativa del juez, pues, como se ha visto, el art.429 LEC se limita a ordenarle o permitirle que manifieste, indique o sugiera, no que decrete *suosponete* la práctica de la prueba.

Al contrario de lo que sucede con esta problemática facultad que asiste al juez español, la posibilidad de traer al proceso pruebas a través de una diligencia final decretada ex art.435 LEC tiene asignado un margen de actuación mucho más estrecho y presupone la previa realización de una actividad probatoria a instancia de los litigantes, actividad que, por razones independientes de su voluntad, no habría llegado a buen término. El objeto de dicha facultad, por lo demás, parece consistir en la mera repetición de las pruebas ya practicadas (interrogatorio de un testigo ya examinado, emisión de un nuevo dictamen pericial sobre ciertos hechos etc.). La iniciativa probatoria del juzgador, por lo tanto, resulta en estos casos muy reducida y no parece que afecte sino de modo superficial al principio de aportación de parte.

Por lo que respecta al fundamento de los poderes probatorios del juez, la razón por la que buena parte de la doctrina critica las referidas facultades (admonitivas) del art.429 LEC pero al mismo tiempo aprueba sin objeciones la plena iniciativa probatoria que se confiere al juzgador en los procesos relativos al estado civil y a los menores, es que en éstos últimos estaría en juego el interés público y que en ellos no rige, al menos en buena medida, el principio dispositivo (la renuncia no vincula al juzgador, como tampoco lo hace la admisión de hechos etc.). Ello no obstante, si se considera que la iniciativa probatoria puede dañar la imparcialidad del juzgador, como sostienen muchos autores, por débil que resulte la vigencia del principio dispositivo y preponderar el interés público en aquellos procesos, tan amplios poderes de iniciativa probatoria estarían comprometiendo seriamente la imparcialidad del tribunal. Se trata de una objeción nada fácil de rebatir. La defensa del interés público y la indisponibilidad de los intereses en juego podrían justificar una activa intervención del Estado, personificado en el Ministerio Fiscal, pero si se asume que la iniciativa probatoria del juzgador resulta un riesgo cierto para su imparcialidad, en modo alguno podrían permitir la implicación del juzgador, de modo semejante a como en el proceso penal al tribunal de la fase oral tan sólo se le confiere una restringida iniciativa probatoria y se entiende que la investigación oficial de los hechos y el acopio de prueba son cometidos a desempeñar fundamentalmente por el Ministerio Fiscal y por el Juez de Instrucción.

Pero las perplejidades que en esta materia plantea el Derecho español no acaban aquí. No deja de resultar paradójico que en un proceso (o institución análoga y equivalente) de naturaleza civil como el arbitral, que versa por antonomasia sobre intereses privados se confiera a los árbitros plenos e irrestrictos poderes de iniciativa probatoria, a no ser, claro está, que las partes hayan dispuesto las cosas de otro modo<sup>9</sup>.

8 Sobre el uso de la facultad admonitiva del art.429 LEC en relación a la aportación de documentos, véase ABEL LLUC, X., Cfr. *La prueba documental*, AAVV, coordinación a cargo de Abel Lluc i Picó i Junoy, JMBosch editor, Barcelona 2010, pp.259 y ss. El autor expone las diferentes opiniones sobre si cabe excepcionar las reglas de preclusión cuando el juez advierta a las partes la insuficiencia probatoria paliable mediante la aportación de documentos. Coincidiendo con el autor, la opinión más razonable parece ser no admitir dicha salvedad y permitir únicamente la introducción de documentos cuando carezcan de carácter esencial, es decir, cuando no sean aquellos en los que las partes sustentan fundamentalmente sus pretensiones.

9 En efecto, el art.25.2 de la vigente Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, dispone que *los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta*

En ocasiones esta diferencia de tratamiento se ha justificado en razón de la confianza que las partes han depositado en el árbitro escogiéndolo para dirimir la controversia con exclusión de los tribunales. Es evidente que, en cuanto a la confianza en la persona del juzgador, existe entre el arbitraje y el proceso judicial una diferencia radical. Las partes no tienen por qué confiar en el Juez, que se les asigna en virtud de rígidas reglas encaminadas a salvaguardar el a la vez derecho y garantía al juez ordinario predeterminado por la ley (cfr.art.24.2 CE). El juez les viene de algún modo dado, no acuden a él por razones de confianza, cosa que sí acontece en el arbitraje. Sucede, sin embargo, que la razón por la que muchos autores defienden poner coto a la iniciativa probatoria del juez civil no es el mayor o menor grado de confianza que en él depositen las partes, sino, sobre todo, en el hecho de entenderse que ejercitar amplios poderes de iniciativa procesal podría menoscabar la imparcialidad de un juzgador que saltaría de ese modo a la arena donde los contendientes pugnan, con el riesgo de tomar partido o escorarse hacia alguno de ellos. Si el juez civil corre ese riesgo, ¿qué ignota circunstancia o inextricable cualidad personal haría al árbitro inmune a tan grave peligro? A mi juicio, ninguna. Es decir, supuesto que ejercitar amplios poderes probatorios resulte nocivo para la neutralidad de los juzgadores jurisdiccionales, otro tanto habría de suceder respecto de los arbitrales.

El diverso tratamiento que reciben en este punto el arbitraje y el proceso judicial carece, pues, de una justificación plausible y pone a las claras las dificultades para dilucidar la cuestión que late en fondo de la discusión: si y en qué medida la mayor implicación del juzgador en el acopio del material probatorio perjudica o no su imparcialidad o comporta inconvenientes de otro tipo. Cercenar severamente la iniciativa probatoria del tribunal penal -como hacen la doctrina y la jurisprudencia en contra del tenor literal de los arts.72 y 729.2º LECrim-, conferirla a manos llenas al juzgador arbitral y otorgar facultades de iniciativa poco menos que residuales al juez civil entraña un tratamiento dispar que -de tenerla- merece una justificación y fundamentación que la ciencia procesal española no ha alcanzado aún a aportar de modo completo y satisfactorio.

Como expondré en el epígrafe conclusivo, a mi juicio no está claro que la iniciativa probatoria del juez entrañe un riesgo -al menos un riesgo inminente y cierto-para su imparcialidad. No obstante lo cual, considero más razonable atribuir al tribunal un rol secundario o subsidiario en atención a consideraciones diversas, señaladamente, las condiciones de saturación y carga de trabajo en que se desarrolla habitualmente la actividad jurisdiccional. Es preferible que el juez civil pueda concentrarse en los cometidos de valorar la prueba y aplicar el derecho, asignando la tarea de aportar la prueba a los letrados, que están gravados con el deber profesional de defender a las partes y traer al proceso la prueba que pueda beneficiarles. Por lo demás, como se dijo, el ejercicio de los poderes de iniciativa probatoria supondría en muchos casos excepcionar inconvenientemente las reglas generales de preclusión respecto de la introducción de ciertos medios de prueba.

### 3. LOS PODERES OFICIALES DEL JUEZ EN CUANTO A LA DELIMITACIÓN DE LOS TÉRMINOS JURÍDICOS DE LA CONTROVERSI (LA MÁXIMA IURA NOVIT CURIA)

¿Hasta qué punto está el juez español autorizado a estimar las pretensiones del actor con base en un sustento normativo no aducido durante las actuaciones? ¿En qué medida es el Juez libre para fundar jurídicamente la sentencia en modo diverso al que los litigantes fijaron como coordenadas o marco jurídico del debate?<sup>10</sup>

Antes de la promulgación de la actual LEC 2000 era común entender que la labor jurisdiccional consistía simplemente en subsumir los hechos que las partes suministran al tribunal en los enunciados, normas, construcciones o fundamentos jurídicos que resultasen de aplicación. Así como en la dimensión fáctica la actividad judicial encontraría, en virtud del principio dispositivo, un límite estricto e infranqueable en los hechos introducidos en el proceso por el actor, en lo referente a la aplicación del derecho el tribunal encontraría ante

*ley dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración. Y, por su parte, el art.32.1, referido al nombramiento de peritos por los árbitros, dispone que salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas y requerir a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente, le presente para su inspección todos los documentos u objetos pertinentes o le proporcione acceso a ellos. Disposiciones, todas ellas, inspiradas en la Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Sobre esta cuestión véase mi trabajo *La iniciativa probatoria del árbitro*. En *El Derecho procesal del siglo XX*, pp.669 a 690. Libro homenaje al Prof. Juan Montero Aroca. Coordinadores José Luis Gomez-Colomer, Silvia Barona Vilar, Pía Claderón Cuadrado. Editorial Tirant lo Blanc, Valencia. 2012.*

10 Un estudio de estas cuestiones en Derecho español y comparado puede encontrarse en mi monografía *Iuranovit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Editorial Marcial Pons. Madrid 2007.

sí poco menos que un terreno – el del ordenamiento jurídico- sin vallas ni lindes, en el que podría campar a sus anchas para fundamentar su pronunciamiento. El brocardo o máxima *da mihifactum/ facta, dabo tibi ius*, junto con la de *iuranovit curia*, constituiría la cristalización o síntesis de dicha ilimitada libertad valorativa del Juez en lo que atañe al Derecho.

Tampoco faltaban, sin embargo, autores y jurisprudencia que consideran que el fundamento jurídico de las pretensiones debía ser suministrado por el actor y que el juzgador no otorgar la tutela solicitada con base en un fundamento jurídico distinto so pena de incurrir en incongruencia.

Lo que está en juego en esta discusión es tanto como esclarecer si la función jurisdiccional consiste en la actuación del Derecho en relación con los términos fácticos en los que se plantea un conflicto jurídico entre partes; o si por el contrario, dicha función consiste más propiamente en que el juzgador se limite, por lo que a la vertiente jurídica respecta, a resolver si resulta concluyente el razonamiento en Derecho del actor.

Si el elemento esencial o definitorio de la función jurisdiccional se hace recaer exclusivamente en la resolución de conflictos entre partes y la dimensión de actuación o realización del Derecho objetivo pasa a segundo término, o incluso queda arrumbada de la definición, cabría tal vez aceptar consecuentemente que la misión del Juez se reduce a eliminar el conflicto resolviéndolo con sujeción a los términos jurídicos en que fue planteado por las partes.

¿Es razonable, sin embargo, que el Estado, personificado en los órganos de justicia, se niegue a reconocer un derecho subjetivo sólo porque la parte que lo solicita no ha atinado a designar las normas, mediante las cuales el propio Estado ha establecido tal derecho?

La respuesta a estos interrogantes en Derecho español se afronta fundamentalmente en un precepto de la LEC, el art 218.1.II, cuando dispone que

*El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.*

La norma distingue entre el fundamento de Derecho alegado en la demanda, del que el juzgador no podría apartarse bajo pena de incurrir en incongruencia, de una invocación incorrecta de la norma jurídica aplicable. En este caso, el juez está facultado y obligado a otorgar la tutela aunque el actor no haya aducido dicha norma jurídica aplicable. La distinción, contenida en el art.218.1.II LEC, entre fundamento jurídico y norma no invocada o incorrectamente invocada por el actor puede ser explicada del modo siguiente: el legislador permite al Juez calificar jurídicamente las pretensiones del actor con plena libertad mientras se mueva en el ámbito del concurso de normas, es decir, mientras el supuesto de hecho de la norma no invocada y que el juez considera aplicable pueda ser llenado con los hechos en que el actor fundaba sus pretensiones. Por el contrario, el tribunal no podrá otorgar el efecto jurídico pretendido por el actor si para hacerlo precisa aplicar normas que éste no invocó y cuyo supuesto de hecho podía ser llenado con hechos narrados en la demanda pero que no fueron hechos valer en la misma para sustentarla conforme a Derecho (concurso de acciones).

Por ilustrarlo con un ejemplo, el tribunal incurre en incongruencia y rebasa los límites de la máxima *iuranovit curia* si, planteada la demanda con base en la responsabilidad aquiliana, falla fundando su decisión en el hecho de haber incurrido el demandado en una responsabilidad derivada *ex contractu*, pues los hechos en que dicha obligación contractual se funda, aunque se hubiesen hecho constar en la demanda, no eran relevantes para fundar la demanda en el título de responsabilidad extracontractual esgrimido por el actor en la demanda. La calificación jurídica inicial del actor centra los términos fácticos del debate, de modo que alterar dicha calificación en el fallo entraña alterar dichas coordenadas al versar la sentencia sobre hechos en torno a los cuales no giraba la controversia. Ni en la audiencia previa al juicio ni en momento procesal posterior alguno se ofrece al actor la posibilidad de variar o ensanchar su pretensión en la dimensión fáctico-jurídica que se acaba de apuntar.

La función de aportar el fundamento jurídico de la pretensión, parece subyacer a este planteamiento del legislador procesal español, compete a los letrados de las partes y el juez debe ser exonerado de dicha carga para centrarse en el puro cometido decisorio o enjuiciador. A mi juicio, sin embargo, la introducción de las

coordinadas jurídicas del debate procesal no debería quedar de tal modo monopolizada por dichos profesionales que se excluya toda intervención correctora del juez.

Si la facultad de éste para aplicar el Derecho como estime correcto, con independencia de la calificación jurídica de parte, supusiese un acicate para que los letrados se desentendiesen o se relajasen en el esfuerzo de atinar en sus razonamientos jurídicos, estaríamos en efecto ante una seria objeción a la máxima *iuranovit curia*. No creo, sin embargo, que dicha máxima suponga desincentivo alguno en el sentido expuesto. En la medida que el interés en el triunfo de su mandante corre paralelo a su propio interés personal o profesional, el letrado seguirá esmerándose en suministrar al juzgador todos los argumentos jurídicos favorables a su cliente, sin confiar en que un juez abrumado por una pesada carga de trabajo agotará afanosamente los posibles enfoques jurídicos del asunto.

Por lo demás, hay que volver a recordar que los ciudadanos ostentan frente al Estado un derecho a que éste tutele los derechos subjetivos e intereses legítimos que las instancias normativas de dicho Estado les reconocieron a través de las correspondientes leyes y reglamentos. Que entonces el Estado condicione el otorgamiento de dicha tutela a la correcta invocación del Derecho que él mismo produjo, sólo podría justificarse en la medida en que la toma en consideración no solicitada de tales normas o argumentos jurídicos pudiese menoscabar el derecho de defensa, el principio dispositivo o la imparcialidad del juzgador. Existen, sin embargo, razones para sostener que tal cosa no ha de suceder o en todo caso, y que existen razonables mecanismos para compatibilizar tan importantes imperativos con la máxima *iuranovit curia*. Veámoslo con mayor detenimiento.

Una de las principales objeciones que aparentemente cabe realizar a la máxima *iuranovit curia*, entendida como facultad judicial para sentenciar con base en calificaciones jurídicas no aducidas por el actor, sería que tal modo de proceder podría menoscabar la necesaria imparcialidad o neutralidad del juzgador, que actuaría como una suerte de abogado o defensor de la parte cuyas pretensiones considera amparables, a quien socorrería suministrándole los argumentos jurídicos conducentes a estimar su petición.

En mi opinión, sin embargo, tal peligro es un espejismo. Juzgar implica necesariamente pronunciarse sobre la corrección o acierto de las calificaciones y argumentos aducidos por las partes, lo que a su vez presupone contrastar dichos razonamientos con la visión o punto de vista propio del juzgador, que es el que a la postre ha de prevalecer. Tanto si se le faculta para estimar la demanda con base en un punto de vista diferente del aducido por el actor como si no se le otorga dicha facultad y se le obliga a condenar si entiende que los argumentos de la parte actora no resultan concluyentes, el Juez siempre debe haberse formado su opinión sobre la *ratio iuris* del asunto, de donde se sigue que autorizarle para fundar la sentencia en los argumentos jurídicos que considera acertados, hayan sido o no alegados por el actor, no implica peligro de generarle prejuicio alguno, pues aunque no se le concediese dicha facultad, rechazar o aceptar las razones jurídicas aducidas por el actor implica de todos modos una apreciación jurídica propia con base en la que se fundan tales rechazo o aprobación.

De hecho, si el juzgador observa que la razón asiste al actor por mucho que haya errado en su planteamiento jurídico, no permitirle resolver conforme a la tesis legal que entiende acertada puede acarrear el riesgo de que, consciente o inconscientemente, dicho juzgador fuerce su argumentación jurídica o la apreciación para lograr que el actor acabe haciéndose con el triunfo procesal. Puede suponer, en definitiva, generar al juzgador prevención o escora psicológica a favor del actor, cosa que podría evitarse permitiéndole acudir a la calificación jurídica que considerase correcta una vez comunicada a las partes su tesis, lo que asimismo brindaría a aquéllas la oportunidad de debilitar o confirmar un parecer que, de modo inconstrastado, había tomado cuerpo en el ánimo del juzgador.

Por así decirlo, lo malo no es que el juez pueda fallar en virtud de calificación jurídica diferente de la alegada por las partes, sino que pueda hacerlo sin debatir con las partes la procedencia de la nueva calificación.

Como dije más arriba, apartarse del fundamento jurídico significa estimar la acción con base en hechos que fueron narrados en la demanda, pero cuya eficacia jurídica no fue invocada por el actor. O, con otras palabras, apartarse del fundamento jurídico aducido por el actor significa darle la razón extrayendo las consecuencias jurídicas derivadas de hechos que fueron narrados en la demanda pero cuya eficacia jurídica no fue hecha valer por el actor.

Al tratarse de hechos narrados en la demanda, su consideración en el fallo no daña el principio de aportación

de parte, o sea, la imparcialidad del Juez, ni tampoco menoscaba el principio dispositivo, al no contravenir la voluntad del actor de ejercitar cómo y cuando desee su derecho subjetivo. Pero sí que entraña vulnerar el derecho de defensa, ya que, al no resultar tales hechos relevantes en relación con el fundamento jurídico aducido por el actor, no formaban parte del debate procesal. Si la demanda se fundamenta en ellos, se genera indefensión al demandado, sobre el que ninguna carga alegatoria ni probatoria pesaba en relación con los mismos.

Por dicho motivo, tal y como he sostenido en otro lugar, a mi parecer sería *de legeferenda* conveniente ensanchar el margen de actuación del juzgador y extenderlo al fundamento jurídico de la demanda, es decir, permitirle fundar la sentencia en la eficacia jurídica de hechos narrados en la demanda aunque dicha eficacia o virtualidad no hubiese sido invocada por el actor, pero confiriendo al demandado la oportunidad de alegar y probar lo que crea conveniente en relación con el nuevo fundamento jurídico. Por este motivo en su día propuse una formulación legal para conseguir tal efecto en Derecho español. La concreta fórmula propuesta, insertada dentro del Capítulo II (Título II, Libro II), relativo a la audiencia previa, es la siguiente:

*Cuando aprecie que la demanda podría ser estimada con base en una calificación jurídica diferente de la alegada por el actor, el Tribunal, sin prejuzgar la decisión final del pleito, podrá advertir a las partes de esta circunstancia, al objeto de que aleguen cuanto a su derecho convenga.*

*Procederá también realizar dicha advertencia aunque la nueva calificación jurídica se base en hechos diferentes de los que sirvieron al actor para sustentar jurídicamente sus pretensiones, siempre que tales hechos consten en la demanda. En este caso, las partes también podrán solicitar la práctica de prueba referida a tales hechos.*

*Concluida la audiencia previa sin formular la advertencia a que se refieren los apartados anteriores, el Tribunal no podrá dictar sentencia estimatoria con base en calificación jurídica diferente de la aducida en la demanda.*

A la propuesta que se acaba de plantear cabría tal vez formular una objeción basada en la praxis o modo de trabajo pretendidamente habitual o real en los tribunales: éstos no acometerían el estudio en profundidad del caso desde el punto de vista jurídico hasta una vez concluida la vista y llegado el momento de redactar la sentencia. Sería entonces, en el momento de fallar, cuando el juzgador se percataría, en la mayor parte de las ocasiones, de que cabría acceder a las peticiones del actor pero al amparo de una calificación jurídica diversa de la efectivamente alegada. Situar la audiencia previa como límite preclusivo para advertir a las partes de que existen dichas calificaciones jurídicas nuevas y relevantes obligaría a cambiar aquel modo de trabajar y forzaría a los tribunales a definir los términos o marco jurídico de la controversia con anterioridad a la audiencia previa.

Tal resultado, sin embargo, lejos de resultar inconveniente, parece estar en una magnífica sintonía con la función institucional o razón de ser que la LEC 2000 quiso asignar a la audiencia previa, a saber, situar o fijar el marco, así fáctico como jurídico, de la controversia, de modo que definido éste, la fase del juicio y la ulterior actividad del juzgador hasta la sentencia se centren en la valoración de la prueba, es decir, en la comprobación de si han quedado acreditados o no los hechos relevantes que sustentaban las pretensiones del actor según los términos jurídicos ya definidos y fijados desde la audiencia previa.

#### **4. LOS PODERES OFICIALES DEL JUEZ PARA APRECIAR DE OFICIO LA FALTA DE LEGITIMACIÓN Y LA FALTA DE CONCLUSIVIDAD JURÍDICA DE LA DEMANDA**

En Derecho español, la legitimación (*legitimatío ad causam*) se ha asociado siempre con el fondo del asunto y, aunque la clarificación de dicho concepto haya deparado y depare aún a la doctrina y a la jurisprudencia considerables quebraderos de cabeza, parece haber un cierto consenso en que la esencia del concepto de legitimación puede concretarse en la siguiente pregunta: Dando por supuesto que el actor puede acreditar la concurrencia de los presupuestos en los que se funda el efecto jurídico que pretende en la demanda, ¿sería precisamente él (legitimación activa) el titular de tales derechos o precisamente el demandado aquél frente a quien se ostenta el correspondiente derecho (legitimación pasiva)?

Planteadas así las cosas, la cuestión se remite a la discusión sobre la titularidad de un derecho subjetivo y, por lo tanto, al fondo del asunto. Sucede, sin embargo, que cierta línea jurisprudencial del Tribunal Supremo español ha intentado abrir paso a una profunda alteración en la comprensión de este concepto y son ya unas cuantas resoluciones en las que afirma que la legitimación es una cuestión de carácter procesal y que, por lo



tanto, debe recibir un tratamiento similar al de la generalidad de los presupuestos procesales (capacidad procesal, capacidad procesal, excepción de litispendencia, de cosa juzgada en su vertiente negativa o excluyente etc.)<sup>11</sup>. De este modo se anticiparía la decisión sobre la concurrencia de este presupuesto de la tutela judicial y se evitaría la tramitación de un proceso con un previsible desenlace absolutorio. Aunque el TS no lo ha dicho expresamente, la equiparación de la legitimación a los presupuestos de carácter procesal habría de comportar asimismo su apreciación de oficio.

Me parece cuando menos discutible el acierto de esta línea jurisprudencial del Tribunal Supremo español. Resolver sobre la legitimación supone resolver sobre la titularidad de derechos subjetivos y, en dicho, sentido, se relaciona con la cuestión jurídica de fondo a la que el tribunal debe dar respuesta en su sentencia. Pronunciarse al respecto en estadios iniciales del proceso supone adelantar parte de la decisión sobre el fondo. Si se considera que estamos ante una resolución relativa a un presupuesto procesal, lo así decidido carecería de la fuerza de cosa juzgada y haría inconvenientemente posible reiterar el enjuiciamiento al respecto. A no ser que se la otorgase un tratamiento legal diferente que al resto de presupuestos procesales. Por lo demás, de considerarse como un presupuesto procesal, la falta de legitimación habría de alegarse y resolverse en los estadios iniciales del proceso, de modo que, si se estimase la concurrencia del obstáculo procesal, esta resolución habría de ser susceptible del consabido recurso que, de prosperar, determinaría que el proceso hubiese de reanudarse y la sentencia que recayese en el mismo sería a su vez susceptible de los recursos correspondientes. En términos de potenciar la economía procesal, como se ve, parece más atinado no desdoblarse el pronunciamiento sobre el fondo del asunto y concentrarlo íntegramente en el momento de dictar sentencia.

Para concluir este epígrafe, es preciso añadir que en Derecho español, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el juez no está autorizado para realizar, ni a instancia de parte ni de oficio, en los estadios iniciales del proceso y antes de la celebración del juicio, un enjuiciamiento acerca de la accionabilidad o, en general, sobre la viabilidad de la pretensión en términos jurídicos, con la posibilidad de no continuar el proceso si la considera la demanda insostenible desde el punto de vista jurídico. Nuevamente, dicho examen previo podría ahorrar a la Administración de Justicia la tramitación de juicios o vistas orales inútiles, pero por las mismas razones antes expuestas en relación con la legitimación, parece que dicho examen previo resultaría poco acertado y, desde luego, no hay voces en Derecho español que propugnen su introducción.

## 5. LA DUDOSA CONVENIENCIA DE ENCOMENDAR AL JUEZ CIVIL LA PROMOCIÓN DE ACUERDOS ENTRE LAS PARTES O DE ERIGIRLO EN AGENTE PROMOTOR DE LOS MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ALTERNATIVOS A LA JURISDICCIÓN

Las últimas reformas de la LEC tienden a convertir al juzgador en un importante agente promotor e informador de los métodos de resolución de conflictos alternativos a la jurisdicción y, señaladamente, de la mediación.

El art. 414.1.IV, relativo a la finalidad de la audiencia previa al juicio, dispone que, *en atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa (...)*. Y el art.428.2, por su parte, cuando trata sobre la fijación de los hechos controvertidos también en la audiencia previa al juicio, dispone que *a la vista del objeto de la controversia, el tribunal podrá exhortar a las partes o a sus representantes y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio. En su caso, será de aplicación al acuerdo lo dispuesto en el artículo 415 de esta Ley*. Por su parte, el art. 440.1, relativo a la citación para la vista en el juicio verbal, señala que *en la citación se fijará el día y hora en el que haya de celebrarse la vista, y se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la vista su decisión al respecto y las razones de la misma (...)*. Y finalmente, el art. 778 quinquies, relativo a las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional de menores, autoriza al juez para proponer, por propia iniciativa, una

11 STS de 30 de Abril de 2012, Sala de lo Civil, Sección 1ª (RJ 2012, 4715) y ATS de 22 noviembre 2005 (RJ 2005, 9490); ATS de 22 julio 2008 (RJ 2008, 5508); ATS de 25 noviembre 2008 (RJ 2008, 6936).

*solución de mediación si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso (...) La Entidad Pública que tenga las funciones de protección del menor puede intervenir como mediadora si así se solicitase de oficio, por las partes o por el Ministerio Fiscal.*

En definitiva, el modelo de juez anhelado por el legislador español incorpora la figura de un juzgador beligerante y comprometido con la resolución extrajudicial y autocompositiva de los litigios. Sin cuestionar las enormes ventajas y beneficios que en muchas ocasiones (no en todas) puede presentar una solución de esta clase o, en general, un acuerdo para poner fin al proceso, me parece, no obstante, en gran medida inconveniente asignar al tribunal el rol de informar y promocionar esta modalidad de composición de conflictos. El consejo acerca de la conveniencia de acudir a la mediación, a otro medio de resolución extrajudicial de conflictos o a finalizar el proceso mediante una solución consensuada parece que habría de provenir más bien de los letrados de las partes, quienes habitualmente estarán en mejores condiciones para conocer qué conviene a los intereses de sus clientes. Si alguien objetase que los abogados fácilmente pueden dar un consejo sesgado por su interés objetivo en devengar honorarios derivados de la litigación, dicha afirmación me parecería un injusto e inmerecido prejuicio acerca de la probidad general de la profesión. Pero es que, además, aplicando la misma perspectiva centrada en el interés egoísta, también cabría temer en los juzgadores promotores de la mediación una fuerte propensión a aligerar el trabajo de sus sobrecargadas oficinas, desviando incipientes litigios a los despachos de los mediadores.

A mi juicio, el legislador es muy libre de fomentar cuanto le parezca oportuno los métodos de resolución extrajudicial de los conflictos o la superación del conflicto mediante el acuerdo. Por una parte, sin embargo, creo que haría mejor empeñándose con más ahínco que hasta ahora en incrementar la eficiencia de los procesos judiciales y en poner los medios para procurar a quien se considere titular de derechos subjetivos lesionados su pronta satisfacción. Y por otra parte, me parece también mucho más conveniente no importunar a un juez civil ya abrumado por la difícil y pesada carga de las funciones que le resultan propias e intransferibles, poniendo sobre sus hombros cometidos diferentes de los de juzgar eficaz y justamente. Informar sobre los ADR y promover su uso es una tarea que llevan a cabo de modo entusiástico amplios sectores profesionales interesados en la expansión de dichos métodos y que, en cualquier caso, puede ser asumida por otras instancias gubernamentales, unidades destinadas a tal efecto situadas en las dependencias judiciales etc. Además, recomendar apartarse del proceso supone ya, de suyo, avanzar un diagnóstico sobre el desenlace de la controversia y, en dicho sentido, influir de algún modo en el ánimo de los litigantes, tal vez disuadiéndoles de perseguir sus derechos.

En definitiva, aun respetando la decidida voluntad del legislador de promover el uso de la mediación y de fomentar la solución consensuada de los conflictos, me parece más conveniente atribuir dicho cometido a instancias diferentes de los juzgadores.

## **6. EL PROTAGONISMO TUITIVO DEL JUEZ EN LOS PROCESOS DE CONSUMIDORES Y EL ASEDO AL PRINCIPIO DISPOSITIVO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE**

Hace ya aproximadamente cinco años, coincidiendo con la reciente crisis económica que azotó Europa y España, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) está desarrollando una jurisprudencia que ha transformado en profundidad ciertos aspectos del proceso de ejecución español en relación con la protección a los consumidores<sup>12</sup>. En concreto, el TJUE ha obligado al legislador español a incrementar los poderes oficiales

12 Es el caso, señaladamente, de la célebre STJUE de 14 de marzo de 2013, *Asunto Aziz*, C 415/11, mediante la que el Tribunal consideró que el procedimiento de ejecución hipotecaria de la LEC resultaba contrario al Derecho de la Unión al no prever la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento del título ejecutivo y no permitir que el juez que conoce del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final. También son especialmente reseñables dos sentencias interpretativas de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La primera de ellas es la STJUE de 21 de Febrero de 2013 (Banif Plus Bank Zrt, asunto C 472/11), donde el Tribunal establece que el Juez ha de controlar de oficio las cláusulas abusivas; y la segunda, la STJUE de 14 de junio de 2012, (Asunto Banco Español de Crédito, C 618/10), donde el Tribunal indica que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, ha de examinar de oficio – *in limine litis* o en alguna fase del procedimiento – el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en contratos con consumidores, cuando éstos no haya formulado oposición.

del juzgador con el objeto de impedir que se despache ejecución en virtud de títulos extrajudiciales y muy singularmente hipotecarios, cuando la ejecución deriva de un negocio jurídico concluido entre un empresario y un consumidor en el que se han pactado cláusulas abusivas para el consumidor.

Siguiendo dicha orientación jurisprudencial, el actual art.552.1 LEC, dispone que el tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo extrajudicial puede ser calificada como abusiva y que cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, después de la preceptiva audiencia a las partes, podrá denegar el despacho de la ejecución. Y por lo que se refiere al proceso monitorio, el art.815. 4 LEC dispone que si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato entre un empresario o profesional, el juez examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva y que cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas.

Además, la facultad de denegar el despacho de la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas se extiende, en virtud del apartado 3º de la Disposición transitoria 2ª de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, a la ejecución de laudos arbitrales que se fundamenten en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario.

No es solo, sin embargo, en el proceso de ejecución donde el juez civil debe observar una actitud vigilante y activa para apreciar la concurrencia de cláusulas abusivas que perjudican al consumidor. Esta tendencia de beligerancia judicial ha llegado hasta un punto a todas luces excesivo o desmesurado, concretamente hasta el extremo de que Bruselas, en su cruzada tuitiva a favor de los consumidores, ordena a los jueces españoles actuar contraviniendo el mismísimo principio dispositivo, obligándoles a otorgar *petita* que aquéllos no solicitaron en la demanda. Se trata del asunto *Soledad Duarte*, de 3 de Octubre de 2013 (Asunto C-32/12, Sala 1ª)<sup>13</sup>.

La Sra. Duarte compró a un coche de techo corredizo. Habida cuenta de que, cuando llovía, se filtraba agua por el techo al habitáculo, la Sra. Duarte llevó el vehículo al concesionario que se lo había vendido. Al no haber resultado eficaces las repetidas reparaciones efectuadas, la Sra. Duarte solicitó la sustitución del coche. Dado que el concesionario no accedió a la referida sustitución, la Sra. Duarte presentó demanda judicial mediante la que reclamó la resolución del contrato de compraventa y la condena solidaria de la concesionaria y de Citroën España, S.A. a la devolución del precio. No obstante, el Juzgado de Primera Instancia consideró que la resolución del contrato de compraventa que se solicitaba no era procedente, por ser de escasa importancia el defecto que dio origen al litigio. En tal contexto, el juez español preguntaba al TJUE si debía reconocer otorgar la restitución del precio, pese a que la consumidora no la solicitó en su demanda, ni con carácter principal ni con carácter subsidiario.

En virtud del así llamado principio de efectividad, que exige remover todos los obstáculos que frustren o entorpezcan en exceso el ejercicio procesal de los derechos reconocidos por el Derecho de la UE, el Tribunal concluye que ciertas normas procesales españolas hacen necesario, si se pretenden salvaguardar adecuadamente los derechos reconocidos en la Directiva 1999/44, conferir al Juez la facultad de reconocer al consumidor el derecho a la rebaja del precio, aunque no hubiese formulado dicha petición en la demanda y se hubiese limitado a solicitar la resolución del contrato.

Soy de la opinión, compartida por muchos autores, de que estamos ante una preocupante e injustificada derogación del principio dispositivo. Nada impide que el legislador tome en consideración el interés público o la necesidad de proteger posiciones jurídicas especialmente débiles en el marco de un proceso civil. Pero ni siquiera en los procedimientos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (arts.748 a 781) está el Juez facultado para otorgar una tutela que no le ha sido solicitada. En estos supuestos, la manera de incrementar la vigilancia o intervención *ex officio* del órgano jurisdiccional no consiste en suplantar o sustituir la voluntad del actor concediéndole lo que no pidió, sino en hacer preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal (art.749 LEC); reforzar las exigencias relativas a la postulación procesal (art.750 LEC); otorgar al juez

13 Al respecto, véase mi trabajo *Cuando Luxemburgo declaró la guerra al principio dispositivo: el deber judicial de reconocer al consumidor el derecho a la reducción del precio que no pidió en la demanda*. Revista *La Ley Unión Europea*. Núm.11 (Enero de 2014), pp.39 a 45.

enérgicos poderes de iniciativa probatoria (art.752 LEC); declarar completamente indisponible el objeto del proceso eliminando el carácter vinculante de cualquier tipo de renuncia, transacción, allanamiento o admisión de hechos (art.751 LEC); o en autorizarle a decretar de oficio medidas cautelares (arts.762 y 768 LEC).

Tampoco se opone al principio dispositivo el otorgamiento al juez de amplios poderes para apreciar el carácter abusivo de ciertas cláusulas contractuales. La facultad para apreciar de oficio la nulidad absoluta o la vulneración del orden público, por ejemplo, vienen reconociéndose a los órganos judiciales en el proceso desde tiempo inmemorial. La apreciación de oficio de un derecho y la de una circunstancia que provoca la nulidad absoluta de un negocio jurídico presentan, sin embargo, una significación completamente diversa. Apreciar la nulidad contractual, en efecto, no entraña reconocer un derecho no reclamado por su titular, con suplantación de la voluntad del mismo, sino reforzar la protección de los derechos del consumidor y protegerlo con mayor intensidad. En este segundo caso el legislador, a lo sumo, podría incurrir en un excesivo paternalismo, sin exceder por ello el ámbito o margen de discrecionalidad permitido por el ordenamiento jurídico. Suplantar la necesaria instancia de parte en la solicitud de la tutela, sin embargo, es tanto como desvirtuar o desnaturalizar la esencia del Derecho privado. Y el Derecho de consumo, por intensa o vigorosamente que en él incida el interés público, no deja de ser Derecho privado.

Pero es que aún hay más: ni siquiera en el ámbito del Derecho público puede el tribunal resolver en la sentencia sobre aspectos en relación con los cuales ningún sujeto diferente del propio órgano judicial haya solicitado un pronunciamiento. Ni tan sólo en el proceso penal, cuyos principios informadores tanto distan del civil. En virtud del principio acusatorio, en efecto, no cabe imponer pena que no haya sido instada por algún acusador. En definitiva, ni siquiera la “publicación”, por grande que fuese, del Derecho de consumo podría justificar una salvedad al principio dispositivo como la consagrada en la sentencia que comentamos.

## 7. LOS PODERES OFICIALES DEL JUEZ PARA ALTERAR LA DISTRIBUCIÓN ORDINARIA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

El art. 217. 7 LEC, tras establecer las reglas generales conforme a las cuales ha de distribuirse la carga de la prueba entre los litigantes, concluye señalando que *para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*. Se sostiene que esta facultad de alterar el modo ordinario de distribuir el *onus probandi* entre los litigantes incorpora un factor de flexibilización destinado a mitigar el excesivo rigor y el formalismo que entraña la aplicación de las normas generales, que siguen en lo esencial el modelo de distribución ideado por Leo Rosenberg<sup>14</sup>. El art.217 LEC recoge aquellas normas generales y sigue dicho modelo de distribución cuando asigna al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, y al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos cuya carga probatoria compete al actor. Se trata de una razonable norma general de atribución de la carga probatoria que aún no ha encontrado alternativas convincentes<sup>15</sup>.

Ciertamente, un criterio distributivo de la carga de la prueba de carácter tan eminentemente formal proporciona considerables ventajas en el plano de la previsibilidad y de la seguridad jurídica. No puede evitar, sin embargo, consecuencias inicuas al ser aplicado en algunos casos particulares. De ahí la introducción de la regla de flexibilización que nos ocupa, a la que a veces se alude con la expresión “cargas probatorias dinámicas”. La referida denominación no me parece la más apropiada, pues, a mi juicio, no refleja con claridad el fenómeno que pretende designar. Personalmente, sería partidario de hablar simplemente de la alteración de la carga ordinaria de la prueba con fundamento en los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria.

14 Cfr. *Die Beweislast auf der Grundlage des bürgerliches Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, 15ª edición, Múnich 1993.

15 Véase al respecto mi monografía *Carga de la prueba y sociedad de riesgo*, editorial Marcial Pons, Barcelona/Madrid 2004, donde se expone cómo el intento de sustituir el modelo de ROSENBERG por la el de PRÖLSS, que proponía determinación de la carga de la prueba conforme a esfera de riesgo (*Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen*) ha chocado con múltiples objeciones que han llevado al abandono de la propuesta (cfr. *Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess*, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht, 7 [Goldbach] Keip, Karlsruhe 1996).

Se trata, en cualquier caso, de una facultad que se otorga al juzgador para distribuir el riesgo probatorio entre los litigantes del modo más justo o razonable en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Dicha facultad plantea dos problemas justamente observados por la doctrina.

De una parte, si el juez altera la normal distribución de la carga de la prueba sin advertirlo a los litigantes con anterioridad a los momentos procesales en los que estos pueden introducir las pruebas, dicha alteración se produciría con carácter sorpresivo, sin que el litigante afectado pudiese reaccionar proponiendo las pruebas necesarias para arrostrar la carga probatoria que le incumbe. De ahí que, con indudable acierto, el art.265.II del Proyecto de Código Procesal Civil chileno, tras prever la posibilidad de aplicar aquellos criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, dispone que, de hacer uso de dicha facultad, el tribunal lo comunicará a la parte con la debida antelación para que ella asuma las consecuencias que le pueda generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba que disponga en su poder. Y, en el mismo sentido, el art.254.7º de dicho proyecto dispone que en la audiencia preliminar (equivalente a la audiencia previa española) es el momento procesal oportuno para determinar las pruebas que deberán rendirse al tenor de la propuesta de las partes en sus escritos principales y de los otros nuevos medios de prueba que se estimen necesarios en la audiencia de juicio y que las partes propongan, por referirse a hechos nuevos o a rectificaciones hechas en la propia audiencia, efectuando en su caso el apercibimiento al que se refiere el artículo 265. Falta un precepto como éste en la LEC española y considero, por las razones expuestas, que sería altamente conveniente.

Otro problema que plantea el uso de esta facultad judicial de alterar la distribución ordinaria del *onus probandi* se refiere a la previsibilidad o seguridad jurídica<sup>16</sup>. En efecto, las reglas de distribución ordinaria de la carga de la prueba o, en general, las normas que la distribuyen de un modo diverso, advierten a los ciudadanos de los riesgos que entraña actuar de una u otra manera en el tráfico jurídico en orden a probar sus pretensiones en un eventual proceso judicial. Por poner un ejemplo, el fabricante que conoce las normas de distribución de la carga probatoria en materia de productos defectuosos puede calcular y prever los riesgos probatorios que deberá afrontar en el supuesto de que se dirija contra él una acción de daños y, en atención a dicha previsión, realizar o no ciertas actuaciones, tomar o no ciertas cautelas, fabricar o no ciertos productos etc. Si el juzgador, en atención a las circunstancias de un supuesto concreto, cambia dichas previsiones, parece claro que la seguridad jurídica no sale bien parada.

Lo cierto es que el legislador no puede establecer reglas especiales de distribución de la carga probatoria diseñadas expreso para cada caso concreto, ni tampoco puede hacerlo la jurisprudencia, aunque esté en condiciones mucho mejores que el legislador para proporcionar pautas u orientaciones más concretas al respecto. Parece, pues, difícil prescindir de una cláusula como la del art.217.7 LEC. Eso sí, parece que la facultad para alterar la carga de la prueba a la que nos estamos refiriendo sólo debería ser usada por el juez cuando el litigante a quien favorezca haya agotado diligentemente todos los medios que el ordenamiento jurídico le brinda para obtener la prueba de su adversario. Así, parece difícilmente justificable hacer uso de dicha facultad si el litigante a quien beneficia no instó la exhibición documental frente a la otra parte, lo que tal vez hubiese posibilitado obtener el documento necesario para levantar su carga ordinaria de la prueba o, en todo caso, ante la negativa injustificada a la exhibición, beneficiarse de una presunción de veracidad respecto del resumen, copia o versión del documento que hubiese presentado (cfr. art. 329 LEC)<sup>17</sup>. El perfeccionamiento de los instrumentos que permiten a los litigantes obtener pruebas en poder del adversario así como el establecimiento de presunciones legales en casos concretos puede, pues, constituir una ayuda útil para evitar los inconvenientes derivados de la alteración *iussuiudicis* de las reglas que rigen ordinariamente la distribución de la carga de la prueba<sup>18</sup>.

16 Sobre esta cuestión, véase el interesante estudio de PINOCHET CANTWELL, F.J., *Cargas dinámicas de la prueba. El agravamiento en Chile*, en *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango*, Libro homenaje al Prof. Juan Montero Aroca, coordinado por J.L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar, P. Calderón Cuadrado, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp.729 y ss.

17 Sobre la exhibición documental en relación con las cargas dinámicas véase PINOCHET CANTWELL, F.J., *Cargas dinámicas de la prueba...cit.*, pp.729 y ss.

18 *Ibidem*.

## 8. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

### 8.1. LA CONVENIENCIA DE RELATIVIZAR DOGMATISMOS EXTREMOS Y DE SUBRAYAR LA PRIMACÍA DEL PRINCIPIO DE APORTACIÓN DE PARTE EN LO RELATIVO AL ACOPIO DEL MATERIAL PROBATORIO Y, EN MENOR MEDIDA, A LA DEFINICIÓN DE LAS COORDENADAS JURÍDICAS DE LA CONTROVERSIA

Como he señalado en las páginas precedentes, la discusión entre la mayor o menor implicación del juez civil, en los términos en que actualmente se plantea la cuestión en la mayoría de países occidentales y concretamente en España, no puede resolverse acudiendo a respuestas maximalistas. Ni la aplicación de la máxima *iuranovitcuria*, ni la atribución de facultades probatorias *ex officio* al juez afectan al principio dispositivo, límite absolutamente irrebalsable, si no se quiere caer en una suerte de totalitarismo o estatalismo exacerbado. Además, dichas facultades se plantean siempre con sujeción a limitaciones que, cuando menos, evitan conjurar el riesgo de evidentes o manifiestos deterioros de la imparcialidad. Por otra parte, como ya se indicó, la adopción de un modelo de Estado de cariz más o menos intervencionista en materia social tampoco constituye un factor que determine de modo absoluto o unívoco la opción por otorgar al juez un papel más o menos activo en el acopio del material probatorio o en la delimitación de los términos jurídicos de la controversia.

Situar la finalidad del proceso civil en la búsqueda de la verdad material o de una sedicente verdad formal tampoco implica, de suyo, la asignación al juez de un papel más o menos activo. En efecto, es compatible con el ideal de la búsqueda de la verdad material asignar al juez civil una posición pasiva para evitar el deterioro de su imparcialidad, caso de que su implicación se considerase un riesgo para la misma. Para quienes así pensasen, el apartamiento del juez del terreno de juego constituiría precisamente un factor que favorecería la búsqueda de la verdad material.

Por lo que se refiere a la iniciativa probatoria del juez, considero que permitir al tribunal traer al proceso medios de prueba para esclarecer los hechos controvertidos no resulta una conducta evidentemente lesiva de su imparcialidad, y resultaría constitucionalmente lícita siempre y cuando respete ciertos límites señalados por la doctrina<sup>19</sup>. Todo lo cual no significa que dichos poderes probatorios queden exentos de generar riesgos en relación con la imparcialidad, por limitados o reducidos que fuesen, o que no planteen muy delicados problemas.

Por una parte, conferir al juez una iniciativa probatoria sin límites, supondría ignorar las reglas de preclusión relativas a la proposición de ciertos medios de prueba, tales como la documental, pericial o la prueba mediante soportes informáticos, amén de que podría introducir una evidente desigualdad de trato, ya que los litigantes potencialmente beneficiados por la introducción *ex officio* de la prueba gozarían de una segunda oportunidad de la que hubiesen carecido de no haber advertido el juez la insuficiencia u omisión de aquella prueba.

Y sobre todo, más que los inconvenientes relacionados con un posible deterioro de la imparcialidad, creo que es una razón de orden práctico pero no por ello menos realista la que se opone principalmente al ejercicio por parte del juez de poderes de iniciativa probatoria. Se trata de la misma realidad de la Administración de Justicia, con sus habituales, universales y probablemente insoslayables problemas de saturación y sobrecarga de trabajo. Este es el factor que, en la práctica, dificulta en mayor medida la instauración de la figura de un juez activo en la búsqueda de las pruebas. El acopio del material probatorio, por dicha razón, es un cometido que ha de incumbir muy principalmente a los letrados de las partes. Que la deficiente actuación de éstas pueda ocasionar a sus patrocinados enormes perjuicios, no es un fenómeno desconocido ni probablemente evitable. Tal sucede cuando se interpone intempestivamente la demanda y el derecho reclamado ha prescrito, cuando

<sup>19</sup> Véase a este respecto, PICÓ I JUNOY, J., quien considera que, de admitirse la iniciativa probatoria del juez, ésta habría de observar los siguientes límites para no incurrir en inconstitucionalidad: a) ajustarse a los hechos controvertidos introducidos por las partes; b) que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria, de modo que resulte controlable su fuente de conocimiento respecto de los elementos probatorios utilizados por el Juez; c) el respeto al principio de contradicción, de modo que la partes puedan realizar y proponer nuevas pruebas a raíz de la introducida por el juez así como participar sin limitaciones en la práctica de la misma. Cfr. *El juez y la prueba...* cit. pp.117 y ss.

no se realizan en el momento adecuado ciertas peticiones o se descuida presentar documentos, interponerun recurso dentro de plazo etc.

No obstante lo dicho, si cabe en cierta medida paliar o remediar la deficiente actuación de los letrados, sin que de este modo se comprometa seriamente la imparcialidad del juzgador ni se distorsione de modo intolerable el funcionamiento de la Administración de Justicia, soy del parecer que debe primar el objetivo de satisfacer los derechos subjetivos de los ciudadanos. En este sentido, me parece razonable lo dispuesto en el art.429 LEC, que confiere al juzgador la facultad, no de decretar prueba *ex officio*, sino de advertir a los litigantes de la insuficiencia probatoria en relación con ciertos hechos. Creo que dicha facultad de advertencia habría de sujetarse a ciertas limitaciones. En concreto, parece que debería ceñirse a supuestos de clara omisión o error en la proposición de prueba realizada por los litigantes. Y, en cualquier caso, debe tratarse propiamente de una facultad, no de un deber, pues en este último caso habría que admitir la impugnación de la sentencia cuando el juez omitió la correspondiente advertencia, lo cual no parece sensato. Es forzoso reconocer, sin embargo, que considerar este poder de advertencia como facultad discrecional y no como una potestad o deber supone ciertamente un riesgo, por cuanto podría dar pie a que el juzgador hiciese uso de aquel poder sólo para beneficiar a un litigante a favor del cual acaso se ha forjado un prejuicio positivo, que podría de este modo verse amplificado por su actitud de búsqueda activa de pruebas que favoreciesen dicha posición procesal.

La beligerancia o activismo del juzgador en la búsqueda de la prueba suele ser ampliamente aceptada si se ciñe a límites muy estrictos, señaladamente a aquellos casos en los que, como señala el art.435 LEC respecto a las diligencias finales, las partes hayan propuesto y practicado prueba pero dicha actuación, por razones no imputables a las partes, no haya tenido lugar en las condiciones deseables y resulte previsible que su práctica de nuevo permita esclarecer mejor los hechos. También, tal vez, en los supuestos en los que la parte ha propuesto diligentemente sus pruebas pero ha incurrido claramente en un error u omisión respecto de alguna de ellas.

También es deseable que el protagonismo en relación con la fijación de las coordenadas jurídicas de la controversia sea asumido por los litigantes. En este terreno, sin embargo, hay que apreciar notables diferencias en relación con el esclarecimiento de los hechos a través de la actividad probatoria. En contra de lo que sostienen ciertas concepciones de la función jurisdiccional en el ámbito civil, que sitúan la finalidad del proceso la pura resolución de conflictos, opino que resulta más acertado una concepción acerca de la finalidad del proceso civil que, incluyendo la superación del conflicto entre las partes, abarque también su resolución conforme a Derecho, de pase a un primer plano la satisfacción de los derechos de los ciudadanos. Presupuesta la introducción de los hechos, su determinación como ciertos o dudosos tras la práctica de la prueba y aplicadas, en su caso, las normas que distribuyen el *onus probandi*, el juez debe gozar de plena libertad para determinar si el ordenamiento consiente la producción del efecto jurídico instado por el actor. El único problema que plantea esta necesaria libertad valorativa del juez en lo relativo al Derecho es que su ejercicio resulte compatible con el derecho de defensa, lo que implica la necesidad de que los ordenamientos jurídicos se doten de instrumentos para que las partes puedan conocer a tiempo el nuevo planteamiento jurídico y puedan alegar y probar lo que a su derecho convenga. Se trata de una cuestión deficientemente resuelta por el derecho español, singularmente cuando el juez considere viable el otorgamiento de la tutela solicitada en los supuestos de concurso de acciones.

## **8.2. LA ACTIVA IMPLICACIÓN DEL JUEZ EN LA DELIMITACIÓN DE LOS TÉRMINOS DE LA CONTROVERSI Y EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA COMO MEJOR EXPONENTE DE UN SALUDABLE ACTIVISMO JUDICIAL**

Todo cuanto va dicho en las líneas precedentes sobre la iniciativa probatoria y en relación con el planteamiento jurídico de la controversia, me llevan a apostar por un modelo procesal civil que promueva el protagonismo de las partes en aquellas actividades y sitúe en un plano subsidiario la actuación del juez, que actuaría tan sólo, con observancia de ciertos límites, cuando observase claros errores u omisiones en la proposición de prueba de las partes o relativos a la calificación jurídica de las pretensiones, todo ello con el objeto primordial de evitar, en la medida de lo razonable, que la deficiente actuación de los letrados desemboque en

perjuicio de los derechos que el ordenamiento reconoce a sus clientes.

Existen, sin embargo, dos ámbitos en los que considero sumamente positiva la actitud activa del juez. En primer lugar, el relativo a la delimitación de los términos de la controversia. En Derecho español se trata de una misión que el juez debe llevar a cabo en la audiencia previa al juicio. Concretamente, el art. 428 LEC dispone que el juez debe fijar con los litigantes los hechos sobre los que exista conformidad o disconformidad. Antes de dicha fijación, las partes pueden realizar alegaciones y peticiones complementarias (art.426 LEC) y deben tomar posición acerca de la autenticidad de los documentos y frente a los dictámenes presentados (art.427 LEC). Una actitud activa del juzgador que promueva la clarificación de los términos del conflicto y un claro posicionamiento de las partes en aquellos extremos presta el impagable servicio de facilitar que las partes realicen un diagnóstico más realista de sus expectativas procesales y llegar, en su caso, a un acuerdo, acudir a la mediación etc., evitando así la continuación de las actuaciones. Todo ello sin necesidad de exhortaciones por parte del juez, que estimo cuando menos de dudosa conveniencia.

Del mismo modo, una vez traídos al proceso los medios de prueba, predominantemente por iniciativa de las partes, considero altamente saludable que el juez se implique activamente en la práctica de la prueba, pidiendo a los testigos, a los peritos o a los declarantes las aclaraciones que estime pertinentes o, incluso, formulándoles preguntas, una vez que los letrados les han dirigido las suyas, siempre, por supuesto, acerca de los hechos controvertidos aducidos por las partes. Así lo permite expresamente la LEC respecto diversos medios de prueba:

Interrogatorio de las partes (art.306.1.II LEC). El juez podrá interrogar a la parte llamada a declarar con la finalidad de obtener declaraciones y adiciones.

Prueba pericial (art. 347.2 LEC): El tribunal podrá también formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pero sin poder acordar, de oficio, que se amplíe, salvo que se trate de peritos designados de oficio en procesos sobre el estado civil de las personas o sobre menores.

Reconocimiento judicial (art.354.3 LEC): Si, de oficio, el tribunal considerase conveniente oír las observaciones o declaraciones de alguna persona técnica o práctica en la materia que, a petición de las partes haya concurrido al reconocimiento, les recibirá previamente juramento o promesa de decir verdad.

Prueba testifical (art.372.2 LEC): El tribunal también podrá, una vez que lo hayan hecho los letrados de las partes, interrogar al testigo con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones.

Ningún género de ataque o riesgo en relación con la imparcialidad cabe temer de esta actitud activa, pues con ella el juez no trata sino de formar su convicción bebiendo de fuentes suministradas principalmente por las partes. Cercenar en este ámbito las posibilidades de actuación del juez sería tanto como privarle de los instrumentos necesarios para valorar cabalmente la credibilidad de los medios de prueba propuestos por las partes.



# EL APROVECHAMIENTO DE PRUEBAS OBTENIDAS ILÍCITAMENTE EN EL PROCESO CIVIL<sup>1</sup>

Hanns Prütting<sup>2</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

La cuestión del aprovechamiento o utilidad de la prueba obtenida ilícitamente en el proceso civil es antigua y, sin embargo, siempre ofrece nuevas facetas. En Alemania, no hay regulaciones en la ley. Sin embargo, se reconoce que la inadmisibilidad o ilicitud en la obtención de pruebas no conduce automáticamente a la prohibición del uso y aprovechamiento de ellas en el proceso<sup>3</sup>. Por lo tanto, requiere un equilibrio entre los intereses legales y los intereses de los litigantes en los casos individuales.

## II. EL PUNTO DE PARTIDA ACTUAL

En Alemania, hay cada vez más casos en los que, después de un accidente automovilístico, el actor lesionado y el demandado discuten sobre el accidente. Incluso los testigos y los expertos a menudo ya no pueden determinar el curso del accidente. El demandante, sin embargo, tiene la opción, si ha instalado en su automóvil una cámara de video (una así llamada, Dashcam) para enviar el video como prueba ocular a realizar por el tribunal. Sin embargo, es muy controvertido si la presentación de dicho video es lícita o ilícita. De hecho, podría haber una violación del derecho general de personalidad del demandado o de un tercero. En segundo lugar, si se considera la ilicitud, se plantea la cuestión de si el tribunal puede utilizar dicha evidencia obtenida ilícitamente.

El Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH) acaba de decidir sobre las dos cuestiones en un fallo histórico<sup>4</sup>. Afirmó que la evidencia era ilícita, pero que el tribunal la podía usar.

## III. EL USO DE UNA DASHCAM

### 1. Productos problemáticos y protectores

El problema se provoca por una cámara llevada en forma permanente y para monitoreo ad hoc del tráfico por carretera. Ello podría ser considerado como una violación del derecho a la autodeterminación informativa como una salida de derechos personales (Art. 2 párr. 1 GG). Especialmente podría ser lesionado el § 6b exp. 1 No. 3 BDSG. Esto plantea la cuestión de si la evidencia obtenida por un Dashcam se obtuvo de forma ilícita. Aparte de esto, está la cuestión más amplia de si, después de sopesar todos los valores e intereses, ese material obtenido ilegal o ilícitamente todavía puede reciclarse y ser aprovechable en el proceso.

### 2. La ilicitud en la obtención de las pruebas

Si la imagen de una persona es capturada por una cámara, se trata de datos personales en el sentido del

1 Traducción de Álvaro Pérez Ragone.

2 Emeritus Universität zu Köln Institut für Verfahrensrecht, h.pruetting@uni-koeln.de

3 Así lo sostenido por el Tribunal Federal Constitucional BVerfG, NJW 2011, 2417 y NJW 2011, 2783; también ya en forma expresa BGH, sentencia del 15.5.2018 – VI ZR 233/17, Rn. 29.

4 BGH, Sentencia del 15.5.2018 – VI ZR 233/17.

§ 4 de la Ley BDSG. En el camino o trayecto, sin embargo, es probable que las personas rara vez se vean directamente, sino regularmente otros vehículos. Luego, en el mejor de los casos, la matrícula figurativamente registrada podría identificar al titular del vehículo. Sin embargo, dicha información sobre el titular de acuerdo con § 39 StVG solo se puede obtener si existe un interés legítimo. Por lo tanto, se excluye una información meramente informal. Además, solo el titular, no el conductor, puede determinarse a través de dicha información. Por lo tanto, una infracción al § 4 Abs. 1 de la Ley BDSG normalmente debería ser considerada como inexistente, no hay infracción a la ley. Una violación de § 6b (1) n. ° 3 Ley BDSG queda pendiente para ser examinada. A partir de entonces, se prohíbe o se permite una videovigilancia de habitaciones accesibles al público solo bajo ciertas condiciones. Sin embargo, la vigilancia de los espacios públicos presupone una cierta duración y, por lo tanto, un sistema de vigilancia fijo. En mi opinión, el estándar no es aplicable a la cámara montada en un vehículo. Sin embargo, el BGH ha evaluado esto de manera diferente en su nueva decisión<sup>5</sup>. También considera que el estándar del § 6 b BDSG es aplicable a las cámaras en movimiento en el tráfico vehicular<sup>6</sup>.

Las consideraciones anteriores muestran que la infracción de las normas de protección de datos no se verifica aquí, se considera que solo es dable en casos raros y requiere que la infracción esté presente en forma permanente para la vigilancia del tráfico por carretera y poder detectar y eventualmente identificar a una persona concreta. En todos los demás casos, la ilegalidad o ilicitud en la obtención de la prueba ya ha sido desconsiderada y eliminada. De acuerdo con la opinión del Tribunal Federal de Justicia, una violación de la ley alemana de protección de datos generalmente debería verificarse en las grabaciones de video permanentes y no oficiales.

### 3. La prohibición de aprovechamiento de la prueba

En los casos donde se ha establecido la ilicitud en la obtención de la prueba, la pregunta adicional es si este material es no obstante recuperable, „reciclable“ y/o aprovechable en el proceso civil. En ese sentido, se requiere un equilibrio de bienes. Primero se debe notar que la protección del derecho de personalidad general es diferente, dependiendo de si se trata de la esfera individual (esfera social), la privacidad o la esfera privada. El tráfico rodado es indiscutiblemente parte de la esfera social y, por lo tanto, está sujeto a una protección limitada. Se trata de una captura de cámara a corto plazo de una persona en el tráfico contra una interferencia bastante pequeña con los bienes protegidos<sup>7</sup>. Es posible distinguir si, en un caso particular, la cámara captura una persona identificable específica o si solo se ha detectado un vehículo. En el último caso, es una mera imagen física. No se proporciona una referencia personal. Tal inventario físico siempre se puede usar en el proceso. Por último, cabe señalar que la ley permite el aprovechamiento de las pruebas obtenidas de forma ilícita en el proceso, especialmente en una situación de defensa personal del titular u oferente de dichas pruebas.

En conclusión, cabe señalar que el funcionamiento de la administración de justicia como parte del equilibrio de intereses requiere tener en cuenta el interés en una decisión de fondo correcta del tribunal. En general, la evidencia obtenida a través de una dashcam es generalmente utilizable en procesos civiles. Este hallazgo es indiscutible, en la medida en que la obtención de la evidencia no haya sido ilícita. Pero incluso en el caso de la obtención ilícita del material probatorio, el equilibrio de intereses lleva a la conclusión de que una tasa de recuperación o posibilidad de aprovechamiento de la prueba es afirmativa.

## IV. LA OPINIÓN DE LA CORTE FEDERAL DE JUSTICIA (BGH)

La sentencia del 15.5.2018, ahora pronunciada por el BGH, se basó en los siguientes hechos. Había dos automóviles uno al lado del otro y ambos conductores afirmaron que el oponente del accidente había salido de su carril y, por lo tanto, causó la colisión. Los testimonios y la opinión de un experto de la corte

5 En el mismo sentido Greger, NZV 2015, 117; Ahrens, MDR 2015, 926.

6 BGH, Sentencia del 15.5.2018 – VI ZR 233/17.

7 Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Grundlagen, 3. Aufl. 2016, Kap. 6 Rn. 20.

no pudieron aclarar el evento. Todo dependía del uso de una grabación de video ofrecida por el actor. El tribunal de distrito competente en primera instancia y el tribunal de apelación rechazaron su uso y por ende y desestimaron la demanda. El BGH ha revocado la decisión del tribunal de apelación y afirmó la posibilidad de uso de dicha prueba. La decisión del BGH es extraordinariamente extensa y bien fundada. Está destinada a ser un antecedente importante y debe entenderse como una decisión rectora. En una primera etapa, el BGH examinó si la grabación permanente del tráfico a través de un dashcam estaban acordes a la ley de protección de datos y si era compatible. Esto se niega (como ya se mencionó) con referencia a §§ 6b, 28 párrafo 1 de la Ley BDSG con razones enteramente comprensibles. Por lo tanto, el video presentado por el solicitante como prueba era ilícito.

Continuando con el razonamiento, el Tribunal Supremo viene en el segundo y decisivo paso para la cuestión de si la evidencia obtenida ilegalmente era aprovechable o no en el proceso. En apoyo de la medida en que la variable de equilibrio específico entre los intereses de la demandante y el demandado, el Tribunal Supremo asume de manera integral las opiniones expresadas anteriormente por la jurisprudencia y la literatura alemanas. La visión y aporte de la propia consideración de la Corte Suprema termina siendo representado en la nueva decisión. Como los aspectos centrales de esta evaluación se destacan por parte del Tribunal Supremo que sólo la esfera social del demandado es lo que normalmente preocupa a algunos. Ello ya que la prueba corresponde al actor, dada la velocidad del tráfico rodado siendo difícil una intervención en la personalidad o ámbito privado de las personas, por otro lado debe ponderarse la necesidad e importancia del Estado de Derecho para lograr la justicia material. Por último, señala el Tribunal Supremo que un peso particular en favor de los intereses de la prueba de las víctimas de accidentes de la regulación penal se considera admisible y sin inconvenientes en cumplimiento y concordancia del § 142 del Código Penal. El razonamiento de BGH es convincente. Está de acuerdo con la opinión expresada aquí en todos los aspectos esenciales. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que los tribunales alemanes generalmente reconocerán un video de la parte perjudicada como evidencia en casos de daños y perjuicios civiles.

## V. CONCLUSIÓN

Así no hay regulación positiva en el derecho alemán sobre la recuperación y aprovechamiento de las pruebas obtenidas de forma ilícita en un caso civil, pero la ley tiene fundadas opciones y maneras para solucionar esa laguna y resolver así los problemas que se planteen. El punto de partida es el hecho de que la investigación de la verdad en el proceso civil es importante, pero no puede reclamar prioridad sobre todos los demás propósitos del proceso. Por el contrario, la ilegalidad o ilicitud material del comportamiento de los litigantes generalmente no puede desencadenar una prohibición sobre el uso de la prueba. La Corte debe examinar si la finalidad protectora de la norma lesionada impone la sanción procesal la prohibición del aprovechamiento de la prueba en el proceso<sup>8</sup>. En la producción ilícita de fotografías o videos, es por lo tanto crucial si se agrede con la utilización de este tipo de imágenes la intimidad y privacidad de la persona interesada o si sólo se refiere al ámbito social.

8 Münchener Kommentar zur ZPO/Prütting, 5. Aufl. 2016, § 284 Rn. 66.

# OS CASOS REPETITIVOS NOS BRASIL: NOTAS SOBRE A AGREGAÇÃO DE LITÍGIOS, O PROCESSO COLETIVO E OS PRECEDENTES VINCULANTES NO CPC/2015

## AGGREGATE LITIGATION CASES IN BRAZIL: NOTEWORTHY CONSIDERATIONS ON THE AGGREGATION OF CASES, COLLECTIVE PROCESS AND BINDING PRECEDENTS IN LITIGATIONS PURSUANT TO THE NEW CPC/2015

Hermes Zaneti Jr.<sup>1</sup>

**Resumo:** O direito brasileiro está passando por uma intensa transformação. O processo civil adotou o modelo de julgamento de casos repetitivos como uma forma de lidar com o grande volume de processos, atualmente quase de 100 milhões de ações. Os *casos repetitivos são uma técnica de agregação de questões* de direito material ou processual que sejam idênticas permitindo o julgamento conjunto através da escolha de um caso-piloto. Essa técnica de julgamento aplica-se aos processos em curso, individuais e coletivos, e é disciplinada no CPC em duas modalidades distintas: o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário repetitivos. As relações entre os casos repetitivos e os processos coletivos e entre os casos repetitivos e a formação, aplicação e superação dos precedentes judiciais vinculantes exigem o desenvolvimento de técnicas e instrumentos para garantia do processo justo. O texto procura detalhar alguns casos em que estas relações ocorrem e estimular a convergência dos modelos sem o sacrifício da tutela mais adequada.

**Palavras-chave:** Casos repetitivos; Ações coletivas, Precedentes vinculantes; CPC/2015.

**Abstract:** Brazilian law is experiencing intense transformation. Civil Procedural Law has incorporated the aggregate litigation model of adjudication as means to cope with the increasingly large volume of lawsuits, currently, almost a 100 million cases. The *aggregate litigation technique* combines cases of identical procedural or subject *issues/matter* nature and submits them to a joint trial by filing a chosen leading case (pilot-case). This adjudicating technique is applicable to ongoing lawsuits of individual or class nature, pursuant to the CPC, which foresees two different scenarios: the aggregate claims (IRDR) and the aggregate appeals of either infra constitutional or constitutional matter. For a fair process to be ensured, the relationship between aggregate litigation and class actions cases, as well as the relationship between aggregate litigation and the establishment, application and overruling of binding Precedents require the development of appropriate techniques and tools.

**Keywords:** Aggregate Litigation; Class Actions; Binding Precedents; CPC/2015.

**Sumário:** 1. **Introdução: o relacionamento dinâmico entre as tradições jurídicas;** 2. **Casos repetitivos: o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos especial e extraordinário;** 2.1. **3. Os casos repetitivos e as ações coletivas;** 4. Os casos repetitivos e os precedentes; Conclusões.

## 1. INTRODUÇÃO: O RELACIONAMENTO DINÂMICO ENTRE AS TRADIÇÕES JURÍDICAS

Uma empresa de mineração constrói uma barragem de forma irregular para depósito da lama produzida em sua atividade. A barragem se rompe causando o maior desastre ambiental da América Latina, um dos

<sup>1</sup> Professor de Direito Processual Civil na graduação e mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Membro da IAPL, IIDP e IBDP. Membro da ABRAMPA e do MPCON. Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo (MPES). Este artigo é resultado das atividades do Grupo de Pesquisa Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo – FPCC/UFES, atualmente o FPCC/UFES possui financiamento de pesquisa para o estudo do Caso do Desastre do Rio Doce concedido pela Fundação de Amparo à Pesquisa e à Inovação do Estado do Espírito Santo – FAPES. Versão anterior deste texto, será publicada em francês no livro: CADIET, Loïc; FERRAND, Frédérique. Les singularités brésiliennes du procès civil à l'épreuve du système français de justice, *no prelo*.

maiores do mundo. Morrem pessoas, o maior rio da região vira um mar de lama-tóxica de minério, morrem peixes, animais e vegetação. A água do rio contaminado abastecia mais de 500 mil pessoas que ficam privadas de água durante uma semana, um caos civil, filas para entrega de água mineral para beber, pessoas sem água para suas necessidades básicas de higiene e para cozinhar.

Além do dano difuso ao meio ambiente que gera ações coletivas de reparação e indenização, das ações penais pela morte das pessoas e das multas administrativas, são ajuizadas milhares de ações nas cidades em que ocorreu falta de água, solicitando a indenização por danos morais pelo período em que as pessoas ficaram privadas. O Poder Judiciário das cidades atingidas não estava preparado, não sabe como lidar com essas demandas. Um juiz, conhecendo o novo Código de Processo Civil brasileiro, propõe uma solução estratégica: um incidente para julgamento de demandas repetitivas no Tribunal de Justiça do Estado. O incidente é aceito, todas as demandas individuais são suspensas para aguardar o julgamento do Tribunal.

Iremos tratar neste texto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, mais especificamente de uma técnica de julgamento de casos repetitivos que pouco a pouco tem sido generalizada no Brasil. Esta técnica tem raízes em um movimento mundial por racionalização da Justiça civil e serve como alternativa aos processos coletivos do modelo americano das *class actions opt-out*, especialmente as *class actions for damages* (ações coletivas para a indenização por danos individuais homogêneos).

Precisamos estar cientes de que as tradições jurídicas estão em permanente diálogo, os institutos jurídicos, ao contrário do que se pensava até pouco tempo, não estão totalmente separados por dimensões geográficas, culturais e continentais, as relações entre estes institutos ocorrem a partir dos problemas comuns, da mesma maneira que acontece na relação entre as pessoas. Em razão disto, uma visão compreensiva dos problemas comuns pode permitir uma aproximação mais cosmopolita das soluções, compreendida esta aproximação como aquela que ao mesmo tempo garante ambos os interesses das pessoas envolvidas em um diálogo de compromissos.

As tradições jurídicas, como demonstrou H. Patrick Gleen, não são excludentes, não são estáticas. A vida das tradições jurídicas é inclusiva e dinâmica. A partir de 1980 H. Patrick Gleen desenhou as fundações para uma compreensão profunda das tradições legais a partir de uma perspectiva histórica e comparativa. Gleen insistiu que o direito foi, ao longo da história, o produto de um rico diálogo entre os direitos e formas jurídicas locais. As tradições legais são, portanto, dialógicas, dinâmicas e interativas. A finalidade dos estudos comparados é buscar uma reconciliação dos direitos e das leis com a mesma intensidade que buscamos a reconciliação entre as pessoas.<sup>2</sup>

Os diálogos entre franceses e brasileiros podem enriquecer muito a cultura jurídica sobre o novo Código de Processo Civil, afinal, o CPC/2015, faz parte de um novo modelo codificatório, que tem entre seus exemplos mais recentes o *Code du Procédure Civil* francês de 1976. Códigos da “Era da Recodificação”,<sup>3</sup> constitucionalizados, abertos, flexíveis e que, ao permitirem uma adaptação contínua às finalidades da tutela dos direitos, a exemplo da experiência francesa e brasileira, são *códigos de doutrina*, na feliz expressão de Loïc Cadiet.<sup>4</sup> Isto quer dizer que estas novas legislações não nasceram do legislador *sponte propria*, mas da progressiva consolidação da doutrina processual civil a partir de valores-fonte como o contraditório e a cooperação, profundamente inseridos no paradigma do Estado Democrático Constitucional como o ponto medial, *in medium virtus*, entre os modelos liberais e sociais de processo.

A mudança do Código segue um movimento global pela racionalização da justiça e pela economia dos recursos humanos e financeiros envolvidos com a prestação deste serviço público. Várias são as técnicas colocadas à disposição do legislador para atingir os fins de uma justiça mais rápida, econômica, segura e eficiente.

2 GLEEN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*. 5ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

3 IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione Vent'Anni Dopo*, In.: IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999, p. 29-30.

4 CADDIET, Loïc. Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Review. *Ritsumeikan Law Review*, nº 28, 2011, p. 349. Este novo processo civil está preparado para o aumento dos poderes gerenciais do juiz ao mesmo tempo que entrega mais autonomia às partes, mediante o autorregramento da vontade processual. São exemplos no Brasil, respectivamente, os amplos poderes do juiz para cumprimento e efetivação das decisões judiciais (art. 139, IV, CPC) e as convenções processuais atípicas (art. 190, CPC). Estas mudanças permitem processos *taylor-made*, pensados para resolver os problemas de nosso tempo, de forma dialógica, dinâmica e interativa, focados nos casos concretos e na tutela dos direitos, com entrega aos jurisdicionados, consumidores dos serviços da justiça, daquilo que lhes é devido.

O Brasil optou por um verdadeiro conjunto de técnicas que pretendem servir a estes objetivos. A justiça multiportas, os precedentes, os casos repetitivos e as ações coletivas, são exemplos destas técnicas. Em razão desta profusão de soluções, a sobreposição entre elas se torna inevitável, criando zonas de convergência e zonas de atrito.

As relações entre os casos repetitivos, que trataremos aqui como uma espécie de processo coletivo *opt-in*, as ações coletivas *opt-out* e os precedentes vinculantes são previstas expressamente pelo CPC/2015.

Assim, primeiro iremos tratar dos *casos repetitivos*, em seguida das relações entre os *casos repetitivos e as ações coletivas* e entre os *casos repetitivos e os precedentes normativos formalmente vinculantes*.

## 2. CASOS REPETITIVOS: O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E OS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

A técnica dos casos repetitivos é uma forma de agregação de litígios para julgamento de uma questão comum, de direito material ou processual. São duas as espécies de casos repetitivos previstas no novo Código brasileiro: decisões proferidas no incidente de resolução de demandas repetitivas e nos recursos especial e extraordinário repetitivos.<sup>5</sup> A leitura da lei exclui as questões de fato. Por definição trata-se de uma *técnica de julgamento e gerenciamento de processos*, pensada no Brasil, a julgar pela exposição de motivos do projeto original do CPC, a partir das experiências da *KapMuG*,<sup>6</sup> também conhecida como *Musterverfahren*, do direito alemão.<sup>7</sup>

### Antecedentes históricos, inspiração e ideologia

Na Alemanha, a conhecida técnica experimental do *Musterverfahren* surgiu para solução de casos no mercado de capitais, como uma legislação teste, com caducidade prevista para 2020 (§ 28, *KapMuG*), no Brasil já começa como técnica perene, sem tempo para experimentação.

Um olhar mais atento ao procedimento do processo-modelo alemão revela que as semelhanças não são tão grandes como alegado, mas não há como negar uma comunhão de intenções. Técnicas similares de agregação de pretensões individuais também ocorrem no direito inglês, a exemplo das *GLO – Group Litigation Orders*,<sup>8</sup> assim como, no direito norte-americano, a *MDL – Multidistrict Litigation*.<sup>9</sup> Todos estes institutos

5 Sobre a disciplina dos casos repetitivos no Brasil é possível identificar um modelo dogmático para sua compreensão nos arts. 928, 976 a 987 (IRDR) e 1.036 a 1.041 (REER), conferir a redação dos dispositivos no anexo I.

6 Cf. BAŁOWITZ, M. The German Experience with Group Actions – The Verbandsklage and the Capital Markets Model Case Act (KapMuG). In.: HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C. H. *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Cambridge: Intersentia, 2014, p. 153/170. Um aspecto interessante ressaltado pelo autor é a tendência do legislador de direcionar este modelo, originário de 2005 e reformado em 2012, para incentivar acordos entre as partes (idem, p. 164). Uma versão, em inglês, da Lei de 2012, já alterada, pode ser encontrada no site: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_kapmug/index.html](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_kapmug/index.html), acesso em 17.01.2017.

7 Este procedimento foi mencionado na mensagem de exposição de motivos do projeto original do CPC: “Com os mesmos objetivos [“eficiência do regime de julgamentos de recursos repetitivos”], criou-se, com inspiração no direito alemão [“No direito alemão a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (= *Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando, necessariamente, do mesmo autor e do mesmo réu.”], o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta” (Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: Anteprojeto. Brasília: Senado Federal/Presidência, 2010). Cf., para outras referências, o seminal trabalho de Antonio do Passo Cabral e os estudos do mesmo autor que se seguiram sobre o tema do IRDR. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (MusterVerfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, maio/2007, ano 32, n. 147; CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2014, v. 231; CABRAL, Antonio do Passo. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Antonio Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016.

8 Novidade do direito processual inglês pós-codificação das reformas de Lord Woolf, cf. as regras 19.11 e seguintes das *CPR – Civil Procedure Rules*, conferir ainda ANDREWS, Neil. Complex civil litigation in England. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 153, p. 87, nov. 2007. (também publicado em Neil Andrews. “Complex Civil Litigation in England. In.: *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. vol. 9. p. 1085, out. 2011); ANDREWS, Neil. Controversie collettive, transazione e conciliazione in Inghilterra. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 169, p. 62, mar/2009; ANDREWS, Neil. Multi-party litigation in England: current arrangements and proposals for change. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 167, p. 271, jan/2009.

9 Na definição: “multidistrict litigation. (1966). *Civil procedure. Federal-court litigation in which civil actions pending in different districts and involving common fact questions are transferred to a single district for coordinated pretrial proceedings, after which the actions are returned to their original districts for trial. Multidistrict litigation is governed by the Judicial Panel on Multidistrict Litigation, which is composed of seven circuit and district judges appointed by the Chief Justice of the United States. 28 USCA § 1407*”. O acrônimo é MDL – Multidistrict Litigation, cf. GARNER, Bryan A. (ed.) *Black’s Law Dictionary*. 9 ed. Thomson Reuters: s.l., 2013. A regra está prevista no *United States Code Annotated*, 28 USCA § 1407. No direito brasileiro existe dispositivo que permite a reunião de processos para cooperação judicial, que poderá ser desenvolvido para atingir as mesmas finalidades: “art. 69. O pedido de cooperação jurisdiccional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como: [...] II – reunião ou apensamento de processos.” Existe trabalho propondo a centralização dos processos como etapa

tratam da agregação dos litígios.

A finalidade de todos estes procedimentos de agregação é promover e garantir a eficiência dos mecanismos de justiça, com o uso racional dos recursos públicos, a celeridade na prestação jurisdicional e a facilitação da resolução de conflitos com qualidade através de julgamentos justos. Em síntese: isonomia, segurança jurídica e celeridade processual.

Além disto, em muitos ordenamentos se apresenta com a finalidade de servir como substitutos das ações coletivas do modelo norte-americano, principalmente, considerando os receios do mercado e dos órgãos de Estado, a exemplo da União Europeia,<sup>10</sup> que a adoção de um modelo de *class actions opt-out* alterasse sua tradição dos países de *civil law* e resultasse em incerteza jurídica e econômica<sup>11</sup>. Os defensores do instituto alegam que este freia o abuso das atitudes ilícitas do mercado por meio de ações privadas (*private enforcement*), os detratores consideram estas ações uma espécie de chantagem legalizada (*legalized blackmail*).<sup>12</sup> Na polarização entre o “Monstro de Frankenstein”, o “Big Bad Wolf” e o “Cavaleiro Branco” venceu na Europa, até o presente momento, a publicidade negativa de alguns processos coletivos notórios em que ocorreram abusos na tutela dos direitos coletivos.<sup>13</sup>

O olhar rápido permite perceber que se trata de um *debate adjetivado*, marcado por *posições* ideológicas, muitas vezes desfocadas do *interesse* que se pretende tutelar.

O Brasil, país que já é reconhecido por ter, concomitantemente, o controle de constitucionalidade difuso americano e controle de constitucionalidade concentrado do modelo europeu, inova mais uma vez, saindo na frente com um modelo misto de tutela coletiva, ao mesmo tempo *opt-in* e *opt-out*.

Entendemos que esta espécie de técnica de tutela representada pelos casos repetitivos pode ser, portanto, vista sob a perspectiva de um processo coletivo, não importa qual a sua configuração.<sup>14</sup>, visto que se formam *grupos* a partir do momento em que os diversos litígios ou as questões deles decorrentes são reunidos. Trata-se de julgamento de litígios agregados, pretensões agregadas, litígios isomórficos, em outras palavras, ações coletivas *opt-in*, em que se exige o comportamento ativo dos litigantes para formação do grupo, por exemplo, ajuizando ações individuais para serem atingidos e vinculados ao resultado do processo coletivo. Reforça este argumento o fato de o *American Law Institute – ALI*, ao regular as formas de processo coletivo, tratar no mesmo dispositivo das ações coletivas e dos casos repetitivos como espécies do mesmo gênero (§ 10.2),<sup>15</sup> assim como a *GLO – Group Litigation Order* inglesa, também reconhecer a necessidade de tratamento conjunto

necessária ao IRDR: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A centralização de processos como etapa necessária do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. p. 419. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Orientadora Prof. Dr. Teresa Arruda Alvim.

- 10 Não por acaso as *class actions* foram abertamente refutadas como não desejadas em 2007 pela Comissão para Proteção dos Direitos do Consumidor da União Europeia: “Such an attitude is epitomized by a passage in the speech given by Ms. Meglena Kuneva, the European Union Commissioner for Consumer Protection, at a conference on collective redress held in Lisbon towards the end of 2007. While stressing “how important it is to ensure that consumers can confidently enforce their rights across the European Union”, and acknowledging that “collective redress, both judicial and non-judicial, could be an effective means to strengthen the redress framework that we have already set up for European consumers”, the Commissioner took a stand against class actions, and said: “To those who have come all the way to Lisbon to hear the words ‘class actions’, let me be clear from the start: there will not be any. Not in Europe, not under my watch”, cf. SILVESTRE, Elisabetta. The difficult art of legal transplants: the case of class actions. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 187, p. 99 ss, set. 2010. § 2.
- 11 Para amplas referências sobre este problema cf. vários dos artigos publicados em HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C. H. *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Cambridge: Intersentia, 2014, que, ainda aprofundam o tema, demonstrando a insuficiência de modelos de litígios repetitivos para tratar dos problemas relacionados aos processos coletivos.
- 12 Um breve levantamento feito por Stefaan Voet aponta neste sentido. Cf. VOET, Stefaan. ‘Where the wild things are’ reflections on state and future of European collective redress. Disponível em: [https://www.academia.edu/31281664/WHERE\\_THE\\_WILD\\_THINGS\\_ARE\\_REFLECTIONS\\_ON\\_THE\\_STATE\\_AND\\_FUTURE\\_OF\\_EUROPEAN\\_COLLECTIVE\\_REDRRESS](https://www.academia.edu/31281664/WHERE_THE_WILD_THINGS_ARE_REFLECTIONS_ON_THE_STATE_AND_FUTURE_OF_EUROPEAN_COLLECTIVE_REDRRESS). Acesso em: 09 de abril de 2017.
- 13 Para o clássico artigo multicitado pela doutrina cf. MILLER, Arthur R. Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: myth, reality, and the “class action problem”, *Harvard Law Review*, vol. 92, issue 3, pp. 664-694, jan. 1979. No artigo Miller defende as *class actions* como um forma de litígio justificada para defesa dos direitos civis, meio ambiente, consumidores e antitruste, afirmando que após as reformas de 1966 as *class actions* não seriam um problema, mas uma solução. Evidentemente existem problemas nas *class actions* e existiram erros judiciários no passado, porém, entendemos aqui que a sua existência atualmente é imprescindível para garantia do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, presente em quase todas as constituições contemporâneas, que obrigatoriamente deve ser alargada para atingir as situações jurídicas coletivas.
- 14 Neste sentido, cf. DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual. Processo Coletivo*. Vol. 4. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 97-102; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, v. 256, jun./2016, p. 209-218.
- 15 American Law Institute (ALI). *Principios del Derecho de los Procesos Colectivos (Principles of the Law of Aggregate Litigation)*. Trad. Francisc Verbic; Jorge A. Sánchez Cordero (coord.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 2014, p. 12 ss., projeto relatado por Sam Issacharoff, com o auxílio de Robert Klonoff, Richard Nagareda, Charles Silver. As dificuldades de tradução do termo *aggregate litigation* que foram relatadas por Francisc Verbic demonstram o acerto de tratar o tema sobre um tronco ou eixo comum dos processos coletivos nos países de *civil law* e híbridos (idem, p. XVIII).

(19B 2.3),<sup>16</sup> e definir que a análise das circunstâncias do caso é que irá permitir saber qual o mecanismo mais apropriado para tratamento do litígio.

Esta opção traz algumas vantagens, como veremos adiante, quando as situações de agregação de litígios se sobrepõem as de ações coletivas.

### Descrição do procedimento do incidente de demandas repetitivas e das regras comuns aos recursos repetitivos

O procedimento do incidente se inicia por provocação. Poderão provocar o incidente de julgamento de demandas repetitivas o juiz, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública.

O incidente será julgado por um órgão designado pelo regimento interno de cada tribunal, dentre aqueles responsáveis pela uniformização da jurisprudência. A análise da admissibilidade do incidente será efetuada pelo mesmo órgão colegiado, todos os juízes deverão participar deste *juízo de admissibilidade*.

A lei estabelece alguns *requisitos de admissibilidade* para o incidente de resolução de demandas repetitivas. Afirma que será admissível o incidente quando ocorrer a *efetiva repetição de processos* que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e *ocorra o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica*. Além destes dois requisitos seria necessária a *existência de pendência de causa no tribunal*, uma vez que o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica deverá julgar igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente. A pendência de causa no tribunal para julgamento do incidente se justifica por um viés sistêmico, no caso dos recursos repetitivos há necessidade de pendência de causa no tribunal, e também pela tradição brasileira de julgamento de causas, sem a qual o processo de julgamento do incidente de demandas repetitivas se tornaria um processo objetivo.

Sobre este ponto, devemos reconhecer que no Brasil há, atualmente, grande polêmica quanto a *natureza jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas*, duas são as principais correntes em disputa na doutrina e na prática dos tribunais. Na doutrina se discute a adoção pela lei do modelo alemão, *Musterverfahren*, processo-modelo, ou o modelo austríaco, *pilot-verfahren*, caso-piloto.

Pela primeira corrente temos no incidente um modelo distinto dos recursos repetitivos, tratando-se de mera técnica de julgamento, uma espécie de reenvio ao tribunal. Estes entendem essa espécie de casos repetitivos como uma técnica para julgamento objetivo de situações homogêneas<sup>17</sup> ou isomórficas.

A segunda corrente, como aqui defendido, trata de uma técnica para julgamento de questões de direito material ou processual, questões que devem ser julgadas pelo tribunal com a concomitância de uma demanda que já tenha alcançado o tribunal para julgamento.

Note-se que na doutrina brasileira há defesa de que teríamos um procedimento híbrido. Isso porque em algumas hipóteses teríamos casos de desistência com prosseguimento do julgamento, este prosseguimento implicaria o julgamento do incidente ou recurso repetitivo sem o julgamento do caso (arts. 976, § 1º e 998, parágrafo único). Apenas nessa hipótese teríamos o julgamento dos casos repetitivos como processo-modelo.<sup>18</sup>

A melhor opção, contudo, é adotar, mesmo nessas hipóteses, um sistema de substituição do(s) caso(s) em que ocorreu a desistência ou abandono, apesar de reconhecermos a existência do sistema híbrido na situação de desistência sem essa substituição. Assim, como melhor solução, sempre que possível, deverá o órgão encarregado do julgamento do caso repetitivo afetar novas causas em caso de desistência, como aliás prevê o

16 Cf. 19B 2.3 “In considering whether to apply for a GLO, the applicant should consider whether any other order would be more appropriate. In particular, he should consider whether, in the circumstances of the case, it would be more appropriate for – (1) the claims to be consolidated; or (2) the rules in Section II of Part 19 (representative parties) to be used.”

17 Neste sentido: “as demandas repetitivas fundam-se em *situações jurídicas homogêneas*, que possuem um perfil que lhes é próprio e não se resumem aos direitos individuais homogêneos”. BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *Situações Jurídicas Homogêneas: Um Conceito Necessário para o Processamento de Demandas de Massa*. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, vol. 186, p. 87/107, ago/2010, g.n.

18 As conclusões parciais de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha são as de que: a) é necessária causa no tribunal, sendo em regra o incidente um caso-piloto; b) no julgamento o tribunal fixa a tese e julga o caso-piloto; c) no caso de desistência ou abandono, contudo o tribunal poderá apenas fixar a tese, hipótese em que se tem o processo-modelo. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3, p. 597.



sistema de julgamento da GLO, com a substituição do caso-piloto (*test claim*) quando ocorre acordo entre as partes (art. 19.15).<sup>19</sup>

A parcela da doutrina que defende se tratar de um processo coletivo para defesa dos direitos do *grupo* – formado com o IRDR ou o REER –, no qual a situação jurídica coletiva é a discussão de uma tese<sup>20</sup> – *questão* – de direito material ou processual<sup>21</sup>, obrigatoriamente ligada a uma situação jurídica coletiva discutida em juízo, exige esta condição para a admissibilidade do incidente.

Isto é importante para manter o paralelismo com o recurso especial e o recurso extraordinário repetitivos que exigem o julgamento de uma causa pelo tribunal e para a eventual formação de precedentes a partir das decisões dos casos repetitivos. A decisão será tanto melhor, quanto mais aderente à situação jurídica discutida em uma causa. É a universalização de fatos circunstanciais relevantes (*material facts*), discutidos para que se alcance a solução jurídica, que irá permitir a formação de fundamentos jurídicos (*ratio decidendi*) adequados a serem aplicados aos casos futuros.

Todas estas circunstâncias relacionadas aos requisitos de admissibilidade já indicam que nestes procedimentos estamos criando neste momento o processo justo na medida que as situações estão sendo analisadas pelos tribunais.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma, são: “três valores que devem iluminar a compreensão do instituto: *economia processual*, *coerência e contraditório*. Interpretá-los como um simples instrumento para rápida solução de litígios de massa é reduzi-lo a apenas uma de suas funções”.<sup>22</sup>

A legislação, contudo, especialmente se analisada de forma sistêmica, já fornece muitas garantias, que precisam ser levadas a sério. Há um forte incentivo a ampliação do debate, com a possibilidade de *amicus curiae* e audiências públicas, bem como ampla divulgação do incidente pela rede mundial de computadores por meio de registros nacionais e locais nos sites dos órgãos de justiça.

Este requisito da ampliação do debate é reforçado pela necessidade de que a decisão leve em consideração todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica, favoráveis e contrários.

A doutrina, levando em consideração esta ampliação do debate e a fundamentação específica exigida nas decisões, defende o controle da *afetação* dos casos, do *procedimento* e da *formação da tese jurídica* a partir da noção de “representatividade argumentativa”.<sup>23</sup> Esta noção, comum aos casos repetitivos, guarda uma forte semelhança com o que já se conhece nos processos coletivos, mas vai além, pois permite também um controle sobre a formação dos precedentes.

A escolha de quais os casos serão afetados para julgamento é muito importante para a preservação deste requisito de representatividade argumentativa, falaremos mais sobre este problema ao tratar da cumulação entre os casos repetitivos e as ações coletivas.

19 Cf. “Art. 19.15 Test Claims. Where a direction has been given for a claim on the group register to proceed as a test claim and that claim is settled, the management court may order that another claim on the group register be substituted as the test claim”, CPR.

20 O correto é tratar da decisão de “casos” e não de “teses”. Iremos, contudo, trabalhar neste texto com a terminologia adotada pelo CPC, porém, sem descuidar da correta análise crítica da doutrina, com a qual desde o princípio somos convergentes. No Brasil, quando um tribunal decide, ele não decide *teses em abstrato*, mas *casos*. Cf. ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes* [2014]. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017; MITI-DIERO, Daniel. *Precedentes*. São Paulo: RT, 2016, p. 146; MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Decisão de Questão Idêntica v. Precedente*. São Paulo: RT, 2016; perceba-se, no sentido contrário, defendendo tratar-se de “técnica processual objetiva” para julgamento em abstrato de “teses jurídicas”, com “fatos pressupostos”, TEMER, Sophia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 72 e p. 80 (é de se registrar que a autora – em trabalho de reconhecida excelência – deixa clara a vinculação da decisão aos casos que deram origem: “O incidente é formado a partir de casos concretos (que, afinal, justificam sua instauração) e deverá ser instruído de modo a representar fidedignamente a controvérsia, para que o tribunal possa analisar a maior amplitude de fundamentos e fixar a tese jurídica.”, idem, p. 80, a contradição, portanto, consiste em não perceber que o controle pelo caso e pelos fatos do caso ocorre antes, durante e depois de formada a tese jurídica, não sendo suficiente ou adequada a abstração, que poderá ensejar indesejável padronização dos julgamentos). Para uma coletânea a respeito do IRDR e do REER, cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamentos de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, coord. Geral: Fredie Didier JR., vol. 10).

21 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. 11ª ed. Vol. 4. Salvador: Juspodivm, 2017.

22 MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários aos arts. 926 a 928. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 2.174.

23 Luiz Guilherme Marinoni discorre que, para solucionar esse problema, o CPC de 2015 prevê a ideia da “representação argumentativa” (MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários aos arts. 926 a 928. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 2175.), ao autorizar a participação dos interessados na controvérsia (arts. 983 e 1.038) e estabelecer, no caso de incidente de resolução de demandas repetitivas, a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica, sejam eles favoráveis ou contrários (§ 2º, art. 984). Estamos expandindo a ideia original para incluir todos os mecanismos necessários à garantia do processo justo.

Prosseguindo quanto ao procedimento, é importante frisar que após o juízo de *afetação* ocorrerá a análise da *admissibilidade* do incidente e do recurso, o que enseja a *suspensão ou sobrestamento* de todos os processos que estejam tramitando, em um primeiro momento, quanto ao incidente, no território do tribunal ao qual está afetado o incidente e, em um segundo momento, para ambos, em todo o território nacional, caso este seja o entendimento dos tribunais competentes para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. Estes casos suspensos serão posteriormente julgados conforme a tese definida. Aqui a legislação cria algumas garantias importantes para os membros do grupo (*processos suspensos*), que são extraídas da leitura conjunta das duas espécies previstas no CPC.

Inicialmente as partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo. Uma vez intimadas, poderão demonstrar distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no caso repetitivo afetado para julgamento, requerendo o prosseguimento de seu processo ao juiz responsável. Há possibilidade de requerer tutelas de urgência, dirigidas, conforme o caso, para os órgãos que estão encarregados da aplicação futura da tese a ser decidida. Em qualquer caso é preservado o direito da parte de desistir da ação. O prazo máximo de tramitação é de 1 (um) ano, com preferência para o julgamento dos casos repetitivos sobre os demais feitos pendentes para julgamento, podendo ser prorrogado *apenas* com decisão fundamentada. A experiência prática tem demonstrado que este prazo dificilmente é cumprido. Levando em consideração a importância destes procedimentos e a suspensão de milhares de processos individuais que aguardam julgamento, nos parece que o cumprimento do prazo de forma razoável é muito importante aqui para o processo justo e para o sucesso e longevidade destas técnicas de julgamento.

Julgado o caso repetitivo, os juízes responsáveis pelos processos versando idêntica controvérsia decidirão aplicando a tese firmada. É bom lembrar que os processos suspensos poderão estar no mais variado grau de adiantamento, desde ações recém ajuizadas até processos em último grau de recurso, isto resulta em algumas especificidades procedimentais. No caso dos recursos, a decisão poderá ser pela inadmissibilidade, quando o mérito da decisão recorrida estiver em conformidade com a tese-jurídica firmada.

Uma última questão deve ser tratada quanto a estabilização da tese jurídica. A coisa julgada material não é obtida através da técnica dos casos repetitivos, sua função como técnica de estabilização é fixar uma *tese*. A aplicação da tese gerará, em cada processo, a decisão de mérito submetida a coisa julgada. Vale observar, contudo, que o regime jurídico continua diferenciado entre ações coletivas e ações individuais. Há nestes processos duas decisões, uma decisão cognitiva e uma decisória. O órgão que julga a causa/questão repetitiva não será o órgão que aplicará a decisão (tese firmada), salvo quanto ao *caso-piloto*. Quanto ao *caso-piloto*, a causa discutida poderá ter mais capítulos do que a questão decidida na fixação da tese. Ela será julgada em sua integralidade pelo órgão responsável pelo caso repetitivo. Isto faz com que as peculiaridades de ações coletivas e individuais sejam realçadas, como será analisado no tópico próprio.

Não há dúvida quanto a racionalização que um procedimento da espécie dos *casos repetitivos* impõe ao julgamento, com a tese jurídica sendo aplicada a todos os casos que tramitem no território do órgão prolator, no caso dos recursos especial e extraordinário, em todo o território nacional, haverá um enorme benefício para os fins de isonomia, segurança jurídica e celeridade processual.

Contudo, sem o processo justo que permita que essa técnica seja aplicada com os cuidados necessários, algumas importantes garantias processuais e substanciais de justiça podem ser afetadas. Um interesse particular está ligado às relações entre casos repetitivos e às já existentes e efetivas ações coletivas no Brasil. Outro, talvez ainda mais grave por ser também uma novidade, à relação entre os casos repetitivos e os precedentes judiciais.

### 3. OS CASOS REPETITIVOS E AS AÇÕES COLETIVAS

Os casos repetitivos no Brasil afetam tanto as ações individuais quanto as ações coletivas que estejam tramitando, sejam elas para tutelas de direitos difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos.<sup>24</sup> Aceito o incidente de demandas repetitivas ou admitido o recurso repetitivo serão suspensas as ações

24 Enfrentando a difícil conceituação dos direitos difusos e coletivos, na doutrina: GIUSSANI, Andrea. *Azioni Collettive Risarcitorie nel Processo Civi-*

individuais e coletivas em tramitação. A tese jurídica firmada será aplicada às ações individuais e coletivas. Suspensão e aplicação da tese atingem diretamente as expectativas dos jurisdicionados e dos legitimados em ver as ações coletivas julgadas no mérito.

Os objetivos das ações coletivas e dos casos repetitivos são em parte convergentes, mas não idênticos. Há na técnica dos casos repetitivos uma preocupação com a gestão das causas repetitivas. Assim, os principais valores em jogo são a isonomia, a segurança jurídica e a celeridade, que pode ser também traduzida por eficiência processual.

A *tutela integral dos direitos*, especialmente dos novos direitos, como o direito do consumidor e do meio ambiente, não é a preocupação principal, aliás, nem mesmo é uma justificativa fundamental para os casos repetitivos. Assim, por esta razão, fragmentam-se os membros do grupo para garantir a tutela somente daqueles que *efetivamente* optarem por ajuizar as ações. Trata-se de modalidade de *processos coletivos*, na qual forma-se o grupo a partir da admissibilidade do incidente ou do recurso repetitivo, a partir daqueles que *optaram* por ajuizar a ação.

É justamente neste sentido, para esta finalidade, que podemos dizer que se trata de uma ação coletiva em que a formação é *opt-in* (na qual *as partes* optam por fazer parte do grupo tutelado). É certo que, admitido o incidente, as partes podem desistir sem que sejam atingidas, mas o grupo já se formou, o grupo se forma *opt-in antes do incidente – pelo simples fato do ajuizamento da ação que contenha a questão de caráter repetitivo*.

Somente aqueles que optarem por ingressar com as ações serão atingidos. Estes serão alcançados tanto positiva quanto negativamente, caso a demanda venha a ser julgada improcedente. Não se trata de coisa julgada, mas de aplicação da tese jurídica fixada para cada processo, individual ou coletivo, que fora suspenso para julgamento da questão repetitiva. A coisa julgada, conforme o caso, virá depois, quando o juiz da causa que havia sido suspensa julgar a demanda.

Neste quadro, torna-se muito importante o ajuizamento de ações coletivas e a regra de julgamento das *ações coletivas* como *casos-piloto* afetados *conjuntamente ou preferencialmente* às ações individuais, quando as pretensões cumuladas tratarem também de *novos direitos* que exigem a *tutela integral* dos membros do grupo. Isto ocorre porque, uma vez ajuizada a ação coletiva ela garantirá, em caso de procedência, a *tutela integral para todos os membros do grupo independentemente do ajuizamento de ações individuais*. O grupo, no processo coletivo das ações coletivas, se forma *opt-out*, ou seja, *já estão incluídos no grupo todos que têm a mesma pretensão, sem a necessidade de qualquer manifestação individual*. Todos que fazem parte do grupo serão beneficiados. Perceba-se que aqui não se está tratando das ações coletivas *opt-in* e *opt-out* em relação à vinculação final do grupo, que poderá ou não ocorrer conforme o regime jurídico de cada espécie em cada ordenamento. No Brasil, por exemplo, os titulares dos direitos individuais membros deste grupo somente serão atingidos em seus direitos individuais em seu benefício (extensão subjetiva *secundum eventum litis*).<sup>25</sup> O elemento de distinção que estamos enfatizando é a formação do grupo e a preocupação em garantir a tutela integral para todo o grupo ou uma tutela fragmentada, apenas para parcela do grupo.

A necessidade de diferenciação entre as técnicas decorre da exigência do processo justo adequado a cada uma das espécies de processos coletivos, além do fato de que nem sempre haverá cumulação entre casos repetitivos e ações coletivas.

le. Bologna: Il Mulino, 2008; DONZELI, Romolo. *La Tutela Giurisdizionale degli Interessi Collettivi*. Napoli: Jovene, 2008; Id. *L'Azione di Classe a Tutela dei Consumatori*. Napoli: Jovene, 2011; COLAÇO ANTUNES, Luis Filipe. *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo: para uma Legitimação Procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989; SOUSA, Miguel Teixeira de. *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*. Lisboa: Lex, 2003, p. 37 e ss; SALGADO, José Maria. *Tutela Individual Homogênea*. Buenos Aires: Astrea, 2011. As orientações podem variar, mas o problema comum persiste, reconhecer um interesse jurídico tutelado pela norma para permitir a tutela judicial dessas novas situações emergentes da sociedade de massa. Esse problema não se coloca no *common law*, que não se preocupa com o prévio reconhecimento do direito subjetivo como requisito para a tutela judicial (*remedies precede rights*). Alguns autores procuraram dar uma solução mais pragmática ao problema, ao modo norte-americano, evitando noções conceituais, cf. VERBIC, Francisco. *Processos Coletivos*. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 38 ss; GIDI, Antonio, *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*, p. 141; GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Coletivo. A Codificação das Ações Coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 200 ss (revendo o posicionamento adotado em Id. *Cosa Julgada e Litispêndência nas Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995). O certo é que ordenamentos híbridos, como o caso brasileiro, dependem das duas formas de aproximação, a dogmática-conceitual e a pragmática-realista, para se tornarem ao mesmo tempo universais (atingindo a todos) e efetivos (resolvendo os problemas concretos que se colocam nos litígios coletivos).

25 Para o detalhamento da coisa julgada *secundum eventum litis* no Brasil cf. DIDIER JR., ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 423-436.

Poderão existir ações coletivas que não gerem incidentes, por não ocorrer repetição de ações individuais, bem como, poderão existir incidentes fundados sobre questões que não gerem ações coletivas, a exemplo dos incidentes sobre questões processuais.<sup>26</sup> Mais do que isto, a visão correta deste fenômeno permite que se controle a admissibilidade de um incidente com prioridade para a ação coletiva e a admissibilidade de uma ação coletiva com prioridade para o incidente, impedindo que prossiga a técnica processual inadequada à tutela dos direitos.<sup>27</sup>

A partir desta descrição precisamos construir o processo justo, o *devido processo legal do processo coletivo brasileiro*, que permita a *compatibilização das duas espécies de processo coletivo opt-out e opt-in, ações coletivas e casos repetitivos* e que garanta a tutela adequada para as situações jurídicas discutidas em juízo<sup>28</sup>.

Como dissemos, um dos aspectos fundamentais será a escolha dos *casos-piloto*. Na hipótese de tramitação de uma ação coletiva, os *casos-piloto* deverão incluir a *afetação da ação coletiva* para julgamento conjunto à fixação da tese jurídica. Se esta ação ainda não tiver atingido o tribunal, será o caso de inadmitir o incidente ou o recurso repetitivo pela existência de risco para a “representatividade argumentativa” na formação da *tese*.

Entendemos que esta preocupação se justifica como forma de evitar, como já aconteceu em um caso julgado no Superior Tribunal de Justiça que discutia a tarifa básica de telefonia fixa, um problema que afetava incontáveis usuários de telefones no Brasil, existindo milhares de ações individuais e algumas ações coletivas ajuizadas, no qual o tribunal aceitou a afetação de um recurso especial de uma consumidora triplamente vulnerável, e que pela “porta dos fundos” transformou a ação individual, de uma litigante fraca e vulnerável, sem condições de pagar advogados para atuar juntamente aos tribunais superiores, em *ações coletivas* às avessas.<sup>29</sup>

Portanto, quando se tratar de novos direitos como direitos do consumidor e direitos ambientais e demais pretensões materiais que exijam uma tutela integral, a exemplo de direitos sociais, o julgamento dos casos repetitivos necessariamente dependerá da afetação de uma ação coletiva como *caso-piloto*.

Quanto a coisa julgada nos processos coletivos, o direito brasileiro, apesar de ter seguido o modelo americano das *class actions opt-out*, não vincula os membros do grupo em seus direitos individuais, os membros ausentes não são atingidos. Isto gera uma distinção de tratamento entre as ações coletivas e as ações individuais suspensas pela técnica de julgamento dos casos repetitivos.

26 O que foi corretamente percebido por TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*, p. 63, nota 116.

27 Como foi afirmado, o “uso de uma técnica ou de outra dependerá, de um lado, evidentemente, das definições estratégicas dos litigantes: legitimados coletivos, membros do grupo (litigantes eventuais) e os litigantes habituais. A busca (ou a precaução contra) de uma coisa julgada ou de um precedente obrigatório são as variáveis em torno das quais discussões sobre os custos (financeiros, políticos, sociais etc.) da litigância surgirão. Opções como a desistência do caso em andamento (arts. 976, § 1º, 998, par. ún. E 1.040, § 1º, CPC), intervenção como *amicus curiae* ou interessado (art. 983, CPC), suscitação do incidente, escolha do caso de onde o incidente deva partir ou propositura da ação coletiva são ferramentas à disposição dos litigantes na definição de suas estratégias processuais [...] a escolha da técnica a ser utilizada deverá observar o princípio da adequação. É também uma questão de estratégia processual do grupo”, DIDIER JR., ZANETI JR., *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit.

28 No mesmo sentido destaca Stefaan Voet: “The bottom line is to connect the different dots. To put it simply, the approach should be ‘and ... and’ and not ‘or ... or’. It is not choosing between white or brown bread, it is looking at how it is baked. The ultimate goal should be an integrated and holistic framework, or, as was mentioned above, a ‘multilayered framework of regulation, lawmaking and law application’ [...] “The focus should be on exploring and optimizing all options for mass harm situations. Even more important, is to connect these options so they can form an integrated (dispute resolution) framework. Only a broad and integrated *instrumentarium*, as a ‘dispute resolution continuum’, which can avoid empty enforcement gaps, can tackle mass harm situations effectively and efficiently” (VOET, Stefaan. *Where the wild things are’ reflections on state and future of European collective redress*, p. 56).

29 O precedente gerou entendimento sumulado no enunciado nº 356 do STJ: “é legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”. Vale conferir o voto dissidente: “1. Uma perplexidade político-processual inicial: a solução de conflitos coletivos pela via de ação individual e a mutilação reflexa do direito de acesso à justiça de milhões de consumidores [...] Os pontos complexos que este processo envolve – e são tantos, como veremos no decorrer deste Voto – não se submetem ao crivo de debates anteriores entre os Membros das Turmas, debates esses necessários para identificar e esclarecer as principais divergências e controvérsias de conflito desse porte, que, embora veiculado por ação individual (e formalmente refira-se com exclusividade a uma única consumidora), afeta, de maneira direta, mas de 30 milhões de assinantes (*rectius*, consumidores) [...] É bem verdade que o Regimento Interno [hoje o CPC/2015] prevê a ‘afetação’ de processos à Seção ‘em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas’ (art. 127). Contudo, escolheu-se exatamente uma *ação individual*, de uma contratante do Rio Grande do Sul, *triplamente vulnerável* na acepção do modelo constitucional *welfarista* de 1988 – consumidora, pobre e negra -, para se fixar o precedente uniformizador, mesmo sabendo-se da existência de várias ações civis públicas, sobre a mesma matéria, que tramitam pelo País afora. Ou seja, inverteu-se a lógica do processo civil coletivo: em vez da ação civil pública fazer coisa julgada *erga omnes*, é a ação individual que, por um expediente interno do Tribunal, de natureza pragmática, de fato transforma-se, em consequência da eficácia uniformizadora da decisão colegiada, em instrumento de solução de conflitos coletivos e massificados. Não se resiste aqui à tentação de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei 7347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual – ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (*in casu* o fornecedor de serviço de telefonia) – venha a cumprir o papel de ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para matar na origem milhares de demandas assemelhadas – individuais e coletivas. Aliás, em seus Memoriais, foi precisamente esse um dos argumentos (a avalanche de ações individuais) utilizado pela concessionária para justificar uma imediata intervenção da Seção. Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, triplamente vulnerável), destituída de recursos financeiros para se fazer presente fisicamente no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral.”

No caso de ações individuais os titulares dos direitos individuais serão atingidos *pro et contra*, formando-se a coisa julgada em cada processo que tramita individualmente, após a aplicação da tese jurídica geral fixada. Haverá coisa julgada material, tanto para beneficiar quanto para prejudicar o titular do direito individual, quando do julgamento do caso suspenso com a aplicação da tese firmada sobre a questão debatida no incidente ou no recurso repetitivo. O regime da coisa julgada individual se aplica normalmente após a aplicação da tese.

No caso das ações coletivas ocorre algo diferente, os titulares dos direitos individuais somente serão atingidos positivamente, ou seja, a extensão subjetiva da coisa julgada será *secundum eventum litis* apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais, em caso de procedência. É certo que sofrerão os efeitos do precedente, eventualmente formado no julgamento do caso repetitivo, mas não haverá coisa julgada desfavorável aos titulares dos direitos individuais. A coisa julgada nestes casos, no entanto, impedirá a repositura de ação coletiva sobre a mesma matéria decidida, independente do legitimado presente no polo ativo, mas não ações individuais.

#### 4. OS CASOS REPETITIVOS E OS PRECEDENTES

O Código determina que julgado o incidente ou recurso repetitivo a tese jurídica firmada será aplicada a todos processos individuais ou coletivos que estejam tramitando ou suspensos em razão de determinação judicial, bem como, que a tese firmada será aplicável aos casos que *venham a tramitar* e encaminhada para os órgãos governamentais responsáveis pela fiscalização da observância do direito quando o caso repetitivo tiver relação com a prestação de serviços concedidos, permitidos ou autorizados pelo Poder Público (art. 985 e § 2º, CPC). Há na decisão dos casos repetitivos um duplo discurso: o discurso do caso e o discurso dos precedentes.<sup>30</sup>

O Código prevê ainda a *revisão* da tese jurídica firmada no incidente de demandas repetitivas pelo mesmo tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública (art. 986, CPC). Além disto, o Código elenca os casos repetitivos entre as hipóteses de precedentes formalmente vinculantes, de modo que os juízes e tribunais estão obrigados a seguir as teses jurídicas firmadas nos casos repetitivos.

Sobre a disciplina dos precedentes no Brasil é possível identificar um núcleo dogmático para sua compreensão nos arts. 489, § 1º, V e VI, 926 e 927.

Os requisitos para que se possa falar em vinculação aos precedentes são formais e materiais, por esta razão, nem toda decisão de casos repetitivos será um precedente.

Ela pode ser apenas a aplicação de uma lei, situação em que não se forma precedente pois a lei em si já é, ela mesma, vinculante, não precisando de confirmação do Poder Judiciário para ter vinculação. A decisão dos casos repetitivos pode ser ainda a aplicação de um *leading case* anterior, que já é um precedente, sendo no máximo um reforço na cadeia deste precedente, do qual retira a sua vinculatividade. Mas o mais relevante é que a decisão dos casos repetitivos deverá preencher alguns requisitos quanto aos fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) e respeitar as exceções de aplicação dos precedentes consistentes na possibilidade de distinção e superação (*overruling* e *distinguishing*).

Precedentes são normas gerais e concretas, somente podem ser observados se for possível identificar a relação entre as circunstâncias fáticas e a solução jurídica do caso-precedente em relação às circunstâncias fáticas e a solução jurídica do caso-atual. Esta operação está garantida normativamente pelo texto dos dispositivos do nosso Código de Processo Civil, a aplicação da tese jurídica não pode ser mecânica e abstrata.

Isto é muito importante especialmente para os *casos-futuros*, visto que para estes é que se forma o precedente. Para os casos-futuros deverá ser preservado o contraditório prévio e a fundamentação adequada conforme o modelo de precedentes adotado pela legislação brasileira (art. 927, § 1º, CPC). Primeiro de tudo,

30 Sobre o duplo discurso da decisão judicial cf. MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: Daniel Mitidiero; Guilherme Rizzo Amaral (coords.). Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). *Processo civil. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85/99, esp. p. 91; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*, p. 281/282.

não há precedentes sem *stare decisis*, portanto, os próprios tribunais estão vinculados às teses jurídicas firmadas, devendo manter a estabilidade, a coerência e a integridade de seus precedentes (art. 926, CPC).

Todas essas preocupações estão ligadas ao processo justo, os impactos dos precedentes se darão ao longo de todo arco processual, do recebimento das demandas até a sua execução e satisfação dos direitos.

No CPC brasileiro precedentes permitem o julgamento liminar de improcedência (art. 332), a tutela da evidência (art. 311, II), a tutela de urgência, o julgamento monocrático (unipessoal) pelo relator nos tribunais (art. 932), a inadmissibilidade de recursos extraordinários (art. 1.030, I e II), as ações rescisórias (art. 988) e uma série de outras consequências importantes.

Precedentes são normas, fontes primárias do direito brasileiro, portanto, sua formação, aplicação e superação são atividades normativas que devem ser controladas pelo direito para o fim de redução da discricionariedade judicial e garantia da independência dos juízes e tribunais a partir da unidade do direito.

## CONCLUSÃO

O Brasil tem hoje uma grande oportunidade e um grande desafio, nosso direito processual positivado atua como *interface* entre o *civil law* e o *common law*, um modelo híbrido. Tínhamos quase 100 milhões de ações tramitando em 2014, individuais e coletivas, e precisamos garantir um sistema de justiça que contenha todas as virtudes para que tenhamos, ao mesmo tempo, tutela dos direitos, isonomia, agilidade e segurança. Nossa economia precisa disto quase tanto quanto o nosso povo, o consumidor da justiça.

Os casos repetitivos, as ações coletivas e os precedentes vinculantes contribuem para este objetivo, estão entre si relacionados.

O caso do desastre ambiental do Rio Doce mostra como as situações jurídicas e posições jurídicas podem estar cumuladas e combinadas em um único fato gerador, uma multiplicidade de pretensões individuais e coletivas, as regras de processo devem servir à tutela das pessoas e dos direitos, adequada, tempestiva e efetiva, que solucione o conflito.

Somente a tutela adequada poderá atender aos interesses da justiça do caso e ao mesmo tempo universalizar a decisão para os casos futuros, garantindo racionalidade, isonomia e segurança.

Os papéis das partes, do juiz e de todos que de qualquer forma atuam no processo devem ser pensados à luz da premissa de que o processo para atingir seu fim é espaço de debate qualificado.

Havendo ação coletiva admitida essa deverá ser prioritária em relação aos casos repetitivos e deve ser escolhida como caso-piloto ao chegar ao tribunal. Em qualquer hipótese a formação do precedente necessariamente deverá combinar os elementos formais e materiais que garantam a vinculatividade da decisão e sua aplicação para o futuro, garantindo mais racionalidade e unidade ao direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREWS, Neil. Complex civil litigation in England. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 153, p. 87, nov.2007.

\_\_\_\_\_. Controversie collettive, transazione e conciliazione in Inghilterra. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 169, p. 62-92, mar.2009.

\_\_\_\_\_. Multi-party litigation in England: current arrangements and proposals for change. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 167, p. 271-287, jan.2009.

BAKOWITZ, M. The German Experience with Group Actions – The Verbandsklage and the Capital Markets Model Case Act (KapMuG). In.: HAR-SÁGI, V.; VAN RHEE, C. H. *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Cambridge: Intersentia, 2014, p. 153/170.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações Jurídicas Homogêneas: Um Conceito Necessário para o Processamento de Demandas de Massa. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 186, p. 87-107, ago.2010.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (MusterVerfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 32, n. 147, p. 123-146, maio.2007.

\_\_\_\_\_. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 231, p. 201-223, mai.2014.

\_\_\_\_\_. Do incidente de resolução de demandas repetitivas. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Antonio Cabral e Ronaldo Cramer

(coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CADIET, Loïc. Introduction to French Civil Justice System and Civil Procedural Review. *Ritsumeikan Law Review*, nº 28, p. 349, 2011.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A centralização de processos como etapa necessária do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. 2017. p. 419. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

COLAÇO ANTUNES, Luis Filipe. *A Tutela dos Interesses Difusos em Direito Administrativo: para uma Legitimação Procedimental*. Coimbra: Almedina, 1989.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual. Processo Coletivo*. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 4.

Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, v. 256, p. 209-218, jun.2016.

\_\_\_\_\_; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Julgamentos de Casos Repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2016 (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, coord. Geral: Fredie Didier JR., vol. 10).

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 3.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Juspodivm, 2016.

DONZELI, Romolo. *La Tutela Giurisdizionale degli Interessi Collettivi*. Napoli: Jovene, 2008; Id. *L'Azione di Classe a Tutela dei Consumatori*. Napoli: Jovene, 2011.

GARNER, Bryan A. (ed.) *Black's Law Dictionary*. 9 ed. Thomson Reuters: s.l., 2013.

GIDI, Antonio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. *Rumo a um Código de Processo Coletivo. A Codificação das Ações Coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIUSSANI, Andrea. *Azioni Collettive Risarcitorie nel Processo Civile*. Bologna: Il Mulino, 2008.

GLEEN, H. Patrick. *Legal Traditions of the World*. 5ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

IRTI, Natalino. *L'Età della Decodificazione Vent'Anni Dopo*, In.: \_\_\_\_\_. *L'Età della Decodificazione*. 4ª ed. Milano: Giuffrè, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Decisão de Questão Idêntica v. Precedente*. São Paulo: RT, 2016.

\_\_\_\_\_. Comentários aos arts. 926 a 928. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

MILLER, Arthur R. Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: myth, reality, and the “class action problem”, *Harvard Law Review*, v. 92, issue 3, p. 664-694, jan.1979.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*. São Paulo: RT, 2016, p. 146.

\_\_\_\_\_. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: \_\_\_\_\_. Guilherme Rizzo Amaral (coords.). Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). *Processo civil*. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012.

SALGADO, José María. *Tutela Individual Homogénea*. Buenos Aires: Astrea, 2011.

SILVESTRE, Elisabetta. The difficult art of legal transplants: the case of class actions. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 187, p. 99 e ss, set/2010.

HARSÁGI, V.; VAN RHEE, C. H. *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Cambridge: Intersentia, 2014.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *A Legitimidade Popular na Tutela dos Interesses Difusos*. Lisboa: Lex, 2003.

TEMER, Sophia. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

VERBIC, Francisco. *Procesos Colectivos*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

VOET, Stefaan. ‘Where the wild things are’ reflections on state and future of European collective redress. Disponível em: [https://www.academia.edu/31281664/WHERE\\_THE\\_WILD\\_THINGS\\_ARE\\_REFLECTIONS\\_ON\\_THE\\_STATE\\_AND\\_FUTURE\\_OF\\_EUROPEAN\\_COLLECTIVE\\_REDRRESS](https://www.academia.edu/31281664/WHERE_THE_WILD_THINGS_ARE_REFLECTIONS_ON_THE_STATE_AND_FUTURE_OF_EUROPEAN_COLLECTIVE_REDRRESS). Acesso em: 09 de abril de 2017.

ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

# ACORDOS EM LITÍGIOS COLETIVOS: LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONSENSO EM DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS APÓS O ADVENTO DO CPC/2015 E DA LEI DE MEDIAÇÃO

**Humberto Dalla Bernardina de Pinho**

*Professor Titular de Direito Processual Civil na UERJ, ESTACIO e IBMEC.  
Martin-Flynn Global Law Professor na University of Connecticut School of Law  
Diretor Acadêmico da Fundação Escola do MP/RJ  
Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*

**Resumo:** O texto procura demonstrar como a legislação brasileira tem evoluído no caminho para permitir e viabilizar os acordos em questões coletivas. Afastando-se de uma noção de direito público absolutamente indisponível, o legislador brasileiro vem prestigiando a solução consensual de litígios mesmo nas searas pública e coletiva. Tal transição vem sendo instrumentalizada, principalmente, pelo compromisso de ajustamento de conduta e pela mediação pública. Contudo, nesse momento de transição, importante fixar certos limites a fim de não se perder de vista a segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Consenso. Tutela Coletiva. Limites. Litígios.

*Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. O compromisso de ajustamento de conduta como forma de acordo em litígios coletivos. 3. O cabimento da mediação envolvendo questões coletivas ou públicas. 4. A possibilidade dos acordos sobre o procedimento da ação coletiva. 5. Um olhar comparativo sobre o instituto do settlement nas class actions do direito norte-americano. 6. Considerações finais. 7. Referências Bibliográficas.*

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Esse estudo<sup>1</sup> se destina a examinar o instituto do compromisso de ajustamento de conduta, que vem passando por grandes transformações no direito brasileiro, sobretudo a partir do advento da Lei de Mediação e das novas práticas ligadas à colaboração premiada e aos acordos de leniência previstos, respectivamente, nas Leis n° 12.850/2013 e 12.846/2013.

Nesse sentido, o objetivo principal desse trabalho é examinar os limites objetivos do acordo nas situações que envolvem direitos transindividuais tutelados por meio de ações civis públicas.

O nascimento desse instituto, em particular, e da tutela coletiva, em geral, advém da constatação da inadequação do modelo processual clássico à obtenção da tutela dos direitos de terceira dimensão, pensados sob o prisma da solidariedade.

Nesse contexto, voltado à proteção dos interesses coletivos *lato sensu*, cuja titularidade não pertence exclusivamente aos legitimados à propositura da ação civil pública, surge o termo ou compromisso de ajustamento de conduta (TAC), como uma ferramenta conciliatória relevante, viabilizadora do acesso à justiça consensual, além de apta a colaborar para a desobstrução da máquina judiciária por se evitar a propositura da ação coletiva competente<sup>2</sup>.

Note-se que a instituição do TAC leva a diversas discussões sensíveis e atuais: i) anseio de efetivação da

1 Versão em português do *paper* apresentado em 25 de janeiro de 2018 no “Faculty Lounge” da University of Connecticut School of Law, durante minhas atividades como Martin-Flynn Global Law Professor. Agradeço ao Diretor Timothy Fisher e aos professores Angel Oquendo e Peter Lindseth pelo convite e pela hospitalidade durante o período das pesquisas e visitas acadêmicas.

2 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FARIAS, Bianca Oliveira de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. In: Temas de Improbidade Administrativa, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v.1, p. 99.



tutela coletiva consensual, mitigando-se certos dogmas, como o da indisponibilidade de interesses públicos e de interesses transindividuais; ii) aplicabilidade ou não de todas as saídas apresentadas pela autocomposição na resolução dessa espécie complexa de conflito, que são: transação, reconhecimento jurídico do pedido do autor, desistência da ação ou do pedido e renúncia à pretensão de direito material; e iii) instituição de medidas eficientes que se encontrem harmonizadas com a maior participação possível das partes e de todos os interessados, de modo a se assegurar o controle social das decisões – ou de decisões efetuadas por meio de medidas estruturantes<sup>3</sup> –, além da inafastável observância do princípio da publicidade e da moralidade administrativa.

## 2. O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO FORMA DE ACORDO EM LITÍGIOS COLETIVOS

Tem sido alvo de amplo debate na doutrina a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, desde sua inserção no § 6º no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, pelo Código de Defesa do Consumidor. Não é questão meramente teórica, sendo, ao contrário, importante para se mensurar a abrangência objetiva do TAC e, caso seja admitida a negociação em seu bojo, a possibilidade de se identificar os produtos obtidos desta prática.

De toda sorte, o TAC tem sempre caráter facultativo: ou seja, nem o órgão público pode ser obrigado a oferta-lo e nem o investigado pode ser forçado a aceita-lo nos termos propostos. Haverá, sempre, um fator discricionário a ser levado em conta<sup>4</sup>.

De maneira geral, podem ser apontados dois posicionamentos: o primeiro considera o TAC uma transação especial e o segundo o classifica como um ato jurídico atípico, *sui generis*<sup>5</sup>.

Interessante abordar a pesquisa elaborada por Geisa de Assis Rodrigues<sup>6</sup>, principalmente em relação à ampliação dos limites observados na negociação. A autora considera o TAC um negócio jurídico bilateral, em certa medida conciliatório, mas não se pode dizer que seja transacionável. Para ela, então, é impossível a solução negociada dos direitos transindividuais, embora se utilize o rótulo de “transação”.

Isso porque o espectro conciliatório se manifesta quanto aos aspectos adjacentes, ou seja, circunstâncias instrumentais ou periféricas da obrigação, sempre com a observância da proporcionalidade e da razoabilidade, para não se afetar o dever principal. Exemplifica com a possibilidade de os legitimados pactuarem acordos sobre o modo, o tempo ou o lugar do cumprimento da conduta para a reparação do dano coletivo causado.

Entretanto, deve-se notar para uma tendência recente de defesa de uma nova diretriz quanto à negociabilidade dos direitos coletivos. Os posicionamentos rígidos acabam descartados, pois pautados em argumentos genéricos que vêm impedindo a efetividade do TAC no plano prático.

Assim sendo, entendemos que não mais é viável manutenção do dogma onipotente sobre a indisponibilidade absoluta do direito material coletivo, afastando um mínimo de margem negocial necessário para a efetivação da avença. A superação dessa linha de pensamento, então, parece imprescindível para serem atendidos os anseios por um sistema coletivo adequado.

Nesse sentido, para Angel Oquendo<sup>7</sup> a indisponibilidade deve ser circunscrita apenas à renúncia do

3 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. XIII, jan-jun/2014, pp. 229/258. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/>. Acesso em: agosto 2014.

4 STJ. REsp 596.764-MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 17/5/2012. Informativo STJ nº 497.

5 NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta. Teoria e Análise de casos práticos*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 119.

6 RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*, 4a edição, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 132.

7 “(...) a settlement may seem to boil down to condoning, for a fee or quick fix, the impingement upon the group right in question. It may appear to run counter to the characterization of such entitlements as inalienable or non-disposable, particularly in Latin America. Upon deeper inspection, however, this inalienability or non-disposability must merely mean that one may not renounce the right at issue or consent to an infringement. The government or any other nominal claimant may only seek vindication, whether by litigating or settling for adequate satisfaction equivalent to the expected adjudicative relief discounted by the costs and risks of litigation. (...) a suitable settlement neither undercuts nor undermines societal entitlements. Instead, it vindicates them. In this scenario, representatives require less time and expense to move the violator to retribute or compensate upon an impingement. Consequently, they may yield some on the total value of the anticipated adjudicative recovery and still come out ahead”. OQUENDO, Angel. *State Settlements in Vindication of Societal Rights*. Original ainda não publicado e cedido pelo autor em Janeiro de 2018, p. 29.

direito, até mesmo porque questões acessórias ou novos fatos podem ser discutidos em casos futuros.

Portanto, a experiência demonstra que um grau maior de autonomia aos órgãos públicos para celebrar o TAC levaria uma maior eficácia, sob a condição de serem observados certos parâmetros de controle e limitação.

Como bem refere Carlos Alberto de Salles<sup>8</sup>, a disponibilidade do direito não está relacionada diretamente a direitos patrimoniais de caráter privado.

Segundo Bruno Takahashi<sup>9</sup>, a partir dessas premissas, é possível aferir que o interesse público, por si só, não é indisponível, devendo ser examinado à luz das peculiaridades do caso concreto. Nesse contexto, vem ganhando espaço a tese doutrinária que visualiza, em um juízo de ponderação, a partir do caso concreto, a possibilidade de as partes realizarem concessões recíprocas para chegar à transação.

Conforme sustenta Ana Luiza Nery<sup>10</sup> o compromisso é um negócio jurídico bilateral no qual se reconhece a finalidade de contrair, modificar ou extinguir direitos. A celebração objetivaria o alcance da melhor alternativa para reparar ou evitar a lesão a um bem de natureza metaindividual.

A partir dessa ideia então, mesmo um legitimado não podendo abrir mão de um direito essencialmente coletivo, não haveria óbice à renúncia de, por exemplo, uma obrigação acessória ou até mesmo principal, se não se referir ao núcleo do dever central.

É certo que a análise sobre a viabilidade da negociação em matéria coletiva, desde que não se renuncie ao direito material coletivo em sua substância, requer aguçada sensibilidade<sup>11</sup> do órgão público legitimado<sup>12</sup>.

Deve haver a verificação então, em concreto, do princípio da proporcionalidade em todos os seus níveis ou subníveis de aferição – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito – de modo a se escolher a via mais apta para a melhor efetivação possível do direito violado, com a reparação imediata da conduta ilícita<sup>13</sup>.

A determinação dos limites observados na negociação que versar sobre direitos transindividuais consiste em um outro desafio a ser enfrentado, sobretudo a partir das mudanças anunciadas, conforme se confere adiante.

Quanto às vedações ao conteúdo do TAC, são proscritas determinadas cláusulas<sup>14</sup>: i) impossibilidade de afastar o acesso dos lesados ao Judiciário, em razão da inevitabilidade da jurisdição, presente no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. Assim sendo, não se pode impedir que outro colegitimado firme novo compromisso com objeto mais amplo ou com outra obrigação não inclusa no primeiro ajuste, ou, até mesmo, ajuizar ação civil pública nas respectivas hipóteses de cabimento; e ii) vedação ao enfraquecimento do núcleo do direito material em jogo. Não se proíbe, todavia, transigência quanto à renúncia da obrigação periférica ou de parte inexpressiva da obrigação principal.

Outro ponto que também se deve atentar é o regime excepcional da lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992). O art. 17, § 1º da referida legislação, se interpretado isoladamente, veda a transação, o acordo ou a conciliação nas ações destinadas a se apurar a prática de ato de improbidade praticados por qualquer agente público.

Registre-se que, por outra perspectiva, a Lei de Mediação, no art. 36, § 4º, abre a possibilidade de, “nas

8 SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 294.

9 TAKAHASHI, Bruno. Desequilíbrio de poder e conciliação, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 61.

10 NERY, Ana Luiza de Andrade. Compromisso de Ajustamento de Conduta. Teoria e Análise de casos práticos. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 119.

11 STF. RE nº 253-885-0/MG, Rel. Min. Ellen Gracie. Publicado no DJ 21.06.02.

12 STJ. REsp nº 299.400/RJ, 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 02.08.2006.

13 Na jurisprudência norte-americana, procura-se construir parâmetros objetivos para a verificação da proporcionalidade. Veja-se, por exemplo, o julgado a seguir: “In determining the fairness, reasonableness, and adequacy of a settlement, the court considers the substantive terms of the settlement compared to the likely result of a trial, as well as the negotiating process itself, examined in light of the experience of counsel, the vigor with which the case was prosecuted, and any coercion or collusion that may have marred the negotiations themselves. A court determining whether a proposed settlement of a class action should be approved considers (1) the complexity, expense, and likely duration of the litigation, (2) the probability of the plaintiffs’ success on the merits, (3) the stage of the proceedings and the amount of discovery completed, (4) the range of possible recovery, (5) the existence of fraud or collusion behind the settlement, and (6) the experience and opinions of class counsel and class representatives, (7) the substance and amount of opposition to the settlement, (8) the strength of plaintiff’s case, (9) the risk of maintaining class action status throughout the trial, (10) the amount offered in settlement, and (11) the presence of a governmental participant”. Thomas Smith and Elizabeth Williams. Court approval of class action settlement, 6 Cyc. of Federal Proc. § 23:42 (3d ed.). Access pelo sitio Westlaw em 5 de janeiro de 2018.

14 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. FARIAS, Bianca Oliveira de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. In: Temas de Improbidade Administrativa, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 116.

*hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz (...)*”, o que parece jogar novas luzes sobre a discussão.

Em um primeiro momento, a lei de improbidade parece ostentar obstáculo absoluto para a realização do TAC, independentemente da natureza jurídica definida para o compromisso.

A possibilidade da colaboração premiada, prevista na Lei n. 12.850/2013, traz novos paradigmas para a discussão<sup>15</sup>. O dispositivo, de natureza claramente contratual,<sup>16</sup> favorece coautores, beneficiários ou cúmplices que espontaneamente revelem às autoridades competentes o nome dos mentores e dos principais autores do fato.

Ademais, após o advento da Lei nº 12.846/2013 – Lei Anticorrupção –, a permissão de se firmar acordos de leniência (arts. 16 e 17) parece apontar mais claramente à possibilidade de flexibilização da vedação constada do art. 17, §1º<sup>17</sup>.

Como se pode perceber, mesmo em tema tão sensível, os autores<sup>18</sup> tendem a flexibilizar o conceito de indisponibilidade material do direito, o que vem ao encontro das considerações expostas nesse texto<sup>19</sup>.

Essa tendência, aliás, foi expressamente acolhida pela Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que será examinada a seguir.

Nesse sentido, o caput do art. 1º dessa Resolução estabelece que o TAC é um *“instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração”*.

A questão mais relevante para o nosso estudo pode ser encontrada no § 2º: *“É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”*.

Não custa lembrar que o art. 12 da Lei nº 8.429/1992, prevê a seguintes sanções para os atos de improbidade, a serem aplicadas cumulativa ou alternadamente: a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; b) ressarcimento integral do dano; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; e) pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial; f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais pelo prazo de dez anos.

Ademais, o § 3º desse art. 1º preceitua que a celebração do compromisso não afasta, necessariamente, a eventual responsabilidade administrativa ou penal pelo mesmo fato.

Esse ponto tem especial relevância pois confere maior segurança jurídica ao ajuste. Dessa forma, o compromisso pode excluir ou incluir benefícios nas áreas criminal e administrativa. Contudo, nessa hipótese, algumas cautelas devem ser adotadas, sobretudo para manter a isonomia entre os benefícios concedidos a investigados diversos, bem como para preservar o princípio do promotor natural. Aliás, nessa linha já havia se posicionado o STJ<sup>20</sup>, mesmo antes da inovação normativa.

Por fim, o § 4º deixa ao critério discricionário do órgão do Ministério Público decidir quanto à necessidade, conveniência e oportunidade de audiências públicas com a participação dos interessados. Nesse ponto específico, parece-nos que a diligência deveria ser sempre necessária, e não apenas facultativa.

15 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, vol. 73, Ago/Set 2016, Magister: Porto Alegre, p. 32.

16 DIDIER JR, Fredie. BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil, [https://www.academia.edu/25608182/Colabora%C3%A7%C3%A3o\\_premiada\\_Lei\\_n\\_12.850\\_2013\\_natureza\\_jur%C3%ADdica\\_e\\_controle\\_da\\_validade\\_por\\_demanda\\_aut%C3%B4noma\\_um\\_di%C3%A1logo\\_com\\_o\\_Direito\\_Processual\\_Civil](https://www.academia.edu/25608182/Colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_Lei_n_12.850_2013_natureza_jur%C3%ADdica_e_controle_da_validade_por_demanda_aut%C3%B4noma_um_di%C3%A1logo_com_o_Direito_Processual_Civil), acesso em 10 de julho de 2016, p. 17.

17 A Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Texto disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm). Acesso em 15 de junho de 2016.

18 MARTEL, Leticia de Campos Velho. Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida. Tese de Doutorado. Uerj, 2010. Disponível em: [http://works.bepress.com/leticia\\_martel/](http://works.bepress.com/leticia_martel/), p. 18.

19 VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? In Revista de Processo, vol. 251, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. / 2016, pp. 391/426.

20 STJ. HC 187.043-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 22/3/2011. Informativo STJ nº 211.

É absolutamente fundamental auscultar a sociedade civil organizada e os lesados diretamente pelo ato ilícito. A não realização de pelo menos uma audiência pública pode resultar num isolamento do Ministério Público e, com isso, gerar um acordo que não atenda, da melhor forma, os interesses da sociedade, ou, pior, um acordo que revele solução rápida e consensual, mas que não gere a resolução efetiva e duradoura do problema.

### 3. O CABIMENTO DA MEDIAÇÃO ENVOLVENDO QUESTÕES COLETIVAS OU PÚBLICAS

Além da previsão do TAC na legislação específica e ainda no art. 174, III do CPC combinado com o art. 32, III da Lei de Mediação, é preciso atentar para a possível realização do acordo por outros legitimados privados, ou seja, sem a participação do Ministério Público, da Defensoria ou mesmo da Advocacia Pública.

Referimo-nos aqui aos legitimados para a propositura da ação civil pública, mas que não podem, ao menos numa interpretação literal, tomar o termo de ajustamento de conduta. É o caso, por exemplo, das associações de classe, confederações e sociedades civis sem fins lucrativos.

Não custa lembrar que o art. 3º, § 2º da Lei nº 13.140/2015 permite o consenso envolvendo direitos indisponíveis transacionáveis, desde que o acordo seja levado à homologação judicial, com prévia oitiva do MP.

Nesse sentido, poderíamos estender a aplicação desse dispositivo também para os direitos transindividuais e visualizar uma hipótese de acordo em ação civil pública promovida por associação de classe (durante a audiência de conciliação ou de mediação, por exemplo) caso o juiz entenda que o direito é transacionável (art. 334, § 4º, inciso II do CPC).

Na verdade, esse acordo poderia ser alcançado mesmo antes da ACP, em procedimento de mediação prévia e extrajudicial.

Caso a ação seja promovida pelas pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), temos que lembrar que o art. 32 da Lei de Mediação permite, expressamente, não apenas a mediação (inciso II) como a promoção do TAC (inciso III).

Ademais, o § 3º do art. 32 estabelece que havendo consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial, ou seja, prescinde de homologação, o que parece conflitar com os termos do art. 3º § 2º acima referido, sobretudo em sede de direitos indisponíveis transacionáveis. Contudo, mais adiante voltaremos ao tema.

Nesse sentido, como bem salienta Luciane Moessa de Souza<sup>21</sup>, existem três fundamentos constitucionais para a adoção de métodos consensuais na resolução de conflitos em que se vê envolvido o Poder Público, a saber: a) o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Const. Federal); b) o princípio da eficiência (art. 37, *caput*); e c) o princípio democrático (art. 1º).

Por tais razões, prossegue a autora, deve o Poder Público necessariamente disponibilizar métodos de resolução consensual de conflitos para as situações em que estiver litigando com particulares.

E essa tendência vem sendo seguida nas normas que regem as agências reguladoras, como por exemplo a agência nacional de energia elétrica – ANEEL (artigo 3º, V, da Lei 9.427, de 1996), agência nacional de telecomunicações – ANATEL (artigo 19, XVII, da Lei 9.472, de 1996) e agência nacional do petróleo – ANP (artigo 20 da Lei 9.478, de 1997).

### 4. A POSSIBILIDADE DOS ACORDOS SOBRE O PROCEDIMENTO DA AÇÃO COLETIVA

Com efeito, em sua gênese, o direito processual pertence ao ramo do direito público, ou seja, suas normas, como regra, são cogentes e não admitem modificação pelas partes<sup>22</sup>.

21 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de et alli (org.). O Marco Legal da Mediação no Brasil, Atlas: São Paulo, 2015, p. 211.

22 SANTOS, Marina França. *Intervenção de Terceiro Negociada: Possibilidade Aberta pelo Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, vol 241/2015, p. 96.

No CPC/73, a ideia de negócio jurídico processual era controvertida<sup>23</sup>. A doutrina<sup>24</sup> entendia cabível em algumas hipóteses excepcionais, sempre quando houvesse norma expressa autorizativa, e a jurisprudência<sup>25</sup> caminhava no mesmo sentido. Entretanto, o assunto já era debatido desde a década de 1980<sup>26</sup>.

Em seu caminho evolutivo<sup>27</sup>, o direito processual vem incorporando vários dispositivos que prestigiam o princípio da livre manifestação de vontade das partes. A doutrina<sup>28</sup>, a seu turno, também tem feito grande contribuição no sentido de concretizar e consolidar o instituto.

Leonardo Greco<sup>29</sup>, por exemplo, sistematiza as convenções em três grupos: (i) aquelas que afetam apenas a direitos processuais das partes, sem interferir nas prerrogativas do órgão julgador, demonstrando-se, portanto, aptas a produzirem efeitos imediatos; (ii) aquelas que afetam os poderes do juiz, o que é autorizado por lei na hipótese de conjugação de intenção das partes, razão pela qual também produzem efeitos desde a avença; e (iii) aquelas nas quais a conjugação da vontade das partes deve ser somada à concordância do juiz, que fará uma análise da *conveniência e oportunidade* para que o acordo passe a surtir efeitos, haja vista a inexistência de autorização legal para a limitação dos poderes apenas pela conjugação da vontade dos litigantes.

Ainda segundo o autor<sup>30</sup>, as convenções processuais devem obedecer aos seguintes requisitos: (a) a possibilidade de autocomposição a respeito do próprio direito material posto em juízo ou a impossibilidade de que a convenção prejudique o direito material indisponível ou a sua tutela; (b) a celebração por partes plenamente capazes; (c) o respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e (d) a preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo e da ordem pública processual.

Duas questões precisam ser esclarecidas: a) A primeira diz respeito à definição do alcance da expressão ordem pública processual. Como bem sinaliza Diogo Rezende<sup>31</sup>, a expressão se refere a *direitos públicos inafastáveis*: são eles: (a.1) a igualdade e a capacidade das partes; (a.2) o contraditório e a ampla defesa; (a.3) o devido processo legal; (a.4) o princípio do juiz natural; (a.5) a independência e a imparcialidade do julgador; (a.6) a fundamentação das decisões judiciais; (a.7) a busca da verdade; (a.8) a celeridade; (a.9) a coisa julgada material; e b) A segunda se refere à possibilidade da realização de convenções processuais mesmo quando está em jogo direito identificado como indisponível.

Nesse passo, importante reconhecer que com o advento do CPC/2015 (arts. 165 e 334, §4º) e da Lei de Mediação (art. 3º, §2º da Lei nº 13.140/2015) não há mais dúvida quanto à possibilidade de composição em direitos indisponíveis.

Temos sustentado<sup>32</sup> que, diante dos termos adotados pelo legislador, aliados à ideia da ressignificação da indisponibilidade a partir das premissas da contemporaneidade, a abrangência do direito indisponível que não admite autocomposição deve ser reduzida às hipóteses nas quais haja vedação expressa ao acordo, ou quando

23 MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova*. Revista de Processo, vol. 241/2015, p. 463-487, mar/2015.

24 CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios Jurídicos Processuais no Direito Brasileiro*. Disponível na internet. <https://www.academia.edu/10270224>. Acesso em 17 de abril de 2015, p. 14.

25 Com relação à alteração da ordem probatória e sua viabilidade por iniciativa do juiz, o STJ já se manifestou favoravelmente, em decisão de 1994. “Ementa: Prova. Inversão na ordem prevista no art. 452 do CPC. Ausência de prejuízo. Além de não ser peremptória a ordem estabelecida no art. 452 do CPC, há parte de evidenciar o prejuízo que lhe adviria com a inversão ocorrida. Aplicação ao caso, ademais, da Súmula n. 283-STF. Recurso Especial não conhecido.” STJ – REsp 35786 SP 1993/0016147-4. 4a Turma. Pub. em: 12.12.1994, DJ p. 34350, RSTJ, vol. 79, p. 238.

26 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenção das partes sobre matéria processual*. In: Temas de Direito Processual. 3 série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 87-88.

27 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. *Os “acordos processuais” no projeto do Novo CPC – aproximações preliminares*. **Revista Eletrônica – Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, v. 39, 2015**. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/index.jsp?ipg=194778>. Acesso em 20 abr 2015.

28 CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. Accordi di Parte e Processo*. Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, nº 11. Milano: Giuffrè, 2008, pp. 105/111.

29 GRECO, Leonardo. *O juiz pode ser sujeito de um negócio processual?* Palestra proferida no Seminário “Negócios Processuais no Novo CPC” promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP – AASP, em 06 de março de 2015.

30 GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil – Introdução ao Direito Processual Civil*. vol. 1, 5. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.61-62.

31 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. Ob. Cit., p.149.

32 Ver nossa exposição sobre Convenções Processuais, realizada no Auditório do Ministério Público de Minas Gerais, em agosto de 2015: [http://humbertodalla.podomatic.com/entry/2015-08-19T07\\_10\\_28-07\\_00](http://humbertodalla.podomatic.com/entry/2015-08-19T07_10_28-07_00), acesso em 15 de novembro de 2015.

a disposição violentar um direito fundamental do cidadão.

O Código de 2015, com isso, traz a técnica de flexibilização do processo, o que acaba por acarretar um dinamismo diferente às condutas dos sujeitos processuais, permitindo, dessa forma, que as partes tenham uma maior contribuição sobre a gestão do processo.

A ideia encontra certa resistência, sobretudo em virtude da cultura da *civil law* brasileira, apegada à forma preestabelecida do ato e do procedimento, enquanto sinônimo de previsibilidade e segurança, bem como de ordem apta a garantir um tratamento isonômico a todos os envolvidos na relação jurídico-processual.

Essa mentalidade acaba se enraizando no ideário coletivo e, via de consequência, tornando difícil a abertura à atuação dispositiva dos particulares. De toda forma, maleabilizar-se o procedimento revela-se tendência natural e consequência inata à evolução dos parâmetros constitucionais e, por conseguinte, processuais.

Como tal, afastá-la equivaleria a manter o ordenamento processual brasileiro estagnado no tempo pré-Constituição, na contramão de alternativas viáveis para procedimentos preestabelecidos que, face ao caso concreto, mostrem-se não efetivos e, por isso mesmo, incompatíveis com o verdadeiro e pleno acesso à justiça e à tão visada tutela jurisdicional.

Trata-se, enfim, de apenas um dos muitos exemplos de inovações trazidas pela Lei nº 13.105/2015. Por mais que algumas vezes, em doutrina<sup>33</sup>, apregoem que o Novo Código não representa grande ruptura em relação a seu predecessor, são inúmeras as normas que parecem apontar para o sentido oposto, sendo as convenções processuais apenas um desses temas.

Nesse sentido, e seguindo tendência que já se verifica em outros ordenamentos jurídicos, o art. 190 permite às partes adaptar o procedimento às peculiaridades da causa, constituindo cláusula geral de negociação processual.

O grande desafio é encontrar o ponto de equilíbrio. De fato, é muito mais fácil visualizar as hipóteses de cabimento das convenções no plano teórico do que na prática. O NCPC, para mal ou para bem, só o tempo dirá, optou pela técnica da cláusula geral ao dispor sobre o novo instituto, ao mesmo tempo propiciando potenciais conquistas em termos de uma prestação jurisdicional mais ajustada às particularidades do litígio, e exigindo um estudo cauteloso e ponderado dos limites a serem observados.

Não há um rol de hipóteses<sup>34</sup> nas quais a convenção é possível, mas sim uma autorização genérica subordinada a determinadas condições. O dispositivo prevê, para tanto, dois requisitos: um objetivo e outro subjetivo. Assim, o processo deve versar sobre direitos que admitam autocomposição<sup>35</sup> e as partes devem ser capazes.

Quanto à autocomposição, nada mais é do que uma das formas de resolução de conflitos, tal como correntemente classificada pela doutrina tradicional<sup>36</sup>, que permite às partes acordarem quanto à existência ou inexistência de um direito.

Há de se observar, assim, que direitos que admitam autocomposição são, em sua essência, disponíveis

33 <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI146096,71043-Antonio+Claudio+da+Costa+Machado+critica+proposta+de+reforma+do+CPC>

34 Não obstante a técnica legislativa, a doutrina tem manifestado grande preocupação com o tema. Nesse sentido, podem ser colhidos alguns enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, buscando identificar as hipóteses nas quais é possível ou não estabelecer convenções processuais: Enunciado nº 19 do FPPC: São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si. Enunciado nº 20 do FPPC: Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância. Enunciado nº 254 do FPPC: É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. Enunciado nº 255 do FPPC: É admissível a celebração de convenção processual coletiva.

35 GODINHO, Robson. *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese. PUC/SP, 2013.

36 Sobre a autocomposição, destacamos, em outra obra, seu caráter residual no direito moderno, consistindo em “(...) solução parcial (por ato dos sujeitos em conflito) na qual as partes chegam a um acordo quanto à existência ou inexistência de um direito, seja pela renúncia, pela transação (concessões recíprocas) ou mediante o reconhecimento da pretensão alheia, pondo fim ao conflito de interesses existente.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27.

ou reflexos patrimoniais de direitos indisponíveis<sup>37</sup>.

Podem, ainda, ser de cunho material ou processual, ressalvando-se a impossibilidade de atingimento de norma processual de interesse público relevante. Somente as regras que interessem precipuamente às partes se enquadram no dispositivo, e, mesmo assim, desde que atentem para as indisponibilidades previstas na Lei civil.

Além desse requisito objetivo, o art. 190 faz menção a um de natureza subjetiva, ao exigir que as partes sejam plenamente capazes. A lógica da Lei é intuitiva: apenas aqueles que possuem aptidão plena para a prática dos atos da vida civil podem decidir sobre os rumos da tutela de seus direitos no processo.

Tal capacidade, para convenções elaboradas de forma endoprocessual, é aferida em seu tríplice aspecto: capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória.

Já para aquelas realizadas na seara extrajudicial, em que pesem posições doutrinárias divergentes, Trícia Navarro sustenta a necessidade tão só da capacidade de ser parte, até o momento de ingresso no processo, uma vez que sua natureza seria de ato material<sup>38</sup>.

Preenchidos ambos os requisitos, podem ser realizados acordos processuais versando sobre: a) ônus; b) poderes; c) faculdades; e d) deveres.

O acordo pode ser prévio (realizado antes do processo, por exemplo, em uma cláusula contratual) ou incidental (quando já iniciada a relação processual).

O art. 357, § 2º, que trata da decisão de saneamento, prevê ainda que as partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito.

O art. 373, § 3º, dispõe que a distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

E, ainda, o art. 471 dispõe que as partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que sejam plenamente capazes e a causa possa ser resolvida por autocomposição.

São todas expressões concretas do princípio da cooperação, genericamente disposto no art. 6º do CPC/2015.

Retornando ao art. 190, seu parágrafo único determina que o magistrado, *ex officio* ou mediante provocação da parte interessada, deverá controlar a validade das convenções, sobretudo a fim de preservar os princípios constitucionais<sup>39</sup>, observando os limites impostos pela ordem pública processual.

Ao examinar a convenção, o juiz pode homologá-la, ou, excepcionalmente, recusá-la, somente nos seguintes casos: a) configuração de nulidade; b) inserção abusiva em contrato de adesão; c) quando uma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Para Fernanda Tartuce<sup>40</sup>, vulnerabilidade significa suscetibilidade. É possível falar-se, ainda, em vulnerabilidade processual<sup>41</sup>.

Necessário, aqui, estabelecer em qual sentido o termo dever ser interpretado. Temos para nós que a vulnerabilidade, aqui, é somente a processual, devendo ser aferida pelo magistrado diante das peculiaridades do caso concreto.

Em matéria de direitos transindividuais, em princípio, as convenções processuais podem ser utilizadas

37 MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Indisponibilidade dos Direitos Fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas*. Espaço Jurídico, v. 11, p. 334-373, julho/dezembro de 2010.

38 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Convenções em matéria processual*. Revista de Processo, vol. 241/2015, p. 489-516, mar/2015.

39 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 168.

40 “Vulnerabilidade indica suscetibilidade em sentido amplo, sendo a hipossuficiência uma de suas espécies (sob o viés econômico)”. TARTUCE, Fernanda. *Vulnerabilidade Processual no novo CPC*, artigo disponível no seguinte endereço: [https://www.academia.edu/25885818/Vulnerabilidade\\_processual\\_no\\_Novo\\_CPC](https://www.academia.edu/25885818/Vulnerabilidade_processual_no_Novo_CPC), acesso em 05 de junho de 2016.

41 “Vulnerabilidade processual é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária; a impossibilidade de atuar pode decorrer de fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório”. TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. São Paulo: Método, 2012, p. 184.

tanto na fase pré-judicial (no inquérito civil, por exemplo) como durante a ação civil pública.

Nesse sentido, os arts. 15 a 17 da Resolução n° 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público admitem, expressamente, o uso de tais instrumentos como ferramentas de proteção aos direitos coletivos pelo Ministério Público.

O art. 16 dispõe que “poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais” e o art. 17 permite, que as convenções sejam “documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta”.

No que se refere ao eventual cabimento das convenções em relações consumeristas, contudo, temos algumas dificuldades.

Em primeiro lugar, o art. 1° do CDC estabelece que as normas ali elencadas são de ordem pública. Em seguida, o art. 4° reconhece expressamente a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Ademais, o art. 6°, que trata dos direitos básicos do consumidor assegura: a) a proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (inciso IV); b) a vedação à modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou excessivamente onerosas (inciso V); e c) a facilitação defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor (inciso VIII).

Finalmente o art. 51, VI estabelece serem nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

Não se está dizendo, com isso, que haverá uma proibição absoluta. Contudo, forçoso reconhecer que, diante de todas as restrições apontadas acima, será bastante improvável que o Judiciário admita convenções processuais prévias ou incidentais em processos envolvendo relações de consumo.

## 5. UM OLHAR COMPARATIVO SOBRE O INSTITUTO DO SETTLEMENTE NAS CLASS ACTIONS DO DIREITO NORTE-AMERICANO

Dentro do novo contexto processual civil pátrio, a partir do lineamento do CPC de 2015 e da Lei de Mediação, forçando a necessidade de reanálise sobre o alcance da negociação do compromisso de ajuste de conduta, tradicionalmente limitada a aspectos anexos da obrigação, o estudo da figura da *class action settlement*, prevista na legislação norte-americana, mostra-se interessante, em razão da extensa margem de negociação que possui<sup>42</sup>.

De início, deve-se notar que o método prevalente nas resoluções de controvérsias é um dos pontos de distinção mais significativo entre as culturas jurídicas romano-germânica e anglo-saxã. No *civil law*, ao menos na tradição original, tem-se uma concepção precipuamente litigiosa do processo, enquanto, no cenário de *common law*, sobretudo nos EUA, as demandas raramente são submetidas ao *trial*, sendo resolvidas em acordos entre as partes<sup>43</sup>.

Importante observar que Brian Fitzpatrick<sup>44</sup> nos dá uma ideia bastante clara do enorme crescimento dos acordos em ações coletivas aprovados por Cortes norte-americanas, sobretudo se comparado às conclusões apresentadas anos antes pelo estudo feito por Theodore Eisenbert e Geoffrey Miller<sup>45</sup>.

Com efeito, o contexto estadunidense é condizente com a valorização que o país confere à ideologia

42 Em texto escrito em 1971, Richard Dole previa um future promissor para os acordos em questões coletivas: “The challenge of providing appropriate procedures for the resolution of representative actions is substantial and continuing. Further experience with enlightened settlement techniques should do much to meet that challenge”. DOLE Jr., Richard F. The Settlement of Class Actions for Damages. 71 Colum. L. Rev. 971.

43 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta, in Revista de Processo, vol. 256, ano 41, jun/2016, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 382.

44 “I found 688 settlements approved by federal district courts during 2006 and 2007 using the methodology described above. This is almost the exact same number the Eisenberg-Miller study found over a sixteen-year period in both federal and state court. Indeed, the number of annual settlements identified in this study is several times the number of annual settlements that have been identified in any prior empirical study of class action settlements. Of the 688 settlements I found, 304 of these settlements were approved in 2006 and 384 were approved in 2007”. Fitzpatrick, Brian T. An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards. 7 Journal of Empirical Legal Studies (forthcoming 2010). Acesso em: <http://ssrn.com/abstract=1442108>, em 15 de novembro de 2017, p. 9.

45 EISENBERT, Theodore. MILLER, Geoffrey P. Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study. Journal of Empirical Legal Studies Volume 1, Issue 1, 27-78, March 2004. Electronic copy available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/356/>, acesso em 3 de dezembro de 2017.



liberal, em especial ao princípio da autonomia da vontade. Nesse ideário, o juiz não exerce qualquer atividade nos acordos individuais, sendo inexistente naquela ordem jurídica o conceito de “direitos indisponíveis”, tal como conhecemos.

A *Rule 41(a) (1)* prevê que a partir do momento em que as partes estiverem de pleno acordo, o processo prescindirá de homologação judicial para ser extinto<sup>46</sup>. Excepcionalmente, o legislador exige a aprovação judicial para o acordo. Assim, no contexto das ações coletivas<sup>47</sup>, para que um acordo coletivo seja eficaz e vincule os indivíduos que não tiveram o seu “*day in court*”, o Poder Judiciário deve reputá-lo adequado à defesa de todos os interesses dos membros da classe.

E aqui é preciso enfatizar a grande controvérsia na doutrina norte-americana acerca da real efetividade desses acordos em matéria coletiva. Desde autores que sustentam o banimento do instituto<sup>48</sup>, ou mesmo que deveria receber regras mais rígidas.

Contudo, apesar das sucessivas reformas implementadas, a fim de aprimorar a redação tanto da Regra 23 das FRCP, como do US Code, os tribunais ainda tem que enfrentar questões tormentosas, envolvendo, por exemplo: i) conflitos intra-classe<sup>49</sup>, ii) desproporcionalidade do valor dos honorários advocatícios, se comparados ao valor a ser recebido por cada membro da classe<sup>50</sup>, iii) falta de parâmetros legais que possam orientar a extensão do acordo<sup>51</sup> e o grau de discricionariedade do juízo para aprovar ou não o acordo<sup>52</sup>, e iv) a ausência de efetividade do acordo para os membros efetivamente lesados pela conduta praticada pelo réu<sup>53</sup>.

46 “Rule 41. Dismissal of Actions: (a) Voluntary Dismissal. (1) By the Plaintiff. (A) Without a Court Order. Subject to Rules 23(e), 23.1(c), 23.2, and 66 and any applicable federal statute, the plaintiff may dismiss an action without a court order by filing: (i) a notice of dismissal before the opposing party serves either an answer or a motion for summary judgment; or (ii) a stipulation of dismissal signed by all parties who have appeared”.

47 FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, May 1984, p. 1443.

48 “It is time to abandon the settlement class action. Notwithstanding the device’s attractiveness to defendants, to plaintiffs’ counsel, and to judges as a means of achieving comprehensive resolutions, it does not withstand scrutiny as a legitimate exercise of judicial authority. There is no sound basis on which a settlement class action, in the absence of litigation class certification, should bind class members. We need to be clear on what a settlement class action is, or more precisely, what it is not. It is not a contract, at least not in the sense of an agreement to which the class members are parties. It is not an adjudication on the merits. Rather, it is an act of judicial power premised on a negotiated resolution. But the underlying negotiation has the odd characteristic that the negotiator for the claimants is a prospective agent who has neither been authorized to act on behalf of the claimants nor been granted the power to take their claims to trial. This feature creates an asymmetrical dynamic that negates any argument that the act of judicial power is justified by a presumption of fair valuation of claims. The problem is not one of collusion or bad faith, but rather a structural problem built into the very definition of a settlement class action”. ERICHSON, Howard M. *The Problem of Settlement Class Action*. 82 *Geo. Wash. L. Rev.* 951. Acesso por meio do sítio Westlaw, em 9 de janeiro de 2018.

49 And there is also the stormy question of conflicts within the class and the consequent need to make the agreement fair and adequate for all. “But late twentieth century sensibilities regarding the nature of class conflicts that might threaten adequate representation, regarding the role of conflicts management in assuring adequate representation, and regarding sub-classing as the vehicle for achieving it, all now seem quaint and out of touch with current institutional arrangements. It’s high time to recognize the collapse of the class conflicts management regime announced in *Amchem* and *Ortiz* and to acknowledge the contours of the new regime emerging in its stead”. RATNER, Morris A. *Class Conflicts*, 92 *Wash. L. Rev.* 785. Acesso por meio do sítio Westlaw, em 11 de janeiro de 2018.

50 The proposed settlement presented in *In re Electronic* failed in two regards. The court caught the first with its Reed-factor analysis, finding the actual terms of the settlement to be “not in the best interests of the proposed class members.” And while the court recognized the second — the discrepancy between the class’s recovery and the attorneys’ fees — a more thorough opinion would have employed a Johnson-factor analysis to better illuminate the court’s misgivings and avoid the possibility of reversal. Though it can be argued that an otherwise acceptable settlement should be approved despite misgivings about fees, a settlement unacceptable in both terms and the amount of attorneys’ fees should never be accepted. In the end, “Chevrolet-type results do not warrant Cadillac-size legal fees.” ALMON, Matthew. *Cadillac-Size Legal Fees* and “Chevrolet-Type Results”: Settlement Scrutiny in *Re Electronic Data Systems Corp. “Erisa” Litigation*, 80 *Tul. L. Rev.* 2007. Acesso por meio do sítio Westlaw em 12 de janeiro de 2018.

51 “Specifically, we propose that for questions going to the adequacy of a settlement, where no warning signals of fraud or collusion are found, the court should act relatively deferentially by employing a lenient standard of scrutiny and approving a settlement if it has a rational basis. An intermediate level of scrutiny should apply when the settlement presents facial issues that implicate the fairness of the settlement. Such facial issues include the allocation of settlement proceeds among subgroups in a class, the presence of coupon-type relief, “shotgun” settlements occurring very early in the litigation, and settlements in overlapping class actions. In settlements with one or more of these characteristics, if the initial inquiry raises concerns, the court should demand a well-reasoned explanation for the choices made. Finally, where the components of a settlement present a direct conflict between the interests of class counsel and those of the class issues, such as issues related to attorneys’ fees, courts should employ exacting scrutiny and require convincing evidence that the proposal is reasonable”. JONATHAN R. MACEY, Geoffrey P. Miller. *Judicial Review of Class Action Settlements*, 1 *J. Legal Analysis* 167. Acesso por meio do sítio Westlaw em 15 de janeiro de 2018.

52 “The confusion and inconsistency in standards for review of class action settlements is due to a failure to recognize that different levels of scrutiny are suited to different questions. Courts should apply lenient scrutiny on questions going to the settlement’s adequacy, requiring only plausible justifications for decisions made in the absence of indicia of fraud, collusion, or conflict of interest. Courts should apply intermediate scrutiny to concerns about fairness — allocation issues, coupon relief, shotgun settlements, and potential “reverse auction” settlements in overlapping cases — and should insist on well-reasoned explanations for why these concerns are unfounded. Exacting scrutiny is required for counsel fees. Overall, Rule 23(e)’s requirement that a settlement be “reasonable” should be administered flexibly depending on the issue involved”. MACEY, Jonathan R. MILLER, Geoffrey P. *Judicial Review of Class Action Settlements*, 1 *J. Legal Analysis* 167. Acesso por meio do sítio Westlaw em 16 de janeiro de 2018.

53 “The class action settlement is a business deal, a contract, between skilled negotiators (...). Yet it too is a contract that cannot stand on its own feet. The class action settlement lacks stability not because the masses have so much at stake that they are well informed and impassioned, but rather because the masses have so little at stake that they are ignorant and indifferent. The problem is not that their agents have sold them out, but that they do not even know they have agents. In the face of this apathy, the task once again falls to a court to legitimate the deal — and what better way to do so than to hold a hearing and name it “fairness.” (...) If the fairness hearing is to be anything more than dissimulation, the legal system must arm judges with tools that will enable them to do the job for real”. RUBENSTEIN, William B. *Emerging Issues in Class Action Law*. 53 *UCLA L. Rev.*

Por isso, o ordenamento, por um lado, traz expressa previsão de possibilidade de ajustes entre as partes nas três hipóteses<sup>54</sup> de ações coletivas contempladas pela Regra 23, ao mesmo tempo que impõe requisitos especiais para o seu aperfeiçoamento<sup>55</sup>. Não custa lembrar que no caso dos chamados «coupon settlements» existe, ainda, uma regra especial no US Code<sup>56</sup>.

De início, há uma previsão de natureza genérica, qual seja, a prévia aprovação de seus termos pelo tribunal<sup>57</sup>.

Além dela, a Regra 23 (e) estabelece outras em seus itens (1) a (5), sendo que a prevista no item (4) refere-se exclusivamente às ações de classe certificadas sob a Regra (b) 3 e dispõe que o tribunal poderá recusar a aprovação de um acordo, a menos que se assegure aos membros do grupo uma nova oportunidade de exercer o seu direito de auto-exclusão da ação<sup>58</sup>, o que não se verifica no direito brasileiro, e se constitui objeto de forte crítica doutrinária<sup>59</sup>.

Há, destarte, uma maior cautela com a necessidade de notificação dos membros da classe em uma ação pautada na Regra 23 (b) 3, coerente com o aspecto individual dos interesses em disputa<sup>60</sup>.

Assim, o juiz tem a função de garantir os direitos dos membros ausentes e os direitos do grupo, que poderiam ser violados caso essa previsão não existisse<sup>61</sup>. Dentro desse quadro, a pretensão, na origem, será individual, até que o representante da classe requeira a chamada *motion for certification*, requerimento por meio do qual postula o reconhecimento, no caso, das condições prescritas ao processamento de uma lide na forma coletiva<sup>62</sup>.

Existe, ainda, a possibilidade de a negociação ter se dado extrajudicialmente<sup>63</sup>. Na espécie, ambas as partes ingressam com um pedido de certificação “*as a class action for settlement purposes only*”, de modo que o juiz se pronuncie sobre a representatividade adequada da parte que substituiu a classe<sup>64</sup>.

1435. Acesso por meio do sítio Westlaw em 18 de janeiro de 2018.

54 Class actions which are certified on basis that prosecution of separate actions would create risk of inconsistent or varying adjudications, or impairment of ability of nonparties to protect their interests, do not provide for absent class members to receive notice and to exclude themselves from class membership as a matter of right, and for this reason are often referred to as “mandatory class actions.” Fed. Rules Civ. Proc. Rule 23(b)(1), 28 U.S.C. A. Ortiz v. Fibreboard Corp., 527 U.S. 815 (1999).

55 Trata-se da regra prevista na alínea (e) da Regra 23 das Federal Rules of Civil Procedure: (e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court’s approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal. (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate. (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so. (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court’s approval.

56 28 USC. § 1712. Coupon settlements. (...) (e) Judicial scrutiny of coupon settlements. In a proposed settlement under which class members would be awarded coupons, the court may approve the proposed settlement only after a hearing to determine whether, and making a written finding that, the settlement is fair, reasonable, and adequate for class members. The court, in its discretion, may also require that a proposed settlement agreement provide for the distribution of a portion of the value of unclaimed coupons to 1 or more charitable or governmental organizations, as agreed to by the parties. The distribution and redemption of any proceeds under this subsection shall not be used to calculate attorneys’ fees under this section. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1712>, access em 17 de janeiro de 2018.

57 In deciding whether to grant preliminary approval of proposed class action settlement, court determines whether proposed settlement discloses grounds to doubt its fairness or other obvious deficiencies such as unduly preferential treatment of class representatives or segments of class, or excessive compensation of attorneys, and whether it appears to fall within range of possible approval. Fed. Rules Civ. Proc. Rule 23(e), 28 U.S.C. A. In re National Football League Players’ Concussion Injury Litigation, 301 F.R.D. 191 (2014).

58 “Reasonable settlement notice may require individual notice in the manner required by Rule 23(e)(2)(B) for certification notice to a Rule 23(b)(3) class. Individual notice is appropriate, for example, if class members are required to take action — such as filing claims — to participate in the judgment, or if the court orders a settlement opt-out opportunity under Rule 23(e)(3).” Committee Notes on Rules. 2003 Amendment, Disponível em: <[http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_23](http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23)>. Acesso em 18 de junho de 2013.

59 GIDI, Antonio. A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 326.

60 In order to justify a departure from usual rule that litigation is conducted by and on behalf of individual named parties only, class representative must be part of class and possess same interest and suffer same injury as class members. Fed. Rules Civ. Proc. Rule 23, 28 U.S.C.A. Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes, 564 U.S. 338 (2011).

61 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. The Undertaking of Adjustment Of Conduct In Brazilian Collective Procedural Law. Connecticut Journal of International Law. Vol. 27: 346, Spring 2012, p. 185.

62 FISS, O.M. The Class Action Rule, 78 Notre Dame Law Review, 1419 (2003).

63 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta, in Revista de Processo, vol. 256, ano 41, jun/2016, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 389.

64 Asbestos products manufacturers who were members of Center for Claims Resolution (CCR), and whose stipulation of proposed global settlement of claims by persons exposed to asbestos had been court-approved, moved to enjoin actions against them by individuals who failed to timely opt out of class. The United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, Lowell A. Reed, Jr., J., 878 F. Supp. 716, granted injunction under All-Writs Act and Anti-Injunction Act. Parties objecting to class certification appealed, and the Court of Appeals for the Third Circuit, 83 F.3d 610, vacated and remanded with directions to decertify class. Certiorari was granted, and the Supreme Court, Justice Ginsburg, held that: (1) district court faced with request for settlement-only class certification need not inquire whether case would present intractable problems of trial management, but other requirements for certification must still be satisfied, abrogating In re Asbestos Litigation, 90 F.3d 963, White v. National Football League, 41

Nesse caso utiliza-se a expressão *settlement class action*<sup>65</sup>, diferenciando-se da *class action settlement* por já existir um acordo prévio à propositura da demanda, que se volta a conferir eficácia *erga omnes* à composição já atingida, não tratando, então, de acordo obtido após a certificação da demanda coletiva.

A submissão aos acordos, às vezes mesmo desvantajosos ou injustos, é interessante ao réu para evitar os danos marginais causados por uma demanda de grandes repercussões.

A função da *certification* – ou certificação – , portanto, é a de ser um divisor de águas entre a ação individual e aquela de vultuosas dimensões com todas as suas particularidades<sup>66</sup>, cuja verificação fortalece o poder de barganha da classe em relação ao réu.

Passada a certificação, além do fortalecimento da posição jurídica do demandante, o demandado vê no acordo uma alternativa para a vinculação definitiva em relação a todos os membros da classe.

Outro aspecto que contribui para o número elevado de acordos é o interesse do advogado do grupo em ver seu investimento desde já recuperado, evitando os riscos de prejuízos decorrentes de uma futura e eventual improcedência. No contexto norte-americano, o patrono é quem geralmente arca com os custos necessários ao processamento da demanda coletiva, no intento de auferir os lucros de um investimento que, em tese, compensem os riscos assumidos.

No momento de validar o acordo coletivo apresentado, a partir da *Rule 23*, subdivisão (e), o juiz deve aferir se a avença é justa, adequada e razoável<sup>67</sup>. Mesmo sendo conceitos jurídicos indeterminados, o *Manual for Complex Litigation*, semelhante a uma compilação de orientações jurisprudenciais às Cortes Federais, traz balizas metodológicas para a correta aplicação desses critérios após a reforma de 2004<sup>68</sup>.

A análise da justiça do ajuste baseia-se no tratamento adequado dado pela negociação em relação aos membros ausentes da classe. Verifica-se, por exemplo, se há uma posição injustificada de vantagens entre os integrantes do grupo que estavam ou não presentes na classe no momento da negociação<sup>69</sup>.

A adequação e a razoabilidade, por sua vez, são aferidas por uma ponderação entre as vantagens apresentadas pelo acordo e a probabilidade de êxito em uma demanda coletiva, cujo exame deve ser realizado casuisticamente<sup>70</sup>.

Trazendo, então, essas ideias à nossa realidade, o advento do art. 174, inciso III, do Código de 2015 e dos arts. 3º §2º e 32, inciso III, da Lei nº 13.140/2015, conforme vimos acima, trouxe à tona a possibilidade de se negociar sobre o próprio fundo do direito coletivo. Houve, então, uma inspiração no Direito norte-americano em aspecto até então negligenciado pelo Direito brasileiro<sup>71</sup>?

O ponto mais controvertido parece ser o fato de que, apesar de o art. 32, inciso III, ter colhido inspirações no *settlement*, não colocou a homologação judicial como pressuposto para a produção dos efeitos da estipulação coletiva, já que, de um lado, o TAC possui, legalmente, eficácia de título executivo extrajudicial, e, de outro, as instituições privadas podem propor mediação ao causador do dano coletivo e o termo de

F.3d 402, In re A.H. Robins Co., 880 F.2d 709, and Malchman v. Davis, 761 F.2d 893, and (2) requirements for class certification of commonality of issues of fact and law and adequacy of representation were not met. Amchem Products, Inc. v. Windsor, 521 U.S. 591 (1997). Acesso por meio do sítio westlaw, em 20 de janeiro de 2018.

65 ROQUE, Andre Vasconcelos. Class actions – ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? Salvador: Juspodivm, 2013, p. 379.

66 FISS, O.M. The political theory of the class action. Washington and Lee Law Review vol. 53 (1996), pp. 21/31.

67 In evaluating the fairness of a proposed class action settlement, court considers: (1) the strength of plaintiffs' case compared to the amount of defendants' settlement offer; (2) an assessment of the likely complexity, length, and expense of the litigation; (3) an evaluation of the amount of opposition to settlement among affected parties; (4) the opinion of competent counsel; and (5) the stage of the proceedings and the amount of discovery completed at the time of settlement. Fed. R. Civ. P. 23(e)(3). In re Capital One Telephone Consumer Protection Act Litigation, 80 F.Supp.3d 781 (2015).

68 Disponível em: <https://public.resource.org/scribd/8763868.pdf>, p. 351. Acesso em 10 out 2015.

69 On the other hand, some appellate courts have rejected settlements when the record reflects a lack of careful consideration by the district court. For instance, in Reynolds v. Beneficial National Bank, 288 F.3d 277 (7th Cir. 2002), the Seventh Circuit, in an opinion by Judge Posner, overturned a class settlement on the ground that the trial court should have made a greater effort (he made none) to quantify the net expected value of continued litigation to the class, since a settlement for less than that value would not be adequate. Determining that value would require estimating the range of possible outcomes and ascribing a probability to each point on the range [discounted to present value]. KLONOFF, Robert. Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell. West Academic, 2017. Kindle's edition.

70 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta, in Revista de Processo, vol. 256, ano 41, jun/2016, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 393.

71 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O Marco Legal da Mediação no Brasil: Comentários à Lei n 13.140/15.1 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

acordo é desde logo eficaz.

O controle do Poder Judiciário, nos EUA, aparece como ponto fundamental para assegurar que o acordo seja vantajoso para aqueles que não participaram da sua formação diretamente, já que a coisa julgada, nos termos ajustados, será produzida *erga omnes*.

Sendo uma decisão em princípio imutável<sup>72</sup>, antes da chancela judicial do acordo, todos os interessados (membros ausentes) deverão ser intimados por vias apropriadas ao caso, conforme a previsão na *Rule 23* (e). Além disso, a homologação realizada sempre em audiência pública (*fairness hearing*), precedida de discussões, apresentação de objeções e sustentações sobre a justiça, adequação e efetividade do acordo.

O sistema sofisticado de controle casuístico da adequação do representante do grupo escolhido em juízo (*ideological plaintiff*) garante sua ampla legitimidade para negociar sobre os direitos de uma classe<sup>73</sup>. Assim, o juiz deve atestar, no caso concreto, as condições do autor da ação coletiva para representar os interesses do grupo na qualidade de *named plaintiff*.

No Brasil, para a propositura da demanda coletiva ou para o oferecimento do compromisso de ajustamento de conduta – judicial e extrajudicial –, tem-se que a legitimação extraordinária é concorrente e disjuntiva, em respeito à inafastabilidade do controle jurisdicional, constitucionalmente assegurada (art. 5º, inciso XXXV, CF).

É concorrente pela pluralidade de legitimados para a autoria da ação ou para o oferecimento do acordo, além de ser disjuntiva pela desnecessidade de um colegitimado ter o consentimento dos demais para agir. Ainda que tal situação seja, potencialmente, um fator de comprometimento do grau de definitividade do compromisso, essa configuração é importante para abarcar todas as possibilidades de defesa dos direitos da coletividade, considerando que as situações jurídicas sobre os direitos metaindividuais podem estabelecer entre si uma relação marcadamente conflituosa<sup>74</sup>.

Algumas medidas podem ser adotadas também para se fortalecer a estabilidade da pactuação. Deve-se, por exemplo, buscar a notificação prévia do maior número de interessados possível para que possam comparecer em audiência pública antes do encerramento do procedimento do TAC. É possível, ainda, buscar-se a participação dos demais colegitimados e de órgãos e entidades para atuarem como *amicus curiae*.

A oitiva dos demais legitimados mostra-se importante para que não haja o ajuizamento posterior de eventuais demandas sobre a mesma matéria, ante a insatisfação como compromisso firmado, gerando as intermináveis discussões acerca de litispendência e coisa julgada que se vê atualmente.

Eventuais atrasos para a conclusão do termo são compensados pela prevenção de problemas posteriores, ainda mais se considerando que se trata de uma instância de consenso, em que se deve conceder a oportunidade para todos se manifestarem e contribuírem com o debate.

As considerações registradas levam-nos à seguinte indagação: na medida em que agora se admite, expressamente, a transação sobre o fundo do direito transindividual, deveria a homologação judicial ser considerada requisito de eficácia do acordo?

No ponto, são sempre oportunos os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira acerca dos riscos de se importar acriticamente técnicas estrangeiras, sem que se leve em consideração os aspectos estruturais de cada ordenamento<sup>75</sup>.

Parece-nos que, afora as distinções entre os dois sistemas em relação à legitimação, a coisa julgada, e o sofisticado e vigilante sistema de representatividade adequada, a compreensão de que homologação judicial seria necessária para se atribuir eficácia ao compromisso de ajustamento de conduta, quando versar sobre direitos indisponíveis-transacionáveis, certamente retiraria a autonomia dos legitimados políticos ao seu oferecimento,

72 GIDI, Antonio. Class action in Brazil – a model for civil law countries. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 2, 2003, p. 26.

73 FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, May 1984, p.1.444.

74 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª Ed. São Paulo: RT, 2004, p. 94.

75 BARBOSA MOREIRA. *O processo norte-americano e a sua influência*, Parte Geral, Especial e a influência do processo penal norte-americano. In: *Temas de Direito Processual*, 8ª série. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 223.

além de ir de encontro à tendência universal da desjudicialização de conflitos<sup>76</sup>.

Contudo, aqui, temos que fazer uma distinção entre as instituições públicas e privadas. Quando uma instituição pública propõe o TAC ou a mediação, no âmbito extrajudicial, e o acordo é alcançado, a homologação judicial não é uma *conditio sine qua non*, ou seja, o acordo pode produzir seus efeitos desde logo, na medida em que o art. 32, § 3º é regra específica se comparado ao art. 3º, § 2º, ambos da Lei nº 13.140/2015.

Contudo, se o acordo é fruto de conciliação ou mediação em procedimento extrajudicial instaurado por instituição privada (associação de classe, por exemplo), a eficácia do acordo será sempre subordinada à homologação judicial, aplicando-se, neste caso, a regra geral do referido art. 3º § 2º.

Não custa lembrar, por fim, que se o acordo se der no curso de ação coletiva a homologação judicial será sempre necessária art. 334, § 11, 515, II, e 487, III, “b”, todos do CPC), ainda que venha a envolver sujeito estranho ao processo ou versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo (art. 515, § 2º).

E, aqui, ponderamos que não se trata de uma atividade meramente homologatória. Sustentamos que o magistrado tem discricionariedade para não homologar o acordo, caso entenda que se trata de um direito indisponível não transacionável.

Nesse caso, ele proferirá decisão interlocutória recusando homologação (art. 334, § 11, a *contrario sensu*). O grande problema aqui é que essa hipótese não está, em princípio, prevista no art. 1.015 do CPC, o que nos levaria, numa primeira leitura, à conclusão de que tal ato do juiz seria irrecurável, ao menos naquele momento. Poderiam as partes, futuramente, por ocasião da sentença, apelar e trazer essa questão nas razões ou nas contrarrazões do apelo, nos exatos termos do art. 1.009, § 1º.

Contudo, pensamos nós, que se na decisão o juiz recusar a homologação sob o argumento de que o direito não admite autocomposição, isso equivale a uma decisão interlocutória de mérito e, nessa hipótese, a via do agravo de instrumento se mostra cabível nos exatos termos do art. 1.015, II (decisão sobre o mérito).

Por outro lado, se a recusa da homologação se prende a falta de um requisito formal, como por exemplo a ausência de assistência de advogado, ou mesmo ausência de representação ou assistência no caso do incapaz, a decisão resta não agravável, podendo ser atacada, apenas, nos restritos limites dos embargos de declaração, na forma do art. 1.022.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro de um movimento global de estímulo a mecanismos adequados de resolução de conflitos, o Código de Processo Civil de 2015 e o Marco Legal da Mediação trazem significativos avanços para o sistema consensual de pacificação de conflitos na seara coletiva, vez que aumentam o objeto passível de negociações, atribuindo maior autonomia aos entes legitimados a firmar o compromisso de ajustamento de conduta.

Além do incremento dessas técnicas, as inovações normativas trazem também a necessidade de uma sistematização operacional. De que forma podemos nos valer do permissivo legal e aplicar as estratégias emergidas em um amplo procedimento dialógico, que seja adequado aos interesses metaindividuais?

Primeiramente, são imprescindíveis mecanismos de controle aos “novos ajustes”. Nada obriga, contudo, que seja realizado pelo Poder Judiciário, já que a homologação judicial é desnecessária ante a eficácia de título executivo extrajudicial por força de lei, sendo o autor um ente público.

A segunda ideia vem como decorrência desses dois fatores, a exigência de maior controle e a prescindibilidade que ele ocorra em juízo. Como inexistem limites prefixados, parece desejável a submissão do TAC às instâncias deliberativas do seu proponente, recomendando-se normatização interna sobre a nova prática, o que, no caso do Ministério Público, foi, de certo modo, alcançado com a edição da Resolução nº 179/2017 pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Por último, não se pode perder de vista que as técnicas da mediação e da conciliação exigem a imersão

76 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta, in Revista de Processo, vol. 256, ano 41, jun/2016, Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 405

em um profundo processo discursivo, em que os resultados potenciais devem atender aos interesses transindividuais debatidos, de forma democrática e cooperativa.

Nesse contexto, o êxito da prática consensual nesses conflitos complexos deve se valer da composição plural da sociedade<sup>77</sup>, não só dos órgãos colegitimados, como também de entidades como *amicus curiae*.

Uma alternativa interessante, sobretudo na parte das obras de grande envergadura e que possam trazer ameaças ao meio ambiente ou ao direito de uma coletividade, é a figura dos *Dispute Boards*, instituto largamente difundido no Direito norte-americano e que começa a ser mais estudado no Brasil. Interessante observar que houve um grande interesse por essa figura na I Jornada de Prevenção de Conflitos levada a cabo pelo STJ, sob a presidência do Eminentíssimo Min. Luis Felipe Salomão, e que levou à edição de alguns Enunciados<sup>78</sup>.

Nesse sentido, parece que o direito brasileiro vem evoluindo de modo a viabilizar uma instância de troca de ideias, com espaço para manifestações de todos os *players*, assegurando, ainda, que os rumos decididos devem levar em consideração, no maior grau possível, todos os interesses legitimamente expostos.

Nossa sociedade já atingiu um nível organizacional mínimo de modo a oferecer o tecido social necessário para que questões fundamentais sejam geridas, se proporcionada a participação dos interessados e de terceiros que possam auxiliar o legitimado na tomada da melhor decisão para o caso. Evita-se, assim, sobretudo, um provimento que por mais que seja bem-intencionado, acarrete consequências indesejáveis ou não se mostre eficaz no caso concreto.

Eis o desafio dos operadores do Direito nessa quadra da evolução legislativa brasileira: alinhar convenções materiais e processuais, direitos indisponíveis, mas transacionáveis, e garantir a criação de um *locus* adequado ao diálogo e que viabilize uma medida consensual, quando possível, e impositiva nas demais hipóteses, mas sempre assegurando o direito à manifestação de todos os interessados e sob a supervisão judicial, quando exigido por lei.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2014.

ALMON, Matthew. Cadillac-Size Legal Fees” and “Chevrolet-Type Results”: Settlement Scrutiny in Re Electronic Data Systems Corp. “Erisa” Litigation, 80 Tul. L. Rev. 2007. Acesso through Westlaw. 22nd Jan 2018.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenção das partes sobre matéria processual*. In: Temas de Direito Processual. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARBOSA MOREIRA. O processo norte-americano e a sua influência, Parte Geral, Especial e a influência do processo penal norte-americano. In: Temas de Direito Processual, 8ª série. São Paulo, Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios Jurídicos Processuais no Direito Brasileiro*. Disponível na internet. <https://www.academia.edu/10270224>. Acesso em 17 de abril de 2015.

DIDIER JR, Fredie. BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil, [https://www.academia.edu/25608182/Colabora%C3%A7%C3%A3o\\_premiada\\_Lei\\_n.\\_12.850\\_2013\\_natureza\\_jur%C3%ADdica\\_e\\_controle\\_da\\_validade\\_por\\_demanda\\_aut%C3%B4noma\\_um\\_di%C3%A1logo\\_com\\_o\\_Direito\\_Processual\\_Civil](https://www.academia.edu/25608182/Colabora%C3%A7%C3%A3o_premiada_Lei_n._12.850_2013_natureza_jur%C3%ADdica_e_controle_da_validade_por_demanda_aut%C3%B4noma_um_di%C3%A1logo_com_o_Direito_Processual_Civil), acesso em 10 de julho de 2016.

DOLE Jr., Richard F. The Settlement of Class Actions for Damages. 71 Colum. L. Rev. 971.

EISENBERT, Theodore. MILLER, Geoffrey P. Attorney Fees in Class Action Settlements: An Empirical Study. *Journal of Empirical Legal Studies* Volume 1, Issue 1, 27-78, March 2004. Electronic copy available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/356/>, access in November 2017.

ERICHSON, Howard M. The Problem of Settlement Class Action. 82 Geo. Wash. L. Rev. 951. Access through Westlaw in Jan 9<sup>th</sup> 2018.

77 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os Desafios para a Integração entre o Sistema Jurisdicional e a Mediação a Partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as Perspectivas para a Justiça Brasileira? In: REZENDE, Diogo. PELAJO, Samantha. PANTOJA, Fernanda (org.). *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 11.

78 Sobre a figura do Dispute Boards, foram aprovados 3 Enunciados no I Fórum de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos. Ressaltamos, aqui, o Enunciado nº 76: As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Board), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada. Enunciados aprovados na I JORNADA “PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS”, realizada em Brasília, nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, disponíveis em <http://www.cjf.jus.br/cjf/>.

- FISS, O.M. Against Settlement, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, May 1984.
- FISS, O.M. The Class Action Rule, 78 *Notre Dame Law Review*, 1419 (2003).
- FISS, O.M. The political theory of the class action. *Washington and Lee Law Review* vol. 53 (1996).
- FITZPATRICK, Brian T. An Empirical Study of Class Action Settlements and Their Fee Awards. 7 *Journal of Empirical Legal Studies* (forthcoming 2010). Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1442108>, access in November 2017, p. 9.
- GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GIDI, Antonio. Class action in Brazil – a model for civil law countries. *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 2, 2003.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil – Introdução ao Direito Processual Civil*. vol. 1, 5ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- GRECO, Leonardo. *O juiz pode ser sujeito de um negócio processual?* Palestra proferida no Seminário “Negócios Processuais no Novo CPC” promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP – AASP, em 06 de março de 2015.
- KLONOFF, Robert. *Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*. West Academic, 2017. Kindle’s edition.
- MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. *Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova*. *Revista de Processo*, vol. 241/2015, p. 463-487, mar/2015.
- MACEY, Jonathan R. MILLER, Geoffrey P. Judicial Review of Class Action Settlements, 1 *J. Legal Analysis* 167. Access through Westlaw. Jan 8th 2018.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida*. Tese de Doutorado. Uerj, 2010. Disponível em: [http://works.bepress.com/leticia\\_martel/](http://works.bepress.com/leticia_martel/).
- NERY JR., Nelson. O compromisso de ajustamento de conduta como transação híbrida e a problemática teorização da passagem do exercício do poder público para tentativa de ajuste no âmbito privado. In: *A Ação Civil Pública após 25 anos*. MILARÉ, Édis (coord.), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta. Teoria e Análise de casos práticos*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- OQUENDO, Angel. *State Settlements in Vindication of Societal Rights*. Original paper kindly provided by the author in January 2018.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FARIAS, Bianca Oliveira de. Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na Lei de Improbidade Administrativa e no Projeto de Lei da Ação Civil Pública. In: *Temas de Improbidade Administrativa*. 1ª edition, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, v.1.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O Marco Legal da Mediação no Brasil: Comentários à Lei n 13.140/15*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os Desafios para a Integração entre o Sistema Jurisdicional e a Mediação a Partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as Perspectivas para a Justiça Brasileira? In: REZENDE, Diogo. PELAJO, Samantha. PANTOJA, Fernanda (org.). *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. The Undertaking of Adjustment of Conduct in Brazilian Collective Procedural Law. *Connecticut Journal of International Law*. Vol, 27: 346, Spring 2012.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da lei de mediação no compromisso de ajustamento de conduta, in *Revista de Processo*, vol. 256, ano 41, jun/2016, *Revista dos Tribunais*: São Paulo, pp. 371/411.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. MELLO PORTO, José Roberto Sotero de. Colaboração premiada: um negócio jurídico processual? In *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, vol. 73, Ago/Set 2016, Magister: Porto Alegre.
- PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.
- RATNER, Morris A. *Class Conflicts*, 92 *Wash. L. Rev.* 785. Access through Westlaw. Jan 6th 2018.
- ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class actions – ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Juspodivm, 2013.
- RUBENSTEIN, William B. *Emerging Issues in Class Action Law*. 53 *UCLA L. Rev.* 1435. Access through Westlaw. Jan, 18th, 2018.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- SMITH, Thomas. WILLIAMS Elizabeth. Court approval of class action settlement, 6 *Cyc. of Federal Proc.* § 23:42 (3d ed.). Access through Westlaw. Jan 5<sup>th</sup>, 2018.
- TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. São Paulo: Método, 2012.
- VENTURI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis?* In *Revista de Processo*, vol. 251, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan / 2016.

# QUALI NUOVE PROSPETTIVE DI RIFORMA PER L'ARBITRATO AMMINISTRATO DALLA CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI IN ITALIA?

Ilaria Lombardini

Sommario: 1. L'arbitrato in materia di controversie su diritti soggettivi insorte durante l'esecuzione di contratti pubblici nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016 e decreto correttivo, d. lgs. n. 56/2017): cenni sull'evoluzione legislativa dell'istituto. – 2. La situazione di *impasse* in cui versa a tutt'oggi l'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici in Italia. – 3. Proposte di riforma.

*1. L'arbitrato in materia di controversie su diritti soggettivi insorte durante l'esecuzione di contratti pubblici nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016 e decreto correttivo, d. lgs. n. 56/2017): cenni sull'evoluzione storica dell'istituto* – Lo scarso utilizzo dello strumento arbitrale per la risoluzione delle controversie insorte durante l'esecuzione dei contratti pubblici è una costante fra le legislazioni in materia che si sono succedute e pare essere il riflesso della questione più generale della non ampia diffusione sia dell'arbitrato *ad hoc*, sia degli arbitrati amministrati in Italia <sup>(1)</sup>.

Peraltro, l'istituto arbitrale in materia di contratti pubblici ha subito alterne vicende, strettamente collegate alla disciplina legislativa degli appalti pubblici. Così, al disfavore legislativo per l'arbitrato <sup>(2)</sup>, si alterna un *favor* per lo stesso. Una specie di vichiano andamento di continui “corsi” e “ricorsi” ha infatti caratterizzato dalle origini fino ad oggi, in un movimento “pendolare”, l'arbitrato nelle opere pubbliche, di cui per chiarezza espositiva occorre dar conto, se pur in estrema sintesi <sup>(3)</sup>.

Questo “sconcertante andirivieni” <sup>(4)</sup>, di cui si richiamano solo le tappe fondamentali, inizia nell'anno 1865 (con la legge sui lavori pubblici del 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F), continua con la legge Merloni (l. n. 109/1994), espressione di un disfavore legislativo per l'arbitrato, poi passa, con la l. n. 216/1995, c.d. Merloni-*bis*, ad un *favor* per il medesimo, per pervenire ad un arbitrato “da legge” o “obbligatoriamente amministrato” dalla Camera arbitrale per i lavori pubblici con la l. n. 415/1998, c.d. Merloni-*ter*. In seguito, con l'art. 5, comma 16-*sexies*, l. 14 maggio 2005, n. 80 <sup>(5)</sup> viene introdotto un nuovo assetto nell'arbitrato in materia di lavori pubblici. Si configura cioè un sistema a doppio binario: l'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale permane solo in via sussidiaria qualora le parti non si accordino sulla nomina del terzo arbitro, presidente del collegio arbitrale; mentre in tutti gli altri casi vige l'arbitrato “*ad hoc*” regolato dal codice di procedura civile, se pur con alcuni temperamenti. Dunque, il movimento “pendolare” dell'arbitrato negli appalti pubblici ha portato l'arbitrato a configurarsi, nel caso in cui le parti non si accordino sulla nomina del

1 Sulla problematica in generale v. gli *Interventi* e le *Relazioni* di autorevole dottrina in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, in *Arbitrare. Quaderni della Corte nazionale Arbitrale*, Pisa, 2016, 1-149; v. anche Fumagalli, *Le proposte di riforma della Commissione di studio e l'arbitrato del commercio internazionale: brevi note sulla tutela cautelare e una brevissima postilla sulla impugnazione del lodo*, in *Giurisprudenza arbitrale* 1/2017, 149, nonché gli autori citati *infra*, par. 2.

2 La *ratio* è rinvenibile nella “diffusa diffidenza” nei confronti dell'istituto arbitrale negli appalti pubblici da parte dell'opinione pubblica “molto sensibile alla denuncia di abusi e distorsioni nell'applicazione pratica dell'istituto”, rileva Verde, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 216.

3 Per un quadro dettagliato dell'evoluzione legislativa v. Odorisio, *Arbitrato rituale e “lavori pubblici”*, Milano, 2011, 1 ss., spec. 148; nonché, se si vuole, Lombardini I., *Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche*, Milano, 2007, 1 ss., spec. 39.

4 L'espressione è di Fazzalari, *Una vicenda singolare: l'arbitrato in materia di opere pubbliche*, in *Riv. arb.*, 1998, 816.

5 Sull'argomento Lombardini I., *Il nuovo assetto dell'arbitrato nei lavori pubblici ex art. 5, comma 16-*sexies*, l. n. 80 del 2005: riforma o controriforma?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 225 ss.; Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato nei contratti pubblici (a proposito di una recente monografia)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, n. 2/2012, 592 ss.



terzo arbitro, presidente del collegio arbitrale, come un arbitrato “obbligatoriamente amministrato” (6) dalla Camera arbitrale dei lavori pubblici istituita presso l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, nonché come un “arbitrato da legge” (7).

Tale sistema viene confermato e meglio delineato negli artt. 241, 242 e 243 del codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d.lgs. n. 163/2006) con cui il legislatore ha compiuto un’importante opera di razionalizzazione della materia (8). Peraltro, con il successivo d. lgs. n. 53/2010 – emanato in attuazione dell’art. 44 della l. 7 luglio 2009, n. 88, c.d. “legge comunitaria 2008”, che ha conferito a sua volta la delega al Governo per attuare la direttiva 2007/66/CE in tema di miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici – il legislatore ha modificato gli artt. da 241 a 243 del d. lgs. n. 163/2006, c.d. codice dei contratti pubblici, per adeguare la disciplina dell’arbitrato ai criteri della legge delega, allo scopo di incentivare l’utilizzo dello strumento arbitrale, contenendone i costi e accelerando il giudizio di impugnazione del lodo.

L’assetto normativo degli artt. da 241 a 243 del codice dei contratti pubblici, dopo l’ulteriore intervento di razionalizzazione compiuto dal d. lgs. n. 53/2010, conferma che l’istituto arbitrale in materia di opere pubbliche costituisce un mezzo facoltativo di cui volontariamente e di comune accordo le parti “possono” avvalersi in alternativa alla giurisdizione del giudice ordinario (art. 241, comma 1), proprio come accade per l’arbitrato *ad hoc* disciplinato nel codice di procedura civile (9).

Ma nell’odissea dell’arbitrato in materia di contratti pubblici interviene, come un fulmine a ciel sereno, la c.d. “legge anticorruzione”, l. n. 190/2012: il comma 19 dell’art. 1, l. 190/2012, modificando il comma 1 dell’art. 241 del codice dei contratti pubblici, prevede che la decisione della stazione appaltante di adire un collegio arbitrale debba essere previamente subordinata alla “motivata autorizzazione” da parte dell’organo di governo dell’amministrazione e che “l’inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell’avviso con cui è indetta la gara, ovvero, per le procedure senza bando, nell’invito, o il ricorso all’arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli” (10). Lo scopo, evidente, è prevenire fenomeni di illegalità e corruzione nella pubblica amministrazione (11).

L’ultimo tassello del *puzzle* nella normativa sull’arbitrato in materia di controversie su diritti soggettivi insorte durante l’esecuzione di contratto pubblici è costituito dal recente d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE “sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori speciali dell’acqua,

6 Borghesi, *La Camera arbitrale per i lavori pubblici: dall’arbitrato obbligatorio all’arbitrato obbligatoriamente amministrato*, in *Corr. giur.*, 2001, 682 ss.

7 In quanto facoltativo, e non imposto, nell’*an*, ma obbligatorio nel *quomodo*, così Briguglio, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, 84.

8 Infatti, la l. 24 dicembre 2007, n. 244, c.d. legge finanziaria 2008, che introduceva il divieto dell’arbitrato per le pubbliche amministrazioni, non è però mai entrata in vigore in forza di continui rinvii e proroghe fino all’emanazione del d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53, che ha introdotto importanti modifiche, in una prospettiva di razionalizzazione, alla disciplina dell’arbitrato contenuta nel codice dei contratti pubblici, modificando, come si diceva, gli artt. da 241 a 243 del d. lgs. n. 163/2006. Il d. lgs. n. 163/2006, con tutte le modifiche successive in esso inserite col metodo della novellazione dal 2006 al 2016, sarà poi sostituito dal d. lgs. n. 50 del 2016.

9 V. già la *Relazione annuale-2014* dell’Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei Deputati, Roma 2 luglio 2015, sulla “Raccolta dei dati relativi alle attività della Camera arbitrale per l’anno 2014”. Capitolo 8. “La risoluzione delle controversie: l’arbitrato e le attività della Camera arbitrale” (da leggersi in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it), par. 8.1.). “I dati statistici evidenziano lo scarso utilizzo dell’arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici [...]. Nella stessa direzione risulta essere orientata una seconda serie di dati sul valore delle controversie risolte con i lodi emessi a seguito di procedura amministrata (23, nel 2104) che ha presentato un valore medio di circa 3.665.441 euro (formata da importi disposti tra valore minimo di 285.526 euro e un valore massimo assai prossimo ai 23.300.000 euro), in netta diminuzione rispetto al dato rilevato per l’anno precedente (pari a oltre 5.540.000 euro). Analogamente lo stesso dato per il 2014 relativo ai 57 lodi depositati presso la Camera arbitrale a seguito di procedura libera espone un valore medio delle controversie pari a circa 14.492.839 euro (formata da importi disposti tra un valore minimo vicino ai 12.960.000 euro e un valore massimo di circa 276.904.708 euro), anche in questo caso in (ancor più) evidente flessione rispetto al dato rilevato per l’anno precedente (pari a poco meno di 36.927.000 euro)”. Tale *trend* discendente è confermato nella *Relazione annuale-2017* dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, Roma, Senato della Repubblica, 14 giugno 2018, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it), su cui v., più ampiamente, *infra* testo e nota 22.

10 In argomento v., per tutti, Odorisio, *Arbitrato, Decreto crescita e legge anticorruzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 948 s.; Occhipinti, *L’arbitrato amministrato delle opere pubbliche dopo la riforma introdotta dalla l. 6 novembre 2012*, in *Riv. arb.*, n. 1/2013, 283 ss.

11 In tema si richiama la sentenza Corte cost., 9 giugno 2015, n. 108, in G.U. del 17 giugno 2015, con cui la Corte costituzionale ha stabilito la costituzionalità dell’art. 1, comma 25, l. 190/2012, il quale sancisce l’obbligo da parte dell’organo di governo della pubblica amministrazione di autorizzare il ricorso all’arbitrato per le controversie su diritti soggettivi nell’ambito di esecuzione dei contratti pubblici. La Consulta nella medesima pronuncia ha altresì dichiarato infondato il quesito sulla costituzionalità dell’art. 241 codice dei contratti pubblici (allora vigente), come sostituito dall’art. 1, comma 19, l. 190/2012, con riguardo al diritto potestativo per la pubblica amministrazione di instaurare (o meno) il procedimento arbitrale nei contratti pubblici, tale da pregiudicare la *par condicio* delle parti nel processo per lo sbilanciamento a vantaggio della parte pubblica. La Corte costituzionale rileva che si configura infatti una limitazione ragionevole in quanto la P.A. è chiamata a ridurre i costi delle controversie di cui è parte, e, al contempo, a prevenire l’illegalità e la corruzione nella pubblica amministrazione.

dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché sul riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture". Si tratta del nuovo codice dei contratti pubblici (c.c.p.), che abroga dal giorno stesso della sua pubblicazione in Gazzetta ufficiale (20 aprile 2016) il precedente codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d.lgs n. 163 del 2006 e s.m.).

Con il d. lgs. n. 50 del 2016, su cui non ha sostanzialmente inciso il decreto correttivo n. 56 del 2017, l'arbitrato in discorso sembra essere finalmente approdato in un porto più sicuro. L'attuale disciplina dell'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici (artt. 209 e 210 d. lgs. n. 50 del 2016) si connota, soprattutto, per due aspetti salienti: delinea in primo luogo un arbitrato obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, istituita presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac), in quanto organo ausiliario della citata Autorità<sup>(12)</sup>. Dunque un unico modello di arbitrato, più precisamente un arbitrato in cui le parti non possono più optare per l'arbitrato *ad hoc* e il presidente del collegio composto da tre arbitri è nominato sempre dalla Camera arbitrale di cui all'art. 210 (e non solo invece, come avveniva in base alla normativa previgente – d. lgs n. 163 del 2006 e s.m. – quando le parti non si accordavano sulla designazione del terzo arbitro presidente del collegio arbitrale, per cui operava la devoluzione alla Camera arbitrale, in via sussidiaria, del compito di designare il terzo arbitro, scelto tra gli iscritti in un apposito albo tenuto dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, e l'arbitrato era amministrato dalla medesima Camera arbitrale, *ex* artt. 242 e 243, d. lgs n. 163 del 2006 e s.m.)<sup>(13)</sup>. In secondo luogo il nuovo codice dei contratti pubblici configura un arbitrato previamente autorizzato. In proposito l'art. 209, comma 3, d. lgs. n. 50 del 2016 recita infatti: "E' nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, nelle procedure senza bando nell'invito. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo o dell'amministrazione aggiudicatrice".

Aspetti meno salienti, ma non per questo secondari, concernono il procedimento di nomina degli arbitri (conferma della designazione e nomina dei due arbitri di parte, oltre che di designazione e nomina del presidente del collegio, ad opera della Camera arbitrale per i contratti pubblici, con il corollario della disciplina di iscrizione all'albo degli arbitri e dei periti camerali) e la questione dei costi arbitrali, senza dimenticare che l'art. 209, comma 10, c.c.p., rinvia, per quanto non espressamente regolamentato sull'arbitrato nello stesso codice dei contratti pubblici al codice di procedura civile.

Quanto al primo profilo, quello della nomina degli arbitri, poiché per risolvere una controversia in cui è parte una pubblica amministrazione la designazione deve avvenire nel rispetto dei principi di pubblicità e rotazione e nel rispetto delle norme contenute nel nuovo codice dei contratti pubblici, la Camera arbitrale<sup>(14)</sup> allo scopo di assicurare un'equa rotazione degli incarichi conferiti dalla medesima per la nomina a terzo arbitro, presidente del collegio, ha previsto una "Procedura informatica per la nomina del terzo arbitro", con rigorose procedure di sorteggio.

Quanto al secondo aspetto, quello dei costi, in particolare dei compensi agli arbitri (art. 209, comma 16, codice dei contratti pubblici), si tenta di calmarli, soprattutto per l'arbitro di parte pubblica, individuato, per motivi di contenimento di spesa, tra i dirigenti pubblici qualora la controversia abbia luogo tra due pubbliche amministrazioni, e "preferibilmente" tra i dirigenti pubblici qualora la controversia si svolga tra una pubblica amministrazione e un privato (art. 209, comma 5, c.c.p.)<sup>(15)</sup>. Sulla stessa linea di tendenza di contenimento dei costi, si colloca il Decreto 31/01/2018 del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti<sup>(16)</sup>, rubricato "Determinazione dei limiti dei compensi del collegio arbitrale". Tale decreto, costituito da due articoli, è entrato in vigore il 1° maggio 2018 e da tale data sostituisce l'art. 10, commi da 1 a 6 e la

12 Il Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 1920/2016 (Cfr. Cons. Stato, Comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920, in *www.giustizia-amministrativa.it*), ha confermato la natura di Autorità indipendente dell'Anac, sostenendo che la natura di Autorità amministrativa indipendente è conferita all'Anac per la funzione di garanzia da essa espletata e per i delicati interessi sottostanti all'assetto degli appalti pubblici in conformità alle direttive comunitarie. Ne deriverebbe di riflesso l'indipendenza della Camera arbitrale, che dell'Anac costituisce un organo ausiliario.

13 Per una più ampia trattazione sia permesso rinviare, anche per la bibliografia ivi citata, a Lombardini I., Sub artt. 242-243 c.c.p., in *Commentario, Arbitrato*, 2a ed., diretto da F. Carpi, Bologna, 2016, rispettivamente 429 ss., 465 ss.

14 Comunicato n. 2 del 28 aprile 2016, in *www.anticorruzione.it*.

15 Per le problematiche correlate alla nomina di soggetti legati da vincoli di dipendenza con la P.A., si rinvia a Lombardini I., *L'arbitrato nel nuovo "codice dei contratti pubblici" (D.Lgs. n. 50 del 2016)*, Parte I, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 299 ss., spec. 300.

16 In G.U. Serie Generale n. 88 del 16/04/2018.

tariffa allegata del d. m. 2/12/2000, n. 398. In estrema sintesi, il tetto massimo di compensi per l'intero collegio arbitrale, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, non può superare i 100.000 euro (come già previsto dall'art. 209, comma 16, d. lgs. n. 50/2016), ma si aggiunge che il compenso massimo per l'ultimo e più elevato scaglione (gli scaglioni sono stati ridotti da 8 a 5) passa da 500.000.000 di lire (circa 240.000 euro) a un massimo di 100.000 euro, con una condivisibile scelta normativa di limitare i compensi arbitrali, eccessivi, che costituivano un disincentivo per le parti, specialmente per la pubblica amministrazione (spesso soccombente in giudizio), ad avvalersi dell'istituto dell'arbitrato nei contratti pubblici. Sul punto va segnalato infatti come dai lodi depositati nel 2017 presso la Camera arbitrale dei contratti pubblici risulta che "in nessun caso il riparto abbia penalizzato la parte privata, in 2 casi è stato paritario tra le parti, nei 5 rimanenti ha penalizzato la parte pubblica (una volta, diversamente dall'anno precedente, nella misura del 100%) (17).

2. *La situazione di impasse in cui versa a tutt'oggi l'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici in Italia.* – Di recente si è dibattuto sulle cause dell'ancora scarso (pur se nel tempo progressivamente incrementato) utilizzo dello strumento arbitrale in Italia (si pensi all'entità del contenzioso ordinario rispetto a quello arbitrale), e la problematica non riguarda di certo solo l'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici (18).

Quali sono le principali cause della difficoltà dell'arbitrato a diffondersi largamente nel nostro Paese? Si possono così sintetizzare: in primo luogo i costi elevati anche degli arbitrati amministrati, nonostante il calmieramento dei costi dell'arbitrato, imposto dalle camere arbitrali negli arbitrati amministrati, grazie ai quali si sono avute riduzione dei costi e certezza sin dall'inizio sull'entità degli stessi; "una insufficiente preparazione tecnico-giuridica specifica"; "carenze di garanzie di affidabilità degli arbitri sotto il profilo dell'indipendenza" (aspetto, quest'ultimo, che nell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici come disciplinato dal vigente codice per i contratti pubblici, d. lgs. n. 50 del 2016, appare più "controllato") (19), la carenza di poteri cautelari degli arbitri (sequestri, provvedimenti d'urgenza, ecc.), o la mancanza del potere da parte degli arbitri di emettere, essi stessi, decreti ingiuntivi; l'assenza di rimedi alle statuizioni del lodo, se non nei limiti ristretti dell'art. 828 c.p.c.) (20).

17 ( ) Così, testualmente, la *Relazione annuale-2017* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Roma, Senato della Repubblica, 14 giugno 2018, cit., 319.

18 In tema, ampiamente, v. Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 1-149, spec. Menoni, *Relazione*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 16 ss.; Bernardini, *Relazione*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit. 42 ss.; Briguglio, *Relazione* in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 45 ss.

19 Si pensi, infatti, al dettato del comma 4 sul richiesto requisito di indipendenza, al comma 6 del medesimo articolo 209 che elenca le situazioni di incompatibilità, al comma 7 dell'art. 210 sui soggetti che possono essere iscritti all'albo tenuto dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, al comma 10 art. 210 sul limitato periodo di iscrizione all'albo, al comma 11, art. 210 che fa salvi i casi di ricusazione di cui all'art. 815 c.p.c., al recente codice deontologico degli arbitri camerali, senza dimenticare che gli artt. 209 e 210, come anticipato *supra*, riservano anche alla Camera arbitrale per i contratti pubblici l'importante potere di conferma della designazione effettuata dalle parti e di nomina dei due arbitri di parte, oltre che di designazione e di nomina del presidente del collegio arbitrale. La Camera arbitrale assolve così una funzione di vigilanza e di controllo sui nominativi degli arbitri di parte scelti rispettivamente dalla P.A. e dall'impresa appaltatrice e, più in generale, sulla costituzione del collegio giudicante.

20 V., sul punto, così Menoni, *Relazione*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 16 s. Autorevole dottrina (Bernardini, *Relazione*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit. 41-45, spec. 42) sulla questione relativa alle cause della difficoltà dell'arbitrato a diffondersi sottolinea tre motivi che inducono a riflettere sulla differenza tra il nostro ordinamento sull'arbitrato e altri ordinamenti che attraggono arbitrati internazionali. Il primo è individuato nel numero dei motivi di ricorso per annullamento contro il lodo: dodici con la riforma italiana del 2006 (mentre la legge francese – anche dopo la riforma del 2011 – quella svizzera e quella svedese ne prevedono solo cinque, come la legge modello dell'Uncitral per l'arbitrato commerciale internazionale). Il secondo motivo va individuato nella giurisprudenza italiana troppo oscillante, una giurisprudenza che non favorisce la stabilità del lodo, diversamente da quanto accade nei Paesi più frequentemente sedi di arbitrato. Quanto al terzo motivo, come noto, ai sensi dell'art. 829 c.p.c. l'impugnazione del lodo per nullità è ammessa, "nonostante qualunque preventiva rinuncia", nei casi elencati, dunque "non è possibile rinunciare preventivamente ai mezzi di ricorso contro il lodo", diversamente da altri ordinamenti (Francia, Svizzera, Svezia) che ammettono tale possibilità allo scopo di favorire la stabilità del lodo arbitrale. Ma, su quest'ultimo punto, v. le perplessità espresse da altra autorevole dottrina, che si chiede "quale parte è sicura quando stipula l'accordo compromissorio che vincerà l'arbitrato e quindi disposta a radicare l'arbitrato in un Paese in cui non avrà poi la garanzia del controllo impugnatorio?" "E' ovvio dunque che la soluzione normativa più ragionevole e diffusa nei vari ordinamenti sia quella cui è definitivamente approdato il nostro legislatore del 2006, e cioè: non si controlla di fronte al giudice statale il lodo perché è errato nel merito, in fatto o in diritto, lo si toglie di mezzo se e perché è un lodo nullo" (Briguglio, *Relazione*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 49). Le impugnazioni del lodo nel sistema rappresenterebbero "un male necessario". "Necessario perché non si può rinunciare ad una garanzia impugnatoria quale controllo sull'esercizio della giustizia privata e questo controllo non può che finire davanti al giudice dello stato. Un male perché [...] se l'arbitrato è una via alternativa, il fatto che la controversia ritorni in sede impugnatoria davanti alla stessa giustizia ordinaria non è il massimo [...] è un male in termine di tempi e di costi". Si consideri inoltre che "il controllo impugnatorio non è solo un male necessario (al sistema e alla tutela dei diritti delle parti); il suo effettivo esercizio è bensì in grado di potenziare la effettività concreta del giudicato arbitrale *pro futuro* ed avverso possibili controlli futuri e successivi" (così Briguglio, *Relazione*, cit., 45 ss., spec. 45 e 54). Si può pensare anche, infatti, che "le parti, stipulando la convenzione d'arbitrato, non hanno rinunciato totalmente alla giurisdizione dello Stato" e da questa premessa partire per disciplinare l'impugnazione del lodo (Verde, *Relazione di sintesi. La riforma della impugnativa del lodo: memorandum per il legislatore delegato*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo*

Il problema dello scarso utilizzo dello strumento arbitrale è più accentuato in ambito di arbitrato per la soluzione di controversie in materia di esecuzione dei contratti pubblici, come già evidenziava la *Relazione annuale-2014* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei deputati sulla "Raccolta dei dati relativi alle attività della Camera arbitrale per l'anno 2014" (21).

E il *cahier des doléances* continua nella *Relazione annuale-2015*, nella *Relazione annuale-2016*, nonché nella *Relazione annuale-2017* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (tenuta al Senato della Repubblica il 14 giugno 2018) con il correlato *Intervento* del Presidente Raffaele Cantone, infatti i dati sono simili e la situazione non migliora (22).

Ci si chiede come risolvere il problema della sfiducia nello strumento arbitrale, e quindi del suo conseguente scarso utilizzo per risolvere le controversie insorte nella fase esecutiva degli appalti pubblici, un'esigenza a tutt'oggi sentita, dato che tale scarso utilizzo permane anche dopo la recente riforma. Alla base vi è soprattutto una mancanza di fiducia che, come emerge dal quadro delineato *supra* nel par. 1, "è condivisa anche dallo Stato, che non ha simpatia per l'arbitrato che riguardi controversie in materia di opere pubbliche" (23), anche se, a ben vedere, si tratta di una sfiducia spesso ingiustificata, poiché, soprattutto nell'ambito specifico della soluzione di controversie in materia di contratti pubblici, l'arbitro può veramente essere un "Giudice su misura" (24).

Nel caso specifico dell'arbitrato negli appalti pubblici scarsa trasparenza e "opacità" nonché casi di corruzione hanno inciso negativamente sull'utilizzo dell'istituto. Attualmente però il potere di conferma degli arbitri designati dalle parti attribuito alla Camera arbitrale, che si aggiunge alla designazione e nomina del presidente del collegio ad opera della medesima Camera arbitrale, soddisfacendo l'esigenza di trasparenza (in virtù del d. lgs. 50/2016 nel settore dei contratti pubblici e, più in generale, del d. lgs. 97/2016 nella pubblica amministrazione) dovrebbe ridurre i fenomeni di *maladministration* (25).

arbitrale, cit., 145).

- 21 La *Relazione annuale-2014* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei deputati, Roma 2 luglio 2015, si può leggere in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it), par. 8.1. Nella *Relazione*, come si è detto, sono indicati i dati statistici, che purtroppo pongono in luce lo scarso utilizzo tanto dell'arbitrato libero/ad hoc (previsto dall'allora vigente codice appalti, v. *supra* par. 1), con riguardo all'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, a cui il legislatore delegato ha tentato di porre rimedio introducendo la disciplina di un unico arbitrato in materia di contratti pubblici obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale, ex artt. 209 e 210 d. lgs. n. 50 del 2016 (non toccato sul punto dal decreto correttivo, d. lgs. 56/2017).
- 22 V. la *Relazione annuale-2015 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Roma, Senato della Repubblica 14 luglio 2016, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it) (cap. 13), nonché la *Relazione annuale-2016* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei Deputati, Roma, 6 luglio 2017, in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it), in particolare sugli indicatori di rischio corruttivo e sulle "misure della corruzione tra opportunità e limiti", 52 ss. V. altresì, sempre sul sito dell'Anac, la *Relazione annuale-2017* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Roma, Senato della Repubblica, 14 giugno 2018, cit., 311 ss. e il correlato *Intervento* del Presidente Raffaele Cantone. Nella *Relazione* (cap. 15.2), si rileva che resta confermato "il dato di incertezza nel quale [...] vive da qualche tempo l'istituto dell'arbitrato per le controversie insorte nell'esecuzione dei contratti pubblici". Il numero delle domande di arbitrato amministrato (con istanza di nomina del terzo arbitro) introdotte nel 2017 è stato pari a 9. In diminuzione anche il *trend* degli arbitrati "liberi" (in cui il presidente del collegio arbitrale era stato ancora scelto d'accordo tra le parti, o su loro mandato dagli arbitri di parte), che per il 2017 risulta pari a 16. Un dato non molto confortante riguarda anche la durata dei procedimenti conclusi con il deposito del lodo presso la Camera arbitrale nel 2017. "Trattasi di una media di oltre 425 giorni per gli arbitrati condotti secondo il rito amministrato e di circa 505 giorni per quelli condotti secondo il rito libero, media risultante da una serie di dati compresa, rispettivamente, tra un valore minimo di 240 giorni e un valore massimo di 940 giorni, e tra un valore minimo di 160 gg. e un valore massimo di 1430 gg. Pochissimi sono i giudizi conclusi entro il termine ordinario di 240 gg. previsto dal c.p.c. (2 per ciascun rito)".
- 23 In questi termini, Verde, *Relazione di sintesi. La riforma della impugnativa del lodo: memorandum per il legislatore delegato*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 146. Va rimarcato che una certa sfiducia nello strumento arbitrale per risolvere controversie in materia di esecuzione di appalti pubblici emerge anche in recenti pronunce della Corte costituzionale: come accennato *supra*, la "motivata autorizzazione" da parte dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice, già prevista dalla l. n. 190/2012, è condizione per poter ricorrere all'arbitrato (v. la pronuncia Corte cost., 9 giugno 2015, n. 108, in *Riv. arb.*, 2016 69 ss., con nota di Marzocco, *Autorizzazione del "ricorso all'arbitrato"* (art. 241, 1° co. D. Lgs. 163/2006) e *clausole compromissorie preesistenti: l'opinabile parallelismo della Corte costituzionale e l'esegesi dell'art. 241, 1° co.*; e in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 239 ss., con nota di Di Cristina, *Le sorti dell'arbitrato nei contratti pubblici*; v. altresì la successiva ordinanza Corte cost., 6 aprile-6 maggio 2016, n. 99, confermativa della precedente, in *Giur. Cost.*, 3/2016, 890 ss., ove la Corte costituzionale ribadisce l'obbligo per la pubblica amministrazione di motivare in modo espresso la propria scelta di ricorrere all'arbitrato. Ciò determina "un rallentamento della fase iniziale degli arbitrati che si instaurano sulla base di clausole convenute in tempo anteriore alla legge Severino, perché di fronte all'iniziativa di arbitrato dell'imprenditore la condotta più normale della Pubblica amministrazione alla quale si assiste è quella di inerzia" (Auletta, *Relazione del Presidente della Camera arbitrale per i contratti pubblici presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Giurisprudenza arbitrale*, 2/2016, 460 ss.).
- 24 Camelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 77; un "giudice su misura", designato dalle parti per le sue qualità professionali e che può essere scelto per la soluzione di controversie che coinvolgono problematiche di ordine tecnico, sottolinea Punzi, *Consulenza tecnica e giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1 ss., spec. 2, con riferimento all'art. 242, comma 5, del previgente codice dei contratti pubblici.
- 25 V. il d. lgs. 25 maggio 2016, n. 97, rubricato "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", in G.U. 8 giugno 2016, n. 132. Per quanto concerne la trasparenza nei contratti pubblici, va segnalata la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), approvata di recente con delibera dell'Anac n. 264 del 1/3/2018, recante "Regolamento concernente l'accessibilità dei dati raccolti nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici" (in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)). Ancora, sempre per quanto attiene agli arbitrati nei contratti pubblici, soddisfa indubbiamente un'esigenza di trasparenza la pubblicità degli arbitrati in corso e degli arbitrati con lodi definiti, reperibili sul sito della Camera arbitrale presso l'Anac., v.,

Né va dimenticata l'attività "preventiva" che l'Autorità anticorruzione pone in essere nell'ambito dei contratti pubblici e per l'attuazione del recente codice dei contratti pubblici, spesso svolta sotto forma collaborativa con le amministrazioni pubbliche (si pensi, per esempio, alla verifica preventiva, su richiesta della stessa P.A., delle bozze degli atti di gara per appalti esposti a rischi corruttivi/ o di infiltrazioni criminali, o per infrastrutture strategiche).

Nello specifico, senza negare gli aspetti positivi dell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici sotto la vigilanza dell'Anac<sup>(26)</sup>, in termini di guida e controllo – come avviene di norma in pressoché tutti gli arbitrati amministrati – che l'istituzione può fornire, occorre tuttavia ammettere la necessità di "correttivi" all'attuale normativa, che dovrebbero incentivare il ricorso all'istituto (v. *infra* par. 3).

3. *Proposte di riforma.* – Ci si chiede: perché le parti optano per l'arbitrato, anche per risolvere le controversie insorte durante l'esecuzione di contratti pubblici? Con quale obiettivo? L'obiettivo, secondo la formula ben nota, è: "ottenere una sentenza giusta" (*rectius*, nel caso degli arbitrati, un lodo giusto) in un "tempo ragionevole" (evitando le lungaggini del giudizio ordinario) e a dei "costi accettabili". Lo scarso utilizzo dello strumento arbitrale, in particolare in materia di contratti pubblici, indica però che l'obiettivo ancora non è stato raggiunto.

Bisogna dunque riformare, anche se *cum grano salis*. "Il faut être sobre de nouveautés en matière de législation", già affermava Portalis, poiché se è possibile nel caso di riforma di un istituto "calcolare i vantaggi che la teoria ci offre, non è possibile conoscere tutti gli inconvenienti che soltanto la pratica può fare scoprire" (27).

Per delineare possibili riforme è stata istituita la "Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato" (c.d. Commissione Alpa), che ha proposto delle soluzioni improntate a moderata innovazione e a prudente equilibrio, in linea con la sopra citata riflessione del giurista padre del *Code civil*, e che saranno richiamate *infra* nel prosieguo (28).

L'obiettivo di ottenere un lodo giusto indicato *supra*, è strettamente connesso (non soltanto, ma soprattutto) con l'indipendenza-imparzialità del collegio arbitrale, e, si potrebbe dire, direttamente proporzionale all'indipendenza-imparzialità di ogni suo componente, senza dimenticare che, a monte, si correla con le cause di incompatibilità/inconferibilità dell'incarico arbitrale (29).

Lodo arb. Pisa, 12/01/2017, Lodo Roma, 26/05/2017, Lodo Roma 20/12/2017 (in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)).

26 Le numerose attività di vigilanza svolte nell'anno 2017 dall'Anac (oltre 200 procedimenti), finalizzate a prevenire conflitti di interesse e la compromissione dell'indipendenza-imparzialità (in particolare degli arbitri), hanno riguardato l'applicazione di misure che si possono così raggruppare: misure di *pre-employment* (con riferimento a inconferibilità e incompatibilità degli incarichi); *on-employment* (conflitti di interesse nello svolgimento delle funzioni); *post-employment* (situazioni di *pantouflage* successive alla cessazione dell'incarico, come per esempio il fatto di instaurare rapporti di consulenza); sul punto v. l'*Intervento* del Presidente Raffaele Cantone nella *Relazione annuale-2017* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Roma, Senato della Repubblica, 14 giugno 2018, cit., par. *La prevenzione della corruzione*, 4 ss.

27 Così Portalis nell'introduzione al suo *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Loché, T. I, 254: "il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir; [parce] qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux; [parce] qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même [...]".

28 V. *Proposte normative e note illustrative* formulate dalla "Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato", presieduta dal prof. Guido Alpa, su cui v. Ufficio Legislativo-Ministero della Giustizia, in [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it) (gennaio 2017). Per un quadro d'insieme sulle posizioni della dottrina relativamente alle proposte della Commissione, v. Montalenti, *L'arbitrato nelle proposte della Commissione, Alpa: un'introduzione*, in *Giurisprudenza arbitrale* 1/2017, 97 ss. L'esame di alcune proposte innovative pone in luce aspetti critici: per una valutazione delle proposte della Commissione v.: Bernardini, *Le proposte della Commissione Alpa in tema di arbitrato: brevi osservazioni*, *ivi*, 145 ss., l'a. evidenzia che la Commissione accoglie buona parte delle "Proposte di riforma in materia di arbitrato" trasmesse dall'Associazione Italiana per l'Arbitrato (AIA), in data 13 giugno 2016; Carpi, *Le proposte della Commissione Alpa in materia di arbitrati: tutela cautelare e impugnazione del lodo*, *ivi*, 114-120; Biavati, *Brevi osservazioni sulla relazione della Commissione Alpa: tutela cautelare e ricorso per saltum*, *ivi*, 121-125; Fumagalli, *Le proposte di riforma della Commissione di studio e l'arbitrato del commercio internazionale: brevi note sulla tutela cautelare e una brevissima postilla sulla impugnazione del lodo*, *ivi*, 149-158; specificatamente, sull'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici v. Auletta, *La Commissione Alpa e le ADR nei contratti pubblici*, *ivi*, 159-169; v. anche Cagnasso, *Arbitrati speciali e modalità di nomina del tribunale arbitrale*, *ivi*, 108 ss., spec. 109; Montalenti, *L'arbitrato nelle proposte della Commissione, Alpa: un'introduzione*, *ivi*, 97; più in generale, Punzi, *Il contributo della dottrina allo studio dell'arbitrato*, *ivi*, 180-198; Ferri C.M., *L'arbitrato nel quadro dei progetti di riforma della giustizia civile italiana*, *ivi*, 101; Montalenti, *L'arbitrato nel "sistema giustizia": stato dell'arte e prospettive*, *ivi*, 177 s.; nonché, sulle proposte della Commissione relative all'arbitrato societario, Zucconi Galli Fonseca, *Le proposte della Commissione Alpa: l'arbitrato societario*, *ivi*, 126 ss.; Salvaneschi, *Sulla "Proposta in materia di arbitrato per le controversie tra soci ovvero tra i soci e la società"*, *ivi*, 131 ss.

29 Sulla questione, che in questa sede non può essere approfondita, sia permesso rinviare, anche per la dottrina e la giurisprudenza citate, al mio: *Cause di incompatibilità speciali, indipendenza e imparzialità degli arbitri nell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici (anche alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale)*, in *Riv. arb.*, 1/2018, 127-164. In estrema sintesi va richiamato che nell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici alle cause di incompatibilità indicate nel codice di rito si aggiungono quelle specifiche

L'elencazione tassativa di motivi di incompatibilità, effettuata dall'art. 209, comma 6, c.c.p., dovrebbe avere una ricaduta positiva su indipendenza-imparzialità dell'arbitro<sup>(30)</sup>, prevenendo e, dunque, limitando, anche le possibili cause di ricusazione degli arbitri durante il giudizio arbitrale, nonché, *ex post*, l'impugnazione del lodo per nullità. Il comma 7 dell'art. 209 c.c.p. vigente recita: "La nomina del collegio arbitrale effettuata in violazione delle disposizioni di cui ai commi 4, 5 e 6 determina la nullità del lodo". Su questi aspetti va richiamata l'importanza dei regolamenti arbitrali e/o di normativa analoga, giacché la libertà di scelta delle parti nell'arbitrato amministrato "ha pur sempre da esser regolata nella sua concreta esplicazione, sì da saper rispondere a canoni essenziali, che son poi principi di civiltà"<sup>(31)</sup>.

Nella prospettiva di meglio garantire l'indipendenza e l'imparzialità degli arbitri si colloca il c.d. "obbligo di dichiarazione", *obligation de révélation, duty of disclosure* (per cui l'arbitro è tenuto a rivelare le informazioni e i fatti che ritiene di natura tale da far dubitare della sua indipendenza e/o imparzialità), che si prefigge, prevenendo eventuali conflitti di interessi, di facilitare la pronuncia di un lodo "giusto"<sup>(32)</sup>. Ma, come noto, tale obbligo di dichiarazione di indipendenza non è previsto nel nostro ordinamento né nel codice di procedura civile, né nel codice dei contratti pubblici, e neanche, espressamente, nel codice deontologico che la Camera arbitrale per i contratti pubblici ha elaborato a norma dell'art. 210 c.c.p.: v. il Comunicato della Camera arbitrale n. 4 del 19/05/2016, "Codice deontologico degli arbitri camerale". La dichiarazione di indipendenza è stabilita solo nel Comunicato della Camera arbitrale n. 5 del 15/06/2016, "Procedimento di nomina del collegio arbitrale: adempimenti per il perfezionamento dell'incarico posti

previste dal codice dei contratti pubblici allo scopo di meglio garantire l'indipendenza-imparzialità degli arbitri e del collegio arbitrale in un settore così esposto a fenomeni di *maladministration* (su cui Auletta, *Relazione*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 75-81) quale quello degli appalti pubblici. A titolo esemplificativo si vedano: dell'art. 209 il comma 6 che elenca le situazioni di incompatibilità "fermo restando quanto previsto dall'art. 815 c.p.c."; dell'art. 210, il comma 7, concernente i soggetti che possono essere iscritti all'albo degli arbitri tenuto dalla medesima Camera e il comma 10 che detta la disciplina "integrativa" relativamente al periodo di iscrizione all'albo, nonché il comma 11 che fa salvi i casi di ricusazione di cui all'art. 815 c.p.c. Ancora, premesso che ai giudizi arbitrali in discorso si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal codice dei contratti pubblici (ex art. 209, comma 10, c.c.p.), è il comma 4 dello stesso art. 209 – cui fa da *pendant* il comma 10 dell'art. 210 – a prevedere che gli arbitri designati dalle parti debbano possedere i requisiti di "provata esperienza e indipendenza" nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce, stessi requisiti per il presidente del collegio designato dalla Camera arbitrale tra i soggetti iscritti all'albo camerale. Le procedure di sorteggio per la nomina del terzo arbitro (previste dal Comunicato della medesima Camera n. 2 del 28/4/2016 e n. 8 del 19/10/2016 ([www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it))) mirano ad assicurare un'equa rotazione degli incarichi conferiti dalla Camera arbitrale per la designazione del terzo arbitro presidente del collegio.

- 30 In merito alla problematica dell'indipendenza-imparzialità dell'arbitro, v., per tutti, Fazzolari, *Ancora sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998, 1-6; La China, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 4a ed., Milano, 2011, 81 ss., spec. 102 ss.; Verde, *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in *Riv. arb.*, 1997, 469 ss., spec. 475; Briguglio, *Epigramma sulla ricusazione degli arbitri (con due note a piè di pagina)*, in *Giur. it.*, 2004, 460; Bernardini, *Arbitrato con pluralità di parti e designazione degli arbitri: uguaglianza delle parti e imparzialità degli arbitri*, in *Riv. arb.*, 1992, 101 ss.; Luiso, *Il nuovo art. 832 c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, 349 ss.; Taruffo, *Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte*, in *Riv. arb.*, 1997, 481 ss.; Dittrich, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno e internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 144 ss.; Consolo, *Arbitri di parte non neutrali?*, in *Riv. arb.*, 2001, 9 ss.; ancora Consolo, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, in *Riv. arb.*, 2005, 727 ss.; Carpi, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) (9 marzo 2006), 1 ss.; Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2a ed., Padova, 2012, rispettivamente 479 ss. e 571 ss.; Giovannucci Orlandi, *Sub art. 815 c.p.c.*, in *Arbitrato, Commentario* diretto da F. Carpi, 3a ed., Bologna, 2016, 348 ss.; Zucconi Galli Fonseca, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Arbitrato, Commentario* diretto da F. Carpi, 3a ed., Bologna, 2016, 879 ss.; Cecchella in *Aa.Vv., L'arbitrato*, (a cura di Cecchella), Torino, 2005, 99 ss., spec. 103 per l'arbitrato nelle opere pubbliche; v. altresì, ampiamente, Spaccapelo, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, *passim*; Tizi, *L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale*, Santarcangelo di Romagna, 2015, *passim*; Benatti, *Arbitrato irrituale: deontologia ed etica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 139 ss.; Ricci E., *Note sull'arbitrato amministrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 17 ss. Nello specifico sulla questione, con riferimento all'arbitrato negli appalti pubblici, v. Auletta, *Relazione del Presidente della Camera arbitrale per i contratti pubblici presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Giurisprudenza arbitrale*, 2/2016, 457 ss.; Odorisio, *Prime osservazioni sulla disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 258 ss.; Lombardini I., *L'arbitrato nel nuovo "codice dei contratti pubblici"* (D.Lgs. n. 50 del 2016), Parte I, cit., 299 ss., spec. 300. Va segnalato che la Suprema corte si è pronunciata sul requisito dell'indipendenza-imparzialità dell'arbitro in modo talvolta ondivago, v., *ex multis*, Cass., 10 ottobre 2012, n. 17287, in *Mass. giust. civ.*, 2012, 10, 1198; Cass., 11 ottobre 2006, n. 21816, in *Impresa*, 2007, 1, 124; Cass., 30 marzo 2007, n. 7972, in *Società*, 2007, 9, 1104; Cass., 28 agosto 2004, n. 17192, in *Mass. giur. it.*, 2004; v. anche Trib. Bari, 2 luglio 2010, n. 2451, in *banca dati De Jure*; Trib. Genova, 4 maggio 2006, in *Foro it.*, 2006, 9, 2559; di recente v. Trib. Milano, 6 maggio 2016, n. 1304, in *Giur. it.*, 2/2017, 435, con nota di Porcelli.
- 31 Testualmente, Colesanti, *Volontà delle parti e regolamenti arbitrali (con particolare riguardo a quello della Camera arbitrale di Milano)*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 2, 247. Peraltro, la nomina dell'arbitro ad opera della parte non sempre garantisce pienamente il rispetto del principio di imparzialità, in quanto "le relazioni, i legami e i rapporti con le parti sono il presupposto della nomina stessa degli arbitri di parte, ma possono anche rappresentare un elemento perturbatore dell'equidistanza che ogni giudicante deve avere nei confronti di tutti i litiganti" (Tucillo, *La nomina degli arbitri: capacità e qualifiche tra autonomia privata e poteri discrezionali dell'autorità giudiziaria*, in *Riv. arb.*, 2014, 157 s.); sulla problematica, v. ampiamente, per tutti, Verde, *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, cit., 469, spec. 475; Briguglio, *Epigramma sulla ricusazione degli arbitri (con due note a piè di pagina)*, cit., 460; Consolo, *Arbitri di parte non neutrali?*, cit., 9 ss.; ancora Consolo, *Imparzialità degli arbitri. Ricusazione*, cit., 728 s. Con specifico riferimento all'arbitrato negli appalti pubblici, v., ampiamente, Auletta, *Relazione del Presidente della Camera arbitrale per i contratti pubblici presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 457 ss.
- 32 "A garanzia della imparzialità degli arbitri si impone una rigida e severa disciplina della *discovery*, ossia dell'obbligo degli arbitri di denunciare preventivamente qualsiasi situazione che possa compromettere la loro imparzialità, da valutare non solo in termini di effettività ma perfino in termini di apparenza" (Verde, *Relazione di sintesi. La riforma della impugnativa del lodo: memorandum per il legislatore delegato*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 144); sul tema, di recente, Tizi, *Ricusazione e c.d. duty of disclosure dell'Arbitro*, in *Giurisprudenza arbitrale* 1/2017, 46 ss.; Nota a Trib. Milano, 23 giugno 2016, 51 ss. Sull'obbligo di dichiarazione, "*disclosure*", la dottrina d'oltralpe, soprattutto, ha rilevato, con pungente ironia, il rischio che tale obbligo comporta se i suoi confini si dilatano troppo: M. Henry, *L'obligation de révélation: de l'éclairage excessif au risque d'aveuglement*, note sous Reims, 2 novembre 2011, in *Rev. arb.* 2012, 112; M. Henry, *Le chant de la révélation: de profundis ou gloria de l'arbitrage*, note sous Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 14 ottobre 2015, in *Rev. arb.* 2015, 151; analogamente v. Colesanti, *Colleganza accademica e ricusazione di arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 6, 1521, secondo cui "occorre evitare di dar corpo alle ombre".

a carico dei soggetti designati e delle parti interessate ai sensi degli artt. 209 e 210, d. lgs. 18.4.2016, n. 50”<sup>(33)</sup>. Si tratta di una dichiarazione di indipendenza rispetto alle parti, ai loro difensori, e alla materia del contendere che gli arbitri devono rendere al momento dell’accettazione dell’incarico, sotto il controllo della Camera arbitrale. E’ un primo timido passo verso l’auspicabile c.d. *duty of disclosure*, che sarebbe opportuno comunque disciplinare in modo generalizzato per tutti gli arbitrati, in via normativa, e che è incentivato, ci pare, nei contratti pubblici dalla pubblicità sui “procedimenti arbitrali e relativi agenti” (che dovrebbe contribuire a prevenire o evidenziare eventuali conflitti di interessi), come stabilito dalla legge di delega n. 11/2016, art. 1, lett. *aaa*), e dal successivo codice dei contratti pubblici all’art. 210, comma 13, per cui la Camera arbitrale per i contratti pubblici (v. il Comunicato n. 1 del 19/01/2017) cura la “Pubblicazione nel sito internet dell’Anac dei lodi arbitrali depositati presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici”<sup>(34)</sup>. Le finalità, palesi, di progressiva informatizzazione dei processi e di “informazione giuridica”, non possono che influire positivamente su trasparenza, imparzialità e integrità dei procedimenti arbitrali negli appalti pubblici. In quest’ottica la Commissione Alpa propone altresì di integrare il comma 1 dell’art. 210 c.c.p., ai sensi del quale “Presso l’Anac è istituita la Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture”, con la previsione che la Camera arbitrale rediga “un Regolamento adottato con delibera Anac”, allo scopo di “garantire la trasparenza, la celerità e l’economicità delle procedure arbitrali”, oltre al rispetto dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari. Si tratta dunque di un potere regolamentare da esercitare “all’interno della meccanica di produzione delle fonti riservate all’Anac”<sup>(35)</sup>.

Coerente con quanto sopra, e pienamente condivisibile, è la proposta della Commissione Alpa di modificare il comma 9 dell’attuale art. 210 c.c.p. nel senso di prevedere rigorosamente che: “non possano comunque essere iscritti all’albo (degli arbitri, n.d.s.), né all’elenco (dei periti n.d.s.) i soggetti condannati in via definitiva ovvero anche soltanto sottoposti a procedimento penale in corso per reati contro la pubblica amministrazione o per appartenenza o concorso esterno ad associazione di stampo mafioso”.

Ancora, si può favorire indipendenza e imparzialità del collegio arbitrale<sup>(36)</sup>, in un settore così “sensibile” quale quello dell’arbitrato in materia di appalti pubblici (dove l’arbitro rischia di essere condizionato da “venti estranei”), riconoscendo più potere agli arbitri: nel senso di rafforzare la connotazione pubblicistica del ruolo di arbitri e consulenti, che può concretarsi nell’attribuire loro la qualifica di pubblici ufficiali. A tal fine, coerentemente con le proposte avanzate dal Consiglio arbitrale<sup>(37)</sup>, la Commissione Alpa ha opportunamente proposto di aggiungere all’art. 209 un comma *4-bis* per cui il presidente del collegio (o, se del caso, l’arbitro unico), gli arbitri nominati dalle parti e il consulente tecnico d’ufficio, in costanza dell’incarico, rivestono la qualifica di pubblici ufficiali<sup>(38)</sup>. Si è voluta promuovere, per l’arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici presso l’Anac, “una connotazione in senso ulteriormente pubblicistico e di specialità disciplinare”<sup>(39)</sup>.

33 In [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

34 Sul punto v. *supra* nota 25.

35 Così si sottolinea nelle *Note illustrative delle proposte*, cit., 27. Sui poteri dell’Anac, quali quelli di regolazione, vigilanza e sanzionatorio, con riferimento al d. l. 24 aprile 2017, n. 50, conv. con l. 21 giugno 2017, n. 96, v. Caputo, *Linee guida, attribuzioni precontenzione e potere sanzionatorio dell’ANAC*, in *Urbanistica e appalti* 1/2018, 5 ss.

36 Sulla necessità di prevenire eventuali conflitti di interessi, che minano indipendenza e imparzialità degli arbitri, sia permesso rinviare a Lombardini I., *Cause di incompatibilità speciali, indipendenza e imparzialità degli arbitri nell’arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici (anche alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale)*, cit., 128 ss.

37 Per tali proposte, deliberate il 16 aprile 2015, v. *Riv. arb.*, 2015, 631.

38 Sull’opportunità della scelta, nonché sulle motivazioni della stessa, v., ampiamente, Auletta, *La Commissione Alpa e le ADR nei contratti pubblici*, cit., 159 ss., spec. 163 ss. Di diverso parere Biavati, *Brevi osservazioni sulla Relazione della Commissione Alpa: tutela cautelare e ricorso* per saltum, cit., 121 ss., spec. 125, che critica la scelta della Commissione di attribuire la qualifica di pubblici ufficiali, poiché “l’arbitrato è, prima di tutto, uno spazio di libertà”.

39 Come si evidenzia nelle *Proposte normative e Note illustrative* della Commissione Alpa al Guardasigilli, cit., 12, nonché, 26. I severi criteri selettivi nella scelta degli arbitri, in particolare del terzo arbitro presidente del collegio, nonché gli “elevatissimi livelli di specialità” richiesti nell’arbitrato in materia di contratti pubblici (sui requisiti per l’iscrizione all’Albo degli arbitri, tenuto dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, v. l’art. 210, commi 7, 9, 12, codice contratti pubblici, su cui sia permesso rinviare a Lombardini I., *L’arbitrato nel nuovo “codice dei contratti pubblici” (D.Lgs. n. 50 del 2016)*, Parte I, cit., 283 ss., spec. 297 ss.) si motivano “in ragione della protezione erariale”, essendo l’erario “direttamente o indirettamente interessato” (testualmente, Auletta, *La Commissione Alpa e le ADR nei contratti pubblici*, cit., 164; e già Auletta, *Relazione*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull’arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 80 s., che correla l’attribuzione della qualifica di pubblico ufficiale anche alla remunerazione del servizio di arbitro (euro 100.000,00 per collegio come si è detto *supra*), somma “assolutamente accettabile [...] nella logica della prestazione di un servizio pubblico. Sennonché [...] questa constatazione postula pure che chi svolga funzioni di arbitro all’interno di una istituzione pubblica debba prendere una qualifica adeguatamente corrispondente, e cioè che [...] si riconosca tale arbitro (che opera in un contesto di necessaria amministrativizzazione del procedimento presso l’Autorità

Si è accennato *supra* alla necessità di migliorare tempi e costi del procedimento arbitrale in materia di contratti pubblici: a tal fine si può ipotizzare il ricorso all'arbitro unico, che potrebbe essere la regola, nel senso che la clausola compromissoria dovrebbe esigere la presenza di tre arbitri soltanto per gli affari più importanti o più delicati. Sul punto la Commissione Alpa all'art. 209, comma 4, c.c.p., secondo cui il collegio è composto da tre membri ed è nominato dalla Camera arbitrale, ha proposto di aggiungere che per i procedimenti in cui il valore della domanda risulti inferiore o pari a un milione di euro, la controversia sia decisa da un arbitro unico<sup>(40)</sup>. Come già avviene per il presidente del collegio arbitrale, l'arbitro unico sarebbe nominato e designato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici e scelto anch'esso, si auspica mediante procedura di sorteggio (prevista dal Comunicato della medesima Camera arbitrale n. 2 del 28/4/2016 e n. 8 del 19/10/2016),<sup>(41)</sup> tra i soggetti iscritti nell'apposito albo, "in possesso di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce" (art. 209, comma 4, e art. 210, comma 10, c.c.p.). Per evitare però che la scelta sia calata dall'alto e imposta alle parti, sarebbe bene prevedere, a nostro modesto avviso, come già avviene per la nomina del presidente del collegio arbitrale, la facoltà per le parti di comunicare alla Camera arbitrale, entro le 48 ore successive al sorteggio, eventuali motivate controindicazioni alla nomina<sup>(42)</sup>; inoltre allo scopo di avvicinare la sede arbitrale alle parti, e così di incentivare l'utilizzo dell'istituto per le controversie di minore rilevanza economica, si potrebbe privilegiare la sede arbitrale presso uno dei luoghi in cui sono situate le sezioni regionali dell'Osservatorio di cui all'art. 213 c.c.p., modificando in tal senso l'art. 209, comma 9, pur evitando la parcellizzazione del procedimento e la creazione di nuovi organismi burocratici. Quanto al compenso per l'arbitro unico, la Commissione Alpa prevede che sia determinato (su proposta del medesimo arbitro) con apposita delibera dalla Camera arbitrale, nei limiti stabiliti con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per il collegio arbitrale, ma "il compenso liquidabile [...] è ridotto di un terzo". Non solo – e l'integrazione proposta non è di poco conto in termini di maggiore celerità processuale e di effettività della tutela – ma "l'atto di liquidazione del compenso degli arbitri, nonché di determinazione delle spese ripetibili nei confronti delle parti costituisce titolo esecutivo contro queste ultime" (art. 209, comma 16, c.c.p., secondo la proposta della Commissione), mentre ai sensi della normativa vigente (d. lgs. n. 50 del 2016) "l'atto di liquidazione del compenso e delle spese arbitrali, nonché del compenso e delle spese per la consulenza tecnica, costituisce solo titolo per l'ingiunzione di cui all'art. 633 del codice di procedura civile".

Sempre con riferimento ai costi arbitrali – piuttosto elevati anche per gli arbitrati amministrati, nonostante il calmieramento operato dagli organismi (come, per esempio, la Camera arbitrale per i contratti pubblici) negli arbitrati amministrati<sup>(43)</sup>, "grazie ai quali si è avuta riduzione dei costi e certezza sin

Nazionale Anticorruzione) quale (almeno) incaricato di pubblico servizio"; v. altresì sui criteri di scelta degli arbitri, Cagnasso, *Arbitrati speciali e modalità di nomina del Tribunale arbitrale*, cit., 108 ss., spec. 109; nonché, in generale, Presti, *Scelta dell'arbitro: i criteri di selezione e le competenze*, in *Giurisprudenza arbitrale*, 2016, 140 ss.

40 Sull'introduzione della figura dell'arbitro unico per le liti di un ammontare non elevato, che permetterebbe una riduzione dei costi (nonché, verosimilmente, dei tempi) v. anche il nuovo Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale, in vigore dal 1° marzo 2017: *Il nuovo Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale*, in *Riv. arb.* 2/2017, 449 ss., in particolare le Appendici: V) *Regole dell'arbitro d'urgenza* e VI) *Regole sulla procedura accelerata*; e su cui v. Carlevaris, *Il Regolamento di arbitrato CCI del 2017: procedura accelerata e altre modifiche*, in *Riv. arb.* 2/2017, 387-406. Nello specifico, in materia di arbitrato nei contratti pubblici, v. Auletta, *Relazione del Presidente della Camera arbitrale per i contratti pubblici presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 457-462.

41 Da leggersi in [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it).

42 Sul punto si v. il mio *Cause di incompatibilità speciali, indipendenza e imparzialità degli arbitri nell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici (anche alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale)*, cit., 127-164, spec. 162.

43 Con riguardo al contenimento dei costi dell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, come anticipato, il tetto massimo ai compensi del collegio arbitrale, a norma dell'art. 209, comma 16, d. lgs. n. 50 del 2016, qualunque sia il valore della controversia, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, non può superare l'importo di euro 100 mila (v. Lombardini I., *L'arbitrato nel nuovo "codice dei contratti pubblici"* (D.Lgs. n. 50 del 2016), Parte II, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 721 ss., spec. 722). Sempre nella prospettiva di contenimento dei costi, si colloca il recentissimo Decreto 31/01/2018 del Ministro delle Infrastrutture e Trasporti recante "Determinazione dei limiti dei compensi del collegio arbitrale" (v. anche *supra* al par. 1), in cui all'art. 1, comma 2 si prevede che "Il compenso spettante al collegio arbitrale è ripartito tra i componenti e il segretario, se nominato, del collegio seguendo i seguenti criteri: a) al presidente del collegio spetta un compenso pari a quello spettante agli altri due componenti del medesimo collegio, maggiorato di un importo non superiore al 20 per cento del suddetto compenso; b) al segretario, in caso di nomina da parte del presidente del collegio, spetta un compenso non superiore al 5 per cento del compenso complessivo di cui al comma 1. Si precisa inoltre, al comma 8 del sopra citato Decreto, che "Sono escluse dal compenso degli arbitri le spese per il funzionamento della Camera arbitrale ai sensi dell'art. 209, comma 15, del codice". Il Decreto 31/01/2018, disciplinando la determinazione dei limiti ai compensi del collegio arbitrale, concerne direttamente solo l'art. 209, comma 16, c.c.p., pare lasciare immutata la disciplina di cui all'art. 209, comma 5, c.c.p., in base al quale quando la controversia abbia luogo tra una pubblica amministrazione e un privato l'arbitro di parte pubblica individuato dalla pubblica amministrazione deve essere scelto "preferibilmente" tra i dirigenti pubblici per motivi sia di contenimento dei costi che di tutela della pubblica amministrazione; nel caso poi che la controversia si svolga tra due pubbliche amministrazioni, trattandosi di un arbitrato "interno" alla P.A., gli arbitri di parte debbono essere individuati tra i dirigenti pubblici. In entrambe le ipotesi però, "qualora la pubblica amministrazione con atto motivato ritenga di non procedere alla



dall'inizio sull'entità degli stessi" – nonché ai tempi<sup>(44)</sup>, si potrebbe introdurre nell'arbitrato in materia di contratti pubblici un procedimento accelerato, simile all'*Expedited Procedure* prevista nel nuovo *Regolamento di arbitrato* della CCI ed esperibile in controversie di valore economico limitato o su accordo dei compromittenti<sup>(45)</sup>.

Una durata "ragionevole" del procedimento avrebbe una ricaduta positiva sui costi, anche se va ammesso che il nodo della problematica "tempi e costi" pare strettamente correlato al potere riconosciuto agli arbitri.

Sull'esigenza di riconoscere più poteri agli arbitri genericamente e in linea teorica si concorda, ma occorre chiedersi entro quale perimetro potrebbero essere riconosciuti più poteri agli arbitri? Senza dubbio per dirigere lo svolgimento della procedura si potrebbero utilizzare, come si diceva, formulari standardizzati per abbreviare e semplificare la procedura stessa<sup>(46)</sup>, nonché per alleggerire il lavoro degli arbitri, allo scopo di assicurare il rispetto del termine per la pronuncia del lodo, che dovrebbe essere uno degli imperativi dell'arbitrato anche e soprattutto nei contratti pubblici.

Così, in una condivisibile ottica di degiurisdizionalizzazione delle funzioni di assistenza dell'arbitrato amministrato<sup>(47)</sup> si potrebbe attribuire alla Camera arbitrale per i contratti, istituita presso l'Anac, ex art. 210, comma 1, c.c.p., e dunque Organo ausiliario dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, anche un potere di supplenza per evitare di adire (sovraccaricandone il contenzioso) il presidente del tribunale competente, ad esempio nei casi in cui si renda necessaria la sostituzione di un arbitro o per la liquidazione di diritti con l'efficacia propria dell'art. 814, comma 3, c.p.c., o, ancora, per la proroga del termine di pronuncia del lodo, a norma dell'art. 820, comma 3, lett. b), c.p.c.

In tale ottica deflattiva, e finalizzata sia ad accelerare la conclusione della vertenza tra le parti, sia ad alleggerire il carico di adempimenti dell'autorità giudiziaria, si colloca anche la condivisibile integrazione proposta dalla Commissione Alpa al comma 10 dell'art. 209 c.c.p., per cui ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal codice dei contratti pubblici, "sostituita la Camera arbitrale al presidente del tribunale nell'esercizio dei poteri a questo riservati"<sup>(48)</sup>.

designazione dell'arbitro nell'ambito dei dirigenti pubblici, la designazione avviene nell'ambito degli iscritti all'albo" camerale, ed è in virtù di questo "pendant" della disposizione che può applicarsi il Decreto in discorso anche all'arbitro designato dalla parte pubblica e non solo a quello designato dalla parte privata o al terzo arbitro, presidente del collegio arbitrale (per considerazioni sui costi arbitrali v. Auletta, *Relazione del Presidente della Camera arbitrale per i contratti pubblici presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., 457 ss.; e, ancora, Auletta, *Relazione*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 80 s.).

Dalla sopra citata Relazione-2017 dell'Anac emerge altresì che i "compensi riconosciuti a favore dei collegi arbitrali dalla Camera arbitrale per i 7 lodi amministrati depositati e liquidati nel 2017 ammontano a 307.557,12 euro per una media pari a 43.936,73 euro [...], lo scostamento in diminuzione rispetto alle richieste dei collegi arbitrali è risultato complessivamente pari al 38,47%", ed è volto a soddisfare l'esigenza di maggiore economicità delle procedure arbitrali (*Relazione annuale-2017* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Roma, Senato della Repubblica, 14 giugno 2018, cit., 319).

44 Menoni, in Corte Nazionale Arbitrale, *Relazione al Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 16.

45 Cfr. il nuovo Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale, cit., 449 ss., in vigore dal 1° marzo 2017, in particolare le Appendici: V) Regole dell'arbitro d'urgenza e, soprattutto, VI) Regole sulla procedura accelerata. In tema: Carlevaris, *Il Regolamento di arbitrato CCI del 2017: procedura accelerata e altre modifiche*, cit., 387 ss., il quale, con riferimento alla *Expedited Procedure* sottolinea che, diversamente dalle Disposizioni dell'arbitro d'urgenza, le norme della Procedura accelerata "non presuppongono l'urgenza e non hanno natura cautelare o sommaria, ma disciplinano un giudizio di merito semplificato in alcuni suoi aspetti". Ancora, per facilitare il conseguimento dell'obiettivo di ottenere un provvedimento decisorio in "tempi ragionevoli", si può anche semplificare e "standardizzare" il procedimento: per esempio, introducendo nell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici (almeno negli arbitrati di valore non elevato e di complessità limitata) tecniche di gestione del procedimento – ovviamente in quanto compatibili – analoghe a quelle previste nel nuovo Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale, in particolare nella Appendice: IV (Regolamento di arbitrato della Camera di commercio internazionale, in *Riv. arb.* 2/2017, 449 ss., spec. Appendici: IV, 483 s.). Cfr. anche Lombardini I., *Cause di incompatibilità speciali, indipendenza e imparzialità degli arbitri nell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici (anche alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale)*, cit., 127-164, spec. 162.

46 In tema si veda, se si vuole, il mio *Il nuovo arbitrato nei contratti pubblici, obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale: rivoluzione copernicana o restaurazione?*, in *Riv. arb.*, 4/2016, 753 ss.

47 In tal senso v., già, ampiamente, Auletta, *Relazione*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 80 s.: "sarebbe il caso di evitare un inutile carico di adempimenti dai quali l'autorità giudiziaria potrebbe essere dispensata: mi riferisco, per esempio, all'emissione del decreto ingiuntivo che deve seguire le determinazioni che la Camera arbitrale adotta per liquidare compensi di arbitri e periti [...] determinando un aggravio della giurisdizione che a me sembra evitabile". [...] "Così come è inutilmente aggravata la funzione assistenziale dell'autorità giudiziaria, meglio del presidente del tribunale, quando chiamato per funzioni di supplenza, tutte quelle previste dal codice di procedura civile". Ancora, di recente, Auletta, *La Commissione Alpa e le ADR nei contratti pubblici*, cit., 159 ss., spec. 166 s., pone in evidenza che, essendo la Camera arbitrale per i contratti pubblici "soggetto pubblico costituito entro l'Autorità di settore", sembra "coerente munire gli atti della Camera arbitrale di effetti che rendano soltanto eventuale e non preventivamente necessaria l'addizione dell'A.G."

48 Pertanto, nella logica del "disarcio di incumbenti non giurisdizionali" gli atti della Camera arbitrale per i contratti pubblici saranno (si auspica) muniti di effetti che "rendano eventuale e non necessaria l'addizione dell'A.G.": è il caso, per esempio, in cui siano stati liquidati dal Consiglio i crediti esigibili nei confronti delle parti da arbitri e periti, i quali non consistono allo stato di titoli esecutivi direttamente azionabili come tali. Non solo, ma un "collegio di pubblici ufficiali, qual è quello della Camera arbitrale [per i contratti pubblici], potrebbe [...] svolgere un ruolo di assistenza all'arbitrato mediante esercizio di tutti i poteri di enforcement delle misure disposte dagli arbitri ovvero di controllo pieno del loro operato (è il caso emblematico della proroga del termine per la pronuncia del lodo). Si tratta di misure per le quali è attualmente richiesto l'apporto sostitutivo del

Ancora, correlata e funzionale ad accrescere e ottimizzare il ruolo della Camera arbitrale per i contratti pubblici, appare la proposta della Commissione Alpa di dotare la medesima Camera di “un apposito potere regolamentare da esercitare all’interno della meccanica di produzione delle fonti riservate all’Anac”, da cui l’integrazione all’art. 210, comma 1, c.c.p.: la Camera arbitrale per i contratti pubblici “redige un regolamento adottato con delibera dell’Anac”, con la finalità di garantire “la trasparenza, la celerità e l’economicità delle procedure arbitrali”, e il rispetto dei richiesti “requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità” degli arbitri nonché degli eventuali ausiliari <sup>(49)</sup>.

Altre questioni, direttamente connesse a quanto sopra detto, sono anche quella di modificare il sistema impugnatorio del lodo, nonché quella di riconoscere agli arbitri adeguati poteri cautelari.

Il sistema adottato per la revisione del lodo (revisione interna e revisione c.d. “esterna”) è questione oggetto di ampio e vivace dibattito dottrinale <sup>(50)</sup>, strettamente correlata ai poteri degli arbitri, soprattutto per quanto concerne la c.d. “revisione interna” <sup>(51)</sup>, e che ha pesanti ricadute su tempi e costi del procedimento arbitrale. Con riferimento alla revisione c.d. “esterna” del lodo: “esterna al sistema di giustizia privata, come è, appunto, l’impugnazione innanzi ai giudici dello Stato” <sup>(52)</sup>, considerato che la durata media dei giudizi di impugnazione dei lodi arbitrali è di circa 1.550 giorni, e che l’eventuale giudizio in Cassazione dura altri 2-3 anni, la dottrina maggioritaria ha proposto una soluzione: eliminare “il passaggio di fronte alla Corte d’appello, rendendo il lodo impugnabile, per gli stessi motivi di cui all’art. 829 c.p.c., direttamente di fronte alla Corte di Cassazione” <sup>(53)</sup>. Anche la Commissione Alpa, allo scopo di accelerare i tempi dell’impugnazione del lodo, ha proposto (Proposta 1.2.) l’introduzione della possibilità di impugnazione immediata in Corte di cassazione per nullità, vale a dire il ricorso *per saltum* alla Corte di cassazione avverso il lodo nullo, apportando le seguenti integrazioni nel disposto dell’art. 828 c.p.c. (secondo comma aggiunto): “Se le parti non hanno disposto l’impugnazione per violazione delle regole di diritto attinenti al merito della controversia possono convenire, con atto scritto, anche anteriore al lodo, che l’impugnazione per nullità sia proposta immediatamente alla Corte di cassazione con ricorso” <sup>(54)</sup>.

Ora, come noto, il codice dei contratti pubblici per quanto non espressamente disciplinato rinvia al codice di procedura civile; sulla impugnazione del lodo, però, l’art. 209, comma 14, del vigente c.c.p., stabilisce: “il lodo è impugnabile, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia”. E la Commissione Alpa non ha ipotizzato, per l’arbitrato nei contratti pubblici, alcuna modifica al sopra citato disposto dell’art. 209, comma 14, forse perché in una materia così delicata come quella dei contratti pubblici è necessario contemperare le esigenze di celerità processuale con quelle altrettanto importanti di assicurare un ulteriore controllo del lodo asseritamente nullo nell’eventuale

magistrato pur senza necessità costituzionale di tanto”; così la Commissione Alpa nelle *Note illustrative delle proposte*, cit., 27.

49 Commissione Alpa, *Note illustrative delle proposte*, cit., 27 e 64, sul punto v. anche *infra*.

50 Per un ampio quadro della problematica v. le *Relazioni* e gli *Interventi* di autorevole dottrina in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull’arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 7-149.

51 V. Punzi, *La revisione interna del lodo arbitrale*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull’arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 97-104, secondo cui la procedura arbitrale dovrebbe contenere in se stessa anche la possibilità di una revisione “interna” del lodo: revisione interna meramente *preventiva* del progetto di lodo e anche revisione *successiva* alla formazione del lodo (con varie forme di intervento); la revisione “interna” del lodo arbitrale, operata soprattutto da Corti d’arbitrato, segreterie delle Camere arbitrali, (nonché) dagli stessi collegi arbitrali, “dovrebbe condurre a limitare il ricorso a successive impugnazioni “esterne” e, in particolare, all’impugnazione per nullità innanzi ai giudici dello Stato”.

52 Ancora Punzi, *La revisione interna del lodo arbitrale*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull’arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 97.

53 Testualmente, Briguglio, *Relazione*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull’arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 45 s.; v. altresì, per tutti, Verde, *Relazione di sintesi. La riforma della impugnativa del lodo: memorandum per il legislatore delegato*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull’arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 137-147; Carpi, *La procedura di impugnazione del lodo arbitrale*, in *Terzo rapporto annuale sull’arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 91-96.

54 Per inciso, si richiama che nelle Proposte della Commissione Alpa permangono i dodici motivi di ricorso per nullità del lodo ex art. 829 c.p.c.; diversamente altre legislazioni (per esempio svizzera e francese) o la legge Modello dell’UNCITRAL prevedono cinque motivi di nullità. Sul tema v., ampiamente, Bernardini, *Le proposte della Commissione Alpa in tema di arbitrato: brevi osservazioni*, cit., 146, e secondo l’autore sarebbe opportuno ridurre l’eccessivo numero dei motivi di nullità del lodo di cui all’art. 829 c.p.c. Sulla proposta della Commissione Alpa in materia di impugnazione del lodo arbitrale la dottrina prevalente ha espresso giudizi sostanzialmente positivi, pur ponendo in luce alcune criticità. Così, per esempio, Biavati, *Brevi osservazioni sulla Relazione della Commissione Alpa: tutela cautelare e ricorso per saltum*, cit., 124, dopo aver rilevato che nel nuovo comma 2 dell’art. 828 c.p.c. si ipotizza “una *querela nullitatis* direttamente in Cassazione”, per cui la Corte di cassazione sarebbe gravata di compiti ulteriori, si chiede “se la Suprema corte si debba comportare da giudice di stretta legittimità”, oppure se in questa ipotesi operi esattamente come la Corte d’appello; Carpi, *Le proposte della Commissione Alpa in materia di arbitrati: tutela cautelare e impugnazione del lodo*, cit., 118 s., dopo l’analisi della proposta, considera la novità “palesamente compromissoria” e rileva, con ironia, che “la modifica è innocua, è rimessa alle parti come mera possibilità, e proprio in quanto tale ha tutte le carte in regola per essere approvata”.

secondo grado di giudizio di fronte alla corte d'appello, anziché proporre l'impugnazione per nullità *per saltum* direttamente dinanzi alla Corte di Cassazione.

Un'altra novità, non meno rilevante, concerne invece in via esclusiva il lodo nei contratti pubblici, *ex art. 209, comma 13, c.c.p.*, o, più precisamente la previsione della possibilità che il deposito del lodo stesso avvenga in forma telematica <sup>(55)</sup>.

Interessa direttamente il codice dei contratti pubblici la più articolata problematica relativa all'esercizio cautelare del potere degli arbitri, o meglio, al divieto di esercizio cautelare previsto per gli arbitri dal nostro ordinamento, dall'art. 818 c.p.c. (diversamente dalla diffusa pratica internazionale di assicurare anche agli arbitri il potere di disporre in via cautelare quei provvedimenti loro conferiti dalle parti) <sup>(56)</sup>. L'apertura prospettata sulla questione dalla Commissione Alpa per gli arbitrati amministrati (*v. infra*) è in linea con la posizione della dottrina prevalente che ritiene auspicabile l'intervento del legislatore per rimuovere tale divieto, pur se con qualche distinguo <sup>(57)</sup>.

Infatti, secondo la Commissione Alpa (Proposta 1.5. "Proposta in materia di provvedimenti cautelari nei procedimenti arbitrali amministrati"), all'art. 832, comma 5, c.p.c., andrebbero aggiunti i seguenti periodi: "Il regolamento arbitrale può anche prevedere deroghe al divieto di cui all'art. 818. In tal caso, il provvedimento è richiesto e deliberato a norma del regolamento e il medesimo ricorso non può essere proposto al giudice. Il provvedimento cautelare non è soggetto a impugnazione e si applica l'art. 825 in quanto compatibile". Dunque, solo nel contesto di amministrazione dell'arbitrato presso istituzioni, potrà essere derogato il divieto di cui all'art. 818 c.p.c. La Commissione Alpa ha così previsto una modifica che direttamente interessa l'arbitrato per la risoluzione di controversie insorte durante l'esecuzione di contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016): un regolamento precostituito per arbitrato amministrato potrebbe derogare al vigente divieto di esercizio cautelare del potere degli arbitri. Nelle *Note illustrative* si sottolinea che il divieto permane, e che "soltanto nel contesto di amministrazione dell'arbitrato presso istituzioni, potrà riuscire derogato", quindi all'interno di un perimetro ben definito. Lo scopo dichiarato è facilitare "una soluzione di transizione e di progressiva equiparazione funzionale della giustizia privata a quella amministrata dallo Stato", ma "in un quadro di coerente rafforzamento dell'arbitrato istituzionale in luogo di quello *ad hoc*" <sup>(58)</sup>. Ed è per questo che si è scelto di limitare il potere cautelare degli arbitri al solo caso di regolamento precostituito per arbitrato amministrato. Quella proposta sembra una soluzione prudente

55 Sul punto va segnalato che "la Camera arbitrale, al temine di approfondita istruttoria condotta in interlocuzione con gli uffici competenti dell'Anac, ha provveduto alla formulazione di una proposta all'Autorità circa le modalità di attuazione della norma medesima, che è stata sottoposta al parere dell'Agenzia delle entrate per la parte concernente gli adempimenti ai fini dell'osservanza degli obblighi fiscali da parte dei soggetti gravati dagli stessi. Ancora, in tema di deposito dei lodi altra iniziativa è stata assunta allo scopo di implementare, attraverso la riscossione mediante ruolo, l'osservanza a carico delle parti del giudizio arbitrale del versamento di una somma pari all'uno per mille del valore della controversia, disposto dall'art. 209, comma 12, del Codice. A fronte del non modesto grado di inottemperanza verificato in proposito, è evidente la rilevanza di tale innovazione in funzione del buon andamento della funzione di amministrazione dell'arbitrato per i contratti pubblici e del principio di responsabilità in materia" (così, testualmente, la *Relazione annuale-2017* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Roma, Senato della Repubblica, 14 giugno 2018, cit., 320).

56 Così si ricorda anche nella "Presentazione" delle *Proposte normative e note illustrative* della Commissione Alpa al Guardasigilli, cit., 12 s.

57 V., per tutti, Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, 2a ed., Torino, 2012, 206 ss. Di recente, sulla proposta della Commissione Alpa, *v. Carpi, Le proposte della Commissione Alpa in materia di arbitrati: tutela cautelare e impugnazione del lodo*, cit., 117 ss., il quale, dopo aver qualificato l'innovazione "timida", si chiede: se "sia bene stabilire che il provvedimento cautelare non è soggetto a impugnazione, a fronte dell'art. 669-terdecies c.p.c., anche nell'ottica costituzionale"; cosa significa che "si applica l'art. 825 in quanto compatibile"; e ancora se "è necessario oppure no l'*exequatur* del provvedimento [...] per la sua esecuzione". Rileva la "novità" della proposta, con la quale si ammette che "i regolamenti di arbitrato amministrato possano derogare all'art. 818 c.p.c.", Biavati, *Brevi osservazioni sulla Relazione della Commissione Alpa: tutela cautelare e ricorso per saltum*, cit., 122, novità che andrebbe intesa "non come punto di arrivo ma come un primo passo nella giusta direzione": l'autore condivide la scelta di non permettere un reclamo contro la misura cautelare concessa dagli arbitri, mentre considera "più delicato [...] il profilo dell'esecuzione". Con specifico riferimento anche all'arbitrato in materia di contratti pubblici, *v. Odorisio, Poteri cautelari agli arbitri: la proposta della Commissione Alpa*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 104 ss., spec. 105 ss., che non manca di segnalare il "complesso quadro delle numerose problematiche che scaturiscono dal conferimento agli arbitri di poteri cautelari", per esempio: il concorso tra potere cautelare degli arbitri e potere cautelare del giudice; i poteri cautelari degli arbitri ed il procedimento cautelare uniforme; i rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria e, non ultimo, la disciplina dell'attuazione del provvedimento cautelare arbitrale.

58 Cfr. Commissione Alpa, *Note illustrative delle proposte*, cit., 23. Odorisio, *Poteri cautelari agli arbitri: la proposta della Commissione Alpa*, cit., 108. Autorevole dottrina, Bernardini, *Le proposte della Commissione Alpa in tema di arbitrato: brevi osservazioni*, cit., 145 ss., spec. 147 s., constata con rammarico "la "permanente" esclusione del potere cautelare dell'arbitro, salvo una limitata eccezione", e la conseguente non competitività del sistema arbitrale italiano rispetto ad altri sistemi giuridici (infatti nella proposta della Commissione Alpa la deroga è ammessa soltanto, come si diceva e come precisato nelle *Note illustrative*, "se il potere cautelare è previsto nel regolamento arbitrale della istituzione chiamata ad amministrare l'arbitrato" e non, quindi, per libera e concorde scelta delle parti sia in caso di arbitrato amministrato che *ad hoc*). Non si comprende, aggiunge l'autore, "la ragione della deroga unicamente attraverso la previsione del potere cautelare in un regolamento di arbitrato amministrato dato che non è nel potere dell'istituzione controllarne l'esercizio da parte dell'arbitro (se questo era l'intento)". Ciò è vero, ma, ci chiediamo, se la nomina degli arbitri designati dalle parti e la nomina del presidente del collegio è demandata all'istituzione, come avviene per esempio nell'arbitrato per i contratti pubblici amministrato dalla medesima Camera arbitrale, questo potere di controllo, forse, in qualche misura e in questa specifica ipotesi, è, come dire, implicito, pur se in senso positivo, nel senso cioè che la Camera arbitrale ha già "controllato" il possesso dei severi e molteplici requisiti richiesti dal codice dei contratti pubblici, nonché dal codice deontologico degli arbitri camerali ai fini della nomina (*v. supra*), *in primis* la professionalità, la competenza, l'indipendenza degli arbitri.

(<sup>59</sup>), la cui *ratio* è rinvenibile nel riconoscere il ruolo positivo dell'intervento di una istituzione che assista il lavoro degli arbitri, garantendo la qualità delle procedure arbitrali (<sup>60</sup>), in altre parole, nella convinzione che soltanto "in presenza di un'istituzione che amministri l'arbitrato vi siano quelle garanzie di serietà ed affidabilità della procedura arbitrale sufficienti per consentire agli arbitri l'esercizio di un potere che, evidentemente, il legislatore ancora fatica ad attribuire loro liberamente" (<sup>61</sup>). Si tratta di garanzie che, nel caso di arbitrato amministrato per la risoluzione di controversie insorte durante l'esecuzione di contratti pubblici, sono assicurate dalle funzioni attribuite alla Camera arbitrale per i contratti pubblici. E', come si diceva, un' "apertura prudente", perché ammessa soltanto negli arbitrati amministrati e nei limiti del regolamento: "un limite comprensibile, per garantire uno *standard* presumibile di professionalità, ma che potrebbe essere eluso da un proliferare anormale di "istituzioni arbitrali" (<sup>62</sup>).

E' sicuramente auspicabile che le sopra illustrate proposte di modifica al codice di rito in materia di arbitrato (cui, come noto, il codice dei contratti pubblici, *ex art.* 209 comma 10, rinvia per quanto non espressamente disciplinato) formulate dalla Commissione Alpa vengano recepite quanto prima dal legislatore (<sup>63</sup>), così come l'obbligo di dichiarazione dell'arbitro: il *duty of disclosure*, soprattutto nell'arbitrato nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, aiuterebbe a prevenire e/o a contenere i casi di corruzione/*maladministration*, che così negativamente incidono sull'utilizzo dell'istituto (<sup>64</sup>). Va anche riconosciuto che alcuni passi in questa direzione sono stati fatti con il codice dei contratti pubblici del 2016. A titolo meramente esemplificativo, si pensi: – all'art. 209, comma 6, che, nell'ottica di meglio garantire l'indipendenza-imparzialità degli arbitri, integra le cause di incompatibilità indicate nel codice di rito; – alle molteplici funzioni demandate alla Camera arbitrale per i contratti pubblici; – al codice deontologico degli arbitri camerali redatto dalla medesima Camera; – nonché alla dichiarazione (una sorta di dichiarazione di indipendenza) che gli arbitri camerali devono rendere al momento di accettazione dell'incarico, prevista però soltanto, come si è detto, nel Comunicato della Camera arbitrale n. 5 del 15 giugno 2016, sul "Procedimento di nomina del collegio arbitrale: adempimenti per il perfezionamento dell'incarico posti a carico dei soggetti designati e delle parti interessate ai sensi degli artt. 209 e 210, d. lgs. 18.4.2016, n. 50".

Occorre anche considerare che il problema dello scarso utilizzo dell'istituto dell'arbitrato in materia di contratti pubblici va inserito in un contesto più ampio, perché interconnesso con altri fattori e in qualche misura dipendente dagli stessi: lo scarso utilizzo dell'istituto dell'arbitrato in materia di contratti pubblici è infatti "affiancato, sul piano esterno, dalle difficoltà che ha incontrato l'effettiva applicazione dell'intero Codice del 2016, orientato da indirizzi, in parte non secondaria, diversi dal passato" (<sup>65</sup>). A due anni dall'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, emanato, come si è detto per il recepimento delle direttive comunitarie del 2014, "non si va (ancora) nella direzione auspicata [...], ma interessanti

59 Per Odorisio, *Poteri cautelari agli arbitri: la proposta della Commissione Alpa*, cit., 108, la soluzione proposta dalla Commissione Alpa è "una temperata eccezione all'art. 818 c.p.c."

60 L'intervento di una istituzione è "salutare", secondo il Presidente onorario della Cour Internationale d'arbitrage della CCI (Paris), Tercier P., *À propos des relations entre arbitres*, in *Revue de l'arbitrage*, 4/2016, 1054 ss., spec. 1074; perché "preziosa può rivelarsi la cornice di garanzia che offre l'arbitrato (efficientemente e correttamente) amministrato", rileva Consolo, *Arbitri di parte non neutrali?*, cit., 16.

61 Così, condivisibilmente, Odorisio, *Poteri cautelari agli arbitri: la proposta della Commissione Alpa*, cit., 108; conf., sulla *Proposta di riforma della Commissione Alpa*, la Direzione di Giurisprudenza arbitrale, in *Giurisprudenza arbitrale*, 1/2017, 7, secondo cui la Commissione ha scelto di limitare l'esercizio del potere cautelare ai casi di arbitrato amministrato, perché questo dovrebbe essere caratterizzato da maggiori *standard* di "qualità" (professionalità, competenza, indipendenza ed esperienza degli arbitri); Carpi, *Le proposte della Commissione Alpa in materia di arbitri: tutela cautelare e impugnazione del lodo*, cit., 117 ss. concorda "con l'intento di rafforzare l'arbitrato regolamentato rispetto a quello *ad hoc*". Sulla questione è stato opportunamente evidenziato che "l'arbitrato amministrato, per le sue caratteristiche di prevedibilità delle procedure, e per l'esistenza di meccanismi interni di loro gestione e controllo ad opera di un'istituzione specializzata, finisce per realizzare un meccanismo di soluzione delle controversie che si differenzia profondamente rispetto all'arbitrato *ad hoc*". Dunque, il riconoscimento di un potere cautelare quanto meno nell'ambito di un arbitrato amministrato risolve molti dei menzionati dubbi che oggi lo ostacolano in un sistema, come quello italiano, concepito tradizionalmente in funzione di procedure *ad hoc*" (Fumagalli, *Le proposte di riforma della Commissione di studio e l'arbitrato del commercio internazionale: brevi note sulla tutela cautelare e una brevissima postilla sulla impugnazione del lodo*, cit., 155).

62 Lo segnala Montalenti, *L'arbitrato nelle proposte della Commissione Alpa: un'introduzione*, cit., 99.

63 Va richiamato che autorevole dottrina (Biavati, *Brevi osservazioni sulla Relazione della Commissione Alpa: tutela cautelare e ricorso per saltum*, cit., 122, 125), pur riconoscendo come proficuo il compito svolto dalle istituzioni che amministrano gli arbitrati, ritiene che la Commissione Alpa "abbia eccessivamente calcolato la mano" con il rischio di "costruire un arbitrato – quello amministrato – di serie A, accanto ad un arbitrato – quello *ad hoc* – di serie B".

64 Sulla problematica *v. supra*, e, ampiamente, Auletta, *Relazione*, in Corte Nazionale Arbitrale, *Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 75-81; nonché Lombardini I., *Cause di incompatibilità speciali, indipendenza e imparzialità degli arbitri nell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici (anche alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale)*, cit., 164.

65 V. la *Relazione annuale-2017* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Roma, Senato della Repubblica, 14 giugno 2018, cit., 311 ss.

novità non sono ancora entrate in vigore” (66). Peraltro, il nuovo codice dei contratti pubblici prevedeva che il *Regolamento* del precedente codice appalti fosse sostituito da decreti ministeriali e da linee guida (queste ultime da adottarsi anche da parte dell’Anac): alcuni/e già licenziati/e, altri/e in corso di redazione, e in proposito si segnalano “vuoti normativi” (67). Dunque, quella del nuovo codice dei contratti pubblici, è un’attuazione *in progress*.

In considerazione di ciò, possiamo concludere queste brevi osservazioni sulle prospettive di riforma dell’arbitrato amministrato per la risoluzione di controversie su diritti soggettivi insorte durante l’esecuzione di contratti pubblici con la riflessione di Voltaire nel *Candide*: se l’uomo non si addormenta nell’illusione cieca dell’ottimismo (“tutto va per il meglio nel migliore dei mondi possibili”, secondo il motto di Pangloss), o nella pigrizia della disillusione e dello scetticismo, può, mediante lo sforzo quotidiano, migliorare ogni situazione. E ciò vale, crediamo, anche per l’arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici istituita, *ex art.* 210, comma 1, c.c.p., presso l’Autorità Nazionale Anticorruzione.

---

66 Lo afferma nel suo *Intervento* il Presidente Raffaele Cantone, in *Relazione annuale-2017* dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, Roma, Senato della Repubblica, 14 giugno 2018, cit., cap. *I contratti pubblici*, 9-15, spec. testo e note 13-21, nonché *Conclusioni e prospettive*, 16-18.

67 Così il Presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione nel suo *Intervento*, in *Relazione annuale-2017* dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, Roma, Senato della Repubblica, 14 giugno 2018, cit., cap. *I contratti pubblici*, 13-15.

# IDEOLOGÍA Y PROCESO ... *IN MEDIO VIRTUS*

**Joan Picó i Junoy**

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat Pompeu Fabra  
Secretario General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

SUMARIO: 1. Ideología y proceso: introducción – 2. La buena fe procesal: ¿rechazo o admisión?: 2.1. Tesis personal; 2.2. Justificación: 2.2.1. Introducción; 2.2.2. Configuración de la buena fe procesal como una manifestación del autoritarismo judicial; 2.2.3. El desacierto metodológico; 2.2.4. Límites en la actuación del principio de la buena fe procesal: *in medio virtus*; 2.2.5. Reflexión final – 3. La iniciativa probatoria del juez: ni todo ni nada: 3.1. Tesis personal; 3.2. Justificación: 3.2.1. Introducción; 3.2.2. Argumentos discutidos en el debate ideológico sobre la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*; 3.2.3. Límites a la iniciativa probatoria del juez: *in medio virtus*; 3.2.4. Reflexión final

## 1. IDEOLOGÍA Y PROCESO: INTRODUCCIÓN

El tema de la ideología y su relación con el proceso es especialmente complejo y admite multitud de enfoques o planteamientos, todos ellos más o menos admisibles – menos uno al que luego me referiré-. En este sentido, el “Diccionario de Política” de BOBBIO y MATTEUCCI inicia el concepto de “ideología” destacando que “Tanto en el lenguaje político práctico, como en el de la filosofía, de la sociología y de la ciencia política no existe quizás ninguna palabra que esté a la par de ideología por la frecuencia con que es empleada y, sobre todo, por la gama de significados distintos que le son atribuidos”<sup>1</sup>.

En mi enfoque del tema, voy a partir de dos de estas posibles relaciones entre ideología y proceso: (a) uno, desde la perspectiva del contenido de la eventual regulación legal de los procesos; (b) y otro, desde la perspectiva de sus reformas:

(a) Desde el punto de vista del contenido concreto de la regulación de los procesos, esto es, de cómo deberían articularse, es habitual distinguir dos grandes modelos ideológicos teóricos que parten del mundo de las ideas políticas de lo que es una ideología. Me refiero al liberalismo y al intervencionismo.

Podríamos discutir qué puntos o aspectos del proceso son propios de una ideología o de otra. Podríamos hacer un listado de puntos y, probablemente, en más de uno de ellos no nos pondríamos de acuerdo. Hay una enumeración muy interesante de elementos procesales propios de una ideología liberal y de otra intervencionista de PROTO PISANI<sup>2</sup>, en el que indica cerca de treinta y cinco posibles elementos identificadores de cada modelo ideológico del proceso, aunque rápidamente admite, y no podía ser de otro modo, que no hay un “ordenamiento puro” que adopte un sistema procesal íntegramente inspirado en la ideología liberal o la intervencionista.

La constitucionalización del proceso ha incidido especialmente en las garantías procesales de las partes<sup>3</sup>, y no tanto sobre los modelos o sistemas procesales. Sobre este último punto, las Constituciones de mediados del siglo pasado suelen reconocer el derecho de propiedad y la economía libre de mercado como medio de funcionamiento económico de la sociedad; y también la “Justicia” como valor esencial de nuestras sociedades junto a la efectividad de la tutela judicial como derecho de los justiciables: lo primero, nos conduciría a dar

1 STOPPINO, M., *Ideología*, en “Diccionario de Política”, A-J, dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, editorial Siglo Veintiuno, México, 1982, p. 785..

2 Publicado en “Il Foro italiano” con el título *Il Codice di Procedura Civile del 1940 fra pubblico e privato*, 2000, parte V-4, pp. 73 a 87.

3 Al respecto, me remito más ampliamente a PICÓ I JUNOY, J.: *Las garantías constitucionales del proceso*, editorial J.Mª Bosch editor, Barcelona, 2011 (la primera edición es de 1997).

más valor a las ideas o postulados más liberales, caracterizados por la disponibilidad de los derechos; mientras que los segundo nos conduciría a dar más valor a las ideas o postulados más publicistas. Bien, pienso que, como regla general, es bueno buscar siempre el punto medio de equilibrio y evitar planteamientos ideológicos radicales. Los siguientes epígrafes dedicaré mi atención a alcanzar este *in medio virtus* entre el liberalismo y el intervencionismo en dos aspectos conflictivos del derecho procesal.

(b) En segundo lugar, desde el punto de vista de las reformas procesales, me parece muy interesante destacar el concepto de “ideología” que nos da el reciente “Diccionario Jurídico del español” que ha elaborado la Real Academia de la Lengua Española, según el cual estamos ante un “Conjunto de ideas sobre la realidad social, política, económica, religiosa, etc, que pretende la conservación del sistema (ideologías conservadoras); su transformación, que puede ser radical y súbita (ideología revolucionaria) o paulatina (ideología reformista); o la restauración de un sistema previamente existente (ideologías reaccionarias)”<sup>4</sup>. Lo primero que pensé al leer la definición de ideología “reaccionaria” es lo certero que es para identificar el verdadero alcance de lo que en los últimos años se ha venido a autodenominar el “garantismo procesal” pues, en la medida en que nos vuelve a situar en los postulados ideológicos de finales del siglo XIX, debería llamarse, forzando el uso correcto del lenguaje, “reaccionismo procesal”.

Quiero acabar esta breve aproximación al tema de la relación entre ideología y proceso denunciando algo que ha provocado una desgraciada “ruptura” entre los procesalistas por motivos ideológicos: me estoy refiriendo a la polémica entre el citado autodenominado “garantismo procesal” -que postula un “minimalismo judicial”<sup>5</sup>- y el “activismo procesal” -caracterizado por el intervencionismo del juez en el desarrollo del proceso-. El método de estudio más importante que utiliza el autodenominado “garantismo procesal” es estrictamente el histórico, para hacer coincidir determinadas figuras o instituciones jurídicas propias del intervencionismo judicial que se encuentran en Códigos procesales de épocas autoritarias con el propio carácter autoritario de la figura misma. Esto es, se identifica con la ideología imperante en la época histórica del Código Procesal vigente. En consecuencia, si te auto colocas la etiqueta de “garantista” e inmediatamente dices que el postulado contrario al tuyo es propio del pensamiento autoritario o fascista, rompes toda posibilidad de debate o diálogo con quien no piensa como tú porque, automáticamente, lo conviertes, aunque sea de forma indirecta, en “no garantista” y en “fascista o autoritario”. Por ello, ya denuncié este planteamiento “perverso” del debate ideológico del proceso en los “Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia”, con un trabajo que tenía un título muy ilustrativo: “*Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato*”<sup>6</sup>.

Volviendo a los dos modelos ideológicos “puros” del proceso (el liberal y el intervencionista), ambos tienen inconvenientes:

(a) el primero, el liberal, que niega todo tipo de iniciativa material del juez, supone restar eficacia al proceso como instrumento del Estado para la justa tutela judicial de los intereses litigiosos. Creo que no debe buscarse el pleno liberalismo sin tener en cuenta la función que cumple el proceso en nuestro marco constitucional, a saber, como he indicado, la más justa tutela judicial de los intereses litigiosos.

(b) pero el segundo modelo, el intervencionista, que potencia al máximo la actuación procesal del juez al objeto de dar la mayor eficacia a su tutela judicial, en ocasiones olvida, o puede poner en peligro, fundamentales garantías del proceso, y muy especialmente el derecho de defensa de los litigantes.

Esto es, en mi modesta opinión, el liberalismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso; pero la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de garantías básicas de la actividad del juez – con su deber de imparcialidad- y de las partes – con sus derechos a la defensa-.

4 *Diccionario jurídico del español*, editado por la Real Academia Española de la Lengua y el CGPJ, dirigido por Santiago Muñoz Machado, edit. S.L.U. Espasa, Barcelona, 2016, p. 891.

5 En términos de PEYRANO, J., *Acerca de los “ismos” en materia procesal civil*, en “Herramientas procesales”, editorial Nova Tesis, Santa Fe, 2013, p. 404.

6 Tomo I, editorial Giuffrè, Milano, 2005, pp. 213 a 230 (la versión en castellano se publicó en la “Revista del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”, 2004, n.º 4, pp. 253 a 271; y en la obra “Proceso civil e ideología”, coordinada por Juan Montero Aroca, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 117 a 135).

Por ello, sinceramente, creo que el debate liberalismo/intervencionismo, esto es, libertad-eficacia, no debe plantearse en términos de prevalencia de uno sobre otro, sino como búsqueda de sus posibles compatibilidades. Solamente una visión muy limitada examina los fenómenos en blanco y negro desdeñando los grises y las áreas de armonización. Debería buscarse la máxima eficacia del proceso respetando siempre las garantías procesales del juez y de las partes.

En definitiva, entiendo que en la polémica ideológica del proceso lo verdaderamente relevante no es buscar el origen histórico de una institución, esto es, cuál era el régimen político en el que surgió, sino analizar si esta institución es o no válida para lograr la mejor justicia posible en la resolución del conflicto sin sacrificar ninguna garantía procesal.

En este trabajo voy a centrarme solo en dos aspectos básicos del derecho procesal, que ya han sido objeto de estudio por mi parte, y que admiten un *in medio virtus*. Como es bien sabido, *in medio virtus* es una expresión aristotélica que destaca la virtud de alcanzar el necesario punto de equilibrio entre posturas radicales<sup>7</sup>. En el derecho procesal encontramos doctrinas contradictorias que admiten un acercamiento en orden a lograr el justo punto de equilibrio entre ambas, y aquí solo, a modo de ejemplo, voy a centrarme en dos de ellas.

Al inicio de cada uno de los siguientes epígrafes expondré mi tesis personal para, seguidamente, justificarla.

## 2. LA BUENA FE PROCESAL: ¿RECHAZO O ADMISIÓN?

### 2.1. TESIS PERSONAL

Todo justiciable puede ejercer plenamente su derecho a la defensa y hacerlo de la forma estratégica que estime más oportuno. Pero ello tiene un importante límite: el principio de la buena fe procesal, entendido éste en su sentido restrictivo, esto es, aquel que limita su alcance a la vulneración de los derechos fundamentales de contenido procesal de la parte contraria a la que presuntamente actúa de mala fe.

### 2.2. JUSTIFICACIÓN

#### 2.2.1. Introducción

Uno de los temas clásicos que periódicamente adquiere protagonismo en la doctrina procesal es el de la necesidad o conveniencia de reconocer legalmente la exigencia de las partes de actuar de buena fe<sup>8</sup>, limitándose así el ejercicio de su derecho fundamental a la defensa, lo que ha llevado a cierta doctrina a mantener que estamos en presencia de un principio con un fundamento autoritario<sup>9</sup>.

Para el correcto planteamiento del tema creo que debemos partir de la base de que toda actuación procesal de las partes se presume que es fruto del legítimo ejercicio de su derecho fundamental a la defensa. Por ello, cualquier límite a dicha actuación debe ser interpretado de forma restrictiva. De ahí que considero acertada la idea de que el abuso del proceso – y en general, la apreciación judicial de la mala fe procesal – es una figura de aplicación necesariamente restrictiva. Dicho esto, ello no significa que todo valga en el proceso, y que el derecho de defensa lo justifique todo. Ni mucho menos supone que la exigencia legal de actuar con buena fe procesal sea propio de un sistema procesal de corte autoritario o inquisitivo, idea ésta que algunos autores están manteniendo, como seguidamente paso a exponer, y que me gustaría valorar críticamente.

7 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro segundo, Capítulo 6. Con dicha expresión viene a significarse que la medida justa de las cosas está en el medio, siendo el exceso o el defecto lo que destruye la virtud, por lo que siempre hay que buscar el punto medio entre ambos extremos.

8 Al respecto, me remito a mi trabajo *El principio de la buena fe procesal*, 2ª edición, editorial J.Mª. Bosch editor, Barcelona, 2013 (la primera edición es de 2003). Y en la más reciente doctrina italiana vid. TARUFFO, M., *L'abuso del processo: profili generali*, en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", n.1, 2012, pp. 117 a 140 (que constituye su última aportación a una de sus principales líneas de investigación), así como las numerosas monografías publicadas sobre la misma tanto en el proceso civil (cfr. GHIRGA, M.F., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; id., *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004; NICÓTINA, G., *L'abuso nel processo civile*, Roma, 2005; o MACIOCE, F., *La lealtà. Una filosofia del comportamento processuale*, Torino, 2005; COMOGLIO, L.P., *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, 2004; BUZZACCHI, C., *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002; y la completa y exhaustiva obra de COR-DOPATRI, F., *L'abuso del processo*, vol. I y II, Padova, 2000), como del proceso penal (así, vid. CATALANO, F.M., *L'abuso del processo*, Milano, 2004).

9 Este tema lo analicé en profundidad en mi estudio *La buona fede processuale: una manifestazione dell'autoritarismo giurisdizionale*, en "Rivista di Diritto Processuale", n. 1, 2013, pp. 171 a 181.



## 2.2.2. Configuración de la buena fe procesal como una manifestación del autoritarismo judicial

El principio de la buena fe procesal es la manifestación en el ámbito jurisdiccional del principio general de la buena fe. Éste, no sólo debe desplegar su eficacia en el campo del derecho privado sino también en el público<sup>10</sup>, en orden a preservar un mínimo de conducta ética en todas las relaciones jurídicas. Por ello, no debe existir temor alguno en su aplicación también en el ámbito procesal siempre en sus más estrictos y justos límites. Sin embargo, para cierta doctrina, detrás de este principio se esconde el autoritarismo judicial de los códigos procesales fascistas. Así, por ejemplo, MONTERO AROCA al examinar este principio, destaca que se trata de “un mito con orígenes muy claros en la historia de las normas procesales”, y cita los códigos de enjuiciamiento civil italiano y soviético, realizados en regímenes totalitarios, para concluir su reflexión indicando que “las repetidas alusiones a que el proceso es un medio para que las partes y sus abogados colaboren con el juez en la obtención de lo más justo, en el descubrimiento de la verdad o de la justicia material, sólo se comprenden en un contexto ideológico que parte de dar como sobreentendido que los ciudadanos no tienen derecho a “pelear” por lo que crean que es suyo y a hacerlo con todas las armas que les proporciona el ordenamiento jurídico. Sólo el juez autoritario, fascista o comunista, lo mismo da, es el juez que se cree ungido, por no se sabe muy bien qué fuerza de la divinidad o del destino, para hacer justicia entre los hombres. El juez liberal y garantista se limita, más modestamente, a pretender hacer efectivo el derecho positivo entre los ciudadanos, a aplicar la ley”<sup>11</sup>.

## 2.2.3. El desierto metodológico<sup>12</sup>

El hecho de que la exigencia de actuar con probidad o buena fe procesal aparezca en algunos códigos fascistas no tiene por que necesariamente hacerla partícipe del carácter autoritario que se pretende. La bondad o no de una norma depende de su propio contenido y alcance, más que de la época en que haya sido redactada, de la ideología de su autor o de la forma en que se aplique en la práctica forense, por lo que pueden existir códigos procesales de gran rigor científico o técnicamente incorrectos con independencia de su origen más o menos liberal o social<sup>13</sup>. Y, así por ejemplo, podemos destacar cuatro hechos que evidencian mi posición:

- f. El principio de la buena fe procesal si bien había sido acogido en el § 138 párr.1 de la *Zivilprozessordnung* alemana (*ZPO*), fruto de la reforma del 27 de octubre de 1933<sup>14</sup>, realizada por el poder autoritario del momento, su contenido, casi literalmente, fue ya reclamado insistentemente mucho antes del *Terzo Reich*, en concreto, como apunta el excelente estudio de GROSSMANN<sup>15</sup>, en tres ocasiones: en el Proyecto relativo a la “Simplificación de la vía judicial” de 1923, en el Proyecto para la “Reforma del Procedimiento Alemán”, de 1928, y en el Proyecto oficial de “Nuevo Código Procesal Civil”, de 1931; por lo que como indica esta autora “sería erróneo suponer en la introducción de la norma [el § 138 párr.1 *ZPO*] una creación de la legislación nacionalsocialista, dado que fue sencillamente tomada de los trabajos legislativos anteriores, casi sin alteración del texto”<sup>16</sup>.

10 Así ya lo destacó GORPHE, F., *Le principe de la bonne foi*, Paris, 1928, p. 106

11 MONTERO AROCA, J., *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 106 y 108. Para este autor, la ley debería limitarse a sancionar la mala fe procesal y no establecer la exigencia genérica de actuar con buena fe procesal (*Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”*, en “Proceso civil e ideología”, coordinador J. Montero Aroca, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 349). No obstante, siguiendo a CACHÓN CADENAS, entiendo que es un debate estéril discutir si lo correcto, desde una perspectiva puramente lógica o semántica, es exigir a las partes que actúen con buena fe procesal o prohibirles la mala fe procesal, “por la sencilla razón de que, siendo lo bueno lo contrario de lo malo, no hay zonas intermedias entre, por un lado, el deber genérico de actuar con buena fe procesal, y, por otro lado, la prohibición, también genérica, de obrar con mala fe procesal” (*La buena fe en el proceso civil*, en “Justicia”, n. 1-2, 2005, p. 30). En consecuencia, en todo proceso es exigible que cualquier interviniente actúe con buena fe procesal o, si se quiere en otras palabras, se le prohíba actuar con mala fe procesal.

12 Sobre este aspecto, me remito a mi trabajo *La buona fede processuale: una manifestazione dell’ autoritarismo giurisdizionale?*, ob. cit., pp. 172 a 176.

13 Respecto del erróneo planteamiento de enjuiciar una institución jurídica sólo en función de la época histórica en la que surgió, me remito a mis estudios *Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato*, ob. cit., pp. 228-230; e *I principi del nuovo processo civile spagnolo*, en “Studi in memoria di Angelo Bonsignori”, Giuffrè, 2004, pp. 554-555 (y en “*Rivista di Diritto Processuale*”, n.1, 2003, pp. 69-70).

14 La doctrina alemana, probablemente debido al reconocimiento legal en el § 138, párr. 1º *ZPO* de los deberes de integridad o plenitud (*Vollständigkeitspflicht*) y veracidad (*Wahrheitspflicht*), pronto asumió el principio de la buena fe procesal, y así por ejemplo LENT, refiriéndose a la probidad o buena fe, indica que estamos ante uno de los principios “cardinales de todo sistema procesal sano” (*Diritto processuale civile tedesco*, traducción de Eduardo F. Ricci, Napoli, 1962, p. 106).

15 *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles. Exposición de Derecho Comparado*, in *Jurisprudencia argentina*, T. 71, Buenos Aires, 1940, p.11

16 GROSSMANN, K., ob. cit., p. 12.

- g. La *ZPO* ha tenido diversas y profundas reformas desde 1933 y a pesar de ello se ha mantenido intacto su § 138 párr.1, hecho que vuelve a ratificar la validez “democrática” de su contenido.
- h. La buena fe procesal se recoge actualmente en los códigos de enjuiciamiento civil europeos más avanzados, como en el art. 542 del nuevo *Código de Processo Civil* portugués – aprobado mediante la Ley 41/2013, de 26 de junio<sup>17</sup>; el art. 32.1 del *Nouveau Code de Procédure Civile* francés – reformado el 28 de diciembre de 2005<sup>18</sup>; el art. 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española – en su redacción de 3 de noviembre de 2009<sup>19</sup>; o la regla 3.4.2.b de las nuevas *Civil Procedure Rules* inglesas, de 26 de abril de 1999<sup>20-21</sup>. Y de igual modo, el respeto a la buena fe procesal también se prevé en los diversos proyectos de armonización internacional del proceso civil, como los *Principles of Transnational Civil Procedure*, aprobados por el *American Law Institute* y la UNIDROIT en 2004<sup>22</sup>; y el art. 5 del “Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica” de 1988<sup>23</sup>; sin que por ello todos estos códigos puedan calificarse de fascistas o totalitarios, o no cuenten con una adecuada elaboración.
- i. Y, finalmente, debo destacar que si en el ámbito del derecho privado se ha reconocido, ya desde el derecho romano, el principio de la buena fe como base de las relaciones privadas y el lícito ejercicio de los derechos subjetivos y, de igual modo, se recoge en el art. 1:201 de los “Principios de derecho europeo de los contratos” de 1998<sup>24</sup> – que se configuran como los verdaderos fundamentos de la futura legislación común europea del Derecho de los contratos – no se entiende por qué lo correcto y válido en el ámbito del derecho privado no lo es también en el público, y más concretamente, en la actuación procesal de las partes. Por este motivo, ya CHIOVENDA destacó que “como cualquier relación jurídica y social, la relación procesal debe estar gobernada por la buena fe”<sup>25</sup>.

En definitiva, como puede comprobarse, en los códigos procesales civiles modernos y de estados totalmente democráticos se recoge la exigencia de actuar con probidad o buena fe procesal, lo que nos conduce a la evidente conclusión metodológica de que la vigencia de dicho principio no puede asociarse a una determinada ideología política autoritaria o dictatorial. Quizás por este motivo, dentro de la misma corriente

17 Que indica: “Responsabilidade no caso de má fé – Noção de má fé. 1 – Tendo litigado de má fé, a parte será condenada em multa e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir. 2 – Diz-se litigante de má fé quem, com dolo ou negligência grave: a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar; b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa; c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação; d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a acção da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão. 3 – Independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admitido recurso, em um grau, da decisão que condene por litigância de má fé”.

18 Que establece: “Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d’un maximum de 3.000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés”.

19 Esta norma establece: “Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento. 1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. 2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. 3. Si los Tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar. En todo caso, por el Secretario judicial se hará constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el Juez o la Sala. 4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria [...]”.

20 Según la cual: “The court may strike out a statement of case if it appears to the court [...] that the statement of case is an abuse of the court’s process or is otherwise likely to obstruct the just disposal of the proceedings”.

21 También en los Estados Unidos de Norteamérica existen diferentes *Federal Rules* que tienden a evitar el abuso en el proceso (cfr. al respecto, DONDI, A., *Cultura dell’abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1997, pp. 787 y ss -y las obras ahí citadas-).

22 De forma rotunda, el principio 11 establece: “Obligations of the Parties and Lawyers. 11.1 The parties and their lawyers must conduct themselves in good faith in dealing with the court and other parties. 11.2 The parties share with the court the responsibility to promote a fair, efficient, and reasonably speedy resolution of the proceeding. The parties must refrain from procedural abuse, such as interference with witnesses or destruction of evidence. 11.3 In the pleading phase, the parties must present in reasonable detail the relevant facts, their contentions of law, and the relief requested, and describe with sufficient specification the available evidence to be offered in support of their allegations [...]. 11.4 A party’s unjustified failure to make a timely response to an opposing party’s contention may be taken by the court, after warning the party, as a sufficient basis for considering that contention to be admitted or accepted. 11.5 Lawyers for parties have a professional obligation to assist the parties in observing their procedural obligations.”.

23 Que indica: “Buena fe y lealtad procesal.- Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los participantes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe”.

24 Dentro de los Principios, esta norma se encuentra en la Sección 2ª (“Deberes generales”) de su Capítulo I (“Disposiciones generales”), y en ella se establece: “Buena fe contractual. (1) Las partes tienen la obligación de actuar respetando la buena fe contractual. (2) Las partes no pueden excluir o limitar esta obligación”.

25 CHIOVENDA, G., *Principii di diritto processuale civile*, 4ª edic., Napoli, 1928, p. 745.

autodenominada “garantista” del proceso – en la que se sitúa MONTERO AROCA-, existen autores que mantienen la plena vigencia del principio de buena fe procesal o moralidad, hasta considerar que estamos ante un principio básico o fundamental de todo ordenamiento procesal: así, por ejemplo, ALVARADO VELLOSO afirma que “la regla moral ha de presidir siempre el desarrollo del proceso y el de los actos procedimentales que lo componen, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica”<sup>26</sup>.

Además de este desacierto metodológico, desde un punto de pista histórico es discutible que la exigencia de actuar con buena fe procesal deba equipararse a una determinada – y desgraciada- etapa histórica. Así, en la regulación de los procesos mercantiles surgidos en distintos consulados del reino de Castilla de los siglos XVII y XVIII – en pleno apogeo comercial- literalmente se indicaba que «en los juicios se ha de proceder siempre a estilo llano, verdad sabida y *buena fe guardada*»<sup>27</sup>. No parece claro qué se pretendió con la expresión “buena fe guardada”: si bien es cierto que parte de la doctrina la asocia a la necesidad de que el juez resolviese en equidad<sup>28</sup>, no lo es menos que uno de los principios informadores de esta normativa fue la “concesión al Juez de la dirección del proceso para poder repeler actuaciones superfluas [...] consecuencia de esta necesidad de rapidez, es [...] la oposición rígida a todo intento de prolongar el procedimiento”<sup>29</sup>, por lo que la exigencia de actuar de buena fe se enmarca en la línea de los objetivos de estos nuevos procesos. Efectivamente, tras constatar la ineficacia del *solemnis ordo iudiciarius* para hacer frente a las nuevas exigencias del tráfico mercantil, surge la necesidad de establecer los que se denominaron «procesos plenarios rápidos», caracterizados por su brevedad<sup>30</sup>. Y en contrapartida, es posible que se deseara dejar expresa constancia de que la rapidez no podía justificar en ningún caso las actuaciones maliciosas o atentatorias a la buena fe procesal. En todo caso, serán necesarias futuras investigaciones para definir con precisión el verdadero alcance histórico de dicha expresión y constatar la voluntad normativa de evitar cualquier intervención maliciosa de las partes en tales procesos.

#### 2.2.4. Límites en la actuación del principio de la buena fe procesal: *IN MEDIO VIRTUS*

Una vez superada la visión bélica o agonística del proceso, éste se configura como un modo más civilizado de resolución de conflictos en el que la intervención de las partes debe estar presidida por la buena fe<sup>31</sup>. De este modo, además, pretende evitarse la existencia de dos instituciones que se fundamentan en el actuar malicioso de los litigantes: el abuso del proceso y el fraude de ley procesal.

Sin embargo, no podemos olvidar que en el marco de un proceso el ejercicio de las facultades que las leyes de enjuiciamiento atribuyen a las partes se encuentra amparado, *prima facie*, por el derecho fundamental a la defensa, por lo que el abogado puede utilizar todas las estrategias procesales que estime más adecuadas para la defensa de sus intereses. Dicho en otros términos, la estimación judicial de la mala fe procesal comporta la limitación del ejercicio del derecho a la defensa de la parte que presuntamente actúa con mala fe procesal. Al estar en juego un derecho fundamental, entiendo que su limitación sólo puede justificarse por la necesidad

26 *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Valencia, 2005, p. 266.

27 Cfr. la Ordenanza de 9 de febrero de 1632 para el Consulado de Madrid; la Ordenanza de 2 de diciembre de 1737, para el Consulado de Bilbao (parágrafo VI del capítulo I); o la Ordenanza de Buenos Aires, de 30 de enero de 1794, para el Consulado de Buenos Aires (art. 5º).

28 Así, I. HEVIA DE BOLAÑOS, en su *Curia Philipica*, afirma: “La buena fe guardada, se entiende, que se ha guardado equidad de la justicia, templándola con el dulzor de la misericordia (T. II, L. II, parágrafo 37, Madrid, 1783, p. 445); y esta es la posición mantenida por MONTERO AROCA, J., *Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal”*, en “Proceso civil e ideología”, 2ª edición, coord. J. Montero Aroca, Valencia, 2011, p. 293, nota 3. Sin embargo, debo advertir la dura crítica que en ocasiones ha merecido la obra de Hevia de Bolaños: así, por ejemplo, respecto del origen del proceso monitorio en España, dicho autor lo relaciona con dos leyes de las Partidas, opinión ésta que para Tomás y Valiente – historiador especialista en el origen de dicho proceso en España- se fundamenta en consideraciones “vagas e imprecisas, sin aportar ninguna prueba, ni siquiera razonamientos a favor de sus palabras” (*Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio*, en “Revista de Derecho Procesal”, 1960, 1, p. 53).

29 FAIRÉN GUILLÉN, V., *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, pp. 44 y 54.

30 Al respecto, es fundamental la introducción a la teoría de los procesos sumarios de BRIEGLEB, H.K., *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig, 1859 (este autor y V. Fairén Guillén -ob. cit. supra- son básicos para comprender la diferencia entre “proceso sumario” y “proceso plenario rápido”).

31 En este sentido, respecto a la equiparación entre juego y proceso, y la necesidad de respetar en ambos el «fair play» o «reglas del juego», CALAMANDREI destacó que “La lealtà prescritta dall’art. 88 è la lealtà *nel giuoco*: il giuoco, cioè la gara di abilità, è lecito, ma non è permesso barare. Il processo non è soltanto scienza del diritto processuale, non è soltanto tecnica della sua applicazione pratica, ma è anche leale osservanza delle regole del giuoco, cioè fedeltà a quei canoni non scritti di correttezza professionale, che segnano il confine tra la elegante e pregevole maestria dello schermatore accorto e i goffi tranelli del truffatore” (*Il processo come giuoco*, en “Rivista di Diritto Processuale” 1950, pp. 30-31). Y, en la misma línea, si bien respecto de la equiparación entre la lucha y el proceso, LIEBMAN indica que “sebbene nel processo si svolga una lotta in cui ciascuno si vale liberamente delle armi disponibili, questa libertà trova un limite nell’obbligo di osservare le «regole del giuoco»: queste esigono che i contendenti si rispettino reciprocamente nella loro veste di contraddittori in giudizio, secondo il principio dell’uguaglianza delle loro posizioni rispettive; perciò ciascuna parte deve evitare di ricorrere a manovre od artifici, che potrebbero impedire all’altra di far valere le sue ragioni dinanzi al giudice, in tutti i modi e con tutte le garanzie stabilite dalla legge” (*Manuale di diritto processuale civile*, 2ª edic., vol. I, Milano, 1957, pp. 163-164).

de proteger otro derecho fundamental, valor o bien constitucionalmente protegido. Sólo desde la técnica de la ponderación de los intereses en conflicto (*balancing*) puede resolverse la colisión entre derechos o bienes constitucionales. Por ello, al margen de los fundamentos éticos o morales del principio de la buena fe, debe determinarse en última instancia el fundamento constitucional de este principio susceptible de legitimar la limitación del derecho a la defensa. Y como he destacado en otros trabajos<sup>32</sup>, este principio tiene diversos fundamentos constitucionales: así, la buena fe procesal puede considerarse como límite inmanente o intrínseco del ejercicio de cualquier derecho fundamental – incluso el de defensa-; puede perfilarse como un límite inmanente derivado de forma mediata de la necesidad de proteger los derechos y garantías constitucionales del proceso – recogidas básicamente en el art. 24 de la Constitución- (con especial referencia a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la igualdad y a un proceso con todas las garantías); y finalmente, podemos encontrar un fundamento constitucional explícito, pero indirecto, del principio de la buena fe procesal, en el art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>33</sup>: es explícito ya que en dicha norma se establece directamente la prohibición del abuso del derecho<sup>34</sup>; y es indirecto porque su aplicación se deriva del art. 10.2 de la Constitución española, según el cual las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España, y evidentemente dicho Convenio es el más relevante al respecto<sup>35</sup>. Sin duda, el argumento de peso más relevante para justificar el control judicial de la mala fe procesal es el de la necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales de la parte que se puede ver perjudicada por la actuación maliciosa del litigante contrario. Dado que la mala fe puede materializarse en una infinidad de actos procesales, es imposible reducir a uno sólo los derechos fundamentales que deben protegerse acudiendo al criterio o fundamento justificador de la buena fe procesal, si bien, por regla general, éstos serán los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la igualdad procesal y a un proceso con un plazo razonable:

- a. Con referencia al derecho a la tutela judicial efectiva, debo destacar que el proceso jurisdiccional es el mecanismo jurídico que el Estado pone a disposición de las personas para solucionar de forma pacífica y justa sus conflictos, evitando así el recurso a la autotutela. Si ello es así, el Estado tiene un especial interés en procurar que el proceso se desarrolle de la forma legalmente prevista, no pudiéndose utilizar con fines distintos y en perjuicio de alguna de las partes. Por ello, la efectividad de la tutela judicial impone el rechazo a la actuación maliciosa o temeraria de las partes, o dicho en otros términos, la mala fe procesal puede poner en peligro el otorgamiento de una efectiva tutela judicial, por lo que debe en todo momento proibirse. Así, por ejemplo, puede destacarse el pretender la nulidad de actuaciones de aquel proceso seguido en rebeldía del demandado cuando, a pesar de existir un vicio en el acto de notificación de la demanda que justificaría dicha nulidad, el demandado tenía conocimiento de la litispendencia por un conocimiento extraprocesal de la misma (que evidentemente deberá probarse en el incidente de nulidad de actuaciones) y no se personó en el procedimiento. En este caso, de permitirse la nulidad de actuaciones – maliciosamente formulada- se perjudicaría la efectividad de la tutela judicial lograda por el actor.
- b. La actuación maliciosa de un litigante suele, en la mayoría de las ocasiones, estar dirigida a perjudicar el derecho de defensa de la parte contraria, por lo que si se desea proteger este derecho fundamental deberá rechazarse la citada forma de actuación procesal. Son innumerables las situaciones susceptibles de evidenciar este hecho. Así, por ejemplo, el actor que introduce extemporánea y dolosamente un documento en el proceso perjudica gravemente la estrategia defensiva de demandado que habrá efectuado toda su argumentación fáctica y jurídica en función de los documentos que constaban en la causa al momento de formular su contestación a la demanda; o el litigante que al negarse a aportar un documento requerido judicialmente impide la práctica de una prueba que puede ser básica para la defensa de los intereses de la parte que lo solicita.

32 Vid. PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, ob. cit., pp. 72 a 91; idem, *El principio de moralidad en el proceso civil actual*, en *Principios procesales*, vol. I, director J. Peyrano, Buenos Aires, 2011, pp. 765 a 800.

33 “Artículo 17. Prohibición del abuso de derecho. Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

34 Cfr. COMOGLIO, L.P., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, en “*Rivista di diritto processuale*” 2008, p. 320.

35 Así, vid. CACHÓN CADENAS, M., *La buena fe en el proceso civil*, ob. cit., p. 11; y LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *La buena fe procesal: consideraciones doctrinales y jurisprudenciales*, en “*El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*”, CGPJ, Madrid, 2006, p. 64.

- c. El derecho a la igualdad de armas procesales es fundamental dentro del sistema constitucional de garantías procesales. Este derecho exige que los litigantes tengan los mismos medios de ataque y defensa, ya que para evitar el desequilibrio entre las partes es necesario que ambas dispongan de las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. En consecuencia, una actuación maliciosa es susceptible de romper este equilibrio de intereses que las leyes procesales establecen para hacer respetar la plena igualdad de trato entre todos los litigantes, por lo que la vigencia del derecho a la igualdad de armas procesales obliga al juez a evitar cualquier obstáculo que dificulte gravemente la situación de una parte respecto de la otra. Así, en la legislación procesal nos encontramos con numerosas manifestaciones de este derecho que, directa o indirectamente, pretenden evitar que la mala fe en la actuación de alguna de las partes rompa la debida igualdad: así, por ejemplo, la prohibición de modificar sustancialmente el objeto del proceso más allá del momento procesal legalmente previsto<sup>36</sup>.
- d. Con referencia al derecho a un proceso con un plazo razonable, debo advertir que el libre ejercicio de un derecho de contenido procesal no puede denegarse bajo la excusa del retraso que ello provocará para la resolución del litigio. Cuando un justiciable ejercita un derecho legalmente previsto, el juez debe limitarse a analizar la concurrencia de los requisitos previstos para su ejercicio y, en consecuencia, permitir su realización, al margen de que ello dilate la duración del proceso. Sin embargo, el uso de ciertas instituciones procesales puede no tener por objeto el legalmente previsto, sino tan solo retrasar el curso normal de las actuaciones. En estos casos, ciertamente excepcionales, de intervención maliciosa de alguna de las partes, el juez debe rechazar la petición que se le formule si no quiere infringir a la parte contraria su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas<sup>37</sup>. Así podemos pensar en el abuso de solicitar nulidades procesales respecto de vicios o defectos subsanables que no son denunciados en su momento con el objeto de lograr maliciosamente en el futuro el máximo retraso en la resolución de la cuestión litigiosa, o la formulación de reiteradas recusaciones – que tienen efecto suspensivo- contra el mismo juez sin el grado de motivación legal respecto de la causa que *prima facie* justifique su existencia.

### 2.2.5. Reflexión final

Soy plenamente consciente de que en este tema nos encontramos con dos realidades difíciles de conciliar: (a) por un lado, el derecho fundamental de todo litigante a defenderse como estime más conveniente, incluyendo aquí todo tipo de estrategia procesal; y (b), por otro, la de exigir que su actuación se ajuste a la buena fe procesal o, dicho en otros términos, no admitir conductas maliciosas, abusivas o fraudulentas. Pero el problema, claro está, es ¿Dónde está el límite? ¿Hasta dónde llega la estrategia defensiva – admisible y válida- y dónde empieza una conducta procesalmente reprochable por infringir el principio de la buena fe procesal y, en consecuencia, debe ser controlada por el juez?

En otro estudio he formulado un concepto necesariamente genérico de la buena fe procesal – porque no olvidemos que estamos ante un concepto jurídico indeterminado- como “aquella conducta exigible a toda persona interviniente en el proceso por ser socialmente admitida como correcta”<sup>38</sup>. Y rápidamente manifesté que en un estado democrático y de derecho, para determinar el límite de la “conducta socialmente correcta” en el proceso, es necesario acudir a la Constitución, es decir, a sus derechos fundamentales, valores e intereses protegidos, de tal forma, que toda actividad defensiva que no vulnere ninguno de estos derechos no puede entenderse como actuación maliciosa. Limitado así el alcance de este principio se evita frustrar las estrategias procesales totalmente lícitas de las partes, y que se encuadran dentro de sus derechos de defensas.

En mi opinión, para que entren en juego las consecuencias de la mala fe procesal<sup>39</sup> debe haber un conflicto

36 Al respecto me remito a PICÓ I JUNOY, J., *La modificación de la demanda en el proceso civil*, Valencia, 2006.

37 Respecto a la necesidad de inadmitir toda maniobra dilatoria, entendida como el “acto o comportamiento que viene a perturbar el curso normal del procedimiento para alargar su duración” y su justificación, vid. específicamente AMRANI-MEKKI, S., *Le temps et le procès civil*, Paris, 2002, pp. 230-231.

38 Vid. mi *El principio de la buena fe procesal*, ob. cit. pp. 69.

39 En mi monografía sobre la buena fe procesal sistematicé hasta trece posibles consecuencias, clasificándolas entre procesales y extraprocesales: en el primer grupo, nos encontramos con la inadmisión del acto procesal solicitado, la ineficacia del acto procesal realizado, la pérdida de las cantidades económicas depositadas judicialmente para la realización de actos procesales, la imposición de los daños y perjuicios ocasionados por la actuación maliciosa, la valoración intraprocesal de la conducta de las partes, la notificación de la pendencia del proceso a terceras personas, las multas, las costas procesales, la nulidad de actuaciones, la pérdida del pleito, el uso de la coacción física para contrarrestar la mala fe procesal, y la posibilidad de “revisar” la sentencia firme “fraudulenta”. Y, en el segundo grupo de consecuencias, la responsabilidad disciplinaria, civil y penal en la que puede

de intereses entre derechos fundamentales: el de defensa -de la parte que pretende efectuar una determinada actuación procesal de forma reprochable- y los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa, a la igualdad de armas procesales, a un proceso sin dilaciones indebidas -entre otros- de la contraparte. Este conflicto, de muy difícil solución<sup>40</sup>, que debe encontrarse en todos los supuestos de infracción de las reglas de la buena fe procesal, sólo puede resolverse atendiendo a las peculiaridades de cada caso concreto, por lo que toda solución apriorística resulta inadecuada. En consecuencia, solo a la luz de las circunstancias concretas de cada actuación de las partes estaremos en condiciones de analizar si ha habido o no una vulneración de la buena fe procesal, planteamiento nada extraño del tema que estamos estudiando pues, insisto, no podemos olvidar el carácter de concepto jurídico indeterminado de la expresión “buena fe procesal” (o similares).

También aquí es posible un *in medio virtus*. Ni es acertada la formulación general – propia de una ideología liberal- de rechazar siempre la vigencia de este deber por entender que estamos ante otra manifestación del intolerable activismo judicial propio de ideologías autoritarias; ni tampoco lo es la idea – propia de una ideología intervencionista- de exigir al juez el control ilimitado del deber de las partes de actuar con buena fe procesal susceptible de comprometer su derecho a la defensa. Ambos planteamientos son incorrectos:

- a. el primero, por restrictivo, porque obvia que junto al derecho de defensa de la parte que actúa en el proceso la contraria tiene otros derechos fundamentales que pueden verse vulnerados por la actuación contraria a la buena fe procesal; y
- b. el segundo, por excesivo, porque no nos da pautas o criterios que permitan concretar cuándo una actuación procesal atenta el principio de la buena fe procesal.

En mi opinión, en línea de principio, como he indicado, es válido reconocer la necesidad de las partes de actuar con buena fe procesal, pero debe limitarse su alcance al supuesto en el que el actuar de la parte – presuntamente maliciosa- provoque una vulneración de otro derecho fundamental en la parte contraria: su propia defensa, o los derechos a la tutela judicial efectiva, a la igualdad de armas procesales, a un proceso sin dilaciones indebidas, o cualquier otro derecho fundamental. Es, en este momento, cuando debe intervenir el control de oficio del juez y ver, en cada caso concreto, qué derecho fundamental en conflicto debe prevalecer.

Reconozco que lo que acabo de indicar es fácil de decir pero es difícil de concretar. Por ello, intentaré ilustrar mi postura con un simple ejemplo logrado de algunos recientes códigos procesales civiles latinoamericanos en los que se establece, genéricamente, que la demanda con una pretensión “insostenible” debe inadmitirse o rechazarse por formularse de manera abusiva, esto es, con mala fe procesal. ¿Es correcta esta previsión normativa?:

- a. un planteamiento ideológico liberal del problema nos diría que no; y
- b. un planteamiento intervencionista – o publicista- probablemente nos diría que sí.

Pero desde el enfoque metodológico que estoy formulando en este trabajo me preguntaría: ¿Se le vulnera al demandado algún derecho fundamental por admitirse la demanda al actor? En principio, que yo sepa no: si tan “infundada” o “insostenible” es la demanda que no se preocupe porque ganará el proceso y, mediante la condena en costas – que incluso en este caso puede ser agravada- no tendrá ningún perjuicio económico por la existencia del proceso. En consecuencia, mi respuesta a la pregunta que he formulado es que no debería limitarse el derecho de acceso a los tribunales (el derecho a la tutela judicial efectiva) del justiciable que, ejercitando su derecho de defensa, formula una pretensión pretendidamente infundada o insostenible.

### 3. LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ: NI TODO NI NADA

#### 3.1. TESIS PERSONAL

El juez debe tener iniciativa probatoria, pero limitada a los hechos sometidos a su enjuiciamiento por

incurrir el abogado que actúe con mala fe procesal (PICÓ I JUNOY, J., *El principio de la buena fe procesal*, ob. cit., pp. 265 a 296).

40 Ya en este sentido, en el clásico trabajo de CALAMANDREI que analiza comparativamente el proceso como un juego, destaca que «è assai difficile stabilire fin dove arrivino i diritti di una accorta difesa e dove cominci il riprovevole inganno (mala fede)» (*Il processo come giuoco*, ob. cit., p. 31).

las partes (en mérito del principio dispositivo), a los elementos probatorios que ya le consten en los autos (al objeto de proteger su debida imparcialidad judicial) y debe garantizarse a las partes poder alegar lo que estimen conveniente sobre esta iniciativa *ex officio iudicis* y proponer la prueba que consideren conveniente (para respetar, en todo momento, su derecho de defensa).

## 3.2. JUSTIFICACIÓN

### 3.2.1. Introducción

Otro tema que recurrentemente se plantea la doctrina procesal es el del papel del juez en materia probatoria y, más concretamente, el de otorgarle o no iniciativa probatoria. En este punto, como es bien sabido, nos encontramos con dos posturas radicalmente opuestas: la restrictiva, representada por la citada doctrina autodenominada “garantista”; y la amplia, defendida por la “doctrina publicista”. En cada una de ellas encontramos ilustres procesalistas que sostienen su opinión en función de una determinada concepción de lo que es el proceso, de la finalidad de la prueba judicial y de las funciones procesales que deben asignarse al juez y a las partes. En este ámbito del debate científico, al igual que el anterior, es perfectamente defendible cualquiera de ambas posiciones. No lo es, sin embargo, “politizar” el debate: con anterioridad me he referido al carácter “perverso” del discurso que ha realizado cierta doctrina “garantista” al equiparar la iniciativa probatoria del juez civil a los postulados propios de pensamientos fascistas, autoritarios o comunistas, ya que con ello se impide el sano diálogo con la doctrina que no opina de igual modo, pues colocan necesariamente a los autores que la integran bajo la indebida e injustificada descalificación – aun indirecta- de ser fascistas o autoritarios.

### 3.2.2. Argumentos discutidos en el debate ideológico sobre la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*

Bajo la configuración amplia del principio dispositivo, y con el fundamento de la plena libertad de actuación procesal de las partes y la consiguiente pasividad del juez – que se limita casi a presenciar la prueba y dictar sentencia, pues cualquier tipo de intervención suya se considera una intromisión ilegítima en el ejercicio de defensa de las partes- suelen formularse argumentos de muy diversa índole para justificar la falta de iniciativa probatoria del juez, debiéndose destacar los siguientes seis: (a) el interés privado discutido en el proceso civil; (b) el interés único de las partes en la obtención de una resolución favorable a sus pretensiones; (c) la incompatibilidad entre el derecho a la prueba de las partes y la iniciativa probatoria del juez; (d) la destrucción de la carga de la prueba; (e) la debida protección de la igualdad procesal de las partes; y (f) la vulneración de la debida imparcialidad judicial<sup>41</sup>. Conviene recordar aquí que el fundamento del principio dispositivo, en opinión de la doctrina mayoritaria, se encuentra en la propia estructura del modelo económico y jurídico acogido por el ordenamiento español y, especialmente, por la Constitución en la que se reconoce el derecho a la propiedad privada – art. 33- y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado – art. 38-. En consecuencia, opta por un determinado modelo que implica una distinción clara entre intereses privados y públicos, y la admisión de un amplio margen a la autonomía de la voluntad y a la iniciativa de los particulares.

Sin embargo, la ideología social emergente a inicios del siglo pasado llevó consigo en Europa el fenómeno de la “publicización o socialización” del proceso civil que, con el objetivo de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigencias del Estado Social de Derecho, puso de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos. Se enfatizó la distinción entre los principios dispositivo y de aportación de parte<sup>42</sup> para, sin discutir la vigencia del primero de ellos, ponerse en tela de juicio el segundo, al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades probatorias del

41 Diferentes trabajos en la línea aquí apuntada pueden consultarse en la obra colectiva *Proceso civil e ideología*, coordinador Juan Montero Aroca, 2ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia. 2011.

42 El principio de aportación de parte hace referencia a que son las partes las que deben introducir los hechos secundarios al proceso [los principales, en la medida en que conforman la *causa petendi*, se integran dentro del principio dispositivo] y aportar al mismo toda la prueba necesaria para acreditar los elementos fácticos discutidos en el proceso. La errónea formulación de la regla *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, expresa en toda su extensión el significado del mencionado principio (sobre la errónea formulación de este brocardo y su repercusión en las legislaciones procesales actuales me remito a mi libro *El juez y la prueba ...*, ob. cit.).

órgano jurisdiccional, indicándose que si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo, es decir, de su desarrollo, al concebirse no sólo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como función pública del Estado, interesado, por tanto, en el mejor cumplimiento de esta función. La virtualidad de esta distinción de principios procesales se encuentra en el hecho de diferenciar con precisión el esencial y básico principio dispositivo, del eventual principio de aportación de parte. Así, mientras el legislador no puede, sin comprometer el carácter disponible del interés discutido en el proceso civil, consentir al juez tutelar dicho interés en ausencia de una demanda de parte o extralimitarse en tal tutela más allá de lo dispuesto por los litigantes, si puede sustraerles el poder monopolístico de iniciativa probatoria incrementando, viceversa, los poderes del juez<sup>43</sup>. Por todo ello, los seis argumentos frecuentemente utilizados para justificar la pasividad del juez civil en materia probatoria fueron sometidos duramente a crítica<sup>44</sup>. Además, y especialmente a través de la obra de TARUFFO, se introdujo la idea de la búsqueda de la verdad como el fin último al que debe tender cualquier sentencia que pretenda ser lo más justa posible, por lo que, a tal efecto, el juez siempre debe tener libertad de iniciativa probatoria<sup>45</sup>.

### 3.2.3. Límites a la iniciativa probatoria del juez: *in medio virtus*

El estado social de derecho -consagrado en la mayoría de las constituciones, como la española- prevé un sistema procesal proclive a otorgar iniciativa probatoria al juez. Además, a ello ayuda el reconocimiento de la “Justicia” como valor superior del ordenamiento jurídico al que debe tender toda actividad judicial: en este sentido, si la “Justicia” de la decisión – fin último de la función jurisdiccional- representa un ideal de la sociedad de derecho, un objetivo a alcanzar por el ordenamiento jurídico, esto es, existe un interés público en que el resultado del proceso sea lo más “justo” posible, el Estado debe poner al servicio de quienes la imparten los medios y poderes necesarios para que pueda alcanzarse dicho fin. Evidentemente, el problema radica en dotar de contenido o significado al valor “justicia”, pues su ambigüedad y falta de concreción pueden propiciar cierto decisionismo judicial. KELSEN concluye su ensayo ¿Qué es Justicia?<sup>46</sup> formulando su concepción de la “Justicia” con estas palabras: “la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad”. En esta búsqueda de la “verdad” dentro del proceso -“verdad” mediatizada, en virtud del principio dispositivo, por los relatos fácticos de las respectivas partes- encuentra su justificación la iniciativa probatoria al juez.

Es cierto que las limitaciones propias del hombre hacen que no siempre pueda alcanzarse la tan preciada “justicia”, pero no lo es menos que ello no debe ser obstáculo para que el legislador ponga en manos del juzgador los medios suficientes al objeto de que ésta pueda lograrse en el mayor número de ocasiones, máxime si con ello no se infringe precepto constitucional alguno. Como ha indicado TARUFFO, al estudiar el concepto de «justicia de la decisión judicial» ésta no es nunca justa si se fundamenta sobre una determinación errónea o inexacta de los hechos, por lo que concluye que la certeza del juicio sobre los hechos es una condición necesaria para que pueda afirmarse que la decisión judicial es justa<sup>47</sup>. Además – como advierte el citado autor<sup>48</sup>- todo ello es compatible con la teoría según la cual el proceso únicamente sirve para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y en su lugar se piensa que éste deber ser resuelto sobre

43 SATTI, S., y PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, 11ª ed., Edit. Cedam, Padova, 1992, p. 188. Para un estudio sobre los eventuales componentes “privatistas” y “publicistas” de un código procesal civil me remito al detenido análisis de PROTO PISANI, A., *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, ob. cit..

44 El lector puede encontrar esta crítica en mi trabajo *El derecho a la prueba en el proceso civil*, editorial J.Mª Bosch editor, Barcelona, 1996, pp. 232 a 253; y *El juez y la prueba ...*, ob. cit., pp. 104 a 117.

45 Al respecto, es fundamental la lectura de sus libros – por orden cronológico de publicación-: *La prova dei fatti giuridici*, editorial Giuffrè, Milano, 1992 (con traducción al castellano de Jordi Ferrer Beltrán – “La prueba de los hechos”, editorial Trotta, Madrid, 2002-); *La prueba*, traducción de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, editorial Marcial Pons, Madrid, 2008; *Páginas sobre justicia civil*, traducción de Maximiliano Aramburo Calle, editorial Marcial Pons, Madrid, 2009; y *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, editorial Laterza, Bari, 2009 (con traducción al castellano de Daniela Accatino Scagliotti – “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos”, editorial Marcial Pons, Madrid, 2010-).

46 Este ensayo constituye su conferencia de despedida como profesor de la Universidad de California pronunciada en Berkeley el 27 de mayo de 1952. Junto con otros ensayos del mismo autor se encuentra en la obra *¿Qué es Justicia?*, Edit. Ariel, Barcelona, 1991 (pp. 35 a 63).

47 TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, ob. cit., p. 43; idem, *La semplice verità*, ob. cit., pp. 118-119. De igual modo, vid. BULYGIN, E., *Sull'interpretazione giuridica*, en “Analisi e diritto”, 1992, p. 25; y PARRA QUIJANO, J., *Racionalidad e ideologías en las pruebas de oficio*, edit. TEMIS, Bogotá, 2004, pp. 4 a 8.

48 TARUFFO, M., *La prova ...*, ob. cit., p. 44.



la base de algún criterio de justicia, entonces ciertamente nos encontramos con el deber de reconocer que la declaración judicial certera de los hechos es una condición necesaria para lograr la solución justa del proceso.

Siguiendo con esta argumentación, observamos que la Constitución española recoge en su art. 24.2 el derecho fundamental de toda persona a obtener una efectiva tutela judicial. Para otorgar esta tutela, haciendo realidad la justicia demandada por los particulares cuando se ven compelidos a acudir a la solución judicial de sus conflictos, el órgano jurisdiccional necesita la prueba de los hechos discutidos y a los cuales aplicará el ordenamiento jurídico. En consecuencia, si el objetivo de todo proceso es que los Jueces y Magistrados apliquen la ley a unos determinados hechos, de cuya certeza deben estar convencidos, coartarles o restringirles, de un modo absoluto, la iniciativa probatoria supone, a nuestro entender, una limitación a la efectividad de la tutela judicial y a la postre a la búsqueda de la justicia<sup>49</sup>.

Dicho esto, también debo admitir que una ilimitada iniciativa probatoria *ex officio iudicis* puede entrar en conflicto con derechos o valores constitucionales que merecen ser igualmente protegidos. Por ello, debemos buscar el *in medio virtus*, esto es, aquella postura que permita la mayor iniciativa probatoria del juez civil sin hacer peligrar ningún derecho o garantía constitucional del proceso. Por ello, como tuve de analizar en otro lugar<sup>50</sup>, debe tener tres relevantes límites:

- a. En primer lugar, en virtud del principio dispositivo, la prueba practicada por el juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes que configuran la *causa petendi*. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendente a investigar o aportar hechos esenciales no alegados por las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir la sentencia en un vicio de incongruencia.
- b. En segundo lugar, es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez (así, por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar). Sólo de esta forma se evita que el juez actúe inquisitivamente o utilice su “conocimiento privado” al margen de los resultados que figuran en los autos. Este límite tiende a garantizar la debida imparcialidad del juzgador, en la medida en que su actuación se restringe únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en los autos y nunca a investigar nuevas fuentes. Al margen del uso de estas fuentes probatorias, entendemos que el juez no puede tener iniciativa probatoria, pues sería incontrolable su fuente de conocimiento respecto de los elementos probatorios por él utilizados, lo que puede comprometer la debida confianza que objetivamente el juez debe merecer al justiciable<sup>51</sup>.
- c. Y finalmente, en tercer lugar, es necesario que se respete, en todo momento, el principio de contradicción que cualquier litigante posee en el desarrollo de la prueba, por lo que debe permitírsele proponer nuevas pruebas y, evidentemente, participar en la práctica de toda la actividad probatoria. De este modo, no se vulnera el derecho de defensa constitucionalizado en el art. 24 de nuestra Norma Fundamental.

En definitiva, como podemos comprobar, cada objeto protegido incide en un ámbito distinto de la actividad jurisdiccional: el primero, en el propio proceso y los hechos en él discutidos; el segundo, en el juez y su debida imparcialidad; y el tercero, en las partes y su derecho constitucional a la defensa.

Afortunadamente, la LEC española ha introducido una norma que en cierta medida acoge esta iniciativa judicial, el art. 429.1.III y IV, según el cual:

“Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación,

49 En esta línea de pensamiento, vid. MORELLO, A.M., *La prueba. Tendencias modernas*, Librería Editora Platense, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1971, pp. 60 a 64; BERIZONCE, R., *Los poderes del juez e iniciativa de los abogados en el trámite probatorio*, en “Derecho procesal civil actual”, ob. cit., p. 406; GOZAÍNI, O., *Problemas actuales del derecho procesal (garantismo vs. activismo judicial)*, Fundap, México, 2002, p. 43; y OTEIZA, E., *El juez ante la tensión entre libertad e igualdad*, en “Revista de derecho procesal”, número extraordinario: “Poderes y deberes del juez (homenaje a J. Ramiro Podetti)”, edit. Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 227.

50 PICÓ I JUNOY, J., *El derecho a la prueba en el proceso civil*, ob. cit., pp. 267-271; y *El juez y la prueba*, ob. cit., pp. 117 a 123.

51 Al respecto me remito a PICÓ I JUNOY, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, edit. J.Mª. Bosch editor, Barcelona, 1998, especialmente pp. 24-25, 51 y 104 a 108.

el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios, cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

Como podemos comprobar, la LEC ha alcanzado una solución de compromiso entre las tendencias liberal e intervencionista. La propia literalidad de esta norma conduce a sostener que en ella nos encontramos, en cuanto a la indicación de la insuficiencia de la prueba solicitada, ante un deber; y respecto a la indicación de la concreta prueba para acreditar tales hechos, ante una facultad judicial. En concreto:

- a. Por un lado, nos encontramos ante un verdadero deber, en función del cual el juez ha de advertir a las partes, en la audiencia donde se propone la prueba, de la insuficiencia de las pruebas propuestas para el esclarecimiento de los hechos litigiosos. Así, establece que: “Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos *lo pondrá de manifiesto* a las partes [...]”. Dicha norma no utiliza el condicional “podrá”, como si lo hace por ejemplo cuando otorga al juez la posibilidad de ordenar diligencias finales en el art. 435.2 LEC, sino la forma verbal imperativa “lo pondrá”. No obstante, estamos en presencia de un deber judicial de difícil control, en la medida en que su aplicación depende de la valoración subjetiva que efectúe el propio juez sobre la “insuficiencia” de la prueba. Por ello, para analizar la infracción de este deber, necesariamente, será preciso estudiar las particularidades de cada caso concreto para, a partir de tales datos, determinar su infracción.
- b. Y, por otro lado, atribuye una facultad al juez cuando, después de obligarle a efectuar la mencionada advertencia de insuficiencia probatoria, además le permite que pueda señalar aquella prueba que considera que puede colmar dicha insuficiencia. Aquí, el propio art. 429.1.II LEC abandona los términos imperativos para acoger las formas verbales condicionales, indicando que el tribunal: “[...] podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente”. En mi opinión, en aras a ofrecer la tutela judicial más justa posible, el juez debería procurar siempre actuar esta facultad, con los límites indicados anteriormente, y que se prevén en esta misma norma, y muy especialmente en aquellos juicios en los que no interviene abogado debido a su falta de preceptividad.

La mayoría de los autores y la doctrina judicial sostienen que el art. 429.1.II LEC no recoge una iniciativa probatoria del juez, sino tan sólo la posibilidad de que éste, ante una eventual insuficiencia probatoria, indique, aconseje o advierta a las partes los hechos afectados por dicha insuficiencia y la prueba que resulta conveniente para acreditar tales hechos, sin que esta advertencia suponga una iniciativa probatoria. De esta manera, sin atentar formalmente al principio de aportación de parte, ya que son siempre los litigantes quienes en última instancia asumen o no la sugerencia probatoria, permite al juez canalizar su iniciativa en orden a lograr que su resolución pueda ser lo más justa posible.

Como es obvio, y así lo he indicado con anterioridad, la iniciativa probatoria *ex officio iudicis* no puede ser ilimitada, y por ello son del todo correcto los tres límites que al respecto establece el art. 429.1.II LEC: en primer lugar, la imposibilidad de introducir hechos no alegados por las partes<sup>52</sup>; en segundo lugar, la imposibilidad de utilizar fuentes probatorias distintas de las existentes en el proceso<sup>53</sup>; y finalmente, en tercer lugar, la necesidad de garantizar el derecho de defensa de las partes, por lo que se les permiten completar o modificar sus proposiciones probatorias.

Reconozco que se trata de una interpretación literal de la norma, fundada en una argumentación constitucional – pues tiende a garantizar la plena eficacia de la tutela judicial-, que evita las diversas críticas que pueden formularse a la iniciativa probatoria del juez: no supone una quiebra del principio dispositivo, *alma mater* del proceso civil, en la medida en que las partes conservan la exclusividad en la determinación del objeto litigioso; soslaya la eventual pérdida de la imparcialidad del juez, pues éste al llevar a cabo su iniciativa probatoria no está efectuando una actividad inquisitiva, de investigación o averiguación de hechos no alegados por los litigantes, que podría poner en duda su debida imparcialidad, sino una actividad de verificación de los

52 La iniciativa probatoria del juez se restringe al “hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria” y tales hechos vienen delimitados por los escritos iniciales de alegaciones de las partes.

53 En este sentido, se exige que el tribunal se ciña “a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos [...]”.

mismos; y garantiza plenamente el derecho de defensa de las partes. Además, permite que la prueba cumpla su función, pues si ésta tiene por finalidad lograr el convencimiento del juez acerca de la existencia de los hechos discutidos en el proceso, resulta contradictorio sostener que la prueba es una actividad que exclusiva y excluyentemente interesa a las partes, y prohibir en consecuencia al juez practicar por propia iniciativa el medio probatorio que considere necesario para alcanzar su debida convicción, y en este sentido es como entendemos puede interpretarse el art. 429.1.II LEC<sup>54</sup>.

En cualquier caso, desde un punto de vista práctico, probablemente resulta estéril discutir si el art. 429.1.II LEC recoge una mera sugerencia o una verdadera iniciativa judicial, pues cuando se produce esta manifestación del tribunal, por regla general, las partes la asumen como propia.

Finalmente, para concluir, debo admitir que en la práctica judicial se esta haciendo un escaso uso de la facultad del art. 429.1.II LEC, o al menos no se utiliza como sería deseable. Ello se debe, básicamente, a dos motivos de muy diferente naturaleza:

- a. por un lado, al habitual desconocimiento que, en el propio acto de la audiencia previa, suele tener el juez sobre las cuestiones fácticas debatidas, lo que le coloca en una posición de lejanía respecto de los hechos discutidos y la prueba propuesta al respecto. A dicho acto debería asistir con un conocimiento exhaustivo del caso – al menos, con una lectura de la demanda y contestación y un estudio previo de las excepciones formuladas- pues ello permitiría a la audiencia previa alcanzar los resultados deseados por el legislador. Sin embargo, el excesivo trabajo en nuestros juzgados de primera instancia o la “rutina funcional” provoca en ocasiones dicha desidia judicial en la audiencia previa;
- b. y por otro lado, el escaso empleo de la facultad del art. 429.1.II LEC se debe a ciertos prejuicios de que su uso puede suponer la pérdida de la debida imparcialidad judicial que, como hemos analizado, es del todo inadmisibile si dicha facultad se utiliza dentro de los límites legalmente establecidos.

### 3.2.4. Reflexión final

Al igual que indiqué respecto de la polémica sobre la vigencia del principio de la buena fe procesal, en el de la iniciativa probatoria del juez deberían evitarse posturas radicales o maximalistas para buscar el punto de equilibrio que permita al proceso ser lo más eficaz posible sin sacrificar ninguna garantía constitucional de las partes. La postura radical de corte liberal, negando todo tipo de iniciativa judicial, supone restar eficacia al proceso como instrumento del Estado para la justa tutela de los intereses litigiosos. Y la otra postura radical de inspiración intervencionista, permitiendo cualquier iniciativa probatoria *ex officio iudicis*, también puede comprometer ciertas garantías constitucionales del proceso civil. En mi opinión, no debe buscarse el pleno liberalismo (o “garantismo” en los términos que ya he expuesto) sin tener en cuenta la función que cumple el proceso, ni tampoco la eficacia olvidándose las garantías constitucionales del proceso. El liberalismo exacerbado puede originar la ineficacia del proceso, pero la eficacia extrema puede propiciar la vulneración de las garantías básicas de la actividad del juez – con su deber de imparcialidad- y de las partes – con sus derechos a la defensa-. Por ello, creo que el justo punto de equilibrio puede alcanzarse permitiendo al juez iniciativa probatoria si bien limitada a los hechos discutidos en el proceso, sobre la base de las fuentes probatorias que ya le consten en las actuaciones, y permitiendo a las partes la plena contradicción en la práctica de la prueba *ex officio iudicis*, pudiendo ampliar su inicial proposición de pruebas. De esta forma, se atribuye al juez civil un mecanismo válido para intentar lograr la máxima eficacia del proceso respetando escrupulosamente el principio dispositivo, asegurando su debida imparcialidad, y respetando el derecho de defensa de las partes.

54 TARUFFO asume la interpretación que aquí se propone (*La semplice verità*, ob. cit., p. 174 – nota 232, p. 292-).

# EL CAMBIO DE PARADIGMAS EN MATERIA PROCESAL CIVIL

Jorge W. Peyrano

## I. EL PENSAMIENTO DE THOMAS KUHN

El conocido físico e historiador de la ciencia Thomas Kuhn (Ohio 1922) es el autor de la obra “La estructura de las revoluciones científicas” (1), cuya primera edición data de 1962. Merced a la publicación de dicho libro se popularizó el término *paradigma* – que es equivalente a arquetipo- que se utiliza a partir de aquél con el significado de un conjunto de creencias, valores, experiencias y argumentos compartidos por la mayoría de una comunidad científica durante un tiempo histórico determinado. Ínterin transcurre dicho lapso acotado, prevalece un cierto paradigma que soluciona problemas y que permite la realización de proyectos sustentados en la adhesión a aquél; todo mediante el empleo de herramientas y teorías forjadas al calor del paradigma imperante.

Mientras no se generen enigmas o anomalías (interrogantes sin respuestas adecuadas), es decir, problemas que no pueden procesarse y resolverse con las herramientas teóricas y prácticas proporcionadas por el paradigma reinante, se está en un período de ciencia *normal*. Empero, cuando las anomalías se repiten y profundizan, surge una crisis que hace perder el consenso en la comunidad científica respectiva al paradigma de que se trate.

Producida la crisis, de manera paulatina, va apareciendo un nuevo paradigma en reemplazo del anterior, con su anejo distinto ideario. Las teorías que dan sustento al viejo paradigma, no son todas abandonadas al unísono porque el cambio es lento. Sin embargo, hay una época en la cual la comunidad científica nota que se ha operado una gran mutación, que ha dado nacimiento – ¡por fin!- a un cambio de paradigma. Dicho cambio, importa para Kuhn una *revolución científica*. Aproximadamente, la secuela – aplicable tanto a las ciencias duras como a las sociales-sería la siguiente: ciencia normal, aparición de anomalías graves y repetidas que generan una crisis, revolución científica o cambio de paradigma. Kuhn destaca especialmente algunas notas de su tan difundida y aceptada tesis sobre la causalidad de las revoluciones científicas: a) el progreso de una ciencia finca en dejar de lado, cuando la situación está madura, una estructura teórica que debe ser reemplazada por otra, a esto lo califica como *cambio de paradigma o revolución científica*; b) la autoridad de una ciencia y el eventual cambio de paradigma depende del criterio de la comunidad de científicos activos; comunidad que, morosamente, va aceptando nuevos paradigmas, adoptando así un modo común de enfrentar los problemas, fijando cuáles son las teorías que deben ser aceptadas y procesando la información mediante un igual marco conceptual y lingüístico, c) el susodicho proceso siempre genera resistencias de los partidarios de mantener el *statu quo*.

Lo hasta aquí señalado constituye una prieta síntesis del pensamiento de Kuhn que deviene, creemos, aplicable a la ciencia del proceso civil argentino; insistiendo en que dicho esquema teórico fue concebido para explicar las revoluciones científicas acaecidas tanto en las ciencias duras como en las sociales.

## II. EXISTENCIA DE UNA CRISIS

Nos limitaremos a la Argentina, por más que la crisis procesal civil se da en variadas latitudes (2).

En nuestro país, todos, aún los que podrían considerarse seguidores del viejo régimen -o paradigma- creemos que el aparato judicial es ineficiente porque no proporciona respuestas adecuadas. Por doquier, se comprueban anomalías: amparos y juicios ejecutivos que se prolongan durante lustros, jueces (cada vez menos, afortunadamente) que prefieren sacrificar la verdad en el altar de la garantía del debido proceso entendido de manera sesgada; inexistencia en algunas provincias de herramientas aptas para solucionar

urgencias puras y no meramente funcionales (3), la figura de un juez civil concebido casi como un fantoche – tan distinto del juez angloamericano- (4) carente de potestades conducentes a hacer realidad efectiva sus mandatos. Y no seguimos con la enumeración de anomalías porque no es menester, dado que son conocidas y denostadas por todos. La crisis está con nosotros.

### III. EL DERECHO PROCESAL COMO PARTE DEL DERECHO ES UNA CIENCIA DE PROBLEMAS

Son conocidas las enseñanzas de Viehweg (5) para quien la ciencia jurídica es una ciencia de problemas (Tópica), constituyendo una técnica de pensamiento problemático irreductible al ingenuo esquema mental axiomático deductivo. Sobre el particular, se ha dicho lo siguiente: “Porque, como es de todos sabido, esos casos de la vida acceden siempre al campo del Derecho en forma de problemas, es decir, de cuestiones debatidas para las cuales hay que hallar imperiosamente, entre las varias posibles la solución más razonable. De ahí que en nuestra ciencia la primacía corresponde al problema y todo se orienta hacia el problema. Por eso mismo, deberá reconocerse a la Tópica, que es una técnica del pensamiento de problemas” (6).

Obviamente, si los problemas que suscita la aplicación del Derecho Procesal Civil no encuentran soluciones adecuadas, estaremos frente a anomalías graves o repetidas, en el decir de Kuhn, con las concomitancias del caso: crisis y pronosticable cambio de paradigma.

### IV. EL ACTIVISMO PROCESAL

La corriente del pensamiento procesal civil nacional mencionada en el epígrafe, es, por mucho, la dominante en la comunidad científica argentina. Dicha corriente despuntó circa 1960 merced al impulso infatigable y principal del inolvidable Augusto Morello, secundado por discípulos y no discípulos pero igualmente admiradores de su obra.

Cada uno aportó en la medida de sus posibilidades a consolidar lo que hoy se denomina activismo procesal, (no decisionismo, como a veces errónea y despectivamente se lo denomina).

En otra ocasión, hemos consignado cuáles son las características más salientes del activismo procesal (7), pero lo que aquí nos interesa subrayar es su aptitud para la producción incesante de herramientas procesales útiles para jueces y abogados, abogados y jueces. Recordemos algunas, muchas de las cuales ya han tenido consagración legislativa: las cargas probatorias dinámicas, la tutela anticipada, la medida autosatisfactiva, la tutela preventiva, el mandato preventivo, la flexibilización de la congruencia, el recurso indiferente, la reconducción de postulaciones, la reposición *in extremis*, el recurso *ad infinitum*, la medida cautelar innovativa, el indicio vehemente, el valor probatorio de la conducta en juicio, la proscripción del abuso procesal, la medida conminatoria, la teoría de las pruebas leviores (8) y tantas otras creaciones que, exitosamente, han podido enfrentar las anomalías producidas por el paradigma en retirada.

Por supuesto que el surgimiento de tales herramientas – que venían a ser heraldos de un inevitable cambio de paradigma- han despertado resistencias, tal como lo augura Kuhn. El afamado educador inglés Howard Gardner afirma que “todo producto creativo genera resistencias, si ello no ocurriera no se está ante algo auténticamente creativo”. Quizás, al menos, los que no se muestran conformes con el activismo procesal, podrían admitir en él alguna dosis de creatividad razonable, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del autodenominado garantismo procesal civil (9), donde, lo confesamos, no advertimos la presencia de propuestas o herramientas que puedan ser consideradas como novedosas. Por lo demás, resulta poco serio y científico enjuiciar instituciones jurídicas a partir de aplicaciones equivocadas. Con el mismo criterio, podría enjuiciarse al amparo o a la pretensión meramente declarativa, tantas veces empleadas de manera desorbitada.

### V. EL CAMBIO DE PARADIGMA SE HA PRODUCIDO EN UN CIERTO SENTIDO

La comunidad científica argentina en materia procesal civil ya se ha pronunciado en el sentido de que se ha producido un cambio de paradigma encarnado en el ideario de lo que se llama activismo procesal. Intentar conjurar todas las anomalías que presenta el aparato procesal judicial- nacional mediante la eficiencia omnimoda

de una interpretación subjetiva del debido proceso está condenada al fracaso. O acaso el texto del artículo 18 de la Constitución Nacional, que alude al debido proceso, no existe desde antaño, y sin embargo las cosas cada día marchan por un derrotero peor? Debemos señalar que, entre otras razones, la comunidad científica procesal argentina mayoritaria no acepta el paradigma defendido por el garantismo procesal civil porque el árbol se conoce por sus frutos. Y no se conocen los frutos del garantismo procesal civil por su absoluta prescindencia en generar nuevas herramientas procesales para hacer frente a un estado de cosas afligente. Antonio Gramsci escribió en sus “Cuadernos de la cárcel” que “la crisis consiste precisamente en el hecho de que lo viejo está muriendo y lo nuevo no puede nacer: en este interregno aparecen una gran variedad de síntomas mórbidos”. Quizás podría identificarse como un síntoma mórbido, en esta época de cambio de paradigma, a la circunstancia de que se sigan proponiendo fórmulas vacías y probadamente ineficientes.

La comunidad científica, los operadores jurídicos y los estrados judiciales se han inclinado – con sus más y sus menos, claro está – por un cambio de paradigma en materia procesal civil signado, fundamentalmente, por las siguientes notas: a) el protagonismo de un juez dotado de atribuciones suficientes para no quedar incurso en una situación de fantoche, y de ser cautivo, ineludiblemente, del hacer o no hacer de los litigantes (10); b) la idea de un proceso civil concebido como una empresa común cuyo éxito depende de que ambas partes colaboren, en cierta medida, al logro perseguido (11), que no es otro que el de “afianzar la Justicia” como manda el Preámbulo de la Constitución argentina; c) el reconocimiento del poder heurístico de los magistrados (12) que, llegado el caso y siempre dentro del marco del ordenamiento jurídico de que se trate, pueden y deben – muchas veces a impulsos de postulaciones de los letrados que suelen ser la punta de lanza en las novedades jurídicas – diseñar soluciones pretorianas razonables tales como las que fueron en su momento la acción de nulidad de sentencia firme, el amparo, la prueba de informes (13), la indexación y luego la desindexación judicial, los mecanismos judiciales creados para dar respuestas a la última emergencia económico-financiera, etc.

Conseguir que al menos se haga realidad plena lo apuntado ut supra, sería bastante. Y creemos que se va por el buen camino. Veamos. Son numerosísimas las reuniones científicas más serias dedicadas al estudio y difusión de las ideas activistas incluyendo en ellas a los congresos nacionales de Derecho Procesal cuyos temarios, desde hace décadas, dan buena prueba de ello. Son, en cambio, menguados los encuentros dedicados, aparentemente, nada más que a refutar las ideas activistas porque no incluyen aportes propios. Benedetto Croce decía, con cierta dosis de razón, que “hay autores que sólo escriben contra otros”.

Párrafo aparte merece la monumental bibliografía (14) existente en formato de libro destinada al estudio de las herramientas activistas desde una óptica favorable a su adopción; sumando ya centenares los trabajos, ensayos y comentarios con igual orientación publicados en las revistas jurídicas con mejor arbitraje. Y qué decir del uso de herramientas procesales activistas por los estrados judiciales de todo el país, aún en el caso de que fueran solamente de naturaleza pretoriana por no haber merecido todavía entronización legal?

## VI. COLOFÓN

Frente a la crisis del aparato procesal-judicial que todos admitimos, la corriente garantista procesal civil se limita a proclamar las bondades de la observancia estricta de los presupuestos del debido proceso, cual si fuera la panacea para todos los intrínquilos, avatares y cuestionamientos que se le plantean en la actualidad. Los operadores exigen soluciones concretas y por consiguiente herramientas definidas, y no meramente palabras grandilocuentes cuyos autores no han tomado conciencia de que ya se ha registrado un cambio de paradigma, por más que las resistencias sigan y que el anciano régimen todavía no haya sido abandonado del todo.

## - NOTAS -

(1) KUHN, THOMAS, “La estructura de las revoluciones científicas”, Buenos Aires 1996, Editorial Fondo de Cultura Económica.

(2) Vaya como ejemplo Inglaterra, donde, a partir del 26 de abril de 1999, rige la llamada reforma Woolf que viene a reconocer e intenta dar soluciones a una profunda crisis experimentada por el aparato procesal-judicial inglés.

(3) Se sabe que las medidas cautelares apuntan a remediar urgencias funcionales, es decir montadas en miras a asegurar la eficacia de otro proceso. Acontece que las urgencias puras, todavía en muchos distritos no poseen solución legal expresa. En cambio, ellas han sido objeto de regulación codificada por parte de las provincias de Corrientes, Chaco, Formosa, San Juan y Santiago del Estero; estados provinciales que han incorporado a la medida autosatisfactiva, tan denostada a veces y tan eficaz siempre. Puede consultarse sobre el distinguo entre “urgencia fun-

cional” y “urgencia pura”, nuestro trabajo “La medida autosatisfactiva: solución urgente no cautelar” en “Nuevas Apostillas Procesales”, Santa Fe 2003, Editorial Panamericana, página 155 y siguientes).

(4) PEYRANO, Jorge W., “Medida cautelar innovativa”, Buenos Aires 1981, Editorial Depalma, página 109 y página 113: “Causa grima comprobar cuántas – y tan repetidas- veces los mandatos judiciales son ignorados por sus destinatarios, sean éstos las partes, terceros o funcionarios encargados de efectivizarlos. El citado es un lamentable fenómeno que nos aqueja y que, en general, padece buena parte de los países enrolados en el llamado sistema de derecho procesal europeo occidental. Por lo contrario, las naciones procedimentalmente organizadas bajo el signo del *common law*, han sabido pergeñar un bien orquestado plexo de soluciones tendientes a preservar la imagen de eficacia que debe ofrecer la administración de justicia... Comenzamos por recordar que por *contempt power* se entiende la facultad de los tribunales norteamericanos de reprimir – sumaria y severamente, – las rebeldías y desacatos cometidos en detrimento del público prestigio que rodea la actividad de la judicatura estadounidense. Al pragmático espíritu norteamericano no le podía pasar desapercibido que el *contempt power* deviene indispensable para asegurar la autodefensa de los jueces y, también, para que éstos desempeñen su ministerio persuadidos de que sus mandatos serán cumplidos y que de no ser así el desobediente será pronta y duramente punido. En suma: el *contempt of court* apunta a preservar a los tribunales del deletéreo efecto erosivo sobre la jerarquía y la dignidad del Poder Judicial, que produce el no acatamiento de las providencias jurisdiccionales. El *contempt power* se halla tan íntimamente ligado al sentir estadounidense, que la doctrina – de manera pacífica- considera que es una atribución implícita de la potestad jurisdiccional y que el Poder Legislativo no puede cercenarlo”.

(5) VIEHWEG, T., “Tópica y jurisprudencia”, traducción de Luis Diez Picazo, *passim*.

(6) RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Aplicación judicial del Derecho y Lógica de la argumentación jurídica”, Madrid 1968, Editorial Civitas, página 44

(7) En nuestro trabajo “Sobre el activismo judicial”- publicado en el libro “Activismo y garantismo procesal”, editado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, página 11 y siguientes, subrayamos las siguientes notas: el activismo confía en los magistrados, el activismo es creativo y ha aportado numerosos nuevos institutos procesales, dichas creaciones han tenido un fuerte eco legislativo, el activismo pareciera involucrar una dinámica de sus propios conceptos, el activismo se preocupa por la justa solución del caso y no tanto por no contradecir al sistema procesal respectivo, el activismo propone una lectura distinta de la Constitución Nacional y el activismo se caracteriza por depositar en manos de los jueces la facultad de dictar pruebas oficiosas, pero no se agota con el otorgamiento de dicha atribución.

(8) PEYRANO, Jorge W., “El Derecho Procesal Civil de las posibilidades ilimitadas o el fin de los sistemas”, en “Procedimiento civil y comercial. Conflictos procesales”, Rosario 2003, Editorial Juris, tomo 2, página 219 y siguientes.

(9) El autodenominado garantismo procesal civil – porque al fin y al cabo cuál corriente de pensamiento procesal no va a defender las garantías constitucionales- se apoya en un equivocado trasplante al proceso civil del ideario de Luigi Ferrajoli, concebido por y para el proceso penal. Sobre el particular, puede consultarse el erudito estudio de Juan Monroy Gálvez titulado “¿Qué es el garantismo procesal civil?” publicado en la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, año 2006, N° 9, página 7 y siguientes.

(10) *Ibidem*, página 19: “Desde una perspectiva metajurídica, por ejemplo, por qué es política o moralmente errado que un juez tenga tales poderes?. ¿Será para que las partes, que concurren al proceso en condiciones idénticas (económicas, sociales, raciales, sexuales), no soporten la “desigualdad” que produciría una posición activa del juez?. Una versión así de la realidad, arte de ilusionismo supremo ¿puede tener fundamento filosófico, político, jurídico o siquiera práctico? Desde una posición estática y neutra, podrá el juez asegurar la vigencia de los valores recogidos en la Constitución como propone Ferrajoli.?”

(11) Sobre el principio de colaboración de las partes durante la tramitación del proceso civil, deben tenerse en cuenta las reflexiones de Roberto Berzonce, en “Colaboración procesal, método contradictorio. Régimen de la prueba en el proceso por audiencias”, en Revista del Derecho de Daños, Buenos Aires 2002, Editorial Rubinzal Culzoni, n° 5, página 121 y siguientes, y las de Eduardo Oteiza en “El principio de colaboración y los hechos como objeto de prueba. O *probare o soccombere* ¿Es posible plantear un dilema absoluto, en “Los hechos en el proceso civil”, obra colectiva dirigida por Augusto Morello, Buenos Aires 2003, Editorial La Ley, página 79 y siguientes.

(12) PEYRANO, Jorge W., “Acerca de los instrumentos operativos procesales” en “Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales” Rosario 2002, Editorial Juris, tomo 1, página 163: “Los jueces, acuciados por su deseo y por su deber de hacer justicia en el caso concreto, no encuentran, muchas veces, respuestas adecuadas en los textos legales procesales que de ordinario padecen (debemos confesarlo) un cierto grado de retraso respecto de las urgencias y de las necesidades de la hora actual. Frente a todo ello, algunos magistrados, más audaces, se internan en los meandros, v.gr., de interpretaciones extensivas, pero posiblemente la mayoría (imbuidos de un comprensible respeto al legislador) acostumbra a optar por dejar de lado sus buenas intenciones ante la carencia de respaldo legal o, al menos, autoral o jurisprudencial. Ante una cierta dosis de sustento doctrinario y/o jurisprudencial, estamos persuadidos de que muchos buenos jueces preferirán echar mano a buenas ideas antes que consagrar injusticias. Sucede que lo especialmente grave se da cuando se registra una carencia absoluta de institutos y figuras procesales conocidos que sean capaces de dilucidar correctamente el supuesto no previsto por el codificador. Precisamente, lo que llamamos “instrumento operativo procesal” apunta a proporcionarles “argumentación” a magistrados preocupados que no hallan respuestas adecuadas en la letra de la ley de rito civil”

(13) Cabe historiar que durante mucho tiempo la prueba de informes fue un producto pretoriano, recién en 1940 el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe de ese entonces, fue el primero en incorporarla a un texto codificado.

(14) Bien se ha expresado que “enumerar es olvidar”, por lo que para no preterir a nadie nos circunscribiremos a citar unas pocas obras de Augusto Morello que son señeras en cuanto a la defensa de ideas activistas: “Nuevo horizonte del Derecho Procesal”, Santa Fe 2005, Editorial Rubinzal Culzoni; “Al final de una época”, la Plata 2001, Editorial Platense; “Avances procesales”, Santa Fe 2003, Editorial Rubinzal Culzoni; “Tendencias dominantes en la litigación civil”, Santa Fe 2002, Editorial Rubinzal Culzoni; “Claves procesales”, Buenos Aires 2007, Editorial Lajouane.

## ABSTRACT

Se ha producido un cambio de paradigma en materia procesal civil, ya que la mayoría de la comunidad científica y la generalidad de los estrados judiciales y de los operadores jurídicos han optado por adoptar, en todo o en parte, el ideario de lo que se ha dado en llamar *activismo procesal*. Si bien la crisis que se verifica en el aparato procesal-judicial nacional persiste y prosiguen las resistencias respecto del nuevo paradigma, se advierten signos múltiples de que el estado de cosas está mutando en pro de un mejor Servicio de Justicia.

# REFLEXIONES SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DEL FUTURO PROCESO

**José Bonet Navarro**

Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València

La incorporación de las nuevas tecnologías en el proceso es, a día de hoy, una realidad. Y el desarrollo de la tecnología permite prever un futuro en el que puede alcanzar tan significativo protagonismo que permita revisar algunas instituciones fundamentales del Derecho Procesal.

En efecto, a pesar de lo incierto que pueda presentarse el futuro, podemos prever que este desarrollo podrá manifestarse, entre otros, en ámbitos relativos al procedimiento, la jurisdicción, la capacidad y legitimación de las personas electrónicas, y la resolución de conflictos de forma automática. Veamos.

1.º Automatización del procedimiento. En líneas generales, los actos de trámite podrán llegar a ser automáticos y casi inmediatos. Cabe detectar por el sistema de inteligencia artificial el tipo de acto, su admisibilidad y procedencia o improcedencia en atención a que incurra o no en causas de inadmisibilidad, así como dictar una resolución notificada inmediatamente. Así podrían evitarse lastres de tiempo perdidos inútilmente en la actualidad para el reparto, apertura de procedimiento, señalamiento o notificación. El tiempo solo se ocupará para la preparación de la demanda y su contestación, aunque sea con ayuda de la inteligencia artificial, eventualmente el tiempo de negociación para alcanzar una posible solución autocompositiva, la práctica de pruebas que requiera la presencia física o virtual, y la resolución. El tiempo se ocupará solamente para aquello que implique estrictamente el ejercicio y la actualización de los derechos fundamentales.

2.º Adecuación de la organización judicial especialmente en lo territorial. Si los distintos escritos pudieran presentarse desde cualquier lugar conectado y las comparencias virtuales tan perfectas que difícilmente se distinguen de las presenciales, dejará de importar la competencia territorial y el lugar en que se sustancie el asunto. Como mínimo, las consecuencias prácticas derivadas de la infracción de este criterio distributivo serán todavía menos relevante de lo que son actualmente conforme al art. 65.5 LEC. Es más, con un sistema de gestión automático y con personaciones, vistas y audiencias virtuales, sería adecuado configurar un gran órgano de primera instancia que distribuya telemática y automáticamente los asuntos entre los encargados de juzgar, con un marcado carácter de especialización.

3.º Aumento de protagonismo de las personas jurídica electrónica. Cuando los robots tengan capacidad de aprendizaje y de actuar autónomamente, aunque no llegue a ser humano, deberá ser titular de ciertos derechos y obligaciones. Esto deberá implicar coherentemente su capacidad para ser parte y hasta incluso de actuación procesal. Otra cosa es que pueda tener vedada la legitimación en algunos ámbitos que puedan ser considerados estrictamente humanos.

4.º Resolución de trámite automática. Incluso con la tecnología actual, es posible dictar resoluciones de tramitación de forma automática, por ejemplo, para la inadmisión de escritos extemporáneos o en los de ausencia, insuficiencia o inadecuación de datos, documentos o copias necesarios.

5.º Resolución automática sobre el fondo. A pesar de las dificultades, se presenta como una futurible no improbable. Si los hechos son o no controvertidos es detectable automáticamente. A partir de ahí, debería observarse si se han practicado o no pruebas. Si no hay actividad probatoria, no se fijan, cosa que puede ya tener consecuencias resolutorias en función de si el hecho o dato es constitutivo o defensivo. Si ha habido



actividad probatoria, deberá observarse si es contradictoria o no, de no serlo, podrá ser fijado el hecho, con idénticas consecuencias resolutorias. Si hay prueba contradictoria, en ese caso deberá valorarse, para ello un sistema de inteligencia artificial puede contar con medios para que llegue a ser altamente fiable como análisis grafológico y comparativo con otros documentos que consten en distintas bases de datos; instrumentos tipo polígrafo, o conocimientos técnicos o artísticos para ser comparados con la pericia practicada. Con estos y otros medios equivalentes será necesario apreciar los aspectos relevantes para la calidad y fiabilidad de la prueba, y a continuación atribuir las consecuencias tras un ejercicio comparativo de todos estos aspectos, incluso los más minúsculos y de detalle. Se les otorgará un valor que permita calcular un índice de fiabilidad sobre un medio de prueba concreto practicada. Todo esto podrá ser realizado por un sistema de inteligencia artificial incluso con mayor fiabilidad que la derivada de la intervención humana.

6.º Posible intervención de la inteligencia artificial en la resolución alternativa de conflictos. Entre otras cosas, un sistema avanzado de inteligencia artificial podría colaborar con las partes en la solución alternativa de los conflictos, entre otras cosas, señalando las ventajas concretas de la solución autocompositiva, o evaluando las pretensiones de las partes para hacer una previsión sobre las probabilidades de éxito en cada una de las pretensiones en un eventual proceso incluidos los costes y tiempos que supone, de modo que permita conocer el nivel de sacrificio a realizar por cada parte para solucionar el conflicto. Incluso pudiendo realizar una propuesta de solución coherente con la previsión de la resolución futura.

Como se observa, la potencialidad de la inteligencia artificial para configurar y mejorar los instrumentos para la resolución de los conflictos ya es importante en la actualidad, y lo más relevante es que podrá serlo todavía mucho más en el futuro. Sin embargo, toda esta “alegría” tecnológica no está exenta de contraindicaciones y peligros.

De entrada, puede afirmarse que el desarrollo tecnológico tiene en general capacidad para entorpecer las relaciones humanas en directo y, en cierto modo, fomentar la deshumanización. Igualmente, los sistemas que permiten la automatización pueden sufrir fallos con potencialidad para generar no solo simples trastornos o molestias sino también graves consecuencias para los derechos de las partes. Por ejemplo, puede ocurrir limitando o impidiendo el derecho de defensa al impedir por causas no imputables el órgano jurisdiccional, pero tampoco directamente de la parte, como fallos en el servicio de la operadora de internet<sup>1</sup>. Como mínimo, deberemos ser prudentes a la hora de contratar sistemas fiables y hasta incluso prever alternativas para la transmisión.

Pero es más, las mismas condiciones “técnicas” puede ser la excusa, o en cualquier caso permite, introducir determinadas condiciones, presupuestos o exigencias sin correspondencia legal clara y muy difícil de justificar salvo en las mismas condiciones del sistema. No es difícil imaginar un portal en el que, el sistema no permita la remisión de documentos por excesivo tamaño o formato erróneo, en definitiva, con diversas excusas basadas en los condicionamientos “técnicos”, se logre impedir el acceso. Y todo eso sin llegar a considerar que el sistema se configure conforme a razones menos habituales como interpretaciones más o menos personales o correctas de las correspondientes exigencias por parte del programador, o fruto de exigencias interesadas al mismo programador por quien tenga poder y capacidad de influir.

No es necesario realizar ningún ejercicio complejo para imaginar un formulario con límites en el número de caracteres, peso o formato de los documentos<sup>2</sup>, o la imposición de indicar datos más o menos peregrinos

1 Los artículos 135.2 LEC, y 12.2 del Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, sobre comunicaciones electrónicas en la Administración de Justicia y en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema Lexnet, se refieren a interrupciones planificadas o no del servicio, pero siempre que sean por causa atribuible a la Administración de Justicia.

2 Para muestra un botón: el artículo 87 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y de modo similar a lo que se prevé en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo alcanzó el Acuerdo de 20 de abril de 2016, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, publicado en el BOE a su vez por acuerdo de 19 de mayo de 2016 del Consejo General del Poder Judicial. Entre otras cosas se establece que estos escritos tendrán una extensión máxima de 50.000 caracteres con espacio, equivalentes a 25 folios. Igualmente se establece la inexplicable exigencia de que el texto figure en una sola cara de la hoja (anverso) y no en ambas (anverso y reverso). Y para garantizarlo, el Abogado, u otra persona que este designe, deberá certificar al final del mismo el número de caracteres que contiene el escrito que presenta. Igualmente, se establecen normas de formato: fuente «Times New Roman», de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias incorporadas; 1,5 puntos el interlineado; 2,5 cm los márgenes horizontales y verticales. Todos los folios estarán numerados de forma creciente, en la esquina superior derecha del folio. Y los documentos suficientemente identificados y numerados como Documento o Anexo. Y el formato electrónico – o en papel – del folio será A4, sin

como condición para poder remitir el escrito, exigencias todas ellas que, individualmente o en conjunto puedan impedir total o parcialmente la presentación del escrito. Por ese camino, el sistema telemático podría coartar el derecho de acceso a la tutela judicial por razones aparentemente “técnicas” o tecnológicas, pero en realidad quizás basadas en consideraciones erróneas o malintencionadas.

Y es de señalar que la eventual inadmisión que pueda producirse por este camino -podemos denominar como “tecnológico”- será absolutamente expeditiva, sin cobertura legal, sin ningún tipo de posibilidad de subsanación al menos de forma inmediata, y, además, con escasas posibilidades de recurso, al menos si mientras no genere una resolución, pues lo que ocurre es que no opera el sistema.

Como mínimo será necesario cuidar por el respeto de los principios, los derechos y las garantías constitucionales. La posibilidad de alegación y prueba, por ejemplo, podrá someterse al cumplimiento de determinadas exigencias, como las derivadas del uso de los instrumentos tecnológicos necesarios a través de los correspondientes portales. Pero siempre deberán ser útiles, perseguir una finalidad que las justifique, no suponer un obstáculo desproporcionado o innecesario, ni, por supuesto, impedir en realidad el acceso, la alegación o la prueba. El ejercicio del derecho de defensa y la contradicción también ha de quedar suficientemente garantizado con independencia de los medios o las técnicas que se prevean en cada supuesto. La información del demandado y la posibilidad de contar con un tiempo suficiente para preparar la defensa y para formular alegaciones de carácter fáctico y jurídico y, en su caso, para probar los datos aportados, son condiciones ineludibles, al margen de cómo pueda evolucionar la configuración del proceso al aprovechar las nuevas tecnologías.

Asimismo, la injerencia en el ejercicio de los derechos fundamentales, tan habitual en la investigación del proceso penal, pero sin ser exclusiva del mismo, ha de quedar exenta de automatismos, debiendo ponderarse siempre por el ser humano.

Puede concluirse que no deberíamos permitir que el uso de las tecnologías en lugar de favorecer el ejercicio de los derechos se llegue a convertir en una rémora que reduzca la calidad del servicio de justicia.

De otro lado, el desarrollo de la robótica autónoma y la inteligencia artificial supondrá un largo camino que será necesario recorrer. Será necesario que la tecnología avance hasta un estadio suficiente que permita seres electrónicos con capacidad de aprendizaje y actuación autónoma. Partiendo de esto, merecerá ser titular de ciertos derechos lo que significa, en otros, que llegue a ser considerado persona. Lo que no significa que se equipare de forma completa al ser humano pues a lo sumo podrá imitarlo, incluso en algunos casos superarlo en eficacia, pero nunca identificarse con el ser humano y mucho menos totalmente. En todo caso, la consideración de un robot como persona, además del suficiente desarrollo tecnológico, requerirá superar estándares de calidad que deben estar debidamente regulados y que condiciones la autorización del regulador. De ahí la trascendental importancia de afrontar la regulación de la robótica desde las fases tempranas en las que nos encontramos.

El informe del Comité de Asuntos Legales del Parlamento Europeo del 27 de enero de 2017 señala las grandes líneas que deberán seguirse inicialmente, con referencia a los principios éticos y el respeto de valores básicos como la seguridad, la vida, la integridad física, la intimidad, la dignidad y la autonomía de los seres humanos, así como también impone atender a otros valores también relevantes como los relativos a la propiedad intelectual, la protección de datos y la responsabilidad y garantías de las indemnizaciones<sup>3</sup>. Será preciso, con todo, encontrar un equilibrio adecuado entre la libertad de investigación y la seguridad. Tras ello, que un robot tenga capacidad para ser parte y de actuación procesal será solo una consecuencia. Por supuesto, distinto tema es que tenga legitimación equivalente a la del ser humano, pues podrá o deberá serle vedada en aquellos ámbitos en los que no se sea idóneo ni posible que un robot tenga interés o titularidad.

rayas ni otros elementos. Y algo similar ocurre, aunque no tan expeditivo, ante la Sala Primera según el Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal dictada en pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017. Según indica en el punto III.3.1 de este acuerdo, *“la sala considera que, por lo general, es suficiente una extensión de veinticinco páginas con interlineado 1,5 y fuente Times New Roman con un tamaño de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias que se incorporen”*.

3 Todo ello se materializaría con la definición de robot autónomo inteligente, elaboración de una carta sobre robótica que incluyera los principios éticos, y hasta incluso la creación de una agencia europea para la robótica y la inteligencia artificial, que facilite experiencia técnica, ética y normativa necesaria para apoyar la labor de los agentes públicos pertinentes. Asimismo, se solicita un enfoque equilibrado con códigos que protejan la innovación y, al mismo tiempo, la estimulen, y que se elaboren criterios relativos a la «creación intelectual propia» aplicables a las obras protegidas por derechos de autor creadas por ordenadores o robots.

Si un robot llega a ser capaz, como creo, de dictar resoluciones, y probablemente en un futuro hasta de dictar sentencias en los asuntos más complejos, con el tiempo tendrán que superarse miedos ancestrales y reticencias inicialmente razonables que impidan a un robot realizar labores tradicionalmente reservadas a los humanos. Así y todo, la eventual “jurisprudencia” de origen robótico solo será útil para asuntos en los que la interpretación legislativa sea más sencilla o, en general, en los supuestos en los que ya se cuenta con una jurisprudencia uniforme. Por el contrario, la incapacidad de crear e innovar que tendrán los robots impondrá que se reserve al ser humano el avance y evolución jurisprudencial conforme lo hagan los valores imperantes en la sociedad. Por tal motivo, incluso en los estadios más avanzados de la tecnología, será necesario contar al menos con un órgano superior integrado por seres humanos con el objeto de dictar la primera jurisprudencia cuando la norma infringida carezca de ella, de unificar jurisprudencia, o de hacerla evolucionar cuando sea necesario para adaptarla a los valores sociales imperantes.

Coherentemente, la asistencia técnica por medio de abogado – humano o la representación por procurador- será menos necesaria<sup>4</sup>. La propia automatización del sistema, incluida la obtención, proposición y práctica de prueba, haría prescindible la representación a través de procurador y, en principio, también una asistencia jurídica distinta a la que ofrezca la misma inteligencia artificial, salvo que se carezca de jurisprudencia, se pretenda una interpretación distinta a la previamente fijada, o siempre que se recurra a este órgano superior.

En cuanto al resto de órganos judiciales, es de prever que los de primera instancia formarán parte del sistema automatizado, sin necesidad de una sede física, ni de un titular distinto al propio sistema que tendrá, como tal, un funcionamiento prácticamente automático. En este estadio, en lugar de perderse en una gestión poco eficiente en comparación con la que ofrece la tramitación electrónica, el tiempo se dedicará a la necesaria contradicción y el pleno ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y de defensa, pues los plazos impropios, como los de admisión, señalamiento, resolución o notificación, formarán parte del pasado.

---

4 Como indica PUYOL, J., “LexNET, la profecía que se cumple”, en Conflegal, <https://conflegal.com/20170130-lexnet-la-profecia-se-cumple/>, consultado el 13 de abril de 2017, “el bufete estadounidense de abogados Baker & Hostetler anunció recientemente que han contratado a ROSS, “el primer abogado artificialmente inteligente del mundo”, para echar una mano en casos de bancarrota empresarial”. También señala que “ROSS se basa en Watson, la plataforma de computación cognitiva desarrollada por IBM, y es capaz de leer y comprender, generar hipótesis cuando se le pregunta, y responder con referencias y citas para respaldar sus conclusiones. Está diseñado para bucear rápidamente en normativas y jurisprudencia. Y además tiene capacidad de aprendizaje: cuanto más se utiliza, más rápidas y certeras serán sus respuestas, que no son meras referencias sino textos estructurados según su propio criterio. Mediante el uso de abogados robotizados, sobre la base de la inteligencia artificial se arguye, que los bufetes de abogados podrían cobrar tarifas más bajas, ya que no tendría que pagar a seres humanos para manejar los casos de los clientes, y además, los abogados actualmente sin trabajo podrían utilizar los servicios de dicha inteligencia artificial para crear opciones más asequibles para los clientes”.

# SOBRE O CONCEITO DE ATO PROCESSUAL

José Lebre de Freitas

Advogado

Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

## 1. DA NORMA SECUNDÁRIA PROCESSUAL

A ordem jurídica estadual é primacialmente, como é sabido, um sistema de **normas de conduta**, que tem por função pautar a atuação dos sujeitos jurídicos, confrontados com bens raros e os inerentes conflitos de interesses<sup>1</sup>, de acordo com valores sociais próprios, entre os quais relevam a justiça e a segurança. É sua característica, não só a **imperatividade**, que encontramos também na ordem religiosa ou na ordem moral, mas também a **coercibilidade**, que a distingue das outras ordens normativas<sup>2</sup>. Enquanto a coercibilidade é própria de toda a norma primária de conduta<sup>3</sup>, a imperatividade coaduna-se com a existência, ao lado de normas injuntivas e proibitivas (que impõem, respectivamente, atuações e omissões), de normas **permissivas**, que, em lugar de imporem **deveres**, conferem **poderes**, públicos ou privados, de atuação, de cujo exercício podem resultar novos estatutos de direitos e deveres (ato administrativo; negócio jurídico), bem como com a existência de normas **supletivas**, cuja imperatividade concreta as partes podem afastar.

Normas imperativas e normas permissivas são **normas primárias** de conduta e estas são aquelas que diretamente regulam o jogo dos interesses dos sujeitos de direito, ordenando ou permitindo comportamentos no âmbito do direito material.

Mas, como é também sabido, não só de normas primárias se compõe o sistema jurídico.

Em primeiro lugar, a existência ou inexistência dos requisitos da previsão da norma primária pode ser estabelecida por uma **norma meramente instrumental**, cujo âmbito de previsão pode, aliás, por sua vez, ser definido por outra norma meramente instrumental<sup>4</sup>.

1 Sem prejuízo das situações de comunhão de interesses individuais e das de interesses colectivos. Fora do campo patrimonial, os interesses a considerar são imateriais, também eles se apresentando em conflito ou comunhão.

2 Independentemente da **aceitação** da norma pela comunidade social: a convicção de que a norma é **justa** ou, no mínimo, **justificável**, isto é, a compreensão da sua *ratio* pela generalidade dos membros da comunidade, leva a entender a sanção que decorrerá da sua violação e a actuar em conformidade com a norma. Como observou herbert hart, **O conceito de direito**, Lisboa, Gulbenkian, 1986, ps. 98-101, este elemento subjectivo, característico nos elementos do grupo, pode não ser patente a um observador a este exterior, para o qual a observação das regras do grupo, a que não pertence, se poderá limitar à verificação da regularidade das condutas observadas e da susceptibilidade de aplicação de sanções. Uma norma do ordenamento estadual dotada de imperatividade e de coercibilidade, mas que a generalidade dos membros da comunidade tenha por **injusta** ou **iníqua**, não deixa de ser uma norma de direito **válida**, desde que conforme à Constituição vigente no Estado, mas essa avaliação negativa (feita à luz do direito natural ou da moral) acabará por prevalecer quando uma ordem jurídica mais justa emergir de subsequente época revolucionária, postergando a norma que a comunidade rejeitou.

3 Embora uma importante corrente do pensamento contemporâneo sustente a existência de normas jurídicas não garantidas (cf. oliveira ascensão, **O direito / Introdução e teoria geral**, Coimbra, Almedina, 2005, ps. 87-88), creio que é característica diferenciadora de toda a norma jurídica primária a sua coercibilidade, consistente na aplicabilidade da sanção num processo para tal juridicamente organizado (zippelius, **Rechtsphilosophie**, München, Beck, 1994, ps. 31 e 196-197; em sentido próximo, fernando bronze, **Lições de introdução ao direito**, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, ps. 60-63). Por isso, a obrigação natural, que os críticos da diferenciação pela coercibilidade apontam como exemplo de relação jurídica sem coercibilidade, não pode ser tida como jurídica e a sua eficácia é só eventual até ao momento em que o pagamento tenha lugar, determinando a tutela jurídica consistente na proibição da repetição do indevido: o ingresso no mundo do direito dá-se com a conclusão do processo de formação duma fatispécie complexa, em que o ato constitutivo da obrigação de mera cortesia (dívida de jogo) ou duma obrigação moral subsistente para além da preclusão da obrigação jurídica (dívida prescrita) se combina com o ato de pagamento voluntário; se ou enquanto este não tiver lugar, não estamos perante um direito de crédito não exigível, pois o que falta é o próprio direito subjectivo.

4 Dieter medicus, **Allgemeiner Teil des BGB**, Heidelberg, 1992, p. 35, e **Anspruch und Einrede als Rückgat einer zivilistischen Lehrmethode**, Archiv für die civilische Praxis, 174 (1974), ps. 316-317, falando, em consequência, de normas instrumentais de 1º e de 2º grau. São exemplo as normas que estabelecem os requisitos de validade do negócio jurídico – do negócio jurídico em geral ou dum negócio especial. Digo **“meramente instrumental”** porque uma norma primária pode, por sua vez, ser instrumental de outra: tal acontece quando a situação jurídica gerada como seu efeito entra na composição da fatispécie de outra norma do sistema (josé batista machado, **Introdução ao direito e ao discurso legitimador**, Coimbra, 1985, p. 80). A essas normas meramente instrumentais, que só servem para determinar uma previsão normativa, chama karl larenz, **Metodologia da ciência do direito**, Lisboa, Gulbenkian, 1989, ps. 307-308, **proposições jurídicas incompletas delimitadoras**; ao seu lado existem – já no campo das normas primárias – as proposições jurídicas incompletas **complementadoras**, que determinam, já não à previsão, mas o efeito jurídico de outra norma, as **restritivas**, que restringem o âmbito de previsão de outra norma (são as normas excepcionais), e as **remissivas**, que ampliam o âmbito de previsão de outra norma, para a qual remetem, entre elas se contando as que, equiparando situações que se sabe serem desiguais, estabelecem **ficções** (*idem*, ps. 306-315).

Em segundo lugar, a norma primária tira a sua força vinculativa da legitimação do seu processo de produção por uma **norma de reconhecimento**, que permite identificá-la como tal<sup>5</sup>.

Em terceiro lugar, a coercibilidade do direito postula que as normas jurídicas primárias sejam complementadas por **normas secundárias sancionadoras**, que estatuem sanções para o caso de violação das primeiras<sup>6</sup>, e postula ainda a existência de **normas adjetivas** ou **processuais**<sup>7</sup>, respeitantes à concretização jurisdicional da **garantia** das normas primárias do direito material (ou substantivo).

O direito processual, considerado no seu conjunto, é instrumental relativamente ao direito material<sup>8</sup>, mas essa não é caracteristicamente, como no caso das normas instrumentais atrás referidas, uma relação norma a norma<sup>9</sup>.

## 2. COMO DESTRINÇAR?

À primeira vista, dir-se-ia fácil a destrição entre normas adjetivas e normas (*maxime* primárias) substantivas. Mas não é assim.

Do **direito processual civil** dificilmente se dirá mais do que isto: é o conjunto das normas reguladoras do processo civil<sup>10</sup> ou da atividade exercida nos tribunais<sup>11</sup> com vista à concretização jurisdicional do direito substantivo<sup>12</sup>.

Tido em conta que o processo civil é, do ponto de vista estrutural, uma sequência de atos jurídicos, da qual estão excluídos os factos jurídicos *stricto sensu*<sup>13</sup>, e que tem por função a tutela dos direitos e interesses legalmente protegidos, bem como a composição **autónoma** dos litígios nascidos dos conflitos de interesses que lhe subjazem<sup>14</sup>, a identificação da norma processual remete para a determinação dos atos, **insertos na sequência** ou **por causa dela praticados**, que visam a realização dessa tutela ou composição.

Pode esta tarefa parecer excessivamente teórica e sem relevância prática, mas não é: a distinção entre o ato material e o ato processual resulta em aplicar ao primeiro o regime de pressupostos e validade definido pelo direito substantivo, enquanto ao segundo se questiona se, na falta dum regime geral para ele definido pela lei processual, o mesmo regime se aplica ou, pelo contrário, se aplicam soluções próprias, distintas daquelas.

5 hart, *cit.*, ps. 104-105, 111 e 118-120. A “identificação concludente da regra primária” faz-se mediante um texto dotado de autoridade, um ato legislativo, a declaração geral de uma pessoa determinada, uma decisão judicial. Em conclusão que faz lembrar a norma fundamental de kelsen, mas sem o carácter hipotético que este positivista lhe confere, hart atinge, como **regra última de reconhecimento**, a norma que faculta os critérios de determinação da validade ou invalidade das normas inferiores, a qual não é, por sua vez, **válida** ou **inválida**, mas sim **aceite** como apropriada para essa utilização (facto político ou metajurídico não fechado à influência da moral, mas dela autonomizado).

6 Oliveira ascensão, *cit.*, ps. 64-65. Essas sanções podem ser, na classificação do autor, **compulsórias** (visando levar o infrator a adoptar, embora tardiamente, a conduta devida), **reconstitutivas** (visando a reconstituição natural, ou em espécie, da situação a que se teria chegado com a observância da norma), **compensatórias** (indenização por equivalente), **preventivas** (visando prevenir violações futuras) ou **punitivas** (pena, criminal ou civil).

7 Normas de julgamento em hart, *cit.*, ps. 106-107.

8 lebre de freitas, **Introdução ao processo civil**, Coimbra, Gestlegal, 2017, nº I.1. Fala-se assim da instrumentalidade do processo civil relativamente ao direito civil, do processo penal relativamente ao direito penal ou do processo jurisdicional administrativo relativamente ao direito administrativo.

9 As normas gerais de competência dos tribunais ou as que disciplinam os recursos só se podem dizer instrumentais na medida em que disciplinam a garantia das normas primárias de direito civil **em geral**. Mas não quer dizer que tipos de relação norma a norma não existam também. Designadamente no campo da prova, encontramos no Código de Processo Civil normas processuais que completam a estatuição de normas determinadas de direito material: assim, por exemplo, os arts. 444 e 445 do CPC português estabelecem o prazo e regulam a prova respeitantes à impugnação da genuinidade de documentos particulares, completando o regime dos arts. 374, 368 e 381-1 do CC português; por sua vez, o art. 463 CPC português trata da redução a escrito do depoimento de parte, quando dele resulte confissão, em desenvolvimento do preceito do art. 358-1 CC, que confere força probatória plena à confissão judicial escrita.

10 Satta-punzi, **Diritto processuale civile**, Padova, Cedam, 1987, p. 258.

11 Santos justo, **Introdução ao estudo do direito**, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 249.

12 Não é que a doutrina não tenha tentado elaborar **critérios gerais** de demarcação da norma de direito processual civil perante a norma de direito material. Mas nenhum desses critérios, criticados como apriorísticos, logrou impor-se, o que desde há muito tem levado os autores a fixarem-se na ideia de que a única demarcação factível é a que resulta da análise casuística dos institutos de fronteira e dos tipos de atos praticados na tarefa de accertamento e realização do direito (wilhelm simshäuser, **Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellen Recht und Prozessrecht seit Savigny**, Bielefeld, 1965, p. 44; peter arens, **Zivilprozessrecht**, München, Beck, 1988). Veja-se os estudos de vittorio denti, **Note sui vizi della volontà negli atti processuali**, Pavia, 1959, peter arens, **Willensmängel bei Parteihandlungen im Zivilprozess**, Berlin, Gehlen, 1968, e paula costa e silva, **Ato e processo**, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

13 Lebre de freitas, **Introdução cit.**, nº I.2.1.

14 Lebre de freitas, **Introdução cit.**, nº I.3.4. A sentença de mérito só não constitui um meio de tutela de direitos subjetivos ou outros interesses legalmente protegidos quando se baseia na **equidade** (arbitragem voluntária *ex aequo et bono*; julgamento pelo tribunal do Estado segundo a equidade), surgindo neste caso a composição dos litígios como finalidade **autónoma** do processo civil. Por outro lado, todo o processo civil tem na sua base um **conflito de interesses**, sobre o qual se ergue o pedido do autor (ou do réu reconvinte), de tal modo que a simulação do litígio dá lugar, por verificação oficiosa ou recurso extraordinário de terceiro prejudicado, respectivamente à anulação do processo ou à revogação da sentença com base nela proferida (*idem*, nº I.4.4). No Brasil, tal constitui fundamento da ação rescisória (art. 966-III CPC).

### 3. O ACTO DA SEQUÊNCIA

Para a **teoria da inclusão**, só são processuais os atos que fazem parte da sequência processual<sup>15</sup>.

Mesmo que outros não houvesse, logo, porém, se constataria que nessa sequência se inserem atos que produzem efeitos directos no campo do direito material. Já sem falar da sentença de mérito, que define entre as partes os direitos e as outras situações jurídicas substantivas a que se reporta o pedido<sup>16</sup>, notemos que:

- Através dos negócios de autocomposição do litígio (desistência do pedido, confissão do pedido, transacção), a parte ou as partes dispõem desses mesmos direitos e situações jurídicas (podendo ainda, no caso da transacção, regular outras relações entre si existentes);
- O ato de produção do meio de prova constituindo pode produzir efeitos extraprocessuais (art. 421 CPC português e art. 355-3 CC português; art. 372 CPC brasileiro);
- A declaração feita num ato de alegação de parte pode produzir, com a citação ou notificação à parte contrária, efeitos constitutivos, extintivos ou preclusivos de direitos (vencimento da obrigação pura; colocação do possuidor em má fé; resolução ou denúncia do contrato; compensação de créditos; prescrição do crédito ou usucapião do direito real; interrupção da prescrição ou da usucapião). Por isso, falam alguns autores de atos com dupla qualificação (atos ao mesmo tempo processuais e substantivos)<sup>17</sup> ou de dupla funcionalidade (função simultaneamente processual e substantiva de atos de natureza processual)<sup>18</sup>.

Esta constatação não retira a natureza de **processuais** aos atos da sequência: iniciada com a petição inicial, a sequência processual tem como escopo a obtenção da sentença de mérito, como modo de realização da **tutela** dos direitos subjetivos e outros interesses legítimos; ao longo de todo o processo, o que está em causa é a **garantia** da norma primária de direito substantivo, fonte desses direitos e interesses.

### 4. DECLARAÇÕES MATERIAIS RECEPTÍCIAS NO PROCESSO

É, portanto, processual o ato de propositura da ação, no qual se solicita a tutela jurisdicional, bem como o ato de contestação do réu, pelo qual ele se defende da ação contra si proposta, ou reconvém contra o autor, ainda que nele a parte manifeste também a vontade de interpelar o devedor, de dar a conhecer a causa do seu direito ao possuidor, de resolver o contrato que celebrou com a contraparte, de denunciar o contrato de execução continuada, de compensar o seu crédito com o da parte contrária, de se prevalecer da prescrição ou da usucapião, de exercer o seu direito de crédito antes que se conclua o prazo da prescrição ou de fazer valer o seu direito de propriedade antes que se conclua o prazo da usucapião.

Esta **vontade** do autor ou do réu é **expressa em articulado** numa ação, mas podia igualmente (com os mesmos efeitos) ter sido expressa **antes de a ação ser proposta**, visto que a lei se contenta com uma declaração dirigida à parte contrária e por esta recebida, nos termos gerais da **declaração receptícia** (art. 224 CC português), ainda que, nos casos da prescrição e da usucapião, essa declaração só possa ser feita num requerimento de notificação judicial avulsa (art. 323-1 CC português) ou também pelo protesto cambial com que se contenta a lei brasileira (art. 202 CC brasileiro). A petição inicial, a contestação ou outro articulado em que essa vontade seja expressa contém, pois, essa declaração receptícia, sujeita ao respectivo regime substantivo<sup>19</sup>.

Como a lei não exige que a vontade seja manifestada no processo, este não veicula uma **ação** (ou reconvenção) **constitutiva**: a eficácia da declaração é um mero **pressuposto** ou **fundamento** da sentença, ocorrido antes desta e de que ao tribunal cabe só verificar a ocorrência<sup>20</sup>. O articulado não deixa, pois, de constituir um

15 Assim em satta-punzi, *cit.*, ps. 207-208.

16 Por isso, considerado que o caso julgado tem **efeito preclusivo** – precludem, não só todos os possíveis meios de defesa do réu vencido e todas as possíveis razões do autor que perde a ação, mas também, com maior amplitude, toda a indagação sobre a relação controvertida, delimitada pela pretensão substantivada deduzida em juízo –, parte da doutrina defende que a sua eficácia se realiza, em primeira linha, no domínio das normas de conduta relativas às partes, sendo de direito substantivo e só reflexamente constituindo uma norma de decisão perante o juiz (proibição de repetição; proibição de contradicção), que é de direito processual (angelo falzea, **Efficacia giuridica**, Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè, XIV, ps. 506-507; lebre de freitas, **A confissão no direito probatório**, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, nº 14 (67)).

17 Cordero, *apud* denti, *cit.*, p. 15; wolfgang grunsky, **Grundlagen des Verfahrensrechts**, Bielefeld, Gieseking, 1974, ps. 90-91; arwed blomeyer, **Zivilprozessrecht**, Berlin, Dunker & Humblot, 1985, p. 342; adriano vaz serra, **Sobre a impugnação da confissão, desistência e transacção**, Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra, ano 99, ps. 354-355.

18 Werner Niese, **Doppelfunktionelle Prozesshandlungen**, Göttingen, 1951, p. 56.

19 O efeito da declaração feita na petição inicial produz-se com a **citação**, no momento em que o réu toma conhecimento da petição ou em que a lei processual presume que este conhecimento tem lugar. Sendo a declaração feita na contestação ou em outro articulado do processo, o momento da eficácia é o da sua **notificação** à parte contrária.

20 Lebre de freitas, **Introdução** *cit.*, nº 1.3 (14). Diversamente, na ação constitutiva, o efeito do exercício do direito potestativo só se produz com a sen-

ato processual, produzindo o seu **efeito característico** no processo em que se insere: para ser tida em conta na sentença fica a **alegação** de que se exigiu o pagamento, se denunciou ou resolveu o contrato, se invocou a compensação, a prescrição ou a usucapião ou se deu conhecimento ao possuidor da causa de aquisição do direito de propriedade, ou ainda a **interrupção** da prescrição ou da usucapião efectuada.

As posteriores vicissitudes do processo, que impeçam uma decisão de mérito favorável ao autor da declaração de vontade ou de ciência (absolvição da instância ou outra causa de extinção desta que não seja o julgamento de mérito favorável), deixam incólume a **relevância** da declaração produzida no âmbito da fatispécie de direito substantivo em que se insere e, verificados os outros pressupostos dessa fatispécie, **o efeito de direito civil mantém-se**: o devedor continua constituído em mora; o contrato permanece denunciado ou resolvido; as obrigações recíprocas compensadas estão definitivamente extintas; a invocação da prescrição extinguiu o direito de crédito e a da usucapião constituiu o direito de propriedade<sup>21</sup>; o prazo da prescrição ou usucapião ficou interrompido, sem prejuízo de novo prazo se ter iniciado.

Por sua vez, a **incompletude** da fatispécie de direito substantivo, por não ocorrência de outros dos seus elementos (por exemplo, a obrigação estava sujeita a prazo e este não tenha ainda decorrido ou o prazo da usucapião invocada não tinha inteiramente decorrido), não afecta a validade do articulado em que a declaração é produzida, nem a plena produção dos seus efeitos processuais (início da instância; conformação do pedido e da causa de pedir), sem prejuízo de se repercutir no conteúdo da sentença de mérito a proferir, de modo idêntico ao da falta de alegação ou prova de qualquer outro facto principal da causa.

Não se trata, pois, de um ato único com dupla qualificação ou de dupla funcionalidade, mas de um ato processual do qual é logicamente **destacável** o ato de direito material nele simultaneamente praticado.

## 5. NEGÓCIO DE AUTOCOMPOSIÇÃO DO LITÍGIO

A ideia de destaque ou separação, conduzindo à configuração de fatispécies distintas de direito material e de direito processual, é igualmente utilizável na análise dos negócios de autocomposição do litígio, cuja natureza (de direito material ou de direito processual) tem sido controvertida na doutrina.

A doutrina germânica usa fazer construções distintas da transação, por um lado, e da confissão e da desistência do pedido, por outro. Estas são correntemente tidas por atos de natureza processual. Segundo a doutrina dominante, não são, por isso, impugnáveis nos termos do direito civil, mas só anuláveis por fundamentos processuais<sup>22</sup>, embora tal seja posto em causa por doutrina minoritária, que sustenta a admissibilidade do recurso ao regime de validade do direito substantivo<sup>23</sup>. Quanto à transação, é correntemente tida por um misto de negócio jurídico substantivo e de ato processual, divergindo, porém, os autores quanto a ser constituída por um **único Tatbestand** com essa dupla natureza<sup>24</sup> ou por um **Tatbestand duplo**, que é diferenciadamente de negócio substantivo e de negócio processual<sup>25</sup>.

Em direito português, tal como em direito brasileiro, a lei processual desenha para as três figuras um regime idêntico, pelo que não é defensável que a transação tenha natureza distinta da desistência e da confissão do pedido. Tem sido sustentado na doutrina portuguesa que as três figuras são negócios jurídicos, ao mesmo tempo, de direito material e de direito processual<sup>26</sup>. Creio, porém, mais adequada a construção de qualquer

tença. É o caso do divórcio, da anulação do contrato e, quando a lei assim o diz, da resolução do arrendamento. Encontramo-nos então perante direitos potestativos **de exercício judicial**, enquanto os casos do texto são de direitos (ou faculdades: interpelação) potestativos **de exercício extrajudicial**, de exceções de direito civil (compensação, prescrição), de contraexceções (interrupção da prescrição) ou de meras comunicações ou declarações de ciência (a que é feita ao possuidor), só **ocasionalmente** ocorridas no decurso da ação (de condenação, ou de mera apreciação da eficácia do ato praticado).

21 Sem prejuízo de a **justificação** do direito de propriedade dever ter lugar para efeito de registo, quando se trate de bem imóvel, e de dever realizar-se a **tradição** do bem móvel, embora o possuidor logo seja convertido em mero detentor.

22 Por todos: Wolfram Henckel, **Prozessrecht und materielles Recht**, Göttingen, Otto Schwartz, 1970, p. 84; Rosenberg – Schwab, **Zivilprozessrecht**, München, Beck, 1986, p. 816.

23 Por todos: arens, **Willensmängel** cit., ps. 211 e 220; Georgios Orfanides, **Die Berücksichtigung von Willensmängeln im Zivilprozess**, Köln, Karl Heymanns, 1982, p. 74.

24 Por todos: niese, **cit.**, ps. 86-87; blomeyer, **cit.**, p. 342. Em Itália: enrico tullio liebman, **Risoluzione convenzionale del processo**, Rivista di diritto procesuale civile, 1932, III, p. 267.

25 Por todos: Konrad Hellwig, **System des deutschen Zivilprozessrechts**, I, Leipzig, 1968, ps. 626-628; Gottfried Baumgärtel, **Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess**, Berlin, Karl Heymanns, 1967, p. 192. Em Itália: Crisanto Mandrioli, **Corso di diritto procesuale civile**, Torino, Giappichelli, 1987, p. 70 (4).

26 Adriano vaz serra, **Sobre a impugnação da confissão, desistência e transacção**, cit., p. 355; Teixeira de sousa, **Introdução ao processo civil**,

deles como **negócio de direito substantivo**, sem prejuízo de ser feito valer no processo por um **ato de invocação** que, inserido na sequência, tem natureza processual<sup>27</sup>.

A natureza substantiva do ato (unilateral ou bilateral) pelo qual a parte ou as partes pretendem pôr termo ao litígio resulta de que, através dele, o autor (desistência do pedido), o réu (confissão do pedido) ou ambos (transação) **dispõem** das situações jurídicas que são objecto da pretensão, reconhecendo os respectivos direitos ou extinguindo-os, com independência das situações jurídicas reais precedentes, o que caracteriza um **negócio jurídico material com eficácia preclusiva**.

Este negócio pode, em direito português, ter lugar por termo no processo ou, fora dele, por documento autêntico ou particular (art. 290-1 CPC) e, neste caso, sem prejuízo da sua eficácia **imediata** no campo do direito civil, só produz efeitos no processo quando dele aí seja dado **conhecimento**, em termos não muito dissemelhantes daqueles em que se faz valer no processo qualquer outro negócio jurídico<sup>28</sup>. Aliás, a lei civil portuguesa é expressa em prever um contrato de transação anterior a um litígio entre as partes (art. 1248 CC) e em admitir que, seja o contrato anterior ou posterior ao litígio, nele as partes façam entre si concessões que envolvam a constituição, modificação ou extinção de direitos **diversos** do direito controvertido.

A sujeição destes negócios ao regime de pressupostos e eficácia da lei substantiva não oferece, em direito português, qualquer dúvida, sendo o art. 291 CPC bem expresso em que os fundamentos da sua nulidade ou anulabilidade são os gerais do negócio jurídico de direito material. A declaração de nulidade ou a anulação tem de ser feita valer em recurso de revisão se, entretanto, transitar em julgado a decisão final. De modo semelhante, o § 4º do art. 966 CPC brasileiro sujeita a ação de anulação, nos termos gerais, os atos de disposição de direito pelas partes, homologadas pelo juiz.

Diferente é o caso da **desistência da instância** (a desistência da ação do direito brasileiro). Agora, o autor não dispõe sobre o direito que pretende fazer valer em juízo, a ele renunciando, e a sentença homologatória seguidamente proferida pelo tribunal, em vez de valer como sentença de mérito (art. 487-III-b CPC brasileiro), tem o valor de sentença de absolvição da instância (art. 485-VIII CPC brasileiro). Sendo exclusivamente dirigido à extinção do processo, o ato de desistência da instância não pode fora dele surtir efeitos. O negócio de autocomposição do litígio, como foi dito, produz o seu efeito negocial típico (de conformação das situações jurídicas das partes) no plano do direito material, e só produz efeitos no plano do direito processual, determinando o conteúdo da sentença que o homologa<sup>29</sup>, quando no processo é feita a sua invocação<sup>30</sup>. Mas a desistência da instância, mesmo quando feita em documento exterior ao processo<sup>31</sup>, só pode ter o efeito (processual) de suscitar a sentença de absolvição da instância, que, por sua vez, extingue o processo, sem a formação de caso julgado material. A desistência da instância é assim um **negócio jurídico processual**<sup>32</sup>.

## 6. NATUREZA DA PROVA

A **assunção** ou **recepção** da prova no processo tem lugar no termo de sequências de atos processuais com a designação de **procedimentos probatórios**. Trata-se de sequências de atos, estruturalmente autónomas relativamente à sequência do processo, que, respeitando à utilização da prova em juízo, se iniciam com a prática de atos comuns aos diversos meios de prova (**proposição** das provas pelas partes, eventualmente após a sua notificação para esse efeito) e continuam com atos próprios de cada meio de prova (**admissão, produção e assunção** dos meios de prova constituendos; **admissão e assunção** dos meios de prova preconstituídos). Estes atos sequenciais são, sem sombra de dúvida, processuais.

Lisboa, Lex, 2000, p. 97, e **Estudos sobre o novo processo civil**, Lisboa, Lex, 1997, ps. 193-207.

27 denti, *cit.*, ps. 17-19 e 26. Ver também mauro cappelletti, **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**, Milão, 1962, ps. 397-398, e lebre de freitas, **A confissão** *cit.*, nº 20.1.6, e **Introdução** *cit.*, nº II.6.2.

28 Os factos supervenientes podem ser levados ao processo até ao termo da discussão da causa em 1ª instância. Constituindo um **ato superveniente**, que conforma as relações jurídicas das partes de acordo com a sua vontade, o negócio de autocomposição pode ser feito valer no processo mesmo depois desse momento, enquanto não há trânsito em julgado da sentença final.

29 Esta, por sua vez, extingue a instância e constitui caso julgado.

30 Simultânea com a celebração da desistência do pedido, confissão do pedido ou transação (termo no processo) ou posterior a ela (requerimento que a apresenta no processo).

31 A lei portuguesa admite também para a desistência da instância esta forma de ato extraprocessual.

32 É negócio jurídico processual aquele que tem o efeito de criar ou extinguir situações jurídicas processuais (baumgärtel, *cit.*, p. 186) ou veicula o exercício de faculdades processuais (grunsky, *cit.*, p. 208).



Igualmente processual é o ato subsequente de julgamento da matéria de facto, em que é **atribuída** aos meios de prova legal (o documento, a confissão, a admissão) o valor probatório que a lei lhes confere e é feita a **livre apreciação** dos meios de prova submetidos por lei à formação da convicção do julgador.

Mas a prova está de tal modo ligada ao facto a provar que se pode dizer que este não tem existência para o direito se não for provado: a prova do facto opera como fator condicionante da sua **reconhecibilidade** por terceiros e, portanto, também do reconhecimento, fora do círculo dos que nele tenham tido intervenção, dos efeitos jurídicos que o facto é idóneo a produzir<sup>33</sup>.

Das normas sobre o **ónus da prova** é afirmado, de modo hoje tido por pacífico, que têm natureza substantiva: a distinção entre o facto constitutivo, por um lado, e o facto impeditivo, modificativo, extintivo e preclusivo, por outro, resulta da interpretação da norma primária de direito substantivo e, como critério último, da normalidade ou excepcionalidade da ocorrência dos seus pressupostos de facto, de tal modo que, condicionando a estrutura do preceito legal, acaba por influenciar o comportamento das partes dentro e fora do processo<sup>34</sup>. Mas, apesar de sobre elas haver conceções doutrinárias e opções legislativas opostas<sup>35</sup>, também as normas sobre o **elenco** dos meios de prova e a **admissibilidade e força probatória** de cada um deles comungam dessa natureza: não se trata agora de interpretar a previsão da norma primária de direito substantivo, separando e acertando os respetivos elementos de facto, mas de verificar a ocorrência desses elementos através de meios (probatórios) que permitem o seu **reconhecimento**.

Isto é particularmente evidente quando a lei exige um documento para a **formação** do negócio jurídico: esse documento, que a parte tem o ónus de conservar<sup>36</sup>, serve a finalidade indirecta de **reconhecer** o preceito negocialmente estabelecido, para o que constitui o **único** meio que a lei admite. Fora do campo da imposição legal de determinado meio probatório, encontramos, dada a possibilidade (concorrencial ou alternativa) de uma multiplicidade de fontes de prova, perante fontes plúrimas dum reconhecimento **possível** do facto jurídico (e, mediatamente, do direito). Ora esta função de reconhecimento é uma função de direito substantivo<sup>37</sup>, sendo de observar aqui o paralelismo entre estas **normas probatórias de reconhecimento** e as normas

33 Lebre de Freitas, **A confissão** cit., n.º 14.2.1. O valor **prático** do direito subjetivo depende da prova, que confere certeza aos factos dos quais o direito deriva, quando não chega mesmo a condicionar em absoluto esse valor, como acontece com o documento *ad substantiam* (Enrico Redenti, **Diritto processuale civile**, Milão, 1967, II, p. 60; francesco carnellutti, **Teoria geral do direito**, Coimbra, 1942, p. 505).

34 Embora a figura do **facto impeditivo** haja sido elaborada para as necessidades do processo, tendo na sua origem a perspectiva processual da decisão sobre o facto incerto, constitui problema de direito substantivo o de saber qual é a **norma-regra** e a **norma-excepção** (leo rosenberg, **Zur Lehre vom sog. qualifizierten Geständnis**, Archiv für civilistische Praxis, 94 (1903), ps. 11-43) ou o que constitui na previsão dum norma a **regra** e a **excepção**, a fim de isolar os respectivos elementos, com a consequência de daí se retirarem as pretensões e as exceções perentórias do processo civil (Dieter Medicus, **Anspruch und Einrede** cit., ps. 313-316, e **Allgemeiner Teil** cit., ps. 34-35 e 40-42; adriano vaz serra, **Provas**, Lisboa, Boletim do Ministério da Justiça, 110, p. 126). A tese contrária de gian antonio micheli, **L'onere della prova**, Padova, 1942, ps. 182-183, 265-272, 319, 337-338, e **Corso** cit., II, p. 81, segundo a qual a distinção entre o facto constitutivo e o facto impeditivo só se pode fazer perante a posição concreta das partes no litígio, está há muito ultrapassada. Note-se que no direito alemão as normas sobre a prova têm assento na lei de processo, com uma só excepção: as normas que distribuem o ónus da prova estão na lei civil (no *BGB* e não na *ZPO*).

35 Remeto para as citações da minha **Confissão** cit., n.º 14.1. Carnellutti, redenti, satta-punzi e adriano vaz serra estão entre os substantivistas, enquanto chiovenda, liebman, furno, micheli, andrioli, mandrioli, manuel de andrade e alberto dos reis estão entre os processualistas. A polémica desenrolou-se sobretudo em Itália, quando parte significativa da doutrina se rebelou contra a inclusão tradicional das normas sobre a admissibilidade e a força probatória dos meios de prova no âmbito do direito substantivo, e teve reflexos em Portugal, onde essa matéria esteve incluída no Código de Processo Civil entre 1939 em 1966. O enquadramento da prova no direito civil, ressalvadas as normas relativas à produção dos meios de prova em juízo, vigora nos direitos latinos desde o Código Napoleónico e é pacificamente aceite em França.

36 Wolfgang Brehm, **Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung**, Tübingen, 1982, ps. 196-197, justificando esse ónus pela projecção das normas sobre o ónus da prova no plano da previsão dum processo futuro; antonio liserre, **La rilevanza delle dichiarazioni giudiziali dei contraenti in ordine alla prova dell'avenuta stipulazione di un contratto formale**, Rivista trimestriale di diritto procesuale civile, 1967, ps. 1408-1410 e 1414-1415.

37 Para esta função substantiva aponta a lei civil portuguesa quando, no art. 223-2 CC, determina, em sede de forma convencional do negócio jurídico, que, se a forma só tiver sido convenionada depois de o negócio estar concluído ou no momento da sua conclusão, e houver fundamento para admitir que as partes se quiseram vincular desde logo, se presume que a convenção teve em vista a **consolidação** do negócio, ou qualquer outro efeito, mas não a sua substituição. A consolidação do negócio jurídico, pela sua repetição sob a nova forma (mais solene) que as partes convenionaram, tem o sentido de **reforçar a prova do negócio**, considerado este, não como **ato** (de que a segunda declaração não é prova: ela só prova a confissão mútua das partes de que celebraram o negócio e só esta confissão é que faz prova do ato negocial primitivo), mas sim como um **processo** que engloba **formação** (inicial) e (posterior) **consolidação**; a nova prova insere-se claramente na via (agora reforçada) do reconhecimento do negócio primitivamente celebrado. Mas é legítimo continuar a dizer o mesmo quando se trata de qualificar a norma que sujeita o valor de determinado meio de prova à livre apreciação do julgador, *maxime* quando a prova é perante ele produzida? Poderá dizer-se, por exemplo, que a norma que determina que o depoimento testemunhal está sujeito à livre apreciação do juiz é ainda uma norma de direito substantivo? A primeira vista, dir-se-ia que não: o ato judicial de avaliação da prova na decisão sobre a matéria de facto é, indiscutivelmente, um **ato processual**. No entanto, este **momento** processual de avaliação da prova é **subsequente** ao da produção do efeito **directo** da norma probatória, que se limita a **possibilitar** ao julgador um juízo sobre a realidade do facto probando: não indo mais longe a eficácia da norma probatória, a **convicção** do julgador (que a norma apenas possibilita) aparece, não a integrar a sua previsão, mas aquilo que podemos chamar a **fatispécie do efeito** da norma (expressão de angelo falzea, **cit.**, ps. 473-475, por mim usada, para a norma probatória, em **A confissão** cit., p. 289), componente fáctica da sua parte dispositiva, situada para além da eficácia mas nela originada como uma sua consequência – consequência **indirecta** e não necessária, visto que a convicção se forma, não por apreciação dum só meio de prova ou dum só tipo de meios de prova (por exemplo, testemunhais), mas **no confronto** com outros meios ou tipos de meios de prova (periciais, documentos ou declarações das partes sem força probatória plena, provas produzidas em outros processos, comportamentos processuais, etc.) que outras

de reconhecimento da norma primária atrás referidas<sup>38</sup>. Ambas são normas secundárias de direito substantivo.

A reforçar a ideia da natureza material do efeito da norma probatória, está a consideração de que a demonstração probatória, visando gerar em outrem uma convicção sobre a realidade, não tem necessariamente de se fazer em juízo: também pode ser feita **perante a Administração**, designadamente perante um serviço de registo ou notariado, ou mesmo **perante particulares**, designadamente perante uma companhia seguradora. E está ainda outra consideração: a de que a própria **prova constituenda**, embora produzida num processo determinado, pode ser invocada em outro processo e aí ser revalorada ou reapreciada.

No entanto, estas duas considerações são apenas **acessórias**, porquanto há meios de prova que só num processo se produzem e só nesse processo produzem efeito. Estão neste caso a **inspeção judicial** (art. 490 CPC português; art. 481 CPC brasileiro), a **admissão** (arts. 567-1, 574-2 e 587-1 do CPC português; arts. 341 e 344 do CPC brasileiro)<sup>39</sup> e o **comportamento não colaborante da parte** (art. 417-2 CPC português; art. 400 CPC brasileiro, em sede de prova documental). Embora circunscrevam ao processo a sua eficácia, o que já me levou a considerar que, diversamente dos restantes, configuravam meios de prova de natureza exclusivamente processual<sup>40</sup>, o efeito característico da produção destes meios de prova é idêntico ao dos restantes, pelo que penso hoje que a sua natureza igualmente deve ser tida como substantiva, pois se lhes aplicam as considerações acima feitas sobre a ligação entre o meio de prova e o facto a provar e sobre a integração por este da norma primária de direito substantivo<sup>41</sup>.

A natureza substantiva da prova leva a sujeitar a fatispécie probatória e, designadamente, os seus vícios ao regime de direito substantivo. Mas a circunstância de a prova (constituenda) se formar num processo, através dum ato (de produção) de natureza processual, implica também a consideração da eficácia deste ato à luz das normas processuais, sempre que se ponha o problema da perfeição da fatispécie probatória em que se integra. É que o ato de produção de prova, apesar de integrar a fatispécie substantiva dum norma probatória, porventura sem a completar, tem, como acima dito, natureza processual indiscutível<sup>42</sup>.

Igualmente sujeitos ao regime do ato processual estão os restantes atos do procedimento probatório (proposição, admissão, assunção), podendo inclusivamente a anulação de um deles, nos termos da lei de processo (art. 195 CPC português; arts. 278 e 281 do CPC brasileiro), repercutir o seu efeito nos atos subsequentes do procedimento probatório<sup>43</sup>; mas esses já não integram, enquanto tais, a previsão das normas probatórias de direito substantivo.

## 7. CONFORMAÇÃO DE REQUISITOS DE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Vimos que os atos da sequência processual têm natureza processual, mas que de alguns deles se podem destacar atos de direito material (declarações receptícias feitas nos articulados; negócios de autocomposição do litígio feitos por termo no processo) e que outros integram previsões de normas substantivas (atos de produção da prova).

normas igualmente sujeitam à livre apreciação do julgador. A norma que submete um meio de prova à livre apreciação do julgador contém uma **cláusula geral**, apontando para uma atividade judicial que se exerce como, no plano das normas, o faria uma proposição jurídica (incompleta) **complementadora**, na qualificação de larenz (*supra*, nota 4). Na dialéctica entre a lei e a prática judicial (schönfeld, citado por larenz, *cit.*, ps. 126-129), esta pode ser exercida no sentido de completar, concretizando-o, o direito objetivo e este não deixa por isso de ser substantivo. Aliás, já se tem defendido que toda a norma primária de direito substantivo é, ao mesmo tempo que uma **norma de conduta** dirigida aos particulares, uma **norma de decisão** dirigida ao juiz ou à Administração (Arwed blomeyer, *cit.*, ps. 364-365). A norma probatória de reconhecimento, aqui referida, é igualmente acompanhada por uma norma de decisão.

38 A norma de reconhecimento de hart permite identificar a norma primária de conduta (*supra*, nota 5). A norma probatória permite o reconhecimento do facto, com eficácia indirecta no direito a que se este se refira. Aquele actua no campo (**abstrato**) do direito objetivo; esta no campo (**concreto**) do direito subjectivo.

39 Embora por vezes chamada **confissão ficta** ou **confissão presumida**, a admissão não constitui uma confissão: resultando o efeito probatório do **silêncio** da parte sobre a realidade dum facto alegado pela parte contrária, seja mediante a pura omissão de contestar, seja mediante a não impugnação desse facto em contestação ou outro articulado apresentado, em inobservância do ónus da impugnação, a admissão não se confunde com a **declaração** da parte sobre a realidade dum facto que lhe é desfavorável. Por isso, o seu regime distingue-se do da confissão em vários pontos (lebre de freitas, **A confissão** *cit.*, n.º 22.3, e **A ação declarativa comum**, Coimbra, Gestlegal, 2017, n.º 7 (9)), entre os quais o da circunscrição do seu efeito ao processo, em oposição à extraprocessualidade da confissão judicial.

40 **A confissão** *cit.*, p. 295, para a inspeção, não obstante fazer parte do elenco de meios de prova da lei civil portuguesa, e p. 482, para a admissão.

41 Quer na inspeção, quer na perícia, uma **fonte de prova indiciária** é objeto de exame, num caso pelo juiz, no outro pelo perito. A diferença está em que, no segundo caso, há entre o juiz e a fonte de prova a **intermediação** do perito, em virtude de conhecimentos técnicos que o exame a fazer requer. Aliás, não deixa de ter natureza substantiva o testemunho ou a perícia, pelo facto de não poder ser invocado, em outro processo, contra parte diferente daquela contra a qual foi produzido.

42 Não tendo o ato de produção de prova, só por si, eficácia substantiva, não há, também aqui, que recorrer ao conceito de dupla funcionalidade, estando por seu lado, o da dupla natureza (que pressuporia um mesmo e só ato) afastado por tudo quanto atrás se deixa dito.

43 Cada procedimento probatório é estruturalmente autónomo em face dos restantes, pelo que a anulação de um deles, por ato que só a ele diga respeito, não tem efeito anulatório sobre os demais.

Mas o universo dos atos processuais não pode ficar por aqui. É que há atos que, embora praticados **fora do processo**, só têm efeitos **no processo**, por se destinarem a conformar requisitos (constitutivos ou impeditivos) dos pressupostos da decisão de mérito (pressupostos processuais **gerais**) ou de atos da sequência processual (pressupostos processuais **de actos singulares**).

Assim:

- a **convenção de arbitragem** atribui a árbitros a competência para dirimir o litígio, em detrimento da jurisdição dos tribunais do Estado;
- o **pacto de jurisdição** atribui aos tribunais do Estado a competência internacional que de outro não teriam ou, ao invés, priva-os da competência internacional que de outro modo teriam;
- o **pacto de competência** atribui aos tribunais numa circunscrição territorial a competência que de outro modo pertenceria aos de outra circunscrição;
- o **consentimento** concedido, para a propositura da ação, por um cônjuge ao outro, pela assembleia geral aos gerentes da sociedade comercial ou pelos condôminos ao administrador do condomínio, quando a lei ou o contrato o exija, conforma o pressuposto processual da legitimidade;
- a **procuração** passada a advogado conforma o pressuposto do patrocínio judiciário, obrigatório nos processos em que a lei impõe a sua constituição e facultativo nos restantes;
- a **renúncia** antecipada de ambas as partes aos recursos ou a renúncia de uma delas a recorrer da sentença, já proferida, que lhe é desfavorável constitui pressuposto impeditivo do requisito da admissibilidade do recurso consistente na recorribilidade da decisão.

Não podendo tais atos servir qualquer fim extrajudicial, eles exercem uma função **exclusivamente** processual, ainda que tenham em vista, não apenas um processo determinado, mas um qualquer eventual processo. Pertencendo indubitavelmente ao campo do direito processual civil a teoria dos pressupostos processuais gerais, como condições de admissibilidade da decisão de mérito, tal como a dos pressupostos dos atos processuais, enquanto requisitos destes, tais atos não podem deixar de ser tidos como **processuais**; e, no entanto, têm de observar, além daqueles que são para cada um deles especificamente determinados, os requisitos gerais dos atos do direito civil da mesma natureza que com os primeiros não sejam incompatíveis<sup>44</sup>. Unilaterais ou bilaterais, constituem eles **negócios jurídicos processuais**.

## 8. CONCLUSÃO

É tempo de concluir.

Verificado que não pode ser excluído o critério da inserção dum ato na sequência processual, é indispensável entender também como processuais os atos que, embora praticados fora do processo, neste produzem o seu **efeito característico**, conformando o processo.

Por outro lado, há que destacar logicamente da sequência processual os atos que, podendo alternativamente ser praticados extraprocessualmente, produzem o seu **efeito característico** no âmbito das situações jurídicas do direito material<sup>45</sup>.

E há, finalmente, no campo da prova, que reservar para os atos do procedimento probatório a qualificação de ato processual, reconhecendo que a prova é, na sua essência, uma figura de direito material, mesmo quando o meio de prova só no processo pode ser produzido e a ele limita o seu efeito.

44 Para Niese, *cit.*, p. 85, e Rosenberg – Schwab, *cit.*, p. 372, é ato processual aquele cujos **requisitos** e **eficácia** são regulados pela lei processual. Este critério ou encerra uma **petição de princípio**, por ser, por sua vez, processual a lei que regula os atos processuais (*supra*, nº 2), ou é **meramente formal** e como tal insatisfatório, por se limitar a apontar para a inserção da norma reguladora no Código Civil ou no Código de Processo Civil. Acresce que, sempre que a lei processual determine, explícita ou implicitamente, a observância de **requisitos substantivos**, o critério acaba por ser inconcludente (Henckel, *cit.*, ps. 31-32). O mesmo pode dizer-se da sede de regulação da **eficácia** do ato: a **penhora**, por exemplo, tem efeitos **substantivos**, de que a lei portuguesa trata, consequentemente, no Código Civil português (arts. 819 CC a 823 CC; os arts. 817 CC e 818 CC; por sua vez, enunciam requisitos relativos ao seu objecto); e, no entanto, é um **ato eminentemente processual** da ação executiva, pelo qual ficam determinados os bens sobre os quais vai prosseguir a execução. Esta constatação leva igualmente a afastar o critério da **área jurídica** em que os **efeitos** do ato se produzem, defendido por sachs, *Beweisverträge*, Zeitschrift für deutschen Zivilprozessrecht, nº 54, ps. 416-418.

45 Ainda que nenhum critério se possa dizer inteiramente satisfatório (*supra*, nota 12), aproximo-me assim dos critérios defendidos por Henckel, *cit.*, p. 34 (é ato processual o que tem como objetivo típico a conformação directa, ainda que não imediata, do processo), e por Baumgärtel, *cit.*, ps. 45-46, 79-81 e 92 (é processual o ato cuja função principal ou típica é a directa conformação do processo ou de situações processuais, que cria, desenvolve ou termina). Traduzo *Gestaltung* por *conformação*, mas a palavra alemã é muito mais rica de significado.

# CONFLICTOS COLECTIVOS Y PROCESO

José María Salgado<sup>1º</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

La tutela colectiva es una posibilidad, una opción y un deber para el Estado, entre las distintas herramientas posibles de acceso a la justicia que debe regular. El conflicto, por su parte, se genera con independencia que el legislador se ocupe de estas cuestiones. Conociendo su fisonomía, sin embargo, podremos hacernos las preguntas correctas para determinar el modo en que la conflictividad puede ser abordada desde el proceso. La realidad indica que, tengamos o no regulados los procesos colectivos, los conflictos emergerán, en las diversas áreas en que estos pueden presentarse, como una situación natural derivada de la convivencia.

Ese primer paso, consistente en conocer la estructura de los conflictos, no es sencillo, pues suele estar mezclado con los sedimentos que distintas teorías “esencialistas” han depositado sobre aquel. Desde un punto de vista epistémico lo correcto es aproximarse al objeto estudiado, intentar comprenderlo y luego, valiéndonos de conceptos preconcebidos, clasificaciones, etc., intentar transmitir una explicación posible del fenómeno.

La esencia o sustancia de la cosas no es un concepto invariable que el hombre pueda conocer. Por el contrario, lo que puede hacer es dar una explicación relacional entre lo aprehendido y su contexto; y ello será suficiente para el abordaje correcto de los conflictos, sin que sea necesario embarcarnos en teorías que, en la búsqueda alquímica de las esencias, intente calificar algo que no es más que un espejismo de nuestra mente.

La idea es no hablar de esencias o naturalezas jurídicas, abandonar los dualismos metafísicos que la tradición filosófica occidental heredó de los griegos por la imagen de relaciones continuamente cambiantes, de relaciones sin términos, de relaciones entre relaciones. Dejar de lado la idea de verdad como correspondencia y tomar la justificación como en mejor modo de validar los conceptos. Los postulados antiesencialistas atacan la noción de que las cosas tengan algo intrínseco y algo extrínseco. Conocer es trazar relaciones del objeto con el contexto, de ahí que no hay nada que quede fuera de ese rasgo relacional. Sin una naturaleza intrínseca, no puede haber una descripción única que explique el sentido conforme el cual el objeto de estudio, o conflicto, pueda ser conocido. Sólo en tanto se establezcan relaciones del objeto de estudio con las necesidades humanas, con la conciencia o con el lenguaje aquel podrá comprenderse. Con esto desaparece la dicotomía entre apariencia y realidad, y la barrera entre nosotros y el mundo<sup>2</sup>. De otra forma estaríamos destinados a sucumbir a una dominación – opresión– sustentada en una interpretación única de las cosas; uniformidad hermenéutica que sería la creación violenta de un grupo en un tiempo y que opacaría la floreciente diversidad de cada época<sup>3</sup>.

En ese contexto, asumiremos que lo más conveniente (o posible) es abandonar el intento de penetrar en las esencias y trabajaremos en la explicación del fenómeno<sup>4</sup>. Y a la hora de hacerlo, de todas las formas posibles

1 Profesor de Derecho Procesal (U.B.A. – UNPAZ). Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Secretario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Autor de la obra “Tutela individual homogénea”, Astrea, 2011, Premio Mauro Cappelletti 2015 al mejor libro de derecho procesal de la International Association of Procedural Law.

2 Rorty, Richard, ¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 44. Señala Rorty que existen numerosos filósofos – muy distintos entre sí– que se enrolan en esta línea de pensamiento que trata de desplazar el conocimiento como una imagen del mundo reconstruida por la imagen de un flujo de relaciones continuamente cambiantes, entre ellos destaca a Nietzsche, Dewey y Foucault.

3 Nietzsche habla del carácter perspectivo del conocimiento lo describe como una relación estratégica que definirá el efecto del conocimiento, lo que conduce a un resultado totalmente parcial, oblicuo, perspectivo derivado de ciertos actos por los cuales el ser humano se apodera violentamente de las cosas, reacciona ante ciertas situaciones, les impone relaciones de fuerza. “...no hay naturaleza, ni esencia, ni condiciones universales para el conocimiento, sino que este es cada vez el resultado histórico y puntual de condiciones que no son del orden del conocimiento”. Siguiendo este pensamiento Foucault define al sujeto como una construcción a través de la historia, sujeto que es fundado y vuelto a fundar a cada instante, un resultado emergente de las relaciones de poder. Foucault, Michel, La verdad y las formas jurídicas, Barcelona, Gedisa editorial, 2000, p. 30. Ver también Raffin, Marcelo, La experiencia del horror, Capítulo 1, Del otro lado del espejo: la invención de los derechos humanos, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2006, p. 52.

4 Verbic tiene una opinión similar en lo referido a la aprehensión de conceptos esencialistas. De allí pasa a esbozar las cinco notas características que diferencian el conflicto individual del colectivo e indica como aspectos distintivos: 1) Elevado número de sujetos afectados; 2) Posición similar de

en las que puede ser explicado, elegiremos aquella que lo vincula con los mecanismos procesales de tutela ya que, estimamos, es la que de mayor utilidad resultará a quienes lean estas disquisiciones.

## II. CIRCUNSTANCIA FÁCTICA Y PRETENSIÓN

El denominador común de los conflictos que nos interesan se genera a partir de la pretensión insatisfecha de una clase o conjunto de personas. Esto puede suceder por realidades fácticas diversas. La contaminación del medio ambiente, la protección del patrimonio cultural, la pretensión indemnizatoria de un grupo de consumidores, la sanción de una norma inconstitucional y muchas otras posibilidades imprevisibles derivadas de la forma en que las personas tejen sus vínculos jurídicos, la intensa circulación de bienes, el consumo estandarizado, las formas contractuales de adhesión, etc.

De cara al conflicto y en el intento de vincularlo con su mejor o específico mecanismo de tratamiento jurisdiccional no debemos perder de vista que de un mismo hecho pueden detonarse pretensiones diversas. Con lo cual la descripción del hecho en sí no será un medio relacional suficiente, sino que deberá además atenderse al bien de la vida o pretensión que a partir de su ocurrencia se reclame en los tribunales<sup>5</sup>.

La contaminación del medio ambiente, por ejemplo, puede generar el reclamo de su recomposición y/o el pedido de reparación de los distintos afectados por sus daños individualmente sufridos<sup>6</sup>, quienes pueden hacerlo en forma individual, litisconsorcial o colectiva. Luego, a partir de la postulación de las mencionadas necesidades insatisfechas, podremos evaluar cuál será el mecanismo disponible de mayor utilidad para atenderlas.

En algunos supuestos se pedirá la tutela de un bien indivisible cuyo mecanismo de tratamiento y decisión será única, como puede ser limpiar la contaminación de un río o impedir la depredación de una especie animal amenazada. En otros casos los reclamos de reparación individual de los daños sufridos a raíz de un acontecimiento podrán encontrar, muchas veces, vías de tratamiento y decisiones diversas.

Por ello a la hora de intentar una explicación de los conflictos colectivos no sólo interesará el hecho originario, sino las pretensiones que a partir de este se esgrimirán en el proceso y, como quedo explicado, estas podrán resultar indivisibles cuando giren en torno a un único bien colectivo o dividirse en tantos reclamos como personas integren la clase.

## III. LA IMPORTANCIA DE LAS CALIFICACIONES JURÍDICAS

A efectos de propender a la mejor comprensión del fenómeno y de intentar su tipificación jurídica, se han ensayado distintas clasificaciones alrededor de los conflictos colectivos. El art. 81 del Código del Consumidor Brasileño<sup>7</sup> diferencia: a) el derecho difuso, como aquel perteneciente a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas, pero ahora lo están por circunstancias de hecho, que es de carácter indivisible; b) el derecho colectivo, el que pertenece a un grupo más específico de personas relacionadas entre sí o con la contraparte mediante una relación jurídica, también un derecho indivisible y; c) los derechos individuales homogéneos, como aquellos derechos subjetivos individuales que tienen un origen común<sup>8</sup>.

En su hora el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (CMPC)<sup>9</sup>, al referirse al ámbito

los sujetos afectados frente al agente dañoso; 3) Trascendencia social, económica y/o política de su discusión y resolución en sede judicial. 4) Mayor exigencia de tratamiento unitario; 5) Externalidades económicas indeseadas que se derivan del no tratamiento colectivo. Verbic, Francisco, Algunas ideas para intentar justificar la tutela procesal diferenciada en materia colectiva. Lejos de los conceptos, cerca de los conflictos, Ponencia presentada al XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la Ciudad de Buenos Aires en noviembre de 2009.

5 Verbic, Francisco, Procesos colectivos, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 44; Lorenzetti, Ricardo Luis, Justicia colectiva, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 19.

6 Zaneti Jr, Hermes, "Derechos colectivos *lato sensu*: la definición conceptual de los derechos difusos, de los colectivos *stricto sensu* y de los derechos individuales homogéneos", en Gidi, Antonio – Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, Hacia un código modelo para Iberoamérica, México, Porrúa, 2003, p. 58.

7 Sancionado el 11 de septiembre de 1990, ley 8.078.

8 Pellegrini Grinover, Ada, I processi collettivi dei consumatori nella prassi brasiliana, Riv. Dir. Pro., Bologna, Cedam, 1994, p. 1106.

9 El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal desarrolló en el año 2002 el Anteproyecto de Procesos Colectivos para Iberoamérica, elaborado por los Profesores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi, para su presentación en las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Montevideo, 16-18 de octubre de 2002). Este fue sometido a una ronda de críticas y reflexiones cuyo resultado fue, en el año 2004, la aprobación del Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. La Comisión Revisora integrada por los Profesores Ada Pellegrini Grinover, Aliuso G. de Castro Méndes, Anibal Quiroga León, Enrique Manuel Falcón, Kazuo Watanabe, José Luis Vázquez Sotelo, Antonio Gidi, Ramiro Bejarano Guzmán,

de aplicación de la acción colectiva (pretensión) diferencia (art. 1°): I – intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; II – intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

No hace falta recorrer demasiados textos sobre este tema para advertir la variada gama terminológica que ha adoptado la doctrina<sup>10</sup>.

Las categorías resultan útiles para la comprensión, mas no deben alejarnos de nuestro objetivo central, describir el conflicto relacionándolo con su entorno para poder canalizarlo por un sistema procesal idóneo. Por ello cualquier restricción jurisdiccional que sólo se encuentre sustentada en la inadecuación del objeto a las clasificaciones merecerá nuestro repudio, ya que creemos que la tutela colectiva se encuentra por encima de este tipo de enunciados.

Carrió escribió sobre este punto la siguiente reflexión: “...la teoría jurídica se maneja, en casi todos sus sectores, con clasificaciones heredadas, muchas de las cuales traen el aval de un enorme prestigio y de una tradición milenaria. Los juristas creen que esas clasificaciones constituyen la verdadera forma de agrupar las reglas y los fenómenos, en lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de éstos”. Así cabe remarcar que la realidad o los fenómenos sociales, son independientes a las clasificaciones que de ellos hayan hecho los juristas, y que en muchas ocasiones el principio de autoridad termina distorsionando la captación de lo que ocurre en la vida real. Es decir, las clasificaciones (como instrumentos) resultan de suma utilidad a la hora de explicar lógicamente estos fenómenos sociales, sin embargo el apego reverencial a las mismas constituye un error que genera sinnúmero de discusiones doctrinarias sin una finalidad clara<sup>11</sup>.

La reflexión en este punto es que la calificación, clasificación o tipificación del conflicto que se haga, no debe opacar las postulaciones que nazcan de la urgente realidad. Por ello, si son utilizadas, nunca podrán ser motivo suficiente para clausurar la petición de tutela.

Superado este primer plano de análisis confiamos plenamente en su utilidad en tanto sean, por una parte, un intento de conceptualizar el fenómeno en un código técnico que permita su mejor manejo por parte de los operadores del sistema evitando de tal suerte las dificultades que plantea el lenguaje en sí mismo<sup>12</sup>. Dado este paso podremos aferrarnos a las mismas, mientras no existan motivos que nos indiquen que hay que elaborar una nueva clasificación, dado que mediante ese instrumento se podrá malear la sustancia – conflicto- y direccionarla hacia el carril que veamos más conveniente para su tratamiento.

#### IV. CONFLICTOS COLECTIVOS

Cuando emerge una pretensión grupal insatisfecha de una situación concreta y se reclama su tutela, nos encontramos ante un conflicto colectivo. Si, además, la prerrogativa invocada impone una prestación correlativa de otros y el ordenamiento otorga la posibilidad de obtener su cumplimiento, hablaremos de derechos colectivos.

Roberto Berizonce, Sergio Artavia, redacción revisada por Ángel Landoni Sosa, elaboró una segunda versión del Anteproyecto y redactó lo que finalmente es el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, que fue aprobado por la Asamblea General del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en octubre de 2004 durante la realización de las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en la ciudad de Caracas.

10 “Intereses de grupo”, “intereses colectivos”, “intereses difusos”, “intereses sociales”, “intereses de serie”, “intereses de sector”, “intereses de categoría”, “intereses difuminados o propagados”, “intereses profesionales”, “intereses fragmentarios”, “intereses sin estructura”, “interesiadespoti (sin dueño, anónimos), “intereses supraindividuales”, “intereses superindividuales”, entre otros citados por Bujosa Vadell, Lorenzo, La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, Barcelona, José María Bosch Editor S.A, 1995, p. 59. “Incumbencias multisubjetivas”, Pérez Ragone, Alvaro, “Prolegómenos de los amparos colectivos. Tutela de las incumbencias multisubjetivas”. Parte general., Revista de Derecho Procesal Rubinzal-Culzoni, p. 92; “pluriindividuales” y “transindividuales”, distinguiendo los divisibles de los indivisibles, Azar, María José, Azar, María José, Los daños masivos en la jurisprudencia, en Lorenzetti, Ricardo Luis y Schötz, Gustavo Juan (coord.), Defensa del consumidor, Buenos Aires, Abaco, 2003, p. 134, siguiendo la propuesta de Lorenzetti, Ricardo, “Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad”, JA, 2000-II, p. 235; “intereses públicos subjetivos”, Quiroga Lavié, Humberto, El amparo colectivo, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 33.

11 Carrió, Genaro, Notas sobre el Derecho y el Lenguaje, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 4ª edición, Buenos Aires, 1990, p. 99.

12 Como en cualquier lenguaje técnico, en el derecho se profundiza en la artificialidad a efectos de lograr la mayor rigurosidad conceptual posible, usando términos cuyo significado contiene una delimitación conceptual restringida por medio de definiciones precisas, economizando el desarrollo de la explicación. Las ciencias más duras requieren una delimitación de concepto aún mayor, como el caso de las matemáticas donde se delimita un concepto mediante la formulación de un lenguaje artificial abstracto eliminando la vaguedad propia de las palabras. Vernengo, Roberto José, Curso de teoría general del derecho, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1ª reimpresión de la 2ª edición, 1985, p. 35/40.

Podríamos explicar, y así clasificar, los conflictos en base a los individuos involucrados, al objeto perseguido, a la divisibilidad de las pretensiones o, como vamos a hacerlo, en base a una doble mirada.

Por una parte consideraremos la divisibilidad o indivisibilidad de los intereses involucrados, metodología instalada ya en el CMPC<sup>13</sup>, que se sustenta en la posibilidad de que existan tantas pretensiones como miembros de la clase o que ella se concentre en un bien único compartido.

A ello sumaremos, cuando nos refiramos a la especie en la que se advierte la posibilidad de una divisibilidad individual, como una segunda mirada, la unidad o multiplicidad de decisiones que pueden adoptarse, según el caso, sobre ese conflicto y en relación a los integrantes de la clase. Es decir si fuera posible el dictado de diversos pronunciamientos – con diversos sentidos- o si será necesario el dictado de una sola sentencia.

La segunda opción escogida se justifica dado que existen conflictos que en un primer momento se presentan como divisibles – individuales homogéneos-, pero que a la hora de buscar las soluciones solo será posible instrumentar una única respuesta para todo el grupo, sin que quepa la posibilidad de dar soluciones individuales diversas a las colectivas.

Estas diferencias, que nos dejarán tres grupos de conflictos – indivisibles y divisibles con unicidad o multiplicidad de decisión-, tendrán su repercusión posterior en la estructura de la herramienta procesal, en sus recaudos y en su trámite. Es importante señalar, justificando la utilidad de la diferenciación, que la garantía del debido proceso hacia los miembros de la clase que no participan del proceso en forma personal, como ocurre con los conflictos indivisibles, no se alcanza siempre de la misma forma. Cuando existe un conflicto individual homogéneo con unidad de decisión, sólo la publicidad, la amplia participación y el debate con anterioridad a la sentencia la harán posible, luego nadie podrá escapar a la solución.

Analicemos cada caso en concreto para marcar sus contornos, explicarlo con más detalle y justificar su utilidad.

## **A) DERECHOS DIFUSOS O COLECTIVOS DE CARÁCTER INDIVISIBLE**

Cuando la configuración del conflicto colectivo aparece por la congregación de un número elevado de personas alrededor de un bien de disfrute común y sobre él se postula la pretensión de la clase, no será complejo definir cuáles son las cuestiones comunes a tratar, ni qué circunstancias obligan a que un conjunto de sujetos deba tramitar un litigio en forma conjunta; deberá atenderse, en cambio, a un amplio debate que garantice la oportunidad de participar a todas las personas que quieran hacerlo.

En estos supuestos deberá procurarse la concentración de los intentos individuales en un único proceso y su lógica impondrá el necesario arribo a una única sentencia que será impuesta al resto del grupo sin posibilidad de exclusiones individuales.

Cuando la pretensión se dirige a limpiar el curso de un río o a fijar una política pública, la clase o grupo involucrado será aunado por un objeto indivisible en el cual confluyen los intereses o expectativas de un número indeterminable de personas, cuyo uso, goce y disposición corresponde a todos ellos en forma conjunta, sin que alguno pueda excluir a los demás o apropiarse del bien comunitario. A esta especie debemos visualizarla, más allá de la denominación como derechos, prerrogativas o intereses difusos o colectivos, por su carácter indivisible.

## **B) DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS**

En los conflictos colectivos que se presentan por la sumatoria de derechos subjetivos o prerrogativas individuales idénticas, se requerirá otro tipo atención. Así deberá establecerse que circunstancias llevan a que en el caso exista una comunidad conflictual, como se garantizará el derecho de los miembros ausentes, que cuestiones son ajenas a la controversia común, etc.

Se trata de conflictos que se reconocen en su origen como derechos subjetivos, por ello son eminentemente divisibles dado que podrá verificarse la existencia de una pretensión en cabeza de cada uno de sus componentes que resultará escindible de las restantes, aunque por diversos motivos es conveniente su

13 Se caracteriza a los derechos colectivos por su naturaleza originaria o accidental, que va de la mano con la divisibilidad o indivisibilidad del bien de la vida en juego. Barbosa Moreira, José Carlos, A tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos, Temas de directo processual, Terceira série, Saravia, Sao Paulo, 1984, p. 193.

tratamiento como un conflicto colectivo.

Su formación puede derivar de un origen común, ya sea de hecho o de derecho, que al comprender a un alto número de sujetos involucrados cuya relación material o jurídica originaria es total o parcialmente idéntica — configurando de tal manera un colectivo —, amerita el tratamiento uniforme de las cuestiones comunes, en una vía procesal única<sup>14</sup>; ello conducirá a que la clase que así litigue arribe a una sola sentencia que decida las cuestiones homogéneas, debiendo luego decidirse o acreditarse aquellas que no lo son.

Si bien el uso, goce y disposición de los derechos es exclusivo de su titular en el ámbito individual, cuando se constituyen como pretensión colectiva, tampoco puede identificarse a un sujeto que excluya a los otros de la disposición de la prerrogativa colectiva. A ellos nos referiremos como derechos, prerrogativas o intereses individuales homogéneos.

Esta definición si bien delimita una especie dentro de los conflictos colectivos diferenciándolos de los indivisibles, constituye una clasificación en la que pueden viabilizarse diferentes clases de pretensiones. Bajo la denominación de individuales homogéneos podrán esgrimirse pretensiones tendientes a la reparación de daños masivos; otras tendientes a revisar las condiciones de detención — habeas corpus correctivo colectivo —<sup>15</sup>; se podrá pedir el cese en la utilización de datos pertenecientes a los clientes — habeas data colectivo —<sup>16</sup>, la asistencia y tratamiento de enfermos de H.I.V. y el oportuno y regular suministro de sus medicamentos<sup>17</sup>, la defensa de la movilidad de los haberes de los jubilados y pensionados<sup>18</sup>, entre tantas otras que puedan imaginarse. Sin embargo, aún cuando cualquiera de los supuestos enumerados involucre a derechos individuales homogéneos, la instrumentación de la solución, según cual sea el conflicto, podrá variar, sin que pueda verificarse por la lógica del conflicto, en algunos de ellos, su divisibilidad en prestaciones individuales.

Es por esa condición que entendemos necesario postular, dentro de esta clasificación, una segunda categoría diferenciadora que se sustenta en la posibilidad de arribar a una única solución para todos ellos -sin exclusión individual o asignación de derechos en forma particular- de aquella que permite el arribo a una solución colectiva y otras tantas individuales, diversas entre sí, distintas a la que se adjudique al colectivo.

#### i) Derechos individuales homogéneos con multiplicidad de decisiones.

El tratamiento colectivo de pretensiones que pueden ser ejercidas también en clave individual implica que podrán coexistir sentencias individuales disímiles entre sí y, por tanto, también diferentes a la decisión colectiva.

El debido proceso colectivo en los derechos individuales homogéneos que circunscripto al resguardo de la voluntad individual frente a la presumida conveniencia de un litigio colectivo impone que aquellos que quisieran formular un reclamo en el tiempo y condiciones que consideren apropiados puedan hacerlo sin que esa posibilidad se vea afectada por la injerencia de un tercero. En general se conoce esta posibilidad como *opt out* u opción de salida.

Si tomamos nuevamente como ejemplo los daños individuales derivados de un hecho común, la contaminación de una cuenca hídrica, concluiremos que será posible — muchas veces conveniente — que todos los que se han visto afectados inicien un reclamo común que permita economizar recursos y potenciar la fuerza del mismo. Ello arrojará una decisión común para las cuestiones homogéneas, es decir, se establecerá si verdaderamente el curso de agua estaba contaminado y quien es el sujeto que resulta responsable por ese obrar. Luego la relación causal y el daño de cada uno de los miembros de la clase deberán ser acreditados en incidentes individuales.

En ese contexto también sería dable prever que alguno de los integrantes de la clase decida no participar en el pleito, ni efectuar reclamo alguno en el futuro; o bien piense que la mejor opción es el litigio individual tradicional y pida quedar apartado del reclamo común. Obviamente la suerte del grupo puede ser diversa a la que tenga el individuo, sea por la mejor gestión, por la celeridad, etc., con lo cual es admisible la posibilidad de soluciones diversas entre la clase y sus miembros.

#### ii) Derechos individuales homogéneos con unidad de decisión.

14 Palacio, Lino E., “El ‘apagón’ de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del defensor del pueblo”.

15 CSJN, 03/05/2005, “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, Fallos 328:1146.

16 Masciotra, Mario, “La acción de habeas data colectiva”, La Ley, 2007-E, 869.

17 CSJN, 1/6/2000, “Asociación Benghalensis c. Ministerio de Salud y Acción Social”, Fallos 323:1339.

18 Martín, Santiago J., El derecho previsional frente a las acciones colectivas, EDCO, [2010], (04/06/2010, nro 12.517).



Muchas veces las pretensiones individuales sólo pueden ser satisfechas si se pauta una solución general que englobe la totalidad del conflicto. Si no se actúa de esa forma, por más que se trate de derechos individuales y divisibles que compartan hechos o derechos homogéneos, no se podrá paliar el conflicto, ya que la implementación de la solución hace inviable la coexistencia de decisiones diversas entre la pretensión de la clase y las eventuales pretensiones individuales.

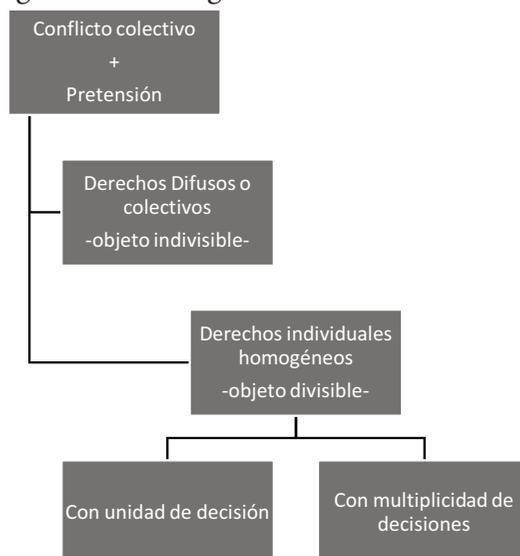
Analicemos el precedente “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”<sup>19</sup>, donde se aprecia la situación a la que nos referimos. La acción de habeas corpus correctivo y colectivo para resguardar a las condiciones de detención de las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires se refería a derechos individuales homogéneos, las condiciones de detención de cada detenido, vinculadas por una situación fáctica común, el hacinamiento. El conflicto tenía como única respuesta posible, en un sentido práctico, el abordaje de una solución integral, por cuanto el traslado individual de detenidos de un establecimiento a otro sólo hubiera logrado el mejoramiento de unos y el empeoramiento de otros. Es decir, sólo era posible pensar en una respuesta para todos consistente en modificar un estado estructural de cosas, sin posibilidad de dar respuestas diferentes a las situaciones particulares.

Otro supuesto que sirve para ejemplificar la cuestión es el reclamo individual homogéneo por la suba ilegal del pasaje del transporte en un importe ínfimo. Si bien se trata de derechos de titularidad individual, nadie optaría por la promoción atomizada de innumerables pleitos ya que el beneficio a obtener nunca justificaría los gastos del proceso, aunque la sumatoria de los casos individuales represente un rédito importante para la empresa que los percibe. Desde la óptica de abordaje del conflicto y en miras a su solución, así como no es practicable el recupero individual de los daños, tampoco lo será la eventual devolución personalizada de lo obtenido en el proceso colectivo, sino que deberá recurrirse a otro tipo de respuestas que beneficien a la clase en su conjunto. En este caso, como en el mencionado anteriormente, y en muchos otros, la respuesta jurisdiccional, más allá de la divisibilidad de las pretensiones, será la misma para todos sin que se prevea la posibilidad de soluciones individuales distintas a la colectiva.

Es por eso que, cuando nos referimos a los derechos individuales homogéneos con unidad de decisión, proyectando el conflicto hacia los carriles procesales, la implementación de una respuesta uniforme, en nuestro criterio, reclamará un proceso donde la garantía del debido proceso hacia los miembros ausentes, como ocurre con los derechos difusos indivisibles, sea resguardada con la publicidad, la amplia participación y el debate con anterioridad a la sentencia, ya que luego nadie podrá escapar a la solución integral del conflicto.

### C) GRÁFICO

Las posibilidades quedarían graficadas del siguiente modo:



19 CSJN, 03/05/2005, “Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, Fallos 328:1146.

## V. EL PROCESO COLECTIVO

Los mecanismos de llegada de los conflictos colectivos a sede jurisdiccional es variable y puede realizarse de diversas maneras. Incluso en los países en que no se han regulado los procesos colectivos, los conflictos se resuelven por el abordaje tangencial articulado a partir de mecanismos no pensados específicamente para esas situaciones.

Muchas veces los casos paradigmáticos resueltos por el más alto tribunal de un país logran poner fin a un conflicto masivo sin necesidad de proponer una acción de clase o un proceso colectivo. Lo mismo sucede cuando los tribunales inferiores comienzan adoptar decisiones en un sentido muy marcado, como un efecto goteo, y estas finalmente terminan imponiéndose de modo general a través del dictado de una ley.

También es posible que mecanismos no configurados específicamente para abordar los conflictos colectivos logren solucionarlos. El caso más común es el control de constitucionalidad con efectos generales de la decisión adoptada, ya que la norma expulsada del sistema deja de afectar al grupo que la cuestionaba.

En Brasil, por ejemplo, determinados conflictos colectivos encuentran solución a través del enjuiciamiento de casos repetitivos – art. 928 del CPC-, pues mediante el incidente o recurso repetitivo se obtiene una solución para todos los casos cuyas cuestiones jurídicas (procesal o material) se reiteren en los juicios pendientes, con la particularidad de circunscribir de un modo más exhaustivo la escasa homogeneidad que puede existir entre los casos que dicho mecanismo viene a resolver<sup>20</sup>. Evidentemente la modalidad es útil para algunos conflictos, más económica y sencilla en comparación con la que usualmente propone una *class action*; aunque será inapropiada para otros, por no poder abordarlos adecuadamente, como el caso de la discusión en torno a una determinada política pública o el saneamiento del ambiente contaminado.

Trabajar mirando el conflicto permite malear las herramientas procesales y ajustarlas a los distintos objetivos que se busquen. De esa forma también se pueden explicar, ya dentro de los procesos colectivos propiamente dichos, las distintas familias desarrolladas en el derecho comparado.

Mauro Cappelletti y Brian Garth, describieron cuatro modelos de protección de intereses “difusos, fragmentados y colectivos”, mirados desde lo concerniente a la legitimación concedida para hacerlo<sup>21</sup>. El espectro puede ampliarse y no sólo debe considerarse la decisión sistémica de conceder la legitimación extraordinaria, sea de modo exclusivo o amplio, a sujetos previamente definidos, sino que es necesario observar en qué tipo de marco procesal aquella habrá de desarrollarse, no sólo por la extensión de sus consecuencias, sino por la efectividad en el real acceso a la justicia y por los conflictos que válidamente pueden abordarse.

Brasil<sup>22</sup>, Colombia<sup>23</sup>, Canadá<sup>24</sup>, Australia<sup>25</sup>, Israel<sup>26</sup>, Argentina<sup>27</sup>, entre otros países, han elegido – con

20 Didier Jr, Fredie y Zaneti Jr, Hermes, Las acciones colectivas y el enjuiciamiento de casos repetitivos: dos tipos de proceso colectivo en el derecho brasileño, *International Journal of Procedural Law*, Volumen 7 (2017), N° 2, p. 267/275.

21 Cappelletti, Mauro y Garth, Bryan, en su relato general presentado en el VII Congreso de Derecho Procesal celebrado en Würzburg, Alemania en 1983; El acceso a la justicia, Movimiento mundial para la efectividad de los derechos, Informe general, La Plata, Colegio de Abogados del Departamento Judicial, 1983, p. 18.

22 Gidi, Antonio, Class actions in Brasil. A model for civil law countries, *The American Journal of Comparative Law*, n° 2, 2003; Id., Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil, Universidad Autónoma de México, México, 2004; Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio, *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012. Didier Jr., Fredie y Zaneti Jr., Hermes (coords.), *Proceso colectivo*, Editora JusPodivm, Salvador de Bahía, 2016; Didier Jr., Fredie y Zaneti Jr., Hermes, *Curso de direito processual civil. Proceso colectivo*, 10 ed., Editora JusPodivm, Salvador de Bahía, 2016.

23 Parra, Jairo, Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos (Colombia), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 2002; Guayacán Ortiz, Juan Carlos, Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas, Universidad del Externado, Bogotá, 2013, p. 387/390.

24 Watson Q. C., Garry D., Las acciones colectivas en Canadá, en Gidi, Antonio – Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2003, p. 27/42337. Gonçalves de Castro Mendes, ob. cit., p. 139/145. Piché, Catherine, Evidence and provisional measures in complex litigation and class actions in Canada, I conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2012, p. 159/191.

25 Wilcox, Murray, Las acciones colectivas en Australia, Gidi, Antonio – Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, ob. cit., p. 43/56.

26 En 2006 dictó la *Class Actions Law*.

27 Aunque no se ha dictado una ley específica, existen fallos de la Corte Federal que han fijado esta tendencia con sustento en el art. 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional. Ver, Oteiza (coord.), *Procesos Colectivos*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2006; Giannini, Leandro, La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2007; Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Astrea, 2007; Meroi, Andrea A., *Procesos colectivos, Recepción y problemas*, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2008; Salgado, José María, *Tutela individual homogénea*, Astrea, 2011.

sus matices- la vía del litigio representativo desarrollada extensamente en los Estados Unidos<sup>28</sup>, variando en cada caso las personas legitimadas para ejercer esa representación. El eje de este mecanismo se centra en que, siguiendo la tradición nacida en la justicia de equidad inglesa, una persona representa los reclamos o defensas del grupo sin que sea necesario que sus integrantes concurren personalmente al pleito. La representación adecuada es el modo en que un legitimado extraordinario se “auto postula” como el portador de la voz del grupo en conflicto y, bajo un control de sus condiciones a efectos de garantizar la eficaz tutela de los derechos de las personas involucradas, les hace extensivas las consecuencias de ese proceso<sup>29</sup>.

En los países europeos se ha difundido, mayormente<sup>30</sup>, una matriz no representativa. Sin poder escapar a la tradición del *civil law* se eligió el mecanismo del *opt-in* – de modo de configurar un gran litisconsorcio-, en el que se confía en un sujeto al que se considera representativo de los intereses del grupo y se espera la adhesión de los involucrados al litigio que el conducirá. Es usual en esos sistemas que exista una delimitación objetiva de los ámbitos de aplicación de este tipo de instrumentos a sectores específicos de particular relevancia social, como la tutela de los consumidores y de los inversores. La normativa comunitaria, por su parte, ha marcado un piso mínimo mediante directivas de protección de los consumidores<sup>31</sup>, que no cambia el rumbo elegido por la mayoría de los países que componen ese bloque regional y que en general propicia un régimen de *opt-in* y rechaza los mecanismos representativos de las *class actions*<sup>32</sup>.

En Alemania, por ejemplo, existen tres formas de implementar acciones colectivas: a través de las acciones promovidas por asociaciones (*verbandsklage*), el mecanismo de la causa modelo (*musterverfahren y musterrklage*) y las acciones de grupo propiamente dichas (*sammelklage*).

El primer caso, considerado excepcional en el derecho alemán, se encuentra habilitado para sectores determinados: derecho a la competencia, competencia desleal, defensa del consumidor y regulación de las condiciones generales de contratación. Se trata de pretensiones de cesación, sin posibilidad de reclamos por compensaciones indemnizaciones o tutelas que representen derechos ajenos; la asociación persigue la defensa de un interés propio, aunque también resguarda los intereses de un grupo determinado, siempre que esté habilitada para ello en su estatuto. La asociación debe estar inscrita en un registro oficial para obtener legitimación, lo que de todas maneras no es suficiente -de acuerdo a la experiencia empírica- para concluir que no existen conflictos de interés. La resolución a la que puede arribarse mediante dicha actuación consiste en la recuperación, a nivel general, de los ingresos ilícitos y no beneficia a los afectados individualmente quienes deberán hacer sus propias reclamaciones. El sistema no encuentra respuesta para el problema de los *small claims*<sup>33</sup>.

El proceso modelo, por su parte, tiene efectos de prejudicialidad sobre las demandas análogas. No se

28 Yeazell, Stephen C., *From medieval Group litigation to the modern class action*, New Haven, Connecticut, Yale University Press, 1987; Giussani, Andrea, *Studi sulle “class actions”*, Padova, Cedam, 1996; Bianchi, Alberto B. *Las acciones de clase. Una solución a los problemas de la legitimación colectiva a gran escala*, Buenos Aires, Abaco, p. 44; American Law Institute, *Principios del Derecho de los Procesos Colectivos*, Reporteros Samuel Issacharoff, Robert Klonoff, Richard Nagareda y Charles Silver, Traducido por Francisco Verbic, Universidad Autónoma de México, México, 2014 (versión en inglés, 2010, St. Paul, MN).

29 Salgado, José María, *Tutela Individual Homogénea*, Astrea, 2011, p. 210.

30 Merece destacarse el caso español que, con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, excepcionalmente ha seguido un sistema representativo aunque limitado a los usuarios y consumidores. Silgueiro, Joaquín, “Las acciones colectivas de grupo en España”, Gidi, Antonio – Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, ob. cit., p. 337. También el portugués, regulado en la ley 83/95, que tiene un espectro más amplio de aplicación, ver Lebre de Freitas, José, *La acción popular en el derecho portugués*, Gidi, Antonio – Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, ob. cit., p. 381/401. Gonçalves de Castro Mendes, ob. cit., p. 129/138.

31 La Directiva 98/27/CE se refiere a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (modificada por la 2009/22/CE) que se podrán interponer ante los órganos jurisdiccionales competentes en cada Estado miembro en caso de infracción cometida por un operador comercial de otro país. Respecto al reconocimiento y ejecución de sentencias colectivas transfronterizas ver Armenta Deu, Teresa, *Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 115/124.

32 Ver la conclusión 16 del COM(2013) 401 final, Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — «Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo», “El CESE acoge favorablemente que la Comisión Europea rechace el modelo estadounidense de las «class actions»: precisamente una acción colectiva conforme al Derecho europeo no puede constituir una «class action» del tipo existente en los EE. UU. Las medidas de seguridad previstas por la Comisión Europea a este respecto son adecuadas y razonables. Es justo que se rechacen los pactos de cuota litis por la prestación de servicios jurídicos – que incentivan los litigios- y las sanciones punitivas. Deben revisarse las normas relativas a la legitimación de los demandantes y la imposición de las costas desde el punto de vista del acceso a la justicia.”

33 Koch, Harald, “Procedimientos colectivos y representativos en el procedimiento civil alemán”, p. 235 y Walter, Gerhard, “Litigios de responsabilidad civil extracontractual en masa en Alemania y Suiza”, p. 251 en Gidi, Antonio – Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, ob. cit., Palnachadell Gargallo, Andrea, *Las “acciones colectivas” en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*, Tirant, Valencia, 2014, p. 420/475.

produce aquí una unión de los miembros del grupo, sino que las decisiones serán tomadas individualmente con una base homogénea, aunque sin relevar la necesidad de la promoción individual de la demanda, lo que constituye una barrera para su utilidad práctica y no consigue descargar el trabajo y los costos que la multiplicidad de procesos idénticos irrogan en el sistema. Lo dicho también revela, en este carril, la ausencia de representatividad. La elección del demandante modelo, por su parte, se hace de oficio por el tribunal, que a ese efecto se basa en parámetros de temporalidad – quien primero presentó la reclamación- y de cuantía – la más onerosa-. Como puede advertirse no existe una verdadera constatación de la idoneidad, eje de los litigios colectivos representativos, sea para postular como para ejercer la defensa.

Las acciones de grupo propiamente dichas han sido instadas por la doctrina en el mercado de capitales y resultan ser la especie más parecida a la tradicional *class action*. Son postuladas para determinar la responsabilidad por la información y la protección del inversor. Están dispuestas a favor de las asociaciones de consumidores, que los representan, pero sólo funcionan si el número de sujetos no es demasiado alto y pueden ser identificados con facilidad.

El sistema de protección de consumidores italiano, legislado en el art. 2, párrafo 446, de la ley 224/2007<sup>34</sup>, que agregó al Código del Consumidor el art 140 bis, bajo el título “*azione collettiva*”, prevé que “Los consumidores o usuarios que pretendan valerse de la tutela prevista en el presente artículo deben comunicar la propia adhesión, por escrito, al proponente de la acción colectiva” y “Si acoge la demanda, el juez determina los criterios sobre la base de los cuales liquidará la suma correspondiente o a restituir a los consumidores o usuarios individuales que hayan adherido a la acción colectiva o que han intervenido en el juicio”. Una clara adhesión al sistema *opt-in* que limita, como sucede en los casos que venimos describiendo, la posibilidad real de acceso a la jurisdicción<sup>35</sup>. Se lo ha definido como una posibilidad de gestión conjunta de acciones individuales que conforma una especie de litisconsorcio facultativo “agregado”<sup>36</sup>.

La *action de groupe* francesa<sup>37</sup> se caracteriza por su atribución exclusiva asociaciones registradas en cada ámbito de aplicación y son herramientas destinadas a sectores determinados como el consumo, el medio ambiente, la salud, la protección de las discriminaciones y los datos personales. Solo aquellos que decidan adherir al reclamo (*opt-in*) podrán beneficiarse con sus resultados cuando la sentencia resulta favorable al grupo.

En el modelo inglés se presenta la posibilidad de efectuar reclamos representativos (*Civil Procedure Rules* 19.6), aunque resultan poco comunes en la práctica, sea por el elevado riesgo que implican para el demandante quien debe exponerse, eventualmente, a tener que abonar los costos del reclamo en forma personal y a una interpretación restrictiva de la noción de interés común por parte de los tribunales, que impiden que esta clase de litigios concluyan con una indemnización a favor de los representados. En 2009 se rechazó una propuesta de legislar acciones de clase genéricas *opt-out*, que hubiera significado un mecanismo transversal que alentara su uso.

Las órdenes de litigación grupal (*Group Litigation Order*) son el pilar del sistema inglés para los procesos con partes múltiples, basado en el mecanismo *opt-in*. Se trata de un modo particular de acumulación múltiple que incorpora una lista de las demandas en un registro de grupos<sup>38</sup>. La noción de *representative action*,

34 Entró en vigor el 1 de enero de 2010 y sufrió modificaciones por las leyes 1 y 27 de 2012.

35 Taruffo, Michele, La tutela colectiva: interesse in gioco ed esperienze a confronto, Riv. Tri. Dir. Processuale Civile, Dott A. Giuffrè Editore, Milano, p. 532; Kemelmajer de Carlucci, Aída, La acción colectiva resarcitoria en el código italiano de protección de los consumidores. Paralelismo con la normativa argentina, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1ª Serie, 2ª época, vol. LIV-47, p. 51 a 134; Giussani, Andrea, “La disciplina de las acciones colectivas en el derecho procesal italiano”, p. 331; todos en la obra colectiva Gidi, Antonio – Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), Procesos Colectivos, ob. cit.

36 Caponi, Remo, Litisconsorzio “agregatto”. L’azione resarcitoria in forma collettiva dei consumatori, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 2008, p. 822.

37 Recién en 2014 se instauró la acción de grupo en el Código del Consumidor, en 2016 entró en vigor la acción de grupo en el Código de Salud Pública y en noviembre de ese año se adoptó la Ley de Modernización de la Justicia del Siglo XXI, intentando buscar un marco común para todas ellas. Azar-Baud, María José, Nuevas acciones de grupo en el Derecho francés, La Ley, Buenos Aires, 17 de febrero de 2017. Boré, Louis, “La defensa de los intereses colectivos frente a las jurisdicciones francesas”, en Gidi, Antonio – Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), Procesos Colectivos, ob. cit., p. 283.

38 Andrews, Neil, Justicia Civil Inglesa. Proceso civil y otras formas de resolución de controversias, Trad. Álvaro Pérez Ragone y Antonio Morales Mutis, Temis, Bogotá, 2013, p. 209/226. Mulheron, Rachael, Report on aspects of collective (class) actions in England and Wales, I conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2012, p. 115/133.

utilizada cuando la entidad del perjuicio individual priva de posibilidades a las acciones individuales, resulta impracticable; contradictoriamente se exige consentir a todos los interesados la adhesión a la clase (*opt-in*), para la consiguiente extensión a su respecto del resultado de la controversia<sup>39</sup>.

## VI. LA PERSPECTIVA SISTÉMICA

El litigio representativo presenta posibilidades de actuación y prestaciones que el Estado no suele brindar en forma autónoma por otros carriles: el acceso a la justicia de grupos de personas vulnerables, desprotegidos, relegados o desaventajados; la eficiencia y efectividad en la resolución de conflictos de gran escala; soluciones igualitarias; discusiones amplias, públicas, participativas y transparentes que permiten expresar y considerar todos los argumentos relevantes y el control social de los operadores del sistema.

Las perspectivas sistémicas, entendidas por mecanismos transversales que recepten todo tipo de conflicto colectivo, sólo pueden ser satisfechas -en las distintas hipótesis posibles, en las que existe multi-polaridad de intereses- mediante el litigio representativo.

El desafío consiste en pensar un esquema que se ajuste a las necesidades de cada contexto y que habilite la realización de pretensiones y/o defensas grupales en todos los perfiles posibles. Desde las demandas por daños masivos, quizás las más complejas y controvertidas, hasta los reclamos ambientales, pasando por los litigios de política pública, de reforma estructural o los pequeños reclamos individualmente no postulables. Ninguna hipótesis debe quedar fuera del sistema. Taruffo explica que la experiencia norteamericana deja una enseñanza de *lege ferenda* o *jure condendo* muy clara: las tutelas colectivas deben ser concebidas como formas generales de protección de derechos e intereses supraindividuales y no deben estar limitadas a particulares categorías de sujetos o a tipos particulares de situaciones jurídicas<sup>40</sup>.

La noción de representatividad adecuada es la que permite hilvanar el litigio colectivo como un verdadero sistema y lo define como tal. Las vertientes no representativas o de "*opt in*" no deben ser desechadas<sup>41</sup>. Deben ser pensadas como mecanismos especiales o tutelas procesales diferenciadas que, eventualmente, permiten atender determinados conflictos colectivos, siempre teniendo en cuenta que pueden presentar serios déficits en sus posibilidades de actuación en otros conflictos con una estructura ontológica distinta. Son, por tanto, posibilidades colaterales que no pueden ser consideradas como un sustituto válido de los mecanismos representativos y, estos últimos, herramientas necesarias para contar con un irrestricto acceso a la justicia.

39 Dondi, Angelo; Ansell, Vincenzo y Comoglio, Paolo, *Processi Civili in Evoluzione – Una Prospettiva Comparata*, Giuffrè Editore, 2015; *Procesos civiles en evolución. Una perspectiva comparada*, traducido por Salgado, José María, Marcial Pons, Madrid, 2017.

40 El profesor italiano critica aquellos proyectos que se dedican a introducir mecanismos de protección colectiva de los usuarios y consumidores afirmando que ellos son discutibles por defecto, ya que no sólo los consumidores pueden ser víctimas de ilícitos que afecten a una pluralidad de personas. Taruffo, Michele, *La tutela colectiva: interesse in gioco ed esperienze a confronto*, Riv. Tri. Dir. Processuale Civile, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, p. 530.

41 Taruffo, Michele, *Notes on the collective protection of rights*, I conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2012, p.23/30.

# RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA COM GERENCIAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES

**Kazuo Watanabe**

(Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo e Professor-Doutor Sênior de Direito Processual Civil da USP).

1. O “gerenciamento do processo”, instituto que no sistema norte-americano é denominado “case management”, pode ser estudado no âmbito intraprocessual, como instituto que cuida do melhor encaminhamento do processo em juízo para a solução adequada dos conflitos de interesses. Mas pode ser estudado, também, num sentido mais amplo, de tratamento dos conflitos de interesses de forma mais abrangente, cuidando não somente do tratamento adequado dos conflitos judicializados, como dos conflitos de interesses antes de sua canalização para os órgãos judiciários.

A primeira perspectiva, a dos conflitos judicializados, foi recentemente abordada pelo magistrado Marcus Onodera, em sua substanciosa obra “*Gerenciamento do Processo e o Acesso à Justiça*”, que foi sua tese de doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (DelRey, 2017).

Neste artigo, será desenvolvida fundamentalmente a segunda perspectiva, que é a dos conflitos de interesses na fase pré-processual, ou seja, antes de sua judicialização. E, adiantando desde já a conclusão, fica registrada a afirmativa de que o Judiciário deve adotar uma postura mais ativa, abandonando sua tradicional inércia no tocante ao tratamento dos conflitos de interesses antes de sua judicialização, devendo para tanto realizar pesquisas, estudos e planejamentos, com vistas ao estabelecimento de uma abrangente política pública de tratamento dos conflitos de interesses, atacando suas causas, não limitando seus cuidados tão somente aos modos e mecanismos de sua solução, pois somente assim estaremos cuidando de uma verdadeira “racionalização do Sistema de Justiça”.

2. A importância das pesquisas para o conhecimento da realidade de nossa sociedade, sempre foi sublinhada por ADA PELLEGRINI GRINOVER, que presidia o CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais quando de seu recente falecimento. Em seu último livro, “Ensaio sobre a processualidade”, ressalta a consagrada processualista das Arcadas, que “*o método que aplicaremos será o da instrumentalidade metodológica (expressão cunhada por CARLOS ALBERTO DE SALLES, segundo ela esclarece). Ou seja, a construção da ideia de processualidade a partir dos conflitos existentes na sociedade, para se chegar ao processo e procedimento adequados para solucioná-los de modo a atingir uma tutela jurisdicional e processual efetiva e justa*” (pág. 33). E em várias outras passagens dessa obra, sublinha ela a necessidade de pleno conhecimento dos diferentes tipos de conflitos para que em sua solução se atenda ao requisito da plena adequação do método de solução à especificidade de cada conflito.

Também JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, um dos maiores processualistas que tivemos, sempre ressaltou a imprescindibilidade do conhecimento da realidade para a correta reforma das leis em geral, e em especial das leis processuais. Tecendo considerações sobre “Reformas Processuais”, relata que “*certa feita, há muitos anos, participando de mesa-redonda sobre as medidas necessárias para melhorar o sistema da Justiça, opinei que, antes de cogitar de soluções, precisávamos identificar com um mínimo de exatidão as deficiências e as respectivas causas – o que não me parecia possível com os ralíssimos dados de que dispúnhamos. A primeira coisa a fazer, portanto, era um levantamento objetivo da situação. Outros participantes da mesa-redonda, com um sorriso condescendente, qualificaram de ‘por demais teórica’ a minha posição. Até hoje estou seguro de que ela era a única verdadeiramente prática...*” (Reformas Processuais, in *Temas de Direito Processual Civil*, Sétima Série, Saraiva, 2001, págs. 5/6).

Em um outro trabalho sobre reforma processual, o consagrado processualista formador de várias gerações de cultores da ciência processual, reafirma a necessidade de conhecimento da realidade com as seguintes palavras: “*Não deixarei, contudo, de reiterar mais uma vez a advertência que costumo fazer sempre que falo ou escrevo sobre reformas legislativas. A partir da entrada em vigor das normas modificadoras, tendemos a cultivar o péssimo hábito de nos desinteressarmos de sua sorte, como se o problema em jogo estivesse resolvido com a pura mudança do texto legal. É uma ilusão perigosa, para não dizer funesta: cega-nos para a realidade, que talvez confirme, talvez desminta nossa expectativas. O resultado é ficarmos impossibilitados de avaliar corretamente os efeitos das reformas...*” (Reformas do CPC em Matéria de Recursos, in *Temas in de Direito Processual*, Oitava Série, Saraiva, 2.004, pág. 155).

3. No estudo do tema acima delimitado, além da importância das pesquisas, estudos e planejamentos, impõe-se uma rápida consideração sobre o conceito atualizado de acesso à justiça, que não significa mero acesso aos órgãos judiciários. No conceito atualizado, o acesso à justiça constitui, em nossa avaliação, muito mais acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que assiste a todos os jurisdicionados o direito ser atendido pelo Sistema de Justiça, na acepção ampla que abranja não somente os órgãos do Poder Judiciário preordenados à solução adjudicada dos conflitos de interesses, como também todos os órgãos, públicos e privados, dedicados à solução adequada dos conflitos de interesses, seja pelo critério da adjudicação da solução por um terceiro, seja pelos mecanismos consensuais, em especial a negociação, a conciliação e a mediação, e significa, ainda, direito de acesso à informação e orientação, não unicamente em relação a um conflito de interesses, como também a problemas jurídicos que estejam impedindo o pleno exercício da cidadania, mesmo que não configurem um conflito de interesses com um terceiro. Essa concepção mais abrangente de acesso à justiça está em perfeita sintonia com os direitos fundamentais individuais e coletivos assegurados pela nossa Carta Política, cujo fundamento maior é a dignidade humana, com plena possibilidade de exercício da cidadania (art. 1º, incisos II e III).

4. Essa ampliação do conceito de acesso à justiça passou a se impor, no Brasil, a partir do início da década de “1980”, quando o Direito Processual Civil pátrio passou a ter uma transformação revolucionária com a criação dos **Juizados Especiais de Pequenas Causas**, em 1.984 (hoje, Juizados Especiais para Causas Cíveis de Menor Complexidade), que possibilitou o acesso à Justiça à camada mais humildade da sociedade, com a remoção de vários obstáculos que estavam impedindo esse acesso, como o custo elevado, o excesso de formalismos e a excessiva morosidade. Em seguida, em 1.985, foi aprovada a **lei de ação civil pública**, que após a Constituição de 1988 foi complementada, em 1990, pelo **Código de Defesa do Consumidor**, completando-se o *microsistema brasileiro de processos coletivos*, o que possibilitou o *acesso à Justiça pelos interesses metaindividuais* (difusos e coletivos estrito senso) e a *tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos*. A Constituição de 1988, não somente recepcionou esses avanços respeitantes ao acesso à justiça, como também determinou a sua ampliação, inscrevendo inclusive o princípio de que o Estado “*prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*” (art. 5º. N. LXXIV), e não apenas assistência judiciária, como constava da Constituição precedente.

Esses avanços vieram desembocar na **Resolução 125/2010** do Conselho Nacional de Justiça, que expressamente menciona o conceito atualizado de **acesso à justiça** como **acesso à ordem jurídica justa** e instituiu a **política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses**, com a adoção, inclusive pelo Judiciário, de todos os mecanismos de solução de controvérsias, em especial dos consensuais (conciliação e mediação), e não apenas do critério quase exclusivo da *solução adjudicada por meio de sentença*. O novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação acolheram integralmente a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos interesses instituída pela Resolução 125, do CNJ.

5. No desenvolvimento das ponderações sobre “**Racionalização do sistema de Justiça mediante o Gerenciamento do Processo**”, tema do Painel, deve-se ter presente esse conceito atualizado de acesso à justiça.

A expressão “**gerenciamento de processos**” deve ser entendida como **gerenciamento de casos** (“*case management*”), isto é, dos **conflitos de interesses**.

Nesse sentido, o magistrado deve não somente conduzir ativamente o processo, preparando-o para a correta solução da controvérsia por meio de sentença, como também cuidar dos conflitos para solucioná-los pelos mais adequados métodos de solução, inclusive com a utilização, quando apropriados, dos mecanismos

consensuais, como a negociação, a conciliação e a mediação.

Nas unidades judiciárias onde o magistrado tenha a possibilidade de organizar os serviços de forma mais abrangente, o CEJUSC (Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos e Cidadania) deve oferecer, também, os *serviços de orientação e informação* e ter um *setor de solução pré-processual dos conflitos de interesses*, procurando solucioná-los, na medida do possível, antes de sua judicialização.

6. Certamente, a facilitação do acesso à Justiça provocará um certo aumento na quantidade dos conflitos judicializados. Esse incremento, desde que não constitua resultado de uso abusivo do Sistema de Justiça, é consequência inevitável da facilitação do acesso à justiça e é revelador de um fato sumamente positivo, pois significa, fortalecimento da consciência de cidadania e do conhecimento da possibilidade da defesa de direitos, inclusive com a postulação de tutela perante o Judiciário e outros órgãos públicos e privados incumbidos da solução de conflitos de interesses.

Não constitui, a facilitação do acesso à Justiça, a causa maior do aumento exponencial da judicialização dos conflitos de interesses, a que assistimos na atualidade.

Esse fenômeno certamente tem diversas causas e uma delas é a *ampliação dos direitos*, como a decorrente do grande elenco de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais previstos na Constituição Federal de 1988 e a *criação de novos direitos*, como o de proteção dos consumidores. Há, também, os conflitos decorrentes do *descumprimento de obrigações assumidas pelas concessionárias de serviços públicos*, que preferem enfrentar milhares de demandas judiciais atomizadas a cumprir a obrigação de investir e melhorar seus serviços, e também o *descumprimento de obrigações pelo próprio Estado* em várias áreas, como de previdência social, de políticas públicas relativas à educação, saúde, habitação, etc, e da *inadequada organização do sistema administrativo de cobrança de tributos*, que estão gerando a cada ano uma quantidade enorme de *execuções fiscais*.

Se a facilitação do acesso à Justiça de alguma forma está dando ensejo ao uso inadequado do Sistema de Justiça, é ele decorrente, em parte, da excessiva ampliação da competência dos Juizados Especiais Cíveis. Os Juizados Especiais de Pequenas Causas, em sua concepção originária, tinham o escopo básico de facilitar o acesso à Justiça pelo cidadão comum, em especial pela camada mais humilde da população. Sua finalidade não era solucionar a crise de desempenho da Justiça. Não se questiona que a possibilidade de utilização das várias medidas adotadas em sua concepção, como a abreviação procedimental e a supressão das formalidades desnecessárias, no aperfeiçoamento também dos processos das causas de maior valor e mais complexas. O que se questiona é o processamento dessas causas nos próprios Juizados Especiais, solução lamentavelmente adotada com a ampliação da competência dos Juizados pela Lei de 1.995, que substituiu os antigos Juizados Especiais de Pequenas Causas (hoje, Juizados Especiais para Causas Cíveis de Menor Complexidade). Essa ampliação de competência e sua utilização no combate à morosidade e à crise de desempenho da Justiça em geral, transformou os Juizados Especiais, praticamente, em meras varas especializadas do juízo comum. Essa ampliação da competência, que beneficia hoje inclusive pessoas jurídicas (micro empresas), foi feita com a concessão do benefício da gratuidade para todas as causas e sem o ônus da sucumbência na primeira instância.

7. A existência de inúmeras *causas da litigiosidade* ficou bem evidenciada numa pesquisa realizada pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça. Essa pesquisa teve início em 2009 e teve origem na sugestão formulada pela Profa. MARIA TEREZA SADEK e por mim, na condição de membros do Conselho Consultivo do DPJ (Departamento de Pesquisas Judiciárias) do Conselho Nacional de Justiça, e teve por tema “*Demandas repetitivas e a morosidade na Justiça Cível Brasileira*”, da qual participaram três conceituadas instituições de ensino, Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) e Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Procedendo à análise das conclusões e sugestões dessas três instituições de ensino, o **Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ** apresentou, em julho de 2011, as seguintes importantes *conclusões*:

*“Os relatórios, de forma sintética, identificaram os seguintes desafios que se colocam para o Judiciário: 1) uma trajetória de judicialização em que vários atores (governo, mídia e advocacia) fomentam o crescimento da litigiosidade; 2) uma conjuntura socioeconômica que colaborou para um crescimento vertiginoso de demandas ligadas ao sistema de crédito no Brasil e 3) um quadro de variados incentivos*



*para a litigação e para a interposição de recursos, o que só reforça a morosidade e o congestionamento do sistema judicial, em um ciclo vicioso e em um contexto em que a cultura de conciliação ainda encontra pouco espaço”.*

E conclui:

*“em face da crise da morosidade judicial, o Judiciário não pode agir mais reativamente ao aumento sistemático da litigância processual. Ações de caráter proativo, capitaneadas pelo Poder Judiciário, incluindo o CNJ, são necessárias para o efetivo combate do problema e passam pelo aperfeiçoamento da gestão judicial, pela legitimação dos mecanismos alternativos de resolução de conflito, pela elaboração de política de redução e filtro das demandas judiciais e pela cooperação interinstitucional com órgãos da Administração Pública (no caso presente com INSS, Ministério da Previdência Social e Banco Central) e com instituições privadas ligadas ao maior número de litígios (Bancos, empresas de telefonia, etc.)”* (grifos não existentes no texto original).

8. Com base nessas rápidas considerações, para o enfrentamento do problema discutido no Seminário, é apresentada a sugestão de criação de um Observatório, na conformidade da ideia exposta pelo Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, em relação à gestão eficiente das demandas repetitivas, em sua obra *“Direito Privado – Teoria e Prática* (Saraiva, 3ª. ed., 2016, págs. 58-59). Sugere o eminente Magistrado a criação de um *“Observatório de Demandas Repetitivas”*, para o monitoramento e controle das demandas de massa, “com a participação dos Tribunais e da sociedade civil”.

O Observatório, ora proposto, é para *tratamento adequado dos conflitos de interesses com vistas à adequada racionalização do Sistema de Justiça. Deverá ter caráter permanente e ser integrado por um grupo de estudos e de pesquisas das causas da intensa litigiosidade, principalmente da litigiosidade repetitiva, para a formulação de políticas públicas de prevenção e tratamento adequado dos conflitos*, com vistas à redução da excessiva e por vezes desnecessária judicialização. *Esse Observatório*, que poderia ter a atribuição também de monitorar a aplicação dos precedentes, *deveria ser criado pelo Superior Tribunal de Justiça*, que cumpre a missão de Justiça da Cidadania e tem a visão ampla e global dos conflitos solucionados pelo judiciário nacional, em *parceria com o CNJ e seu Departamento de Pesquisas e com instituições de pesquisas públicas e privadas.*

Somente com uma política pública assim abrangente, teremos condições de racionalizar o nosso Sistema de Justiça.

# SULLA NATURA DELLA REVOCAZIONE PER ERRORE DI FATTO DELLE PRONUNCE DELLA CASSAZIONE

Laura Salvaneschi

Sommario: 1. L'art. 391 *bis*, c. 5, cod. proc. civ. e la delimitazione del suo ambito di applicazione. C 2. Le origini e la specialità della disposizione che dispone che non sia impedito il passaggio in giudicato della sentenza impugnata con ricorso per cassazione respinto. – 3. L'ipotesi della impugnazione per revocazione della sentenza di Cassazione che abbia accolto il ricorso con rinvio. – 4. L'ipotesi della impugnazione per revocazione della sentenza di Cassazione che abbia accolto il ricorso senza rinvio e della sentenza sostitutiva di merito *ex art.* 384, c. 2, cod. proc. civ. – 5. Considerazioni conclusive.

1. – E' comune l'affermazione che la revocazione di cui all'art. 391 *bis* cod. proc. civ. sia un'impugnazione straordinaria, in quanto incapace di precludere la formazione del giudicato formale, come da espressa indicazione del quinto comma dello stesso articolo. Si tratta tuttavia di una disposizione che, rimasta nella sua formulazione immutata fin dall'origine dell'introduzione della norma<sup>1</sup>, essendone variata nel tempo solo la collocazione, dispone letteralmente che “La pendenza del termine per la revocazione della sentenza della Corte di cassazione non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza impugnata con ricorso per cassazione *respinto*”. Ciò che disciplina il quinto comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. è dunque la sola ipotesi in cui la Corte di cassazione abbia *respinto* il ricorso e sancisce, con riferimento espresso a questo caso, il principio per cui il passaggio in giudicato della sentenza impugnata col ricorso per cassazione poi respinto non è impedito dalla pendenza del termine per la proposizione della revocazione della sentenza di cassazione, né, ma questo, pur evidente, non è detto espressamente, dalla proposizione della revocazione stessa.

La disciplina della revocazione della pronuncia della Cassazione ai sensi dell'art. 395, numero 4, cod. proc. civ., è poi completata dal sesto comma dell'art. 391 *bis*, cod. proc. civ., che chiarisce che, in caso di impugnazione per revocazione non è ammessa la sospensione della esecuzione della sentenza passata in giudicato, né è sospeso il giudizio di rinvio o il termine per riassumerlo. Nonostante la norma non lo dica espressamente, il collegamento con il comma precedente della disposizione è sottinteso: la sentenza passata in giudicato la cui esecutività non è passibile di sospensione è quella conclusiva del grado precedente del giudizio impugnata con ricorso respinto, che deve considerarsi a tutti gli effetti già passata in giudicato.

Al caso di *accoglimento* del ricorso, gli stessi commi quinto e sesto dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. dedicano invece minore attenzione. Il primo, come già rilevato, si occupa solo del ricorso per cassazione respinto, il che forse è ovvio, perché quando il ricorso per cassazione viene accolto, con rinvio della causa ad altro giudice per il giudizio rescissorio, la sentenza cassata è oggetto di una decisione rescindente e non è quindi idonea al giudicato, né formale, né sostanziale. La regola del quinto comma che fa della revocazione per errore di fatto una impugnazione straordinaria non poteva essere quindi estesa al caso di accoglimento con rinvio del ricorso per cassazione, perché qui per trovare un provvedimento idoneo al giudicato occorre attendere l'esito del giudizio rescissorio davanti al giudice di rinvio. Della fase di rinvio si occupa poi la seconda parte dell'ultimo comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ., chiarendo che, quando sia impugnata per revocazione per errore di fatto una pronuncia della Cassazione, il giudizio di rinvio già iniziato può proseguire nonostante il rischio di revocazione della sentenza che ne ha consentito l'avvio, mentre qualora la revocazione sia proposta quando il termine per la riassunzione del giudizio stesso sia ancora pendente, il termine in questione decorre senza

<sup>1</sup> Ma sul punto di veda *infra* nel testo del § 4 e le successive note 22-25.

sospensione alcuna. La norma non chiarisce però quale sia successivamente il rapporto tra la sentenza resa in sede di rinvio e il giudizio di revocazione della pronuncia della Cassazione. Nessuna disposizione indica infatti quando si formi in questo caso il giudicato, se cioè, a conclusione del giudizio di rinvio, la revocazione ancora eventualmente pendente operi come impugnazione ordinaria procrastinando la formazione del giudicato al suo esito ai sensi dell'art. 324 cod. proc. civ., oppure come impugnazione straordinaria la cui pendenza non preclude il passaggio in giudicato della sentenza di rinvio nel frattempo intervenuta.

L'ordinamento non regola infine la formazione del giudicato per il caso di impugnazione per revocazione *ex art.* 395, n. 4, cod. proc. civ. della pronuncia della Cassazione che abbia accolto il ricorso per cassazione senza rinvio, né in generale, né con riferimento all'ipotesi di sentenza di merito della Corte di legittimità pronunciata ai sensi dell'art. 384, c. 2, cod. proc. civ.. Né tale mancanza può dirsi connaturale al regime temporale di introduzione della decisione di merito da parte della Cassazione. Infatti, il riconoscimento del potere sostitutivo del giudice di legittimità risale alla modifica dell'art. 384 cod. proc. civ. operata dalla legge 26 novembre 1990, n. 353, introduttiva anche dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ., norma quest'ultima entrata in vigore contestualmente alla prima disciplina delle decisioni di merito della Cassazione.

Dunque, l'unica situazione in cui è certo che la revocazione proposta ai sensi dell'art. 395, n. 4, cod. proc. civ. avverso una pronuncia della Cassazione sia impugnazione straordinaria è quella espressamente regolata dal quinto comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ.: quella cioè in cui il ricorso per cassazione sia stato respinto. L'affermazione che la revocazione non preclude in ogni caso la formazione del giudicato va invece verificata per l'ipotesi di accoglimento del ricorso, sia esso con rinvio che senza rinvio. Per fare ciò va in primo luogo rimarcato il rapporto tra il quinto comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. e il precedente art. 324 cod. proc. civ., che vuole invece in via generale che la proposizione, oppure la proponibilità, di questo mezzo di impugnazione impedisca la formazione del giudicato formale.

2. – Il legislatore degli anni '90, nell'introdurre la revocazione per errore di fatto delle sentenze della Cassazione ha coniato una norma nuova in tema di formazione del giudicato, espressamente derogatoria dell'art. 324 cod. proc. civ., riferendola, come ricordato, alla sola ipotesi in cui il ricorso per cassazione sia respinto. Il rigetto del ricorso per cassazione significa infatti conferma della sentenza impugnata e ne sancisce la correttezza: per questo, al fine di evitare ricorsi dilatori, lo stesso legislatore ha trasformato la revocazione ordinaria di cui all'art. 395, n. 4, cod. proc. civ., capace di regola di bloccare la formazione del giudicato, in impugnazione straordinaria, la cui proposizione, o la correlativa pendenza del termine di proposizione, non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza.

Che la *ratio* complessiva dell'art. 391 *bis*, cod. proc. civ. fosse fin dall'origine quella di ammettere, sulla scorta delle indicazioni della Consulta e nei limiti dell'errore di fatto, il ricorso per revocazione avverso la decisione della Corte, ponendo al contempo un ostacolo a ricorsi meramente dilatori e strumentali, all'epoca ben noti con riferimento alla struttura sempre sospensiva del regolamento di giurisdizione, è pacifico. Se si segue l'evoluzione della giurisprudenza sul punto emerge, da subito e con chiarezza, il filo conduttore della riforma di quegli anni, legata alla duplice logica indicata: da un lato soddisfare l'esigenza di consentire il controllo revocatorio anche sulle sentenze della Corte di cassazione nei casi in cui queste ultime richiedano un'indagine di fatto, come accade quando vi sia denuncia di vizi in procedendo; dall'altro lato porre un freno ai ricorsi meramente dilatori, consentendo l'immediato formarsi del giudicato<sup>2</sup>. Quando, infatti, la pronuncia della Cassazione sia affetta da pura e semplice svista su dati emergenti in modo immediato dagli atti del processo<sup>3</sup>, risulta lesivo delle garanzie di uguaglianza e del diritto di difesa mandare esente la pronuncia della Cassazione da revocazione per errore di fatto, sempre esperibile invece avverso la sentenza del giudice del merito. D'altro canto, con l'estensione alle sentenze della Cassazione, che prima erano considerate del tutto

2 Cass. 3 aprile 1996, n. 3083.

3 Si veda l'articolata ordinanza con cui Cass., Sez. Un., 8 febbraio 1983, n. 101, in *Foro it.* 1983, I, 1931 ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 395 cod. proc. civ., sotto il profilo della violazione degli articoli 3, c. 1 e 24, c. 1 e 2, Cost., laddove prevedeva l'impugnazione per revocazione in ordine alle pronunce che siano effetto di errore di fatto risultante dagli atti e documenti della causa, solo per le sentenze rese dal giudice del merito, e non anche per quelle della Suprema Corte. Si veda poi la pronuncia di accoglimento della Cort. cost. 21 gennaio 1986, n. 17, in *Foro it.* 1986, I, 313 con nota di A. Proto Pisani e la successiva pronuncia della Corte cost. 31 gennaio 1991, n. 36, che ha esteso la declaratoria di illegittimità all'errore di fatto compiuto nella lettura di atti propri del giudizio di legittimità.

intangibili<sup>4</sup>, di un mezzo di impugnazione fino ad allora previsto con riferimento alle sole sentenze di merito, si è anche avvertita l'esigenza di un meccanismo di riequilibrio volto a evitare che tale estensione divenisse strumento per procrastinare con censure del tutto infondate la formazione del giudicato. Così la revocazione per errore di fatto, tradizionalmente ascritta alle impugnazioni ordinarie, ha assunto la natura di impugnazione straordinaria, capace quindi di non ostacolare la formazione del giudicato, almeno per il caso di esito negativo del ricorso per cassazione esperito.

Anche dopo l'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. quale conseguenza del moto giurisprudenziale richiamato, sulla scorta anche di interventi dottrinali di spessore<sup>5</sup>, la giurisprudenza ha sempre giustificato la deroga ai principi ordinari in tema di giudicato formale attraverso il richiamo al carattere speciale della disposizione introdotta dal legislatore del 90 rispetto a quella generale, di cui è solida espressione l'art. 324 cod. proc. civ.<sup>6</sup>. La creazione della regola del passaggio in giudicato della sentenza impugnata con ricorso per cassazione respinto nonostante la proposizione, o la proponibilità, della revocazione di cui all'art. 394, n. 4, cod. proc. civ. trova quindi giustificazione nella specialità della disposizione derogatoria dell'art. 324 cod. proc. civ. e delle regole ordinarie di formazione del giudicato formale. L'art. 391 *bis* cod. proc. civ., disciplinando autonomamente gli effetti della revocazione contro la sentenza della Corte di cassazione, esclude l'applicazione dell'art. 324 cod. proc. civ.; ad avviso della giurisprudenza, quindi, le regole ordinarie sulla formazione del giudicato formale che connotano la diversa situazione in cui la revocazione è ammessa avverso le sentenze di merito<sup>7</sup>, mutano, trovando in questo caso regolamentazione nella norma speciale dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. Quest'ultima, in ogni caso di rigetto del ricorso anche per ragioni di inammissibilità, impone, al fine di determinare il momento di formazione del giudicato formale, di avere riguardo al deposito della decisione della Corte di cassazione, senza alcun impedimento derivante dalla pendenza del termine per la revocazione<sup>8</sup>, oppure dalla sua proposizione.

3. – Il rapporto di specialità tra il quinto comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. e il precedente art. 324 va tenuto a mio avviso presente quando si rifletta su cosa avvenga nel caso in cui l'esito del giudizio di cassazione impugnato per revocazione sia di accoglimento del ricorso, in primo luogo con rinvio. Si è già ricordato per questo caso il disposto del sesto comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ., va ora affrontato il tema della formazione del giudicato.

Un primo dato certo deriva pianamente dalla lettera della legge. I due giudizi, quello di rinvio e quello di revocazione, sono indipendenti<sup>9</sup>, al punto che il legislatore si è preoccupato di chiarire che quest'ultimo non sospende il primo, che può quindi continuare fino alla sua conclusione.

La naturale pregiudizialità della revocazione sul giudizio di rinvio, che non si sarebbe aperto senza la pronuncia rescindente della cassazione, rende ovvia l'indicazione di cosa accade quando il giudizio di revocazione si conclude prima di quello di rinvio: il rigetto della revocazione comporta infatti lo stabilizzarsi della pronuncia della Cassazione e la prosecuzione del giudizio di rinvio avviato verso la sua naturale conclusione, con possibilità di successivo esperimento avverso la sentenza conclusiva di tutte le impugnazioni

4 Per ampi ragguagli in proposito C. Consolo, *La revocazione delle decisioni della cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989, pag. 15 s.; G. Balena, *L'impugnazione delle sentenze di cassazione*, in *Riv. dir. civ.* 2004, pag. 112 s.

5 Valga soprattutto il richiamo a C. Consolo, *La revocazione delle decisioni della cassazione e la formazione del giudicato*, cit., la cui posizione, espressa anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ., il cui testo era comunque già anticipato nel progetto Vassalli di novellazione del codice di rito (pag. 226 s.), è peraltro nel senso che l'art. 324 cod. proc. civ. sia norma gravemente insufficiente e inidonea a puntualizzare il momento di formazione del giudicato nei confronti della sentenza di Cassazione in quanto pensata con solo riferimento alla sentenza di merito (in particolare pag. 190 s.). Analogamente, nel senso che l'incidenza sulla formazione del giudicato delle sentenze di Cassazione della revocazione per errore di fatto vada valutata in modo del tutto indipendente dall'art. 324 cod. proc. civ., seppure con diversa impostazione teorica, G. Impagnatiello, *Il concorso tra cassazione e revocazione. Contributo allo studio della formazione e dell'impugnazione del giudicato*, Napoli, 2003, pag. 169, nota 365.

6 Cass. 27 maggio 2003, n. 8388.

7 Cass. 30 luglio 1997, n. 7116; Cass. 27 maggio 2003, n. 8388 cit.

8 Cass. 17 gennaio 2014, n. 843.

9 Cass. 26 maggio 2015, n. 10854, che rileva come si tratti di strumenti di impugnazione molto diversi, autonomi, e con diversi termini di decorrenza e ricava condivisibilmente dal disposto dell'ultimo comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. che "a conferma dell'autonomia dei mezzi di impugnazione, i due processi possono coesistere, salva la possibilità di far valere in sede di giudizio di rinvio la pregiudizialità logico-giuridica della decisione sulla revocazione della sentenza rescindente che ha disposto il rinvio" e che "...i termini per l'impugnazione per revocazione della sentenza della Corte in sede rescindente decorrono, quindi, ordinariamente dalla notificazione della sentenza o dalla pubblicazione della stessa, ai sensi dello stesso art. 391 *bis*, comma 1".

ammissibili, fino alla formazione del giudicato che si avrà a esaurimento delle stesse. Al contrario, l'eventuale accoglimento della revocazione quando ancora penda il giudizio di rinvio, travolgendo il provvedimento rescindente della S.C. che è lo stesso presupposto del giudizio di rinvio, caducherà anche questo giudizio *ex art. 336, c. 2, cod. proc. civ.*

Resta aperto però il tema di che cosa accada quando sia il giudizio di rinvio a concludersi prima di quello di revocazione. Nessuna disposizione chiarisce infatti in questo caso quando si formi il giudicato. E' vero che il sesto comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. depone nel senso di un'intenzione del legislatore di accelerare la formazione del giudicato anche in pendenza di revocazione della sentenza di Cassazione, ma è anche vero che il quinto comma della stessa norma riguarda la sola ipotesi in cui il ricorso per cassazione sia stato originariamente respinto. Il principio di specialità va quindi nel senso che in caso di accoglimento del ricorso debba applicarsi la regola generale dell'art. 324 cod. proc. civ., non derogata da alcuna diversa disposizione. Tra l'applicazione analogica di una norma speciale al caso non regolato e l'applicazione di quella generale in tema di giudicato formale, credo infatti che la prima debba cedere il passo alla seconda e che la revocazione debba quindi in questo caso considerarsi ordinaria. In proposito, non è priva di rilievo la circostanza che la sentenza che conclude il giudizio di rinvio non sia di per sé il punto di arrivo del giudizio in quanto ancora soggetta alle impugnazioni che le sono proprie; non si può quindi pensare che una sentenza ancora sensibile ai propri mezzi di impugnazione sia in qualche modo passata in giudicato in relazione alla revocazione pendente. Rimane poi la possibilità che esauriti i mezzi di impugnazione avverso la sentenza di rinvio sia ancora pendente la revocazione<sup>10</sup>, ma anche in questo caso credo sia applicabile la regola generale dell'art. 324 cod. proc. civ., dovendo prevalere la norma generale su quella speciale in relazione a un caso che la stessa non regola. Insomma, la lettura congiunta del quinto e del sesto comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. fa pensare che la natura della revocazione della sentenza di cassazione per errore di fatto muti a seconda che il ricorso sia respinto, oppure accolto e che solo nel primo caso la sentenza impugnata possa dirsi passata in giudicato fin dal momento della pubblicazione della sentenza di rigetto della Cassazione, valendo altrimenti la regola ordinaria non derogata dalla norma speciale.

E questa è la lettura del sistema che danno alcune pronunce recenti, emanate dai supremi organi sia della giustizia amministrativa che di quella civile. Afferma infatti il Consiglio di Stato che il quinto comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ., laddove sancisce che *la pendenza del termine per la revocazione della sentenza della Corte di cassazione non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza impugnata con ricorso per cassazione respinto*, va letta come norma incidente sulla formazione del giudicato di per sé eccezionale e di stretta applicazione, che dispone, a contrario, che la proposizione di un ricorso per revocazione *ex art. 295, n. 4, cod. proc. civ.* impedisce il passaggio in giudicato della sentenza impugnata solo ove il ricorso per cassazione sia stato accolto; per una specifica scelta del legislatore volta a ridurre la proposizione di ricorsi meramente dilatori e diretti ad impedire la formazione del giudicato, invece, quando una sentenza della Corte di cassazione abbia respinto il ricorso e lasciato immutata la sentenza impugnata, si forma immediatamente il giudicato che non viene inciso dalla proposizione di un ricorso per revocazione<sup>11</sup>. Del tutto analogamente la Cassazione, con ragionamento coincidente, afferma il principio di diritto per cui "dall'art. 391 *bis* cod. proc. civ., commi 4 e 5, va desunta una norma incidente sulla formazione del giudicato, secondo l'art. 324 cod. proc. civ., eccezionale – e quindi di stretta applicazione – per la quale la proposizione di un ricorso per revocazione impedisce il passaggio in giudicato della sentenza impugnata solo ove il ricorso per cassazione sia accolto; invece, con finalità di evitare la proposizione di ricorsi meramente dilatori e diretti a impedire la formazione del giudicato, qualora la sentenza della Corte di cassazione abbia rigettato il ricorso, e lasciato immutata la sentenza impugnata, tanto per ragioni processuali, quanto per la reiezione dei motivi nel merito, si forma il giudicato, che non è inciso dalla proposizione (o dall'astratta proponibilità) di un ricorso per revocazione"<sup>12</sup>.

10 Il che potrebbe potenzialmente accadere qualora i mezzi di impugnazione esperibili non fossero proposti e le parti legittimate all'impugnazione lasciassero decorrere i termini relativi.

11 Cons. Stato, 7 aprile 2009, n. 2173.

12 Cass. 17 gennaio 2014, n. 843.

Va ancora detto che la portata del profilo in esame è ridotta a seconda dei limiti che si pongano all'ammissibilità della revocazione della sentenza di Cassazione per errore di fatto per l'ipotesi di accoglimento del ricorso, addirittura escluso da recente giurisprudenza, senza eccezioni o condizioni, sulla base della convinzione che ogni eventuale errore revocatorio possa essere fatto valere in sede di rinvio<sup>13</sup>. Tale indirizzo è stato però ancora più di recente motivatamente riportato ai suoi corretti limiti<sup>14</sup>, escludendosi la revocazione per errore di fatto *ex art. 391 bis* cod. proc. civ. delle sentenze di accoglimento del ricorso per cassazione nella sola eventualità che al giudice di rinvio sia demandato l'esame di eccezioni, questioni e tesi difensive che possano costituire oggetto di una sua nuova, libera ed autonoma valutazione, lasciando per il resto alla Cassazione, quale giudice della revocazione, la valutazione dell'errore di fatto dalla stessa compiuto. E in effetti è lo stesso articolo 391 *bis*, c. 6, cod. proc. civ. a confermare che la sentenza rescindente della Cassazione con rinvio è soggetta a revocazione, laddove, pur con i limiti da ultimo ricordati, pare corretto che debba essere il giudice di legittimità, almeno in fase rescindente, quello cui è devoluto l'esame dell'errore di fatto eventualmente compiuto dalla stessa Corte e non il giudice di rinvio.

4. – Resta da esaminare il caso di accoglimento del ricorso per cassazione senza rinvio e in particolare quello della decisione di merito della stessa Cassazione *ex art. 384*, c. 2, cod. proc. civ.

Le ipotesi da sempre conosciute di cassazione senza rinvio di cui all'art. 382, c. 3, cod. proc. civ. non meritano richiamo in questa sede, perché chiudono il giudizio declinando la giurisdizione, oppure statuendo che la causa non poteva essere proposta o il processo proseguito, dando così luogo a situazioni in cui manca del tutto una sentenza idonea al giudicato sostanziale<sup>15</sup>, salvo che, eventualmente, venga accolta la revocazione con successivo esito del giudizio in senso difforme da quello precedentemente ritenuto.

La sentenza sostitutiva di merito rappresenta invece il caso maggiormente problematico, dato che si tratta di pronuncia che decide la causa con sentenza idonea al giudicato e irrettrabile, se non a seguito dell'impugnazione per revocazione di cui all'art. 391 *bis* cod. proc. civ. e, oggi specificamente, di quella di cui al successivo art. 391 *ter*. Nonostante l'accoglimento del ricorso per cassazione denoti anche qui che la sentenza impugnata era errata, a differenza che nell'ipotesi di cassazione con rinvio l'errore del giudice del merito è già stato riparato, o almeno dovrebbe esserlo, attraverso la sostituzione diretta della sentenza cassata da parte della Corte. Nel sistema della legge non c'è dubbio che la pronuncia di merito della Cassazione sia andata a sostituire la sentenza che avrebbe concluso, in base alla disciplina previgente, il giudizio di rinvio e che sarebbe stata quindi impugnabile sia per cassazione che per revocazione, ai sensi degli artt. 360 e 395, c 1, primo inciso, cod. proc. civ., rientrando tra quelle pronunciate "in grado di appello o in unico grado" cassabili o revocabili ai sensi delle norme citate<sup>16</sup>. Se la sentenza di merito *ex art. 384* cod. proc. civ. non può parificarsi a quella emessa in sede di rinvio dal punto di vista della sua impugnazione è dunque perché contro di essa non può proporsi ricorso per cassazione, essendo fuori dal sistema una impugnazione non prevista dalla legge e proposta al medesimo giudice che ha emesso il provvedimento impugnato. Per il resto, con riferimento alla revocazione, la sentenza di merito della Cassazione è assoggettabile a revocazione nello stesso modo<sup>17</sup> in cui lo sarebbe stata la sentenza di rinvio che è andata a sostituire<sup>18</sup>, ma rimane aperto il problema, acuito dall'introduzione dell'art. 391 *ter* cod. proc. civ., specificamente dedicato alle pronunce di merito della Cassazione, se il sistema sia analogo a quello proprio della sentenza che avrebbe concluso il giudizio di rinvio e preveda quindi un'ipotesi di revocazione ordinaria<sup>19</sup> ai sensi degli artt. 395, n. 4 e 391

13 Cass. 12 ottobre 2015, n. 20393; Cass. 25 luglio 2011, n. 16184.

14 Cass. 17 maggio 2018, n. 12046 con ampia motivazione anche in ordine ai poteri del giudice di rinvio.

15 Può invece porsi anche con riferimento a queste pronunce il problema del giudicato formale quando la sentenza di cassazione senza rinvio venga impugnata per revocazione per errore di fatto. Per le stesse ragioni che verranno esaminate *infra* nel testo, a me pare che, trattandosi di pronuncia di accoglimento del ricorso, la sua disciplina non possa essere trovata nell'art. 391 *bis* cod. proc. civ., ma si debba attendere l'esito della revocazione. Per impostazione difforme e analitica delle diverse ipotesi di cassazione senza rinvio cfr. C. Consolo, *La revocazione delle decisioni della cassazione e la formazione del giudicato*, cit. pag. 249 s.

16 Cass. 22 agosto 2006, n. 18234.

17 Cioè con i medesimi mezzi di impugnazione, anche se la revocazione di cui all'art. 391 *bis* cod. proc. civ. presenta poi caratteri peculiari rispetto a quella proponibile avverso le sentenze di merito in relazione al materiale su cui può cadere l'errore percettivo, posto che la Cassazione può decidere la causa nel merito solo quando non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto.

18 Cass. 22 agosto 2006, n. 18234 cit.

19 Con riferimento all'ipotesi di revocazione ordinaria della pronuncia stessa ai sensi dell'art. 395, n. 5, cod. proc. civ. cfr. *infra* in questo stesso paragra-

*bis* cod. proc. civ., con la sola eccezione prevista dal quinto comma di quest'ultima norma, nonché tutte le fattispecie usuali di revocazione straordinaria ai sensi degli artt. 395, n. 1, 2, 3 e 6 e 391 *ter* cod. proc. civ., oppure se la revocazione sia sempre e in ognuno dei casi straordinaria, con formazione del giudicato sia formale che sostanziale all'atto della pubblicazione della sentenza di merito della Cassazione.

In proposito, nonostante la pronuncia *ex art.* 384, c. 2, cod. proc. civ. non sia dissimile dal punto di vista della sua capacità di formare giudicato sostanziale dalla sentenza impugnata con ricorso per cassazione respinto, e la formazione del giudicato potrebbe essere pertanto assistita dalle stesse regole, gli indici normativi, sia storici che sistematici, vanno in senso opposto. Il legislatore non ha infatti esteso alla sentenza sostitutiva di merito della Cassazione la disciplina speciale di cui al quinto comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ.; ed invero quest'ultima norma, la cui introduzione è coeva a quella con cui sono stati riconosciuti poteri sostitutivi di merito al giudice di legittimità, non è mai stata estesa all'ipotesi di cui l'art. 384, c. 2, cod. proc. civ., né *ab origine*, né successivamente. La legge delega 14 maggio 2005, n. 80, al suo articolo 1, c. 3, lett. a) ha poi assegnato al legislatore delegato, insieme con il compito di estendere le ipotesi di decisione nel merito, anche quello di "Prevedere la revocazione straordinaria e l'opposizione di terzo contro le sentenze di merito della Corte di cassazione, disciplinandone la competenza", ancora una volta senza estendere alla pronunce di merito della Cassazione la previsione per cui la revocazione non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, ma anzi rimarcando con riferimento a queste ultime la necessità di nuova introduzione della revocazione straordinaria<sup>20</sup>. Il legislatore delegato con d. lgs. n. 40/2006 ha quindi inserito nel codice di rito l'art. 391 *ter* (recante "Altri casi di revocazione ed opposizione di terzo"), connotando le sole nuove ipotesi di revocazione delle sentenze di merito della Cassazione dei caratteri tipici dell'impugnazione straordinaria, primo fra tutti l'assenza di un termine fisso per la sua proposizione e con ciò ha rimarcato la contrapposizione tra i nuovi motivi di revocazione e quello già esistente. È significativo in questo senso il permanere della separazione topografica<sup>21</sup> della revocazione per errore di fatto ai sensi degli artt. 395, n. 4 e 391 *bis* cod. proc. civ.<sup>22</sup> dalle ipotesi di revocazione straordinaria di più recente introduzione, che pur avrebbe potuto essere eliminata con concentrazione di tutte le ipotesi di revocazione in un'unica norma ove se ne fosse voluta indicare l'identità di natura.

Né sul sistema così delineato hanno poi inciso le riforme successive, che pure hanno modificato la disciplina e il rito della revocazione avverso le sentenze della Cassazione. Anche dopo le innovazioni del 2016 la revocazione per errore di fatto delle sentenze di cui all'art. 384, c. 2, cod. proc. civ. continua a essere regolata dall'art. 391 *bis* cod. proc. civ. in modo non solo separato dalle ipotesi di revocazione straordinaria previste dalla norma successiva, ma anche connotato da tratti peculiari specifici qual è in particolare il termine fisso di impugnazione; anche dopo l'ultima novella, il quinto comma dell'articolo 391 *bis* cod. proc. civ. continua a prevedere, in modo del tutto invariato, una sola ipotesi in cui la formazione del giudicato non è incisa dalla proposizione della revocazione *ex art.* 395, n. 4, cod. proc. civ., quella cioè in cui il ricorso per cassazione sia stato respinto, caso questo cui non è certo riconducibile la decisione sostitutiva di merito della Corte che consegue invece a una pronuncia di accoglimento. Ed anzi, una vicenda di paradossale<sup>23</sup> scarsa attenzione redazionale nella formulazione della legge n. 197 del 2016 "Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione", ha generato addirittura un fenomeno distorsivo,

fo testo e note.

20 Come riconoscendo la mancanza fino a quel momento di ipotesi di revocazione straordinaria delle pronunce di merito della Cassazione.

21 Rilevano C. Consolo e A. Parisi in *Codice di procedura civile, Commentario* diretto da C. Consolo, V ed., *sub art.* 391 *bis*, p.1210 che con la riforma del 2006 "sarebbe stato forse preferibile spostare la disciplina dell'errore di fatto nell'ambito del nuovo art. 391 *ter* onde ottenere così una normativa unitaria di tutte le ipotesi di revocazione straordinaria". Quello che si vuole sottolineare nel testo è proprio invece che tale spostamento non c'è stato, permanendo netti caratteri differenziali tra le fattispecie regolate in due norme diverse, che paiono segnare, al di là dell'ipotesi del quinto comma, anche la diversa natura.

22 Sul punto, si veda di recente Cass. 23 novembre 2015, n. 23833, che ben sottolinea come la novella del 2006 abbia ulteriormente ampliato le ipotesi di decisione di merito della cassazione e che con lo stesso decreto "ha introdotto l'art. 391 *ter*, prevedente che le sentenze della corte di cassazione che pronunciano sul merito sono soggette a revocazione straordinaria (oltre che alla già prevista revocazione per errore di fatto) e ad opposizione di terzo ....", ove la Corte, pone in chiara contrapposizione la "nuova" revocazione di cui all'art. 391 *ter* cod. proc. civ., dichiaratamente straordinaria, rispetto a quella già disciplinata dall'art. 391 *bis* cod. proc. civ., sottendendone la diversa natura.

23 Su cui si veda G. Finocchiaro, *La revocazione delle sentenze della cassazione e il tipografo legislatore seriale: il caso dell'art. 391 bis c.p.c.*, in [www.quotidianogiuridico.it](http://www.quotidianogiuridico.it).

per cui in alcune versioni dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. tuttora reperibili<sup>24</sup> anche in via informatica, il quinto comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. non viene più riportato in quanto ritenuto abrogato, con conseguente supposta cancellazione della disposizione che prevede che la revocazione per errore di fatto non ostacoli la formazione del giudicato della sentenza impugnata con ricorso per cassazione respinto. In proposito, mi sembra tuttavia dirimente<sup>25</sup> l'osservazione che nella versione della legge pubblicata dalla Gazzetta Ufficiale<sup>26</sup>, sicuramente di per sé ambigua nel riferimento alla sostituzione del "quarto comma" della norma previgente, sia riportato in nota il testo integrale delle norme riformate dalla legge ivi pubblicata, ove l'art. 391 *bis* cod. proc. civ. compare nella sua nuova formulazione ancora composto da sei commi, i cui ultimi due risultano immutati quanto a formulazione<sup>27</sup>.

Anche volendo sottolineare, quanto all'oggetto su cui cade l'errore di fatto<sup>28</sup>, le differenze indubbe tra la revocazione delle sentenze di merito della Cassazione e quella regolata dall'art. 395, n. 4, cod. proc. civ. con riferimento alle sentenze del giudice di merito e rimarcandone l'autonomia, il sistema vigente, per come disegnato dal legislatore, con riferimento alle sentenze sostitutive di merito della Cassazione appare dunque connotato da una ipotesi di revocazione ordinaria per errore di fatto regolata dall'art. 391 *bis* cod. proc. civ. e dai quattro casi di revocazione straordinaria di cui all'art. 395 cod. proc. civ. regolati dal successivo art. 391 *ter*. La distinzione si giustifica se si pensa che l'errore di fatto che cade sulla sentenza di merito della Cassazione è un errore percettivo palese, rilevabile dal solo esame della sentenza, come lo è sotto questo profilo l'errore di fatto che cade sulle sentenze del giudice del merito ed è quindi legato a termini brevi e definiti di rilievo; al contrario, tutte le ipotesi di revocazione disciplinate dalla norma successiva con specifico riferimento alle pronunce di merito della Cassazione hanno ad oggetto vizi occulti, che non sono immediatamente rilevabili, com'è tipico delle impugnazioni straordinarie, che non possono essere assoggettati quindi a un termine fisso per il loro rilievo.

Quanto precede pare segnare nel disegno delle norme di legge la differenza tra la revocazione ordinaria e quella straordinaria delle sentenze di merito della Cassazione, con la sola eccezione – specificamente prevista dall'art. 391 *bis*, c. 5, cod. proc. civ. – della sentenza di merito impugnata con ricorso per cassazione poi respinto. E una logica di questa eccezione e della distinzione di fondo potrebbe essere ravvisata nella circostanza che nel solo caso regolato dal quinto comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. la revocazione è proposta contro una sentenza della Cassazione di pura legittimità che prescinde del tutto dal merito, che è e rimane regolato dalla sentenza impugnata con ricorso per cassazione respinto; nel caso della sentenza sostitutiva di merito della Cassazione, invece, la revocazione è proposta proprio contro una pronuncia che è anche di merito e che può essere di per sé intaccata dall'errore revocatorio.

D'altra parte, alla soluzione che le sentenze di merito della Cassazione producano i loro effetti solo

24 Cfr. ad esempio il testo pubblicato da Lexscripta, in <https://lexscripta.it/codici/codice-procedura-civile/articolo-391-bis/storia>, nonché il commento adesivo alla lettura della nuova formulazione della norma come composta da cinque commi di L. Viola, *Breve questione sul Legislatore tipografo: l'art. 391 bis c.p.c. novellato a 5 o a 6 commi?* in <http://www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2017/01/391bisCPCviola.pdf>

25 Accanto alle puntuali osservazioni G. Finocchiaro nello scritto citato nella nota precedente circa il permanente vigore dei due commi 5 e 6 dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ.

26 Cfr. Gazzetta Ufficiale 29 ottobre 2016, serie generale, n. 254.

27 Se fosse corretta la versione a cinque commi dell'attuale art. 391 *bis* cod. proc. civ. da alcuni accreditata, le considerazioni espresse nel testo risulterebbero modificate. In proposito, l'abrogazione del quinto comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. potrebbe essere letta in due modi radicalmente diversi. Si potrebbe in primo luogo pensare che il legislatore, abrogando il comma per cui "La pendenza del termine per la revocazione della sentenza della Corte di cassazione non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza impugnata con ricorso per cassazione respinto", sia tornato a una visione dell'impugnazione per revocazione ai sensi dell'art. 395, n. 4, cod. proc. civ. quale impugnazione ordinaria anche nel caso di ricorso per cassazione respinto (ed è questa la lettura paventata ed esclusa nello scritto richiamato del Finocchiaro); ma si potrebbe anche concludere in senso del tutto opposto. L'abrogazione della disposizione che fa riferimento esclusivo al "passaggio in giudicato della sentenza impugnata con ricorso per cassazione respinto", seguita dall'incontestato e permanente ultimo comma della norma che in tutte le versioni pubblicate prevede che in caso di revocazione per errore di fatto della sentenza della Cassazione non è ammessa la sospensione della "sentenza passata in giudicato", potrebbe essere letta anche come comprensiva dell'ipotesi di accoglimento del ricorso seguito da decisione di merito della Corte. Infatti, il riferimento alla sentenza passata in giudicato contenuto nell'ultimo comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. con abrogazione del comma precedente, potrebbe anche essere letto nel senso che la revocazione disciplinata dalla norma non è mai ordinaria, altrimenti nel caso di revocazione ivi previsto non potrebbe mai esserci giudicato. L'esercizio di scelta tra le due interpretazioni è tuttavia del tutto dialettico e inutile, posto che, come chiarito nel testo, è la stessa premessa che l'art. 391 *bis* cod. proc. civ. sia oggi composto da soli cinque commi e non da sei a essere errata.

28 Per tutti F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, II, IX ed., pag. 483. Rileva per altro Balena, *L'impugnazione delle sentenze di cassazione* cit., pag. 117 che, nonostante ciò, residuerebbero comunque due ipotesi in cui la Cassazione potrebbe doversi occupare in sede di revocazione di quegli stessi vizi revocatori già oggetto della sentenza di merito in quanto precedentemente non rilevabili individuando tali situazioni quando "a) la parte (poi) soccombente in Cassazione fosse risultata pienamente vittoriosa, invece, nonostante il viziato accertamento del fatto, nel giudizio di merito e dunque non avesse interesse ad impugnare la relativa sentenza; b) il motivo di revocazione venisse scoperto dopo la decisione (sostitutiva) della Cassazione".



quando non sono più soggette a revocazione ai sensi dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. è pervenuta motivatamente autorevole dottrina già al momento dell'introduzione dei poteri sostitutivi della Corte di cui all'art. 384, c. 2, cod. proc. civ.<sup>29</sup>, con opinione che mi pare ancora oggi confermata dalle disposizioni esaminate.

Quanto alla giurisprudenza, anche dalle sue pronunce si traggono indici che il sistema va letto nel modo indicato. Va infatti a questo proposito almeno accennata la vicenda relativa alla controversa ammissibilità della revocazione *ex* art. 395, n. 5, cod. proc. civ. avverso le sentenze di Cassazione che abbiano deciso la causa nel merito. In proposito, una motivata, anche se successivamente smentita, pronuncia della Corte di legittimità, nell'ammettere la revocazione anche questo motivo, non ha esitato a concludere che si tratterebbe in questo caso di una forma di revocazione ordinaria, poiché "L'impugnabilità per revocazione, nei termini di cui agli artt. 232 e 327 cod. proc. civ. ... della pronuncia di merito della cassazione ..., pone solo qualche problema ... in ordine al momento del passaggio in giudicato della sentenza, potendo l'accertamento in essa contenuto fare stato sole se definitivo e quando siano decorsi i termini per l'impugnazione per revocazione ... Deve quindi ritenersi inapplicabile, solo per le statuizioni di merito contenute nelle sentenze di legittimità, il principio che queste passano in giudicato con la mera pubblicazione ..."<sup>30</sup>. Quanto poi alla giurisprudenza successiva, oggi stabilizzata in senso negativo<sup>31</sup> quanto all'ammissibilità di questo motivo di revocazione non previsto dalla legge, la ragione centrale di questa conclusione ruota proprio intorno alla sua mancata previsione normativa, con sottolineatura che i limiti e le condizioni di operatività del giudicato sono affidati alla valutazione discrezionale del legislatore ordinario<sup>32</sup>.

Riportando allora quest'ultima osservazione alla fattispecie della revocazione per errore di fatto, non può non ricordarsi, ancora una volta, come il legislatore stesso, con valutazione discrezionale, abbia regolato la materia della formazione del giudicato delle sentenze di Cassazione attraverso una norma specifica e speciale<sup>33</sup> che tocca una sola ipotesi, lasciando per il resto immodificata la regola generale dell'art. 324 cod. proc. civ.

Va ancora segnalata una pronuncia della Corte di legittimità<sup>34</sup>, che, chiamata a decidere sulla problematica dell'applicabilità dell'art. 391 *bis*, c. 6, cod. proc. civ. alle sentenze di merito della Cassazione, ha deciso nel senso che tale disposizione non è qui applicabile laddove dispone (in collegamento col precedente comma 5), che non è ammessa la sospensione dell'esecuzione della sentenza di merito passata in giudicato. L'esecuzione delle sentenze di merito della Cassazione può dunque, ad avviso della stessa S.C., essere sospesa ai sensi dell'art. 401 cod. proc. civ. dalla Cassazione investita della revocazione<sup>35</sup>, con statuizione che certo

29 A. Attardi, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, pag. 138, che sottolinea come "il problema del momento nel quale la sentenza della corte che contenga la decisione di merito possa dirsi passata in giudicato" va risolto secondo la soluzione che risulta "testualmente dal cit. art. 324, a norma del quale la sentenza non può dirsi passata in giudicato se sia ancora soggetta a revocazione per i motivi di cui all'art. 395, nn. 4 e 5. Di conseguenza, solo quando siasi estinto ... il potere di impugnare per revocazione - è da rammentare che l'unico motivo deducibile è quello di cui al n. 4 - la sentenza della corte che abbia deciso la causa nel merito, tale sentenza potrà considerarsi passata in giudicato e cominciare a produrre gli effetti che presuppongono il formarsi del giudicato formale: prima, tra questi, la cosa giudicata materiale". Cfr. anche E. Fazzalari, *Luci e ombre della riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1991, pag. 630, ove si legge "... Secondo il terzo comma dell'art. 391 bis, l'impugnativa per revocazione della sentenza con cui la cassazione abbia rigettato il ricorso "non impedisce il passaggio in giudicato" della sentenza impugnata, che sia uscita indenne dalla fase di cassazione: da rilevare, però, che, in questa ipotesi, la enunciazione di un "passaggio in giudicato" è del tutto scorretta ... non a caso l'art. 324 propone il "passaggio in giudicato" all'esito della revocazione *ex* art. 4 dell'art. 395. La norma ora in discorso va piuttosto intesa nel senso ch'essa dispone la immediata efficacia della sentenza non cassata, e non anche la sua irretrattabilità: efficacia, per altro, necessariamente provvisoria e destinata a divenire definitiva soltanto in caso di rigetto della domanda di revocazione ...". Sulla problematica in esame con accentuazione della centralità dell'art. 324 e il richiamo del disposto dell'art. 338 cod. proc. civ., pur prima dell'introduzione dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ., F. Carpi, *Le sentenze della Corte di cassazione e la cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1987, pag. 20 s. E' nota la diversa posizione espressa da C. Consolo, *La revocazione delle sentenze delle decisioni della cassazione e la formazione del giudicato*, cit., il cui contributo è tuttavia anteriore all'introduzione dell'art. 384, c. 2, cod. proc. civ. Il medesimo Autore ha per altro confermato la propria opinione anche con riferimento alle sentenze di merito della Cassazione in *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, ed 11., pag. 627, ove si afferma in via generale che "nel caso di cassazione senza rinvio, a passare in giudicato formale sarà sempre la sentenza della cassazione (art. 384 e in tal caso, com'è ovvio, si formerà anche il giudicato sostanziale) oppure di rito (art. 382)", per poi concludere, trattando del problema degli effetti della decisione di accoglimento della revocazione proposta ai sensi dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. che "ove la revocazione venga proposta avverso una decisione di merito della Cassazione, tale decisione perderà efficacia solo in caso di accoglimento della revocazione e conseguente riforma della sentenza stessa" (così a pag. 628).

30 Cfr. la già citata Cass. 22 agosto 2006, n. 18234, in motivazione.

31 Da ultimo Cass. 23 novembre 2015, n. 23833; Cass. 18 luglio 2013, n. 17557; Cass. 30 dicembre 2011, n. 30245.

32 Cfr. Cass. 29 dicembre 2011, n. 29580 nella parte conclusiva della motivazione.

33 Cfr. la già citata Cass. 17 gennaio 2014, n. 843.

34 Cass. 17 settembre 2015, n. 18300

35 Secondo la Cassazione nella pronuncia richiamata alla nota precedente "In questo quadro [quello delle disposizioni dell'art. 391 bis cc. 5 e 6] non è contenuta alcuna specifica regola che disciplina, con riferimento all'impugnazione per revocazione *ex* art. 395, n. 4, la possibilità di sospendere l'esecuzione delle stesse sentenze della Corte di cassazione (e, precisamente, delle sole sentenze della Corte astrattamente suscettibili di esecuzione, vale a dire quelle emesse ai sensi dell'art. 384, c. 2, cod. proc. civ.) e pertanto non vi è ragione di non dare applicazione al disposto dell'art. 401 cod. proc. civ., che attribuisce al giudice della revocazione - e quindi anche alla Corte di cassazione investita di un ricorso per revocazione *ex* art. 395, n. 4, avverso una propria sentenza - il potere di sospendere l'esecuzione di tale sentenza ...".

mal si sposa con l'idea che si tratti di sentenza già passata in giudicato<sup>36</sup>.

Da ultimo, va infine richiamata una ulteriore pronuncia della S.C.<sup>37</sup> che, adita per la revocazione di una sentenza di merito della stessa Corte, la accoglie facendo applicazione di una norma sopravvenuta limitativa delle sanzioni in materia tributaria, specificando in motivazione che il regime più favorevole sopravvenuto può trovare spazio anche con valutazione officiosa “in ogni stato e grado del processo, all'unica condizione che il provvedimento impugnato non sia divenuto definitivo”. Con ciò si chiarisce in modo espresso che per la Corte la sentenza di merito della Cassazione impugnata per revocazione non poteva considerarsi provvedimento definitivo già passato in giudicato, in quanto tale preclusivo dell'applicazione del regime più favorevole.

5. Vengo in chiusura a qualche considerazione problematica. La costruzione del sistema dipende da scelte discrezionali: il legislatore potrebbe cioè abrogare effettivamente il quinto comma dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ., oppure estenderne la portata, anche eventualmente accorpando la revocazione per errore di fatto agli altri casi di revocazione previsti dall'art. 391 *ter* cod. proc. civ. Sono scelte e le scelte, purché in linea con i principi fondamentali, sono normalmente basate anche su ragioni di opportunità.

In un sistema ideale in cui si trovasse il modo di ridurre drasticamente il contenzioso davanti alla Corte e l'errore di fatto del giudice di ultima istanza tornasse ad avere i caratteri dell'inezia, è probabile che il valore assoluto da perseguire dovrebbe essere quello dell'accelerazione della formazione del giudicato. Non si può dimenticare infatti che l'apertura del sistema, prima basato sul dogma dell'intangibilità della sentenza di ultima istanza, è stato sollecitato dalla Consulta proprio e anche sulla base anche dell'osservazione che “la estrema rarità delle vicende, in cui si è imputata a giudici di merito la commissione del motivo di revocazione di cui all'art. 395 n. 4, non fa temere aumento di accessi alla Corte di Cassazione”<sup>38</sup>.

Ancora in uno studio<sup>39</sup> dei primi anni di questo millennio si rilevava che nel periodo che va dalla sua introduzione fino al 2001 sono stati decisi 145 ricorsi per revocazione, dei quali solamente 12 accolti e la maggior parte dichiarati inammissibili o improcedibili. Purtroppo oggi la situazione appare invece molto cambiata; potrei sbagliare perché non ho fatto alcuna analisi capillare della materia, ma da un'esame delle pronunce che compaiono sulle banche dati con riferimento all'art. 391 *bis* cod. proc. civ. emerge con facilità che le richieste di revocazione sono negli anni nettamente lievitate e, sebbene la maggior parte di queste venga ancor oggi rigettata, anche le ipotesi di accoglimento sulla base del compimento di effettivi e non trascurabili errori di fatto revocatori non sono più tanto rare. Bisogna allora chiedersi se in questa situazione pesi di più l'attesa della formazione del giudicato, oppure il rischio che la sentenza passata in giudicato si riveli poi viziata da errore di fatto revocatorio e ciò che è il risultato di un giudicato viziato debba essere a sua volta revocato. Certo, le situazioni sono diverse e la soluzione può quindi apparire non uniforme a seconda dell'angolo visuale da cui si riguardi il problema<sup>40</sup> e nessuna prospettiva può apparire del tutto

36 Cfr. E. Fazzalari, *Luci e ombre* cit., pag. 631 per il quale “L'ovvia interpretazione secondo la quale, sotto le mentite spoglie del ‘passaggio in giudicato’ [di cui all'art. 391 bis del testo originario], viene prevista soltanto l'efficacia provvisoria della sentenza, è confermata dal fatto che il legislatore ha avvertito il bisogno di disporre, con l'ultimo comma dell'art. 391 bis, che l'impugnativa per revocazione de qua agitur non sospende l'esecuzione della sentenza non cassata: previsione del tutto fuori luogo se si verificasse veramente un passaggio in giudicato”. Va segnalato per altro che la sentenza da ultimo richiamata non esita a qualificare in apertura l'impugnazione per revocazione di cui all'art. 391 *bis* cod. proc. civ. come straordinaria, in quanto la sentenza di Cassazione non “passa in giudicato”, ma “nasce come formalmente già passata in giudicato”, riterrei, per altro, con riferimento all'ipotesi di cui al quinto comma, la cui esecuzione infatti non può essere sospesa proprio perché qui la formazione del giudicato è prevista dalla legge.

37 Cass. 21 dicembre 2016, n. 26479.

38 Cfr. Corte cost. 28 gennaio 1986, n. 17 cit.

39 Cfr. G. Impagnatiello, *Il concorso tra cassazione e revocazione. Contributo allo studio della formazione e dell'impugnazione del giudicato*, cit., pag. 165, nota 356.

40 Probabilmente è diverso analizzare il problema dall'angolo visuale che ha generato queste riflessioni, quello cioè di una sentenza di merito della Cassazione, visibilmente basata su un errore di fatto percettivo, sottoposta a impugnazione per revocazione ex art. 395, n. 4, cod. proc. civ., e invocata, in pendenza del procedimento ex art. 391 *bis* cod. proc. civ. di revocazione, da un coobbligato solidale quale giudicato favorevole ai sensi dell'art. 1306 cod. civ., rispetto ad altre situazioni. Nella situazione descritta l'espansione dell'errore di fatto su cui è basata la prima sentenza all'esterno del processo fino a regolare il rapporto tra il comune creditore e un coobbligato solidale del soggetto che era parte del primo giudizio, genera evidenti preoccupazioni, orientando verso la soluzione che, a fronte di un palese errore percettivo, sia meglio attendere la decisione sulla revocazione prima di poter invocare il giudicato. Il corso infinito dei diversi gradi del processo civile potrebbe invece indurre a pensare che, sospeso un processo per pregiudizialità necessaria ex art. 295 cod. proc. civ., il suo corso non debba attendere anche il giudizio di revocazione. Va però ricordato a questo proposito che la Cassazione, proprio in ordine ai rapporti tra gli artt. 295 e 297 da un lato e l'art. 337 del codice di rito, dall'altro lato, con sentenza delle Sez. Un., 19 giugno 2012, n. 10027, ha dato una diversa e nuova lettura del sistema, che fa sì che la sospensione necessaria esaurisca i suoi effetti nel momento in cui nel processo sul rapporto pregiudiziale sopravviene la sentenza di primo grado, suscettibile di impugnazione; da quel momento in poi la causa pregiudicata è in grado di riprendere il suo corso, perché oramai “il

convincente quando non la si possa analizzare, in ragione dei tempi malati della giustizia civile, nella sua situazione fisiologica, quella cioè in cui il decremento delle impugnazioni abbia carattere piramidale e la Cassazione si trovi quindi a operare su un numero limitato di casi con scarsa incidenza dell'errore. Tuttavia, occorre trovare una soluzione unitaria e, se si voglia fare una valutazione conclusiva riferita ai tempi attuali, a me sembra che, essendo pur sempre l'errore di fatto deducibile con revocazione ai sensi dell'art. 391 *bis* cod. proc. civ. percettivo e palese, con rilievo quindi potenzialmente immediato e con tempi di reazione predefiniti, e inserito inoltre in un sistema orientato a catturare le richieste pretestuose con riti accelerati, il trattamento dell'errore di fatto del giudice di ultima istanza, soprattutto quando è chiamato a decidere nel merito, possa allo stato meritare l'attesa della pronuncia sulla revocazione. Ciò non senza ricordare che l'adesione al pensiero di Enrico Tullio Liebman, che ha costituito forte e saldo collegamento con i Maestri che qui si onorano, e che è l'origine dell'unione che ancora oggi caratterizza lo sviluppo del diritto processuale civile in Italia e in Brasile, consente di guardare con serenità la richiamata attesa, nella convinzione che la sentenza espliciti comunque la sua efficacia naturale immediata fin dal momento in cui viene pubblicata, prima e indipendentemente dal suo passaggio in giudicato.

---

sistema giudiziario è in grado di pervenire al giudizio sulla causa pregiudicata fondandolo sull'accertamento, che sulla questione comune alle due cause si è potuto raggiungere nell'altro processo tra le stesse parti, attraverso l'esercizio della giurisdizione, rimanendo l'eventuale sospensione legata al sistema discrezionale di cui all'art. 337 cod. proc. civ. La sentenza richiamata, che in molti hanno salutato come una consacrazione del principio, affermato da Enrico Tullio Liebman, della efficacia naturale della sentenza di primo grado tra le parti, è variamente commentata e la si può leggere in *Riv. dir. proc.* 2013, 683, con nota di S. Menchini, *Le sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, comma 2°, c.p.c.: una decisione che non convince*; in *Foro it.*, 2014, I, 936 con note di G. Trisorio Liuzzi, *Le sezioni unite e la sospensione del processo civile per pregiudizialità* e di A. Proto Pisani, *Ancora sulla sospensione c.d. necessaria dei processi civili per pregiudizialità*; in *Giur. it* 2012, 2601 con nota di E. D'Alessandro, *Le sezioni unite e la tesi di Liebman sui rapporti tra artt. 295 e 337 c.p.c.: Much Ado About Nothing?* Sulla stessa sentenza si vedano anche gli articoli di C. Cavallini, *L'efficacia della sentenza impugnata*, in *Riv. dir. proc.* 2015, pag. 339 s. e di G. Trisorio Liuzzi, *La sospensione del processo civile per pregiudizialità: gli artt. 295 e 337, 2° comma, c.p.c.*, in *Il Giusto processo civile* 2015, pag. 633 s.

# ANÁLISIS CRÍTICO DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE PROCESOS COLECTIVOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2018)

Leandro J. Giannini<sup>1</sup>

Sumario: I. Introducción. II. Ámbito de aplicación de la ley. III. Objeto de los procesos colectivos. IV. La regulación de los principios de los procesos colectivos. V. Un reparo a las tipologías procesales del anteproyecto.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde el lanzamiento de la plataforma de discusión del programa “Justicia 2020” del Ministerio de Justicia de la Nación (<https://www.justicia2020.gob.ar/>), los procesos colectivos han sido considerados como uno de los ejes temáticos fundamentales entre las reformas legislativas necesarias para un mejor funcionamiento de la justicia civil.

Desde la apertura de los debates dedicados a esta herramienta procesal, se realizaron en esa plataforma diversos aportes vinculados a los problemas e instituciones del litigio colectivo. Entre tales aportes, se destacan los anteproyectos de ley elaborados por distintos estamentos, destinados a remediar el inaceptable cuadro de mora legislativa que existe en nuestro medio desde la reforma constitucional de 1994. Entre los proyectos que fueran subidos a la plataforma para su discusión pueden mencionarse los de Urtubey-Camaño<sup>2</sup>, Tonelli<sup>3</sup>, Giannini-Salgado-Verbic,<sup>4</sup> etc.<sup>5</sup>

A fines de 2017 se constituyó oficialmente una “comisión redactora del anteproyecto de ley de procesos colectivos” con el propósito de proyectar un cuerpo normativo referido a esta variante de enjuiciamiento<sup>6</sup>. El 17 de mayo de 2018 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación hizo público en el portal del Programa Justicia 2020 (<https://www.justicia2020.gob.ar/foro/topic/ley-de-procesos-colectivos/>) un borrador del Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos, que es el documento que aquí se comenta.

Emprender la lectura crítica de un proyecto de esta envergadura es una labor tan difícil como necesaria.

La *dificultad* de la empresa se deriva de la multiplicidad de instituciones del proyecto que merecen una observación detallada, particularizada pero con vocación de sistema. La necesaria justificación individual de cada uno de los reparos presentados excedería la finalidad de un comentario de esta naturaleza, lo que fuerza a formular una síntesis integradora de los aspectos más relevantes del proyecto que merecen una revisión. La dificultad se agrava si se tiene en cuenta que una crítica constructiva debería involucrar no sólo la identificación de potenciales debilidades de la iniciativa, sino la introducción de propuestas concretas de mejora que, cuando se hacen integrales, terminan asemejando indebidamente la labor del comentarista

1 Abogado, Especialista en Derecho Procesal y Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular Ordinario de Derecho Procesal II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata.

2 Expte. n° 3698-D-2005, “Régimen sobre derechos de incidencia colectiva, consolidación de diferentes pleitos vinculados a cuestiones comunes en la denominada ‘acción de clase’”, proyecto presentado por el Diputado Juan Manuel Urtubey y la Diputada Graciela Camaño (disponible en: <https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2016/11/proyecto-camac3b1o-urtubey-2005.pdf>).

3 Expte. n° 5356-D-2016, “Procesos para el ejercicio de derechos de incidencia colectiva. Régimen”, presentado por el diputado Pablo Tonelli el 22/08/2016 (disponible en: <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5356-D-2016&tipo=LEY>).

4 Giannini, Leandro – Salgado, José María – Verbic, Francisco, “Anteproyecto de ley de procesos colectivos”, en: *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2017-1, pp. 575-599.

5 Ver la interesante y completa compilación de insumos de discusión elaborada por Francisco Verbic en <https://classactionsargentina.com/2017/12/30/hacia-una-ley-de-procesos-colectivos-material-para-aportar-como-insumo-a-la-discusion-fed/> (último acceso: mayo de 2018)

6 Res. 2017-1026-APN-MJ, del 22/12/2017, suscripta por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Germán Garavano. Los integrantes de la referida comisión fueron María Claudia Caputi, Matías Casal, Leandro Martín Castelli, Javier Jorge Cosentino, Matías Horacio Ferrari, Pablo Damián Heredia, Esteban Languinge, Eduardo David Oteiza, Fernando Ignacio Saravia y Carina Pamela Tolosa. Por el Ministerio de Justicia, la integraron Hernán Calvo, Agustina Díaz Cordero (Coordinadora del Programa Nacional de Coordinación General de Derecho Privado) y Javier Hernán Wajtraub (facilitador).

a la del redactor de un nuevo proyecto. No es ésta la función del presente trabajo, ya que dicha labor ha sido cumplimentada al elaborar, junto con dos reconocidos académicos especialistas en esta materia, un anteproyecto propio que no ha sido seguido en sus líneas fundamentales por el que aquí se comenta (v. *supra*, nota al pie n° 3)<sup>7</sup>.

La *necesidad* del análisis es, en cambio, imperiosa y movilizante. Siendo que el documento ha sido presentado públicamente como la “última versión del borrador del anteproyecto de ley” elaborado por la referida comisión, corresponde entender que el anteproyecto propiamente dicho aún no está terminado y que, consecuentemente, se ha abierto su texto a debate para analizar la introducción de eventuales modificaciones a su texto, antes de ser remitido al Poder Ejecutivo y, en su caso, al Congreso de la Nación. La importancia de los objetivos constitucionales que tienden a satisfacer los procesos colectivos y la especial necesidad de encontrar una solución equilibrada a sus principales dilemas, exigen desafiar las dificultades aludidas y penetrar en un debate necesario, aunque con las limitaciones propias de un comentario de estas características. A ello nos dedicaremos en los párrafos que siguen.

Un par de aclaraciones finales se imponen, derivadas de la necesidad de limitar el discurso para satisfacer justificadas exigencias editoriales, por un lado, y de presentar oportunamente un documento destinado a la discusión de esta relevante iniciativa, por el otro. Ambas limitantes han llevado a seleccionar algunos de los aspectos del proyecto que – según entendemos- merecen especial atención, incorporando una explicación adecuada para comprender los problemas que preocupan en la iniciativa y aportar alguna propuesta sustitutiva. La limitación de la exposición hace que varias de las instituciones del anteproyecto que podrían merecer un tratamiento semejante (crítica y propuesta de revisión) no sean abordadas aquí, sin perjuicio de proponernos en el futuro realizar un análisis más completo y particularizado de aquéllas. Finalmente, cabe destacar que los mismos confines del trabajo también fuerzan a reducir al extremo las referencias doctrinarias y jurisprudenciales que en un trabajo académico tradicional deberían incorporarse para remitir al lector a las fuentes en las que pueda hallar un tratamiento más acabado de los puntos desarrollados.

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

Un problema general que el anteproyecto debería dejar aclarado es el del ámbito de aplicación de la ley que se promueve.

Dado que en nuestro país la legislación procesal corresponde, por regla, a cada una de las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires, por ser materia no delegada (art. 5 y 121, Const. Nac.), la Nación, por regla, sólo podría aprobar normas de este tipo para ser aplicadas en las causas tramitadas ante la justicia nacional o federal. Sin embargo, las características expansivas y muchas veces interjurisdiccionales de los procesos colectivos, así como el texto mismo de la iniciativa, pueden llevar a confusión acerca de la posible aplicación directa de esta ley no sólo a las acciones colectivas tramitadas en la justicia federal, sino también a las que se desarrollan ante los tribunales provinciales.

Es por ello que correspondería despejar toda duda acerca del alcance jurisdiccional que la iniciativa pretende darle a la futura ley. Se trata de un tema no exento de complejidades, que seguramente será sometido a un profundo debate tanto en el parlamento como en sede judicial, dependiendo de la solución que se adopte en la materia.

Varios interrogantes se presentan en este punto. El primero de ellos responde al clásico problema de encuadre de la norma como procesal o sustancial. Cada vez que el Congreso de la Nación aprueba un cuerpo legal que contiene disposiciones procesales, se plantean interrogante como: ¿se trata de una ley exclusivamente procesal o de una ley “común” (civil, comercial, etc.) destinada a regular aspectos procesales “imprescindibles” para la vigencia y efectividad real las instituciones sustanciales diseñadas? Como es

7 Sí en cambio puede apreciarse la influencia del proyecto que elaboráramos junto con los Profesores Salgado y Verbic en el proyecto de “Ley Nacional de Acceso a la Justicia Colectiva de Consumidores, Trabajadores, el Medioambiente y los derechos de incidencia colectiva en general”, recientemente presentado en la H. Cámara de Diputados de la Nación el 11 de junio de 2018 (Expediente N° 3599-D-2018). Texto disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/resultados-buscador.html> y en [https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2018/06/2018-06-11-proyecto-de-ley\\_dip-ramc3b3n-pi-mendoza\\_datos-y-texto.pdf](https://classactionsargentina.files.wordpress.com/2018/06/2018-06-11-proyecto-de-ley_dip-ramc3b3n-pi-mendoza_datos-y-texto.pdf)

sabido, en el primer caso, el Congreso Nacional sólo podría reglamentar estos procesos especiales para las causas que tramiten ante el Poder Judicial de la Nación. En cambio, en el segundo, siguiendo reconocidos precedentes de la Corte Suprema, se admitiría que el parlamento nacional se inmiscuya en materia procesal, por tratarse de un complemento imprescindible para la operatividad de los derechos de fondo que tiene a su cargo reglamentar.

Sabido es que cuando se quisieron incorporar algunas previsiones atinentes a la tutela de derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial, las disposiciones contenidas en el anteproyecto original elaborado por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci fueron suprimidas por el Poder Ejecutivo, afirmándose que las acciones de clase eran instrumentos procesales que debían ser materia de legislación autónoma<sup>8</sup>. El Congreso mantuvo el proyecto del Poder Ejecutivo, dejando fuera del texto a los arts. 1746 y 1747 de la propuesta original.

Es difícil saber si el Poder Ejecutivo o el Congreso, en su actual composición, sostienen la misma tesis, que reduciría sustancialmente las posibilidades de concebir una ley de procesos colectivos nacional aplicable a la totalidad de las causas de esta naturaleza que tramiten en cada una de las jurisdicciones del país. Más aún cuando, a diferencia de lo que ocurriera con el debate presentado durante la elaboración del Código Civil y Comercial, no estamos aquí ante un código de fondo que, al regular instituciones sustanciales, incorpora complementos procesales necesarios para su eficacia. La lectura del anteproyecto pone en evidencia que estamos ante una norma exclusivamente procesal, destinada a diseñar un modelo de debate para derechos de incidencia colectiva aplicable a todo tipo de materia. Esta característica del anteproyecto parece alejar la posibilidad de reeditar en esta oportunidad el debate sobre la posibilidad constitucional de que el Congreso nacional incorpore normas procesales en leyes de fondo, básicamente porque no se trata de una ley sustancial con apéndices procesales, sino de un cuerpo legislativo destinado a la regulación completa de un proceso especial.

Tampoco ayuda para solucionar el tema afirmar que se trata de un proceso que tiene raigambre constitucional, a partir de la consagración supralegal de la tutela judicial colectiva en el art. 43, 2° párrafo, de la CN. Dicho encuadre supralegal sólo permite afirmar que las provincias no pueden desconocer esta garantía y que, consecuentemente, deben contemplar instrumentos adecuados para la tutela efectiva de derechos de incidencia colectiva, del mismo modo que deben hacerlo con la totalidad de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional, cuya reglamentación corresponde a los estados locales. El imperativo inicial dirigido a las provincias de garantizar la tutela colectiva de derechos es, por supuesto, una consecuencia relevante, pero que no puede ser confundida con la atribución al Congreso de la Nación de potestades legislativas no delegadas. Una cosa es que las Provincias deban respetar los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional y otra muy distinta es que los instrumentos para hacerlos efectivos sean competencia del gobierno nacional (*lato sensu*). De otro modo, sería muy difícil preservar, en esta y otras materias, los principios de reserva y de autonomía provincial, típicos de la estructura federal de nuestro estado.

Siendo que no se puede solucionar el dilema aplicando el prisma con el que se analizan las normas sustanciales que contienen disposiciones procesales, ni acudiendo al carácter “constitucional” de los procesos colectivos, debe verificarse si existe alguna otra razón para que el legislador nacional pueda aprobar una iniciativa de este tenor con vocación de ser aplicable en los tribunales provinciales.

Como fuera anticipado, las características interjurisdiccionales que muchas veces tienen las consecuencias de las conductas ilícitas enjuiciadas a través de los procesos colectivos, generan un campo propicio para la discusión sobre la federalización de las reglas del proceso colectivo y de las causas colectivas mismas. Sin embargo, que sea un campo propicio para la discusión de dilemas propios de nuestro régimen federal, no

8 Remitimos a lo expresado sobre el punto en: Giannini, Leandro, “La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos en la Argentina (Marchas y contramarchas del Proyecto de Código Civil y Comercial)”, *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, n° 2013-1, pp. 253-284. V. asimismo: Verbic, Francisco, “Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos en el Código Civil y Comercial para la República Argentina”, en VVAA: *Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Aspectos Relevantes. Análisis Doctrinario*, Buenos Aires: Errepar, 2015, pp. 339 y ss.

significa que la regulación de los procesos colectivos de todo el país sea una competencia atribuible al legislador nacional, como tampoco que toda controversia de este tipo deba ser resuelta por los jueces federales.

Es obvio que el legislador nacional tiene atribuciones exclusivas para regular los procesos (individuales y colectivos) que tramiten en el ámbito de la justicia nacional. Lo mismo sucede con la determinación de las reglas que permiten dirimir conflictos de competencia entre tribunales federales y locales. Dichas reglas deben ser establecidas por el Congreso de la Nación, determinados parámetros acordes con lo establecido en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional. En tal sentido, el anteproyecto determina ciertas reglas referidas a los alcances de la competencia federal, que son indudablemente atribución del parlamento nacional<sup>9</sup>, aunque deberían ser revisadas en su contenido, como luego veremos.

El proyecto no deja en claro el alcance jurisdiccional de sus previsiones. Es decir, que de su texto no se deduce expresamente si la totalidad de sus disposiciones, además de ser aplicables a los procesos colectivos dirimidos ante la justicia nacional, lo son para: a) los procesos colectivos locales (por ej., los casos que se basan en la interpretación y aplicación predominante de legislación no federal y tienen impacto intra-estadual); o b) regionales (interestaduais) pero no federales (por ejemplo, un caso que se resuelve aplicando la legislación común pero que tienen impacto en más de una jurisdicción). La precisión es necesaria, ya que, como ocurre en otros regímenes federales que se enfrentan al mismo dilema, el primer grupo de casos (los que tramitan ante la justicia nacional) quedan sometidos en su regulación procesal al Gobierno nacional, el segundo – por regla- debe ser reglamentado procesalmente (y no sólo decidido) por las provincias y el tercero depende – en gran medida- de la institución regulada y de aquello que corresponde denominar “interjurisdiccional” a los efectos de la determinación de la competencia federal.

La exposición detenida de este delicado aspecto de nuestro federalismo aplicado a esta materia excede el análisis que permite este trabajo. Sin embargo, es suficiente aquí con destacar que el proyecto debería contar con una definición expresa sobre el punto, para dejar en claro el ámbito jurisdiccional de la norma y permitir un análisis más preciso sobre la aplicación de sus previsiones en las provincias y la validez constitucional de dicha expansión. De la lectura de algunas previsiones contenidas en la propuesta, parecería haberse adoptado la posición según la cual la ley diseñada se aplicaría a todo el país, extendiendo la regulación propuesta más allá de las causas sometidas a la justicia nacional. Esta tendencia se advierte al encontrar previsiones sobre competencia aplicadas a causas colectivas puramente locales (art. 11, ap. a), así como en otras previsiones en las que el proyecto complementa, amplía o remite a las previsiones de los códigos procesales provinciales (vg., arts. 8 – intervención de terceros-, 19 – costas-, 31 – prueba testimonial y prueba anticipada-, 36 – notificación de sentencias-, etc.).

Dicha extensión, a mi juicio, contraría nuestro sistema federal y avanza sobre materia reservada a las provincias. Para no agotar el análisis en la sola crítica, el proyecto debería no sólo aclarar la cuestión del ámbito jurisdiccional de aplicación, sino distinguir – en caso de pretender avanzar en una legislación que se aplique más allá de las causas sometidas a la justicia nacional- al menos tres hipótesis de procesos colectivos: a) aquellos que tramitan ante los tribunales nacionales (cuyo régimen procesal debe ser aprobado por el Congreso de la Nación); b) aquellos en los que la fuente del ilícito por el que se reclama es local tanto en lo referido al régimen legal aplicable como a los alcances del daño (cuyo diseño procesal corresponde a las provincias); y c) las acciones de clase que, pese a no suscitar competencia federal de conformidad con las reglas generales que habilitan la actuación de dicho fuero, tienen impacto (no fuente) inter-estadual o interjurisdiccional, como puede suceder con reclamos de usuarios y consumidores referidos a prácticas empresarias alegadamente ilícitas que producen daños en más de una provincia o en todo el país. En estos casos, por más que las partes que actúan en juicio tengan domicilio en la misma provincia, el grupo representado muchas veces tiene alcances interjurisdiccionales, suscitándose cuestiones como la de la determinación de la competencia (en caso que cada una de las provincias tengan reglas distintas), la litispendencia, la relación

9 Veremos más adelante que el documento analizado no ha incorporado suficientes reglas para solucionar los problemas más habituales que se presentan en los procesos colectivos, respecto de los alcances de la competencia federal. La remisión a las reglas generales en la materia, contenida en el art. 11 del anteproyecto, no abastece las necesidades de regulación propias de este campo litigioso. Sin embargo, en lo que interesa al tema desarrollado en el texto, normas como las contenidas en los primeros dos párrafos de ese artículo son ejemplos claros de contenidos atribuibles al Congreso de la Nación.

entre la acción colectiva y las acciones individuales o la necesidad de conciliar el régimen de liquidación y ejecución de la sentencia colectiva respecto de los miembros individuales del grupo radicados en distintas provincias, entre otras. En tales casos, si no se puede remediar la inconsistencia de regímenes locales por vía concertada (leyes convenio), podría incorporarse un capítulo especial dentro de la ley nacional que atienda a estas cuestiones.

### III. OBJETO DE LOS PROCESOS COLECTIVOS

El anteproyecto<sup>10</sup> comienza refiriéndose al objeto de los procesos colectivos, del siguiente modo: *“Artículo 1°: Objeto del proceso colectivo. Mediante el proceso colectivo una pluralidad de afectados por una causa común puede hacer valer pretensiones para la tutela de: a) derechos individuales homogéneos divisibles o diferenciados; b) derechos colectivos indivisibles y de ejercicio común.”*

*En ambos casos la tutela de los derechos de incidencia colectiva sólo puede tener como destinatario a un colectivo formado por personas humanas, jurídicas o ambas, denominados indistintamente clase o grupo plural de afectados”.*

Es claro que la primera parte de la previsión transcrita busca encuadrar el objeto es estos procesos a partir del tipo de derechos que con ellos se busca tutelar. Se define así al proceso colectivo como un instrumento de tutela de derechos de incidencia colectiva, sean ellos de naturaleza indivisible o divisible (individuales homogéneos).

Sin embargo, la redacción del dispositivo podría ser mejorada, especialmente para modificar la idea que parece surgir en el primer párrafo cuando se expresa que esta clase de procesos suponen que una “pluralidad de afectados” harán valer sus pretensiones. Una de las notas fundamentales de los procesos colectivos es su carácter representativo, lo que supone que no es la “pluralidad de sujetos afectados” por una lesión de origen común quienes “hacen valer la pretensión”, sino los denominados legitimados colectivos. Son éstos y no aquellos los que hacen valer la pretensión que pertenece divisible o indivisiblemente a esa pluralidad relevante de personas. Es por ello que la redacción de este artículo podría ser reemplazada, manteniendo la línea general del proyecto, afirmando:

*“Artículo 1°: Objeto del proceso colectivo. Mediante el proceso colectivo los sujetos a los que se refiere el artículo 5° podrán hacer valer una pretensión perteneciente divisible o indivisiblemente a una pluralidad de afectados, derivada de una causa común.”*

*En el primer caso, se denominará proceso colectivo para la defensa de derechos individuales homogéneos. En el segundo, se denominará proceso colectivo para la defensa de derechos colectivos indivisibles”<sup>11</sup>.*

Es aconsejable asimismo la supresión del párrafo final del artículo 1° del anteproyecto, que establece que esta clase de pretensiones “sólo puede tener como destinatario a un colectivo formado por personas humanas”. Creemos que el párrafo en su totalidad resulta impertinente en una iniciativa que debería enfocarse en la regulación de los problemas específicos del litigio colectivo. Si se considera que con la expresión “personas humanas” se logra impedir la conformación de grupos o clases referidos a la tutela de

10 Si bien, como fuera señalado, el documento bajo análisis fue presentado como un “borrador”, lo que indica que el anteproyecto final surgirá luego de algún debate ulterior, por mera comodidad idiomática nos referiremos a él a continuación como el “anteproyecto” a secas.

11 Como se señala en el texto, la propuesta de modificación busca salvar los reparos del anteproyecto manteniendo su lógica inicial acerca de cómo presentar el objeto de los procesos colectivos. Esto no significa que la propuesta sea el modo más conveniente para legislar sobre esta materia. Al redactar junto con los Profesores Salgado y Verbic el anteproyecto previamente citado, el ámbito de aplicación de los procesos colectivos quedó redactado del siguiente modo, que entendemos más adecuado:

“Art. 1. Ámbito de aplicación. Finalidades y pautas interpretativas: El proceso colectivo podrá ser utilizado para resolver conflictos que involucren a grupos de personas que reúnan condiciones uniformes, de hecho o de derecho, frente a la cuestión debatida en el proceso [...]”

Art. 2. Admisibilidad del Proceso Colectivo: En el examen jurisdiccional sobre la admisibilidad de un proceso colectivo será necesario verificar: a) La imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los integrantes del grupo, sea por el número de sus integrantes o por la presencia de obstáculos económicos, materiales, sociales o culturales al acceso a la justicia que dificulten el ejercicio efectivo de los derechos.

b) El predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales, sea porque la pretensión se enfoque en la tutela de un bien o derecho de incidencia colectiva indivisible perteneciente a un grupo relevante de personas; o porque, tratándose de bienes o derechos de objeto divisible, las cuestiones individuales no sean un obstáculo para la resolución concentrada de las cuestiones comunes.

c) Cuando se trate de pretensiones divisibles referidas a derechos individuales homogéneos, además de los requisitos indicados, es necesaria la demostración de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto a la luz de sus finalidades centrales: acceso a la justicia, economía procesal, modificación de conductas y obtención de soluciones igualitarias.

En la resolución sobre la admisibilidad será relevante la ponderación que se haga sobre la posibilidad y eficacia de la vía colectiva en comparación con su ejercicio, activo, pasivo o mixto, por carriles individuales o litisconsorciales” (art. 1 y 2, Proyecto Giannini – Salgado – Verbic).



derechos de seres vivos no humanos (por ejemplo, del reino animal), el párrafo en cuestión se inmiscuye innecesariamente en una discusión que es ajena a la problemática de las acciones de clase, como es la de determinar si las especies del reino animal tienen derechos subjetivos o si se trata en tales casos de tutelar a las personas que ven en la preservación de la dignidad de trato y variedad de la fauna un valor o derecho esencialmente humano. Sea cual fuere la respuesta que se brinde a este dilema, lo cierto es que no se trata de una discusión que merezca ser definida en una ley de procesos colectivos, ya que el mismo problema se presenta en los litigios individuales.

#### IV. LA REGULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LOS PROCESOS COLECTIVOS

El artículo 2 del anteproyecto introduce una serie de principios que afirma que deben regir esta clase de procesos, a saber: a) *acceso a la justicia y debido proceso*; b) *oralidad*; c) *inmediación*; d) *concentración y economía procesal*; e) *eficiencia y eficacia*; f) *Colaboración, buena fe, lealtad procesal y prohibición de abuso del proceso*; g) *Determinación de la verdad procesal y amplitud probatoria*<sup>12</sup>.

Como puede advertirse, el elenco plasmado en la última versión del anteproyecto está integrado por postulados procesales generales reconocidos en su mayoría para todo tipo de procesos, como la intermediación, economía y concentración, eficacia (tutela judicial efectiva), buena fe, proscripción del abuso del derecho, etc. Casi todos ellos tienen expreso reconocimiento legislativo y algunos otros dilatada trayectoria jurisprudencial. En el caso de la oralidad, se trata de un sistema que no predomina en el litigio civil (*lato sensu*), pero que en caso de ser implementado efectivamente, debería introducirse para todos los procesos de conocimiento, como se espera que ocurra prontamente<sup>13</sup>, y no sólo para los procesos colectivos. En todos los casos, se trata de una reiteración de dichos postulados generales del proceso civil, sin hacer en la mayoría de los casos referencia puntual al modo en que ellos se modularían para atender las necesidades del litigio grupal. Así, por ejemplo, al hacer referencia al principio de determinación de la verdad procesal y amplitud probatoria, se alude a la necesidad de atender las reglas de “la sana crítica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia”, a la “valoración conjunta y armoniosa de toda la prueba producida”, a la proscripción de la prueba ilícita, etc., en obvia superposición con lo normado en los arts. 386, 477 y ccs. del CPCN y con postulados por demás reconocidos del proceso civil en general. El ejercicio, que podría reiterarse con el resto de los principios aludidos en el anteproyecto, es una muestra del defecto que, según entendemos, padece el elenco de principios proyectado.

Si bien habrá quienes entiendan que es útil (o al menos: inocuo) reforzar legislativamente los principios generales vigentes de la disciplina cada vez que se regule un subsistema procesal, consideramos que se trata de una solución técnicamente objetable. Pero por fuera de la observación de técnica legislativa, debe prestarse atención a un motivo sustancial que aconseja revisar el artículo analizado: al concentrarse en la reiteración de principios generales del proceso civil, la regulación propuesta omite brindar herramientas hermenéuticas relevantes y diferenciales para los procesos colectivos.

12 Para mayor ilustración se transcribe el artículo completo:

“Art. 2°. Principios. Los procesos colectivos se rigen por los siguientes principios:

a) Acceso a la justicia y debido proceso: Las personas o grupos de personas tienen derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso para la protección de los derechos de incidencia colectiva. Las normas que rigen el proceso colectivo deben aplicarse con la finalidad de facilitar el acceso a la justicia.

b) Oralidad: La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se deben desarrollar en forma predominantemente oral, con excepción de los actos procesales que deban realizarse por escrito.

c) Inmediación: Los jueces deben presidir las audiencias.

d) Concentración y economía procesal: Los actos procesales deben realizarse sin demora y se procurará concentrar la actividad procesal

e) Eficiencia y eficacia: Se debe procurar la optimización de los resultados alcanzados en relación con el uso de los recursos disponibles e invertidos en su consecución y la efectiva protección de los derechos.

f) Colaboración, buena fe, lealtad procesal y prohibición de abuso del proceso: Las partes y demás intervinientes en el proceso deben actuar con colaboración, lealtad, buena fe y probidad. Los jueces deben tomar, a petición de parte o de oficio, las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección para prevenir, investigar o sancionar cualquier acción u omisión o abuso contrarios a los principios del proceso, y evitar situaciones de abuso de derecho o fraude a la ley.

g) Determinación de la verdad procesal y amplitud probatoria: Deben tenerse por acreditados los hechos invocados según la sana crítica y observarse las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. Los jueces deben formar su convicción mediante la valoración conjunta y armoniosa de toda la prueba producida y explicar con argumentos de carácter objetivo su decisión. Los elementos de prueba sólo tienen valor si han sido obtenidos por medios lícitos y se han respetado las reglas formales de su adquisición procesal”.

13 Ver en tal sentido: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, *Bases para la reforma procesal civil y comercial*, disponibles en: <https://www.justicia2020.gob.ar/wp-content/uploads/2017/06/Bases-para-la-Reforma-de-la-Justicia-Civil-y-Comercial.pdf>, especialmente capítulo III.

Las disposiciones preliminares de un proyecto de ley que en esta materia hacen la diferencia son las que establecen los objetivos o finalidades de la legislación que se aprueba.

En algunos casos, esos objetivos son modulaciones significativas de los principios generales, como ocurre – por ejemplo- con la procura de economía y eficiencia judicial. En materia colectiva, estos valores (economía y eficiencia) se particularizan: no interesa tanto reiterar la necesidad de agilizar al proceso colectivo (finalidad abastecida con el clásico postulado del art. 34 inc. 5, apartados a) y d) del CPCC, el art. 8 de la CADH y su interpretación, etc.), sino resaltar la importancia de preservar la concentración del debate, la eficiencia del sistema de justicia en general (y no sólo la aceleración del caso colectivo en sí mismo) y la contención de la litigiosidad individual repetitiva. Se logra así distinguir un objetivo específico de esta clase de litigios que merecen recepción en el elenco de finalidades de la legislación que se propicia.

Los objetivos de los procesos colectivos (y los principios basados en aquéllos) permiten, por un lado, inferir el diagnóstico que precede a la legislación impulsada al explicitar finalidades que no quedan abastecidas por el litigio tradicional en esta materia. Por el otro, sirven para orientar la interpretación de la normativa una vez aprobada, brindando pautas hermenéuticas relevantes para la resolución de los múltiples dilemas que impone la textura abierta de la mayoría de las instituciones definitorias de esta clase de litigios.

Así sucede, por ejemplo, cuando se concibe al proceso colectivo como un instrumento que tiene, entre sus finalidades, la resolución eficiente y concentrada de conflictos repetitivos, la promoción del acceso a la justicia de conflictos de derecho que de otro modo no tendrían su “día en la corte”, la búsqueda de un trato igualitario en la solución de esta clase de litigios, la disuasión de conductas ilegítimas o la apertura y transparencia de debates que pueden alcanzar a la comunidad en su conjunto, tocándola en sus valores más fundamentales. Estos objetivos, que en el proceso clásico individual no existen o se manifiestan bajo modalidades muy distintas que tienen consecuencias marcadamente diferenciales, merecen ser incorporados en el título preliminar de cualquier proyecto de ley de procesos colectivos.

Entendemos que un repertorio de este tipo debería reemplazar al contemplado en el art. 2° del anteproyecto, de modo de darle nuevamente impacto y utilidad a la consagración de principios generales en el cuerpo aludido. Con anterioridad hemos sugerido un elenco de finalidades u objetivos de los procesos colectivos que sirven aquí como propuesta para revisar el texto comentado<sup>14</sup>. Se establecía allí:

*“Art. 1°: ... Son finalidades de los procesos colectivos: a) Promover el acceso a la justicia de grupos de personas, especialmente de aquellos grupos estructuralmente vulnerables, desprotegidos, relegados o desaventajados. b) Promover la eficiencia y efectividad en la resolución de conflictos de gran escala por parte del sistema de justicia. c) Promover la modificación de conductas que afectan derechos de grupos de personas, tanto por acción como por omisión. d) Promover la obtención de soluciones igualitarias para conflictos repetitivos o estructurales. e) Promover la amplitud, publicidad y transparencia de la discusión y resolución de conflictos colectivos.*

*Estas finalidades deberán ser consideradas por el juez y por las partes como pautas interpretativas para resolver cualquier conflicto hermenéutico que pueda presentar la aplicación de la presente ley, así como también para determinar la razonabilidad de las diversas ponderaciones que esta ley exige de los tribunales para administrar el proceso y resolver situaciones procesales y sustanciales específicas”.*

Como puede advertirse, en el repertorio de finalidades se encuentran elementos imprescindibles y diferenciales para trabajar y administrar adecuadamente esta clase de litigios<sup>15</sup>. Dada la particular indeterminación de los estándares a partir de los cuales se adoptan las decisiones más relevantes del proceso colectivo, los fundamentos de la institución no son sólo un elenco de postulados básicos que rigen su funcionamiento, sino que configuran pautas interpretativas de especial utilidad para desarrollar la tarea de ponderación que se exige para arribar a la solución más adecuada frente a problemas como la admisión, trámite y alcances

14 V. art. 1° del citado Proyecto Giannini – Verbic – Salgado (cit.)

15 Un elenco similar es tradicionalmente encontrado en el sistema canadiense de acciones de clase, cuyos tribunales han hecho un uso prolífico de las tres clásicas finalidades de los procesos colectivos (acceso a la justicia, economía del sistema judicial y modificación de conductas) como guía para resolver los múltiples problemas que se producen en la administración y decisión de los casos sometidos a su conocimiento (v., Good, Mathew: “Access to Justice, Judicial Economy, And Behaviour Modification: Exploring The Goals Of Canadian Class Actions”, *Alberta Law Review*, 2009, 47:1, pp. 185-227).

del proceso en marcha.

Claro está que la recepción de los objetivos que impulsamos como definitorios de las acciones de clase suponen reconocer en ellas un instrumento prioritariamente encaminado a la *tutela judicial efectiva de derechos*, sin perjuicio de la necesidad de preservar el debido proceso de todos los protagonistas de la contienda. Si la ausencia de un elenco de estos objetivos en el proyecto responde a una visión distinta sobre la función que estas acciones tienen en nuestro medio, seguramente el dilema subyacente en la concepción de la iniciativa sería más complejo de resolver y no bastaría con un mero análisis crítico de sus instituciones particulares como el que aquí se intenta. Sería en tal caso necesario una *revisión global del diagnóstico e ideología del proyecto*.

En síntesis, debe revisarse la propuesta de regulación del artículo 2° de la iniciativa analizada, que nos parece redundante en los principios que contempla y omite los que son verdaderamente necesarios para un mejor funcionamiento de los procesos colectivos. Resulta más adecuado adoptar un elenco de fundamentos o finalidades que sirvan como instrumento para reforzar los objetivos de la legislación impulsada y fortalecer la transparencia y previsibilidad de las principales decisiones que se adoptan en los procesos colectivos, guiando y controlando así la necesaria pero elevada discrecionalidad que se confiere al Juez respecto de la admisión, trámite y decisión de estos litigios<sup>16</sup>.

## V. UN REPARO A LAS TIPOLOGÍAS PROCESALES DEL ANTEPROYECTO

Entre los distintos aspectos técnicos que pueden observarse del anteproyecto analizado, corresponde destacar uno que tiene especial importancia práctica, dado que se refiere a la interacción de las reglas procesales previstas para las distintas variantes de litigio colectivo allí previstas.

Como fuera anticipado, el proyecto comienza señalando que sus reglas se aplican tanto para la tutela derechos de incidencia colectiva indivisibles como para la de derechos individuales homogéneos (divisibles o diferenciados). Hasta aquí, el documento opta por una sistematización ampliamente conocida en el derecho comparado, especialmente a partir de la clasificación que desde hace décadas sigue la legislación brasileña y ha sido receptada en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica<sup>17</sup>.

De alguna u otra manera, los sistemas de acciones de clase vigentes en el derecho comparado que abarcan comprensivamente las distintas formas de litigio grupal, contienen algunas reglas o principios diferenciales para las pretensiones colectivas divisibles e indivisibles. Sea que se adopte explícitamente la distinción entre derechos indivisibles (difusos, colectivos, etc.) e individuales homogéneos (vg., Brasil, CMI, de fuerte influencia en la doctrina y jurisprudencia argentina) o que se opte, en cambio, por introducir reglas específicas para acciones de clase que deben ser resueltas concentradamente para evitar la imposición de “estándares incompatibles de conducta” frente a otras de índole reparatoria en las que predomina el debate sobre cuestiones comunes (ejemplos, respectivamente, de las llamadas *incompatible standard class actions* y de las *class actions for damages* norteamericanas), la distinción se ha mostrado útil para regular ciertas particularidades que se derivan de dichas variantes de controversia colectiva.

Ahora bien, pese a su importancia y propagación, la distinción entre derechos de incidencia colectiva (o pretensiones colectivas) divisibles e indivisibles no justifica la incorporación de capítulos completos en el cuerpo legal respectivo, en los que se introduzcan previsiones separadas para la mayoría de las instituciones pertinentes. La mejor sistematización en esta materia es, a nuestro juicio, la que incorpora en cada título dedicado a las diversas instituciones del proceso colectivo aquellas previsiones específicas en las que la

16 V. en tal sentido, Issacharoff – Klonoff – Nagareda – Silver (dirs.), *Principios del derecho de los procesos colectivos* [Trad.: Francisco Verbic], México: UNAM, 2014, pp. 48-49.

17 V. art. 1, Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, aprobado en Caracas el 28/10/2004. Su texto completo está disponible en: [http://www.iibdp.org/images/codigos\\_modelo/IIDP\\_Codigo\\_Modelo\\_de\\_Procesos\\_Colectivos\\_Para\\_Iberoamerica.pdf](http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_Para_Iberoamerica.pdf) (último acceso: julio de 2018). Dispone dicha norma: “art. 1°: Ámbito de aplicación de la acción colectiva. La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de: I – intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; II – intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

divisibilidad o indivisibilidad de la pretensión es un dato significativo. Por ejemplo, la divisibilidad de los derechos en juego puede justificar previsiones especiales en materia de admisibilidad del proceso colectivo (exigiendo la demostración de la superioridad de tramitar colectivamente la controversia en vez de hacerlo a través de variantes litisconsorciales), *opt out* (derecho de autoexclusión), litispendencia (relación entre las acciones colectivas e individuales), liquidación y ejecución de sentencia, etc. Basta en general para ello con introducir estas particularidades en el articulado dedicado a cada institución, sin necesidad de crear un tipo procesal autónomo para cada variante de enjuiciamiento colectivo.

De no seguirse este criterio y considerarse útil introducir títulos especiales en la ley para referirse a los derechos de incidencia colectiva indivisibles y divisibles, debe comenzarse por regular las instituciones en la que la divisibilidad o indivisibilidad es un dato insignificante o secundario (susceptible de ser aclarado en el mismo capítulo sin demasiada dificultad), dejando para los segmentos particulares únicamente aquellos temas que requieren una solución autónoma típica y exclusiva de la naturaleza divisible o indivisible de la pretensión.

La primera lectura de los títulos del anteproyecto parece sugerir que se ha adoptado la segunda de las posturas señaladas. Ello así, dado que la iniciativa cuenta – en lo que aquí interesa – con un primer título dedicado a los “aspectos generales” del proceso colectivo, un segundo título para los “procesos colectivos referentes a derechos individuales homogéneos” (arts. 21 a 38) y un tercer título atinente a los “procesos colectivos referentes a derechos de incidencia colectiva indivisibles” (arts. 39 a 41)<sup>18</sup>. Sin embargo, cuando se penetra en el contenido de los títulos aludidos, puede advertirse que, en lo sustancial, los dos primeros regulan la casi totalidad de las instituciones y trámite del proceso colectivo, limitándose el último a prohibir la transacción (solución cuestionable, según veremos) y a reconocer genéricamente al juez algunas atribuciones para la implementación de la sentencia condenatoria en litigios estructurales o referidos al control de políticas públicas.

Consideramos que tales contenidos no justifican la autonomía de los títulos segundo y tercero del proyecto. Es preferible, en cambio, seguir el primero de los modelos de técnica legislativa, en la que los títulos y artículos de la ley de procesos colectivos se dividen por institución o eje temático, reglamentándose – en cada oportunidad en que resulte pertinente – la solución diferencial impuesta por la divisibilidad o indivisibilidad de la pretensión.

---

18 Cabe destacar que existen dos títulos más en el proyecto: uno dedicado a la organización de los registros de procesos colectivos y otro con disposiciones complementarias. No se los menciona en el texto porque no son relevantes para la discusión que allí se presenta.

# LA JUSTICE A TRAVERS LE CONTRAT<sup>1</sup>

**Loïc Cadiet**

Professeur l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne  
Président de l'Association internationale de droit processuel

1. Cette contribution à l'ouvrage en l'honneur des professeurs José Barbosa Moreira et Ada Pellegrini Grinover, qui furent deux éminents vice-présidents de l'Association internationale de droit processuel, revient sur un thème exploré depuis de nombreuses années<sup>2</sup>, obsédant mais il est inépuisable, celui de la justice à travers le contrat. L'expression « à travers » suggère bien l'idée que la justice se diffuse dans le contrat: ce que j'appelle la justice *dans* le contrat, autant que le contrat se diffuse lui-même dans la justice : ce que j'appelle la justice *par* le contrat. Il est fréquent, en France, d'utiliser l'expression *justice contractuelle* pour désigner ces deux situations mais, paradoxalement, ces deux sens de la justice contractuelle sont rarement référés l'un à l'autre, sans doute parce qu'ils mobilisent des champs *a priori* différents du droit, le droit des contrats d'un côté, le droit du procès de l'autre. Les frontières disciplinaires ont la vie dure<sup>3</sup>.

2. Or, mon hypothèse est au contraire que ces deux sens de la justice contractuelle sont intimement liés et que l'évolution contemporaine du droit positif ne fait que renforcer cette liaison intime en raison du double phénomène contemporain de contractualisation du procès et de processualisation, ou de procéduralisation<sup>4</sup>, du contrat. Il est tout fait remarquable que certaines tendances observées en droit des contrats le soient également en droit du procès, le concept de justice contractuelle, avec ses présupposés philosophiques et ses avatars techniques, étant à la croisée de ces évolutions : ici comme là, il est question de liberté, de loyauté, de coopération, voire de fraternité. Ce n'est pas si surprenant. La notion moderne du contrat, fondée sur le consensualisme, est en effet apparue, sous la plume de Grotius, à propos de la question du règlement pacifique des conflits<sup>5</sup>. Règlement conventionnel des litiges ou intervention judiciaire dans le contrat, c'est toujours une certaine idée de la justice qui est à l'œuvre. Qu'elle soit administrée par le juge ou qu'elle le soit par les parties elles-mêmes, l'équité de la situation juridique née du contrat, l'équilibre des intérêts de chacun des contractants, est toujours au bout du chemin et, pour y parvenir, la procédure suivie, juridictionnelle ou contractuelle, doit semblablement présenter les garanties d'une procédure équitable<sup>6</sup>.

3. Pour mesurer le chemin parcouru depuis 1804, il faut redécouvrir les développements consacrés aux transactions et aux compromis par lesquels Eustache-Nicolas Pigeau<sup>7</sup>, un des pères du Code de procédure civile de 1806, commençait de façon très moderne son traité de *La procédure civile des tribunaux de France démontrée par principes et mise en action par des formules*<sup>8</sup>. Pigeau débutait en effet son ouvrage

1 Cet article trouve pour partie sa source dans une *Lectio magistralis* prononcée le 20 octobre 2017 à l'occasion de la séance inaugurale du *Master in Modelli e Metodi di risoluzione stragiudiziale delle controversie* du Dipartimento di Giurisprudenza de l'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

2 Voir notamment Loïc Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès », *Mélanges offerts à Gérard Farjat*, Paris, Editions Frison-Roche, 1999, pp. 23-52 ; « Une justice contractuelle, l'autre », *Mélanges offerts à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 177-199 ; « Liens d'obligation, liens du procès : une introduction », in *Obligations, procès et droit savant – Mélanges en hommage à Jean Beauchard*, Paris, LGDJ, 2013, pp. 25-41 ; « La tendance à la contractualisation de la justice et du procès », *Novas tendências do processo civil – Jornadas franco-brasileiras de direito processual comparado, RePro 2016*, n° 261, p. 117 et s.

3 Voir Loïc Cadiet, « La procédure comme discipline – De structuration en recompositions », in *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016, p. 531 et s.

4 Sans doute, les deux termes ne doivent pas être pris pour synonymes : la processualisation est une forme de procéduralisation qui implique le juge et se fait, par conséquent, dans le respect des exigences du procès équitable. Il peut donc y avoir procéduralisation sans processualisation.

5 H. de Groot, dit Grotius, *De jure belli ac paci...*, 1625, trad. Barbeyrac, *Le droit de la guerre et de la paix*, Amsterdam, P. de Coup, 1724, et, là-dessus, G. Augé, *Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius*, Paris, *Archives de philosophie du droit*, 1968, t. 13, p. 99 et s.

6 Voir Loïc Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, Presses universitaires de France, collection Thémis, pp. 222-234.

7 1750-1818 : voir J.-Loi Halpérin, *V° « Pigeau Nicolas-Eustache »*, in P. Arabeyre, J. Loi Halpérin et J. Krynen (sous la direction de), *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, Presses universitaires de France, 2007.

8 Paris, 1807, Livre premier – *Des moyens de prévenir les procès*, p. 1-46.

par un livre premier intitulé « *Des moyens de prévenir les procès* » dans lequel il traitait des offres réelles, de la transaction, du compromis et du préliminaire de conciliation. Dans cette conception, le procès ne naissait qu'avec la saisine du juge et se terminait avec la décision du juge ; le procès n'était que le litige soumis au juge. Si des séquelles de cette conception subsistent encore dans quelques dispositions formelles de la loi, comme par exemple dans la définition que donne l'article 2044 Code civil de la transaction<sup>9</sup>, cette conception n'est plus, fondamentalement, celle d'aujourd'hui : le procès s'est dilaté en amont de la saisine du juge, comme d'ailleurs en aval de la décision du juge<sup>10</sup>. La transaction, le compromis, la conciliation ne sont pas des modes de *prévention*, mais des modes de règlement ou de *résolution* des litiges. C'est parce que le litige naît antérieurement à la saisine du juge, qui peut-être ne sera jamais saisi, qu'il peut être l'objet de clauses de différend auxquelles la loi attache des effets juridiques incontestables<sup>11</sup>. Semblablement, c'est parce que le litige ne disparaît pas avec la décision du juge qu'il peut encore être l'objet d'un règlement amiable à l'occasion des voies de recours et qu'une procédure d'exécution forcée peut être écartée au profit d'une procédure amiable de recouvrement des créances, qui a pu être qualifiée par un auteur de « *procédure participative d'exécution* »<sup>12</sup>. Il est tout à fait intéressant d'observer, au moins en droit français, que les règles relatives à cette dernière procédure, initialement introduite dans le Code civil (article 1244-4) par une loi du 6 août 2015, a par la suite été déplacée dans le Code des procédures civiles d'exécution (article L. 125-1) par l'ordonnance du 16 février 2016 qui a procédé à une refonte d'ensemble du droit des contrats<sup>13</sup>. Ce déplacement de localisation normative illustre bien la situation particulière de la justice contractuelle, à la fois justice dans le contrat et justice par le contrat, qui se déploie dans les deux champs du droit substantiel et du droit processuel et qui invite assurément à souligner leur articulation intime, qui n'est pas seulement conceptuelle<sup>14</sup>, mais aussi fonctionnelle. Cette articulation fonctionnelle prend des formes diverses (I) qui n'ont fait que se renforcer au fil du temps, ainsi qu'en témoignent les récentes réformes du droit du procès aussi bien que du droit des contrats (II).

## I

4. Pas plus que le recours au juge n'exclut jamais le règlement amiable, ainsi qu'en témoignent l'amiable composition, la conciliation et la médiation judiciaires ou la procédure participative, le règlement amiable des litiges n'exclut jamais le recours au juge<sup>15</sup>.

Sans doute, dans un premier temps, il faut que les parties respectent de bonne foi leur obligation mutuelle de rechercher le règlement amiable de leur litige. Le juge étatique veille d'ailleurs au respect de cette obligation. Depuis 2003, il est en effet de jurisprudence constante que la clause instituant une procédure de conciliation préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent, de sorte que l'action en justice exercée en violation de cette clause est irrecevable<sup>16</sup>, cette irrecevabilité pouvant être invoquée y compris pour la première fois en appel<sup>17</sup>. La solution, d'abord adoptée dans

9 « *contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître* » (modifié par Loi n°2016-1547, 18 novembre 2016).

10 Voir Loïc Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, précité, pp. 379-381.

11 Voir « Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, pp. 193-223 ; « Les clauses relatives aux litiges », *JurisClasseur Procédure civile*, Fascicule 500-95, 3ème édition 2016.

12 Loi Lauvergnot, « La procédure simplifiée de recouvrement des petites créances de l'article 1244-4 du Code civil : vers une exécution participative ? », *Dalloz* 2015, 1860.

13 Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *Journal officiel de la République française* 11 février 2016.

14 Référée à la justice commutative, l'appartenance de la justice dans le contrat à la notion de justice n'est discutée par personne. Il n'en va pas de même en ce qui concerne la justice par le contrat. Il est vrai que la question n'est pas simple car elle est à double détente : la justice par le contrat doit être soumise à l'épreuve de la notion de justice, avant d'être soumise à celle de la justice dans le contrat. Voir Loïc Cadiet, « Construire ensemble une médiation utile », *Gazette du Palais* 17-18 juillet 2015, pp. 10-16.

15 Voir Loïc Cadiet et T. Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, collection « Connaissance du droit », 2ème édition 2017 et, déjà, Loïc Cadiet, « Solution judiciaire et règlement amiable des litiges: de la contradiction à la conciliation », *Mélanges offerts à Claude Champaud*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 123-147.

16 Cour de cassation chambre mixte, 14 février 2003, no 00-19.423, *Bulletin civil*, chambre mixte, no 1 ; *Revue des contrats (RDC)* 2003, 182, observations Cadiet, et 189, observations Lagarde.

17 Cour de cassation com. 22 février 2005, n° 02-11.519, *JCP (Semaine juridique)* 2005, I, 183, observations Clay ; *Procédures* 2005, no 120 et *Revue trimestrielle de droit civil* 2005, p. 450, observations Perrot ; *Dr. et patrimoine* 2005, no 144, p. 93, observations Amrani-Mekki.

l'hypothèse d'une clause de conciliation, a été étendue aux clauses de médiation<sup>18</sup> et aux clauses d'expertise<sup>19</sup> avant d'être généralisée à l'ensemble des clauses de règlement amiable<sup>20</sup>. Au demeurant, la mise en œuvre de cette clause suspend le cours de la prescription et le défaut de mise en œuvre de cette clause ne peut être régularisé en cours d'instance<sup>21</sup>. Ce principe d'efficacité, qui n'est pas sans rappeler la solution consacrée en droit de l'arbitrage<sup>22</sup>, a été consacré par le législateur, dans le Code civil, d'une part à l'article 2065, à propos de la convention de procédure participative : « *Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige* »<sup>23</sup>, d'autre part à propos des causes de suspension de la prescription, à l'article 2238 : « *La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative* ».

5. Ce n'est qu'*a posteriori* que le juge pourra être valablement saisi, soit en cas d'échec du règlement amiable pour donner lui-même une solution au litige, soit en cas d'accord entre les parties pour en consolider l'efficacité. Le juge est toujours susceptible d'être appelé pour renforcer ou rétablir la justice dans le contrat : les contrats relatifs à la solution du litige n'échappent pas à la règle commune. Si la solution amiable n'est pas nécessairement la plus juste, son contrôle par le juge est de nature à prévenir ou à purger ce risque, ce en quoi les modes alternatifs de règlement des conflits en manquent pas, par nature, aux exigences du procès équitable<sup>24</sup>, sauf en quelques hypothèses de contentieux asymétriques où ils peuvent être limités, voire prohibés<sup>25</sup>.

Ce contrôle est d'intensité variable. Ce contrôle est *minimal* lorsque le juge est simplement requis de conférer la force exécutoire à la convention des parties ; il se limite alors à un contrôle *prima facie* de l'existence de l'accord des parties et du respect des règles d'ordre public<sup>26</sup>. Son intensité est renforcée quand le contrat de résolution amiable est soumis à l'homologation du juge car l'accord des parties fait alors l'objet d'un contrôle de validité, voire même d'un contrôle d'opportunité de la solution retenue : ainsi en matière de conciliation et de médiation conventionnelles comme en matière de procédure participative<sup>27</sup>, de même qu'en cas de transaction conclue sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une procédure participative (article 1567 Code de procédure civile). S'opère alors un processus de juridictionnalisation de la solution amiable qui l'expose aux voies de recours contre les jugements gracieux, et non plus aux seules voies de droit ouvertes à l'encontre des contrats : si le juge fait droit à la requête des parties, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu la décision ; s'il refuse d'homologuer l'accord, sa décision peut faire l'objet d'un appel,

18 Cour de cassation 1<sup>re</sup> chambre civile, 8 avril 2009, no 08-10.866, *Bulletin civil I*, no 78 ; *Daloz* 2009, pan. 2970, observations Clay ; *Revue trimestrielle de droit civil* 2009, 774, observations Théry.

19 Cour de cassation com. 23 octobre 2012, n° 11-23.864, *Procédures* 2013, n° 3, observations Perrot.

20 Cour de cassation com. 29 avril 2014, n° 12-27.004, *JCP (Semaine juridique)* G 2014, 607, observations Croze et 711, note Sabard ; *Daloz* 2014, 2541, observations Clay ; *Daloz* 2015, 291, observations Fricero ; *Gazette du Palais* 7-9 septembre 2014, 15, note Amrani Mekki ; *Revue trimestrielle de droit civil* 2014, 655, observations Barbier, visant « *la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable* ». Y compris une clause imposant la saisine pour avis de l'ordre des architectes préalablement à toute action judiciaire : Cour de cassation 2<sup>e</sup> chambre civile, 16 novembre 2017, n° 16-24.642 ; *Gazette du Palais* 6 février 2018, 38, note Amrani-Mekki.

21 Cour de cassation chambre mixte, 12 décembre 2014, no 13-19.684, *JCP (Semaine juridique)* 2015, 115, note Dissaux et 424, no 5, observations Libchaber ; *Procédures* 2015, no 30, observations Croze ; *Daloz* 2015, 292, observations Fricero et 298, note Boillot ; *Gazette du Palais* 8-10 mars 2015, 9, note Amrani Mekki ; *Revue trimestrielle de droit civil* 2015, 131, no 6, observations Barbier, et 187, no 1, observations Théry. - Cour de cassation 3<sup>e</sup> chambre civile, 6 octobre 2016, no 15-17.989, *Daloz* 2017, 423, no 5, observations Fricero et 375, observations ; *Revue trimestrielle de droit civil* 2017, 146, no 10, observations Barbier.

22 Loi n° 2010-1609, 22 décembre 2010. Cet effet est aujourd'hui consacré par les articles 1448 et 1449 Code de procédure civile.

23 Mais, « (...) *En cas d'urgence, la convention ne fait pas obstacle à ce que des mesures provisoires ou conservatoires soient demandées par les parties* ».

24 Cour européenne des droits de l'homme 21 février 1975, *Golder*, Série A, n° 18, spécialement §§ 31-36. - Cour européenne des droits de l'homme, 26 mars 2015, no 11239/11, *Momcilovic c/ Croatie*, *Procédures* 2015, no 159, observations Fricero ; *Droit et procédure* 2015, Droit des procédures internationales, p. 5, no 14 et *Daloz* 2016, 449, observations Fricero ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, 698, observations Théry. Comparer avec Cour de justice de l'Union européenne 14 juin 2017, affaire C-75/16 : *Daloz* 2017, 2572, observations Clay ; *Daloz.actualité* 4 juillet 2017, observations Mélin.

25 Voir par exemple, en droit de la consommation, article L. 612-4 Code de la consommation : « **Est interdite toute clause ou convention obligeant le consommateur, en cas de litige, à recourir obligatoirement à une médiation préalablement à la saisine du juge** ».

26 Voir par exemple lorsque les parties se concilient en cours d'instance devant l'expert judiciaire : « *Si les parties viennent à se concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet ; il en fait rapport au juge* (alinéa 1). *Les parties peuvent demander au juge de donner force exécutoire à l'acte exprimant leur accord* (alinéa 2) » (article 281 Code de procédure civile). *Adde* article 384, alinéa 3 Code de procédure civile : « *Il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, que celui-ci intervienne devant lui ou ait été conclu hors sa présence* ».

27 Article 1565 Code de procédure civile : « *L'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation, une conciliation ou une procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée* ». *Adde* article 1556, al. 1 Code de procédure civile en matière de procédure participative

qui est alors jugé selon la procédure gracieuse (article 1566 Code de procédure civile). En matière de conciliation et de médiation judiciaires, la loi prévoit même expressément que « *l'homologation relève de la matière gracieuse* »<sup>28</sup>. En toute hypothèse, le juge ne peut cependant en aucun cas modifier les termes de l'accord qui lui est soumis. Prévue expressément pour la résolution extrajudiciaire des différends (article 1566, al. 2 Code de procédure civile), cette interdiction doit être étendue, par analogie, à la conciliation et à la médiation judiciaires, d'autant que l'accord issu d'une médiation conventionnelle intervenue alors qu'une instance judiciaire est en cours est également soumis au régime de la conciliation et de la médiation judiciaires (article 131-12, al. 3 Code de procédure civile).

6. Plus topiquement encore, certaines situations illustrent même, à la fois, la justice contractuelle comme matière à règlement amiable et, le cas échéant, comme matière à intervention judiciaire en vue de rétablir la justice entre les parties, la justice contractuelle se manifestant alors dans la totalité de ses sens, substantiel et processuel : il en est particulièrement ainsi dans le traitement de la défaillance économique des entreprises et des ménages, ce que l'on nomme parfois les procédures d'insolvabilité<sup>29</sup>. Dans les deux cas, fort différents par ailleurs, l'échec de la procédure de règlement amiable, à laquelle le juge aura du reste été peu ou prou associé, peut conduire ce dernier à exercer des pouvoirs considérables susceptibles de se traduire, au-delà des délais de grâce, par des modifications des taux d'intérêt et des remises de dette, voire des ruptures ou, au contraire, des continuations, si ce n'est des cessions forcées de contrat. Le droit de l'endettement, qui combine les deux registres de l'amiable et du juridictionnel, exprime alors une nouvelle dimension de la justice contractuelle, collective plus qu'individuelle<sup>30</sup>, un « *droit social des contrats* » a-t-on pu écrire aussi<sup>31</sup>.

La question se pose dès lors de savoir si, en changeant de dimension, la justice contractuelle ne change pas aussi de nature? Cette « justice sociale » est-elle encore de l'ordre de la justice corrective? Ne relève-t-elle pas plutôt de la justice distributive (si ce n'est redistributive)? Avec le traitement social de l'endettement, il ne s'agit plus de rétablir une égalité « *d'objet à objet* », mais d'égaliser l'objet au sujet<sup>32</sup>, égalité géométrique et non plus arithmétique dans le vocabulaire aristotélicien. Le droit des contrats connaît ici une évolution comparable, et parallèle, à celle du droit de la responsabilité caractérisé, avec la socialisation de la réparation, par le passage d' « *une justice commutative de la responsabilité à une justice distributive de la solidarité* »<sup>33</sup>. Les débiteurs insolubles ou surendettés, ménages ou entreprises, sont traités comme des victimes d'accidents et la loi les enveloppe d'une sollicitude tout à fait comparable<sup>34</sup>. Ici comme là, sont organisés des mécanismes de règlement amiable des litiges. Le droit des procédures collectives est ainsi emblématique des jeux subtils que se livrent le contrat et le procès. Ce que donne à observer le traitement de la défaillance économique des entreprises et des ménages, en effet, ce n'est pas seulement la contractualisation du procès, c'est aussi, et en même temps, la processualisation du contrat.

Cette articulation traditionnelle a été exemplairement renforcée par l'évolution récente de la législation française.

28 Article 131 Code de procédure civile pour la conciliation judiciaire : « *A tout moment, les parties ou la plus diligente d'entre elles peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le conciliateur de justice. Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience. L'homologation relève de la matière gracieuse* ». – Article 131-12 Code de procédure civile pour la médiation judiciaire : « *A tout moment, les parties, ou la plus diligente d'entre elles, peuvent soumettre à l'homologation du juge le constat d'accord établi par le médiateur de justice. Le juge statue sur la requête qui lui est présentée sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties à l'audience (al. 1). L'homologation relève de la matière gracieuse (al. 2). Mais la précision n'est pas toujours apportée : voir par exemple en cas de conciliation devant le juge de mise en état du tribunal de grande instance, l'article 768, al. 2 Code de procédure civile disposant simplement : « *Il homologue, à la demande des parties, l'accord qu'elles lui soumettent* ».*

29 Voir Loïc Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 10ème édition, 2017, n° 418-420.

30 Voir X. Lagarde, *V° « Endettement »*, in Loïc Cadiet (sous la direction de), *Dictionnaire de la justice*, Paris, Presses universitaires de France, 2004.

31 D. Mazeaud, *La réduction des obligations contractuelles*, in Faculté de droit de Chambéry, « *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat?* », *Droit et patrimoine* 1998/58, p. 41 et s., spécialement p. 61

32 Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa – IIae, q. 61, article 2 : « *C'est pourquoi, dans la justice distributive, le juste milieu vertueux ne se détermine pas par une égalité de chose à chose, mais selon une proportion des choses aux personnes* ».

33 Y. Lambert-Faivre, « *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation* », *Revue trimestrielle de droit civil* 1987, p. 1 et s.

34 Nous sommes là au cœur des « *tensions de fond* » qui animent le droit contemporain des obligations et qui « *peuvent être dialectiquement résumées en deux principes contradictoires : celui de justice commutative et celui de justice distributive* » : A. Sériaux, *Droit des obligations*, Paris, Presses universitaires de France, 2e édition 1998, no 228, « *En guise de conclusion : situation du droit des obligations* ».



## II

7. La France a connu ces deux dernières années deux réformes majeures du droit des contrats et du droit du procès. La première résulte de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation, l'ordonnance « Contrat »<sup>35</sup> ; la seconde résulte de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, la loi « Justice 21 ». La réforme du contrat était attendue depuis bien des années ; la réforme du procès est récurrente, mais sa dernière étape<sup>36</sup> contient des dispositions majeures. Le point important est que les deux instruments législatifs intéressent tous deux, parmi d'autres aspects, la justice contractuelle en chacun de ses deux sens et que ces deux instruments renforcent à la fois la contractualisation du procès et la processualisation du contrat.

8. Le renforcement de la contractualisation du procès est au cœur de la loi « Justice 21 » qui a principalement pour objet de « Favoriser les modes alternatifs de règlement des différends » (**titre II**) afin de « Recentrer les juridictions sur leurs missions essentielles » (**titre III**). Le législateur retient une conception large des modes alternatifs de règlement des conflits, à deux égards au moins.

D'abord, cette recherche de la justice par le contrat vaut pour tous les contentieux, aussi bien le contentieux civil que le contentieux administratif, le contentieux pénal faisant l'objet d'autres textes, concomitants<sup>37</sup>. Elle emprunte des supports juridiques déjà connus : outre l'arbitrage, le recours préalable obligatoire, la conciliation, la médiation et la transaction, extrajudiciaire ou judiciaire, la procédure participative, dont le champ d'application est cependant élargi et le régime assoupli<sup>38</sup>. C'est ainsi que la tentative préalable de conciliation devient en principe obligatoire devant le tribunal d'instance, à peine d'irrecevabilité de l'action, quand il est saisi par **déclaration** au greffe dans les petits litiges<sup>39</sup> ; **en dehors de cette hypothèse, le juge peut également enjoindre aux parties de rencontrer un médiateur, judiciaire**<sup>40</sup> ou familial<sup>41</sup>.

Certaines formes de cette justice par le contrat sont désormais admises dans des contentieux dont elles étaient jusque là écartées comme, par exemple, la médiation et la procédure participative dans le contentieux du travail<sup>42</sup>. Cette justice par le contrat progresse même dans un contentieux, celui du divorce, considéré traditionnellement d'ordre public et qui, pour cette raison, nécessitait, en toute hypothèse, une décision juridictionnelle, contentieuse ou gracieuse. Dans la loi « Justice 21 », **le législateur déjudiciarise** en effet le divorce par consentement mutuel qui, désormais, peut être réalisé par acte d'avocat faisant l'objet d'un enregistrement notarial<sup>43</sup>. Il n'en va autrement, mais l'exception est quasiment illusoire, qu'en présence d'un enfant mineur lorsque celui-ci demande à être entendu par un juge : le divorce par consentement mutuel continue,

35 Cette ordonnance a été ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, *Journal officiel de la République française*, sur laquelle voir notamment T. Andrieu et M.-C. Dreux, « La réforme du droit des contrats ratifiée : la cohérence et la sécurité juridique préservées », *Gazette du Palais* 30 avril 2018, p. 13 et s. – O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, « Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *JCP (Semaine juridique)* 2018, 529. – D. Mazeaud, « Quelques mots sur la réforme du droit des contrats », *Dalloz* 2018, p. 912 et s. – M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Une réforme de la réforme ? », *Dalloz* 2018, p. 900 et s.

36 En date car l'encre de la réforme J 21 est à peine séchée que la machine à réformer a été de nouveau branchée avec l'ouverture de *Chantiers de la justice*, devant conduire à un nouveau train législatif et réglementaire au cours de l'année 2018 : voir S. Amrani-Mekki et alii, « Premières réactions aux chantiers de la justice », *Gazette du Palais* 6 février 2018, p. 66 et s. – C. Bléry, « Amélioration et simplification de la procédure civile : du bon et du moins bon », *Dalloz.actualité* 7 février 2018.

37 Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, article 35, pour la transaction pénale par officier de police judiciaire (article 41-1-1 Code de procédure pénale) : voir J.-B. Perrier, « Progrès et regrets concernant le droit à l'information en matière de transaction pénale », *Dalloz* 2014, 998 ; « Décret relatif à la transaction 'pénale' : entre déception(s) et consolation », *Dalloz* 2016, p. 135 et s. – Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite Loi *Sapin II*), article 22 instituant la convention judiciaire d'intérêt public (article 41-1-2 Code de procédure pénale) : voir A. Gaudemet et A. Dill, « Convention judiciaire d'intérêt public : une première particulière », *JCP (Semaine juridique)* G 2017, 1331.

38 C'est ainsi que la procédure participative peut désormais être conclue une fois le juge saisi et avoir pour objet la mise en état du litige : article 9 modifiant les articles 2062, 2063, 2065 et 2066 Code civil.

39 Qui n'excèdent pas 4000 €. Article 4 : « A peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, sauf : 1° Si l'une des parties au moins sollicite l'homologation d'un accord ; 2° Si les parties justifient d'autres diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige ; 3° Si l'absence de recours à la conciliation est justifiée par un motif légitime ».

40 Article 22-1, al. 2, Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

41 Ainsi, en matière d'autorité parentale, article 373-2-10, al. 3 Code civil : « Il [le juge aux affaires familiales] peut leur enjoindre, sauf si des violences ont été commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant, de rencontrer un médiateur familial qui les informera sur l'objet et le déroulement de cette mesure ».

42 Pour la médiation, article R. 1471-1 (modifié par Décret n° 2016-660, 20 mai 2016 ; Décret n° 2017-1008, 10 mai 2017) et R. 1471-2 Code du travail (Décret n° 2016-660, 20 mai 2016) ; pour la procédure participative, article 2064, modifié par Loi n° 2015-990 du 6 août 2015.

43 Article 229-1 à 229-4 Code civil, complétés par articles 1144 à 1148-2 Code de procédure civile. Voir H. Fulchiron, « Divorcer sans juge. À propos de la loi n° 2016-1547... », *JCP (Semaine juridique)* G 2016, 1267.

dans ce cas, d'être un divorce judiciaire<sup>44</sup>. Cette déjudiciarisation est extraordinaire ; elle banalise le divorce par consentement mutuel qui devient ainsi un divorce contractuel, si ce n'est un contrat divorcial qui, par hypothèse, se trouve soumis, non plus au droit du procès mais au droit du contrat<sup>45</sup>. La conséquence en est que, en cas de conflit ultérieur, c'est le juge de droit commun qui en sera saisi, en l'occurrence le tribunal de grande instance dans sa formation ordinaire, et non pas le juge aux affaires familiales ; c'est par application du droit commun des contrats que le juge aura à résoudre les difficultés dont il sera saisi et qu'il aura peut-être à rétablir entre les ex-époux la justice contractuelle, au sens de justice dans le contrat.

Ce déploiement de la justice par le contrat, en deuxième lieu, ne s'effectue pas seulement sur le terrain des conflits individuels ; la loi « Justice » en fait aussi un instrument de solution des litiges collectifs. Est remarquable, à cet égard, la place que le législateur attribue à la médiation collective dans le cadre de l'action de groupe récemment introduite en droit français, devant le juge judiciaire et devant le juge administratif, en matière de consommation, de santé, d'environnement, de discrimination, de protection des données personnelles<sup>46</sup>. Cette action de groupe est réservée aux associations agréées et aux associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte (article 63). Seules ces associations peuvent exercer l'action de groupe réunissant les victimes d'un dommage similaire causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles, cette action pouvant être exercée pour obtenir soit la cessation du manquement litigieux, soit la réparation des préjudices subis, soit l'une et l'autre de ces deux fins (article 62). Le vœu du législateur est cependant que l'issue juridictionnelle soit évitée et qu'un règlement amiable soit préalablement obtenu, ce que doit permettre le dispositif de médiation collective organisé par la loi (article 75). Il est prévu à cet égard que « *Tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge, qui vérifie s'il est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer et lui donne force exécutoire* » (article 76, al. 1). « *S'il est conforme aux intérêts de ceux auxquels il a vocation à s'appliquer* », la justice dans le contrat est ici encore articulée à la justice par le contrat.

9. Cette articulation s'observe également dans l'ordonnance « Contrat » par laquelle le législateur procède à la réécriture substantielle du titre 3 du livre 3 du Code civil. Si cette loi intéresse principalement la justice dans le contrat et la processualisation du contrat<sup>47</sup>, elle comporte aussi quelques dispositions relatives à la justice par le contrat et à la contractualisation du procès<sup>48</sup>. Nombreux sont les commentateurs ayant souligné combien cette réforme du droit des contrats, qui fait significativement évoluer le rôle du juge en matière contractuelle<sup>49</sup>, était en lien avec le renforcement contemporain de l'office du juge en procédure civile<sup>50</sup>.

La processualisation du contrat trouve son illustration la plus remarquable dans l'abandon de la très ancienne jurisprudence dite du *Canal de Craponne* qui, depuis le 19<sup>ème</sup> siècle<sup>51</sup>, refusait au juge le pouvoir de réviser le contrat en cas de changement majeur de circonstances, imprévisible lors de la conclusion du contrat et rendant au fil du temps excessivement onéreuse l'exécution par une partie de ses obligations. C'est l'hypothèse de la révision dite pour imprévision. L'équilibre contractuel initial est gravement rompu ; l'idée est de permettre au juge de la rétablir, ce qui est la justice contractuelle à l'état pur. Mais, ici encore, justice par le contrat et justice dans le contrat sont articulées car le juge ne rétablira la justice *dans* le contrat que si les parties ne sont pas parvenues elles-mêmes à un accord sur la difficulté qui les oppose, justice *par* le contrat<sup>52</sup>. Il s'agit

44 Article 229-2, 1<sup>o</sup> Code civil, complété par articles 1088-1105 Code de procédure civile

45 Voir M. Mekki, « Le divorce par consentement mutuel conventionnel à la lumière du droit commun des contrats. Et si c'était vrai... », *Gazette du Palais* 21 mars 2017, 16

46 Loi 2016-1547, 18 novembre 2016, articles 63-92.

47 Voir par exemple B. Mallet-Bricout, « 2016, ou l'année de la réforme du droit des obligations », *Revue trimestrielle de droit civil* 2016, p. 463 et s. : « *La réforme prend en effet clairement le parti du faible contre le fort lorsque c'est nécessaire* ».

48 Voir H. Barbier, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *Revue trimestrielle de droit civil* 2016, p. 247 et s. – M. Mekki, « L'ordonnance n<sup>o</sup> 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et des obligations », *JCP (Seine juridique)* N 2016, 297.

49 Voir A. Chatain et S. Lataste, « Le rôle du juge dans la réforme du droit des contrats », *Gazette du Palais* 22 novembre 2016, 12. – V. Vigneau, « Un nouvel office pour le juge ? », *Gazette du Palais* 12 juin 2017, hors-série, p. 23 et s. En ce qui concerne l'incidence de la réforme sur l'office de l'arbitre, voir L. Weiller, « Un nouvel office pour l'arbitre ? », *Revue de l'arbitrage* 2017, p. 135 et s.

50 Voir S. Jahier, « Nouveau regard sur l'office du juge dans la réforme du droit des obligations », *Droit et procédures* 2017, p. 152 et s.

51 Cour de cassation chambre civile 6 mars 1876, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, t. 2, 13<sup>ème</sup> édition 2015, n<sup>o</sup> 165, pp. 172-183.

52 Aux termes du nouvel article 1195 Code civil, « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution*

là bien sûr d'un renforcement tout à fait notable de la justice dans le contrat<sup>53</sup>. Certains des commentateurs de la réforme n'hésitent d'ailleurs pas à se demander si le juge n'est pas ainsi devenu une « *troisième partie au contrat* »<sup>54</sup>, tandis qu'un autre pose la question : « *Qui dit contractuel dit juge ?* »<sup>55</sup>.

D'un autre côté, l'ordonnance « Contrat » met en place des mécanismes d'évitement du juge qui ne sont pas sans faire écho à l'objectif de favoriser le développement des modes alternatifs de règlement des conflits qui est au cœur de la loi « Justice »<sup>56</sup>. C'est ainsi qu'est confirmée l'autonomie des clauses de différend par rapport au contrat qui les contient<sup>57</sup> et qu'est consacrée la validité des conventions sur la preuve pour les droits dont les parties ont la libre disposition<sup>58</sup> (article 1356 Code civil). C'est ainsi encore qu'est introduite une possibilité de mise en demeure du créancier par le débiteur, ce qui modernise la traditionnelle procédure des offres réelles<sup>59</sup>. C'est également ainsi que sont créées des procédures d'interpellation interrogatoire, sorte d'actions interrogatoires extrajudiciaires<sup>60</sup>, permettant à une partie de mettre en demeure l'autre de prendre position sur l'existence d'un pacte de préférence et sa volonté de s'en prévaloir (article 1123 Code civil), sur l'existence d'un pouvoir de représentation conventionnelle (article 1158 Code civil) ou sur l'existence d'une nullité éventuelle du contrat et sa volonté de s'en prévaloir (article 1183 Code civil). C'est enfin ainsi que l'ordonnance tantôt consacre, tantôt introduit en droit français des mécanismes permettant aux parties de constater d'un commun accord la nullité d'un contrat<sup>61</sup>, d'anticiper unilatéralement une exception d'inexécution (article 1120 Code civil) ou de procéder à une résolution unilatérale du contrat (article 1226 Code civil).

**10.** Ces solutions, en vérité, n'évincent le juge que temporairement ; si son rôle ne s'exerce qu'*a posteriori*, il se trouve en réalité renforcé, à ce stade, par l'importance des nouveaux pouvoirs qui lui sont reconnus, aussi bien dans l'interprétation du contrat en raison du nombre important de standards juridiques auxquels recourt la loi nouvelle<sup>62</sup>, que par son intervention accrue dans le contentieux de la formation comme dans celui de l'exécution du contrat. Il n'y a pas contradiction entre ces deux tendances à l'œuvre dans la réforme du droit des contrats, pas plus qu'il n'y a de contradiction dans la loi « Justice 21 » qui, à la fois, favorise le développement des modes alternatifs de règlement des conflits et entend recentrer le juge sur ses missions essentielles. L'offre de justice est plurielle.

Une nouvelle vague de réforme de la justice est en cours qui devrait étendre en même temps que consolider cette évolution. Les *Chantiers de la justice* ouverts à l'initiative de la ministre de la justice, Nicole Belloubet, avec la nouvelle législature issue de l'élection d'Emmanuel Macron à la présidence de la République, en prolongent la trace. Le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, déposé par le gouvernement le 20 avril dernier, contient à cet égard de nombreuses dispositions ayant pour objet de « *développer la culture du règlement amiable des différends* » (chapitre 1, titre 2) et d'ouvrir

---

*excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.* (al. 1) *En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* (al. 2) ». Voir J. Heinich, « Acclimater la révision pour imprévision dans les contrats en droit français », *Gazette du Palais* 12 mai 2017, hors-série, p. 66 et s. Cette disposition n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers réglementés (article L. 211-40-1 Code monétaire et financier créé par loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 : voir A. Tadros, « La ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats : quelques incidences sur la pratique des affaires », *Dalloz* 2018, p. 1162 et s., spécialement n° 25-27.

53 Approuvé par l'Assemblée nationale, mais désapprouvé par le Sénat, « archoué sur la conception traditionnelle de non-immixtion du juge dans le contrat » : G. Chantepie et M. Latina, « Ratification de la réforme du droit des obligations : analyse de la deuxième lecture du Sénat », *Dalloz* 2018, 309, spécialement n° 16.

54 Loi Archambault et D. Faucher, « Le juge judiciaire, troisième partie au contrat ? », *Gazette du Palais* 19 mai 2017, p. 18 et s.

55 M. Mekki, « Qui dit contractuel dit juge ? », *Gazette du Palais* 12 avril 2016, p. 3.

56 Voir H. Croze, « Une vision procédurale de la réforme des obligations », *Procédures* 2016, Etude 3.

57 Article 1230 Code civil, qui consacre cette autonomie en cas de résolution du contrat, ce qui ne doit cependant pas conduire à abandonner les solutions plus larges antérieurement consacrées en jurisprudence.

58 Article 1356 Code civil : *Les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition. (al. 1) Néanmoins, ils ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable.* (al. 2) ». Voir Cour de cassation com. 6 décembre 2017, n° 16-19.615, *Dalloz* 2018, 327, note Lardeux.

59 Article 1345 à 1345-3 Code civil, sur quoi voir N. Fricero, « Une nouvelle réponse déjudicialisée à l'obstruction au paiement du créancier », *JCP (Semaine juridique)* G 2016, 807.

60 Voir Loïc Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, précité, n° 338.

61 Article 1178, al. 1er Code civil, sur lequel voir Y.-M. Serinet, « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », *JCP (Semaine juridique)* G 2016, 845.

62 La bonne foi, la personne raisonnable, le coût raisonnable, le manifeste, l'excessif, l'anormal, le suffisamment grave, etc.

de nouveaux champs à la contractualisation du procès civil<sup>63</sup>. Je me contenterai de mentionner ici, à titre d'exemple : l'extension du domaine de la médiation, en matière ordinaire comme en matière familiale, en tout état de cause, depuis les préliminaires de conciliation jusqu'à l'instance d'appel (article 2) ; la généralisation du préliminaire obligatoire de conciliation, à peine d'irrecevabilité de la demande en justice, dans l'ensemble des petits litiges portés devant le tribunal d'instance et le tribunal de grande instance, cette tentative de résolution amiable pouvant consister en une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative (article 2) ; la reconnaissance, régulée, des plateformes en ligne de conciliation, de médiation et d'arbitrage (article 3) ; la déjudiciarisation du traitement des demandes de révision du montant des obligations alimentaires, au profit de la caisse d'allocations familiales ou des officiers ministériels (article 6) ; la possibilité pour les époux, en amont de la saisine du juge aux affaires familiales, de constater leur accord sur le principe de la rupture du mariage par acte d'avocat (article 12) ; la possibilité également offerte aux parties, d'un commun accord, en toute matière, de dispenser le juge de tenir une audience, la procédure étant alors exclusivement écrite (article 13).

La justice *par* le contrat a donc encore de beaux jours devant elle qu'elle partagera assurément avec la justice *dans* le contrat, qui en fonde la légitimité et doit donc en conditionner la validité.

Paris, le 10 juillet 2018

---

63 Projet de loi n° 463 de programmation 2018-2020 et de réforme de la justice, 20 avril 2018, Sénat.

# LOS FUNDAMENTOS DEL PROCESO PENAL DEL MENOR

**Lorenzo M. Bujosa Vadell**

Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Salamanca

SUMARIO.- 1.- Introducción.- 2.- El problema del tratamiento de los menores delincuentes. 3.- Las bases del vigente proceso penal del menor.- 4.- Fundamentos de un tratamiento penal particular para el menor.- 4.1.- Fundamentos sociológicos.- 4.2.- Fundamentos psicológicos.- 4.3.- Fundamentos biológicos: el desarrollo cerebral y la responsabilidad penal del menor.

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos del proceso de menores como un cauce para la inserción en la sociedad de adolescentes que pueden haber cometido infracciones criminales<sup>1</sup>, pensamos hoy en un instrumento jurídico en que la vertiente educativa ocupa un lugar importante<sup>2</sup>. Esta es la concepción que se desprende de nuestra vigente Ley Orgánica 5/2000, a pesar de todas las modificaciones que, desde su promulgación e incluso antes de su entrada en vigor, han alterado de alguna manera u otra la pulcritud de sus fines originarios.

La necesidad de dispensar una especial protección al niño se deriva no sólo *in genere* de los principales textos universales o regionales de protección de los derechos humanos, sino en particular de aquellos instrumentos jurídicos específicos que hace referencia a los derechos del niño, por supuesto sobre todo de la Convención de las Naciones Unidas de 1989<sup>3</sup>. Pero cuando hablamos del niño al que se imputa la comisión de un delito nos situamos algunos pasos más allá, pues no estamos (o no estamos sólo, dependerá de los casos) ante un niño en situación de desprotección, a pesar de ser titular en todo caso de derechos con rango internacional, sino además ante una persona que se ha colocado, por los menos indiciariamente, en la posición de sujeto activo de alguna de las acciones u omisiones previstas en las normas penales.

Esta diferencia entre los supuestos de “mera” necesidad de protección y aquellos otros en que se activa la conminación del sistema jurídico hacia la exigencia de responsabilidad por la comisión de alguna infracción criminal, coloca al menor infractor en una posición notablemente distinta, que además no ha sido resuelta siempre ni en todo lugar del mismo modo.

En las páginas que siguen no sólo habrá que recordar con brevedad los distintos modelos de respuestas que el legislador ha dispensado a estas circunstancias específicas, y los aspectos a los que se ha atendido preferentemente en cada uno de ellos, sino que se pretende ir más allá para tratar de descifrar las bases que puedan justificar el tratamiento especial del que han sido objeto, lo cual significará entrar en terrenos resbaladizos, y eso no sólo porque quien escribe estas líneas no es experto en esos ámbitos, sino también porque el conocimiento en ellos está en continua evolución y perfeccionamiento.

---

1 Es obvio que en muchas ocasiones la finalidad de reinserción social de los menores no es tal. No se trata de restaurar un equilibrio social, personal o familiar perdidos, sino que, con frecuencia, el menor que se encuentra en estas circunstancias nunca ha tenido en su entorno equilibrio alguno que sea necesario restablecer. Se trata, más bien, de suministrar al menor los elementos necesarios para construir su adecuación a la vida en sociedad, o como dirían los psicólogos sociales, de tratar de establecer algunas bases para una relación adecuada entre “la persona y la situación”, es decir, entre el menor delincuente y su entorno social o, si quiere de otra manera, entre el menor y su propia representación psicológica individual del entorno. *Vid.*, desde una perspectiva general, ROSS, L.; NISBETT, R., *The Person and the Situation. Perspectives of Social Psychology*, London, 2011.

2 ROUSSEAU, J.J., *Emilio o de la Educación*, Madrid, 1998, pp. 38-39, afirmaba plásticamente: “Nacemos débiles, necesitamos fuerzas; nacemos desprovistos de todo, necesitamos asistencia; nacemos estúpidos, necesitamos juicio. Todo cuanto no tenemos en nuestro nacimiento y que necesitamos de mayores, nos es dado por la educación”.

3 *Vid.* ampliamente, CARMONA LUQUE, M.R., *La Convención sobre los derechos del niño. Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los derechos humanos*, Madrid, 2011, pp. 389 y ss.

Se trata, pues, de ir más allá de la evidencia por la que un menor necesita protección, incluso habiendo podido tener comportamientos jurídicamente reprobables, para preguntarnos qué justifica esa protección y, sobre todo, qué elementos sirven de base objetiva para un trato distinto al de los adultos<sup>4</sup>. En realidad, se me pide una actividad de pastoreo en heredad ajena, como diría el Prof. VÁZQUEZ SOTELO, para la que no puedo más que solicitar benevolencia. Por ello las reflexiones que siguen deberían tomarse *cum grano salis*, y si pudieran servir como apoyo para que otros puedan realizar estudios más profundos, la finalidad de escribirlas se vería más que satisfecha.

## 2. EL PROBLEMA DEL TRATAMIENTO DE LOS MENORES DELINCUENTES

Nos enseña el principal especialista en justicia de menores de nuestro país, el Prof. MARTÍN OSTOS, que hay antecedentes históricos lejanos sobre instituciones -predominantemente religiosas-, que pretendían contribuir a la reforma de los menores delincuentes<sup>5</sup>, aún sin responder en absoluto a una estrategia global sobre su tratamiento<sup>6</sup>.

Pero sí puede hablarse con rigor de más de un siglo de justicia juvenil<sup>7</sup>, sin que de todos modos exista aún, ni mucho menos, un consenso siquiera sobre los modelos en que pueden agruparse los diversos ejemplos del Derecho comparado, a pesar de que, salvo algunas llamativas excepciones, existe una perspectiva común de la necesidad de prever una vía estructuralmente distinta a la del enjuiciamiento de adultos. La excepción está en algunos casos relativos al enjuiciamiento de menores en Inglaterra, Gales<sup>8</sup> y algunos Estados norteamericanos<sup>9</sup>.

En cualquier caso, cuando tratamos de articular esquemáticamente las respuestas que se derivan de los diversos países estamos sin duda simplificando<sup>10</sup> con fines más bien pedagógicos ante la innegable realidad de la existencia de una gran variedad de sistemas entre los distintos ordenamientos, lo cual tiene bastante de paradójico si se tiene en cuenta el desarrollo y la amplitud de las normas internacionales (*Hard Law* y *Soft Law*) y su influencia en muchas de las reformas nacionales.

Es usual hablar de la existencia de un modelo tutelar, que en teoría no se olvida de la necesidad de proteger al menor, pero que suele estar acompañado de una actitud paternalista que exige una subordinación, en el cumplimiento de una función de *parens patriae* en el que Estado aparece como protector a pesar del propio menor. Se trata de tratamientos específicos que parten de la situación de vulnerabilidad del menor para aplicar medidas de corrección y reforma también particularmente previstas para ello a través de órganos especializados, aunque no imparciales ni independientes del Poder Ejecutivo<sup>11</sup>. La innegable adaptación de las normas al menor en estos casos hace que se tengan en cuenta las características individuales y ambientales del mismo, pero con una ausencia de garantías que afiancen la seguridad jurídica y la justicia de ese tratamiento.

4 No es este el lugar para entrar en el reñido debate sobre los límites temporales legales de este tratamiento específico, pero no podemos dejar de apuntar que las opciones son básicamente dos: o bien tratar de apreciar en cada caso concreto la mayor o menor madurez del menor a través de los medios más certeros de que se disponga, con la consiguiente, inevitable y grave inseguridad en una materia que no debería permitir márgenes de incerteza; o bien, por otro lado, la vía más fácil, segura y frecuente, aunque pueda en bastantes casos hacer abstracción de la realidad personal del sujeto: la fijación de una edad determinada por la cual se es inimputable y otra por encima de la cual el modo en que se exige la responsabilidad criminal cambia, por haber adquirido la mayoría de edad. El intento de establecer un tiempo de transición entre la mayoría legal y la plena aplicación de las normas procesales penales para adultos en España tuvo una brevísima e ilusoria aplicación: primero porque la entrada en vigor de la previsión en ese sentido fue prorrogándose reiteradamente y segundo porque la impericia del legislador de turno provocó que la norma derogatoria de este régimen transitorio entrara en vigor unas pocas semanas después de que expirara la última de las prórrogas mencionadas.

5 Se opondrá BOIX REIG, J., "Prólogo" a la obra colectiva dirigida por E. ANARTE BORRALLO, *Tendencias de la Justicia Penal de Menores (Una perspectiva comparada)*, Madrid, 2010, p. 11, a utilizar este adjetivo para aplicarlo a los menores: "los menores de edad no son delincuentes, por más que realicen hechos típicos constitutivos de delito o falta, y que por lo tanto hay que rechazar cualquier planteamiento derivado de dicha falsa atribución. No son delincuentes por cuanto no son imputables y por lo tanto no cometen un delito. En consecuencia, la función que cumple el proceso de menores debe ser estrictamente preventiva y educativa". Comparto, sin duda, el planteamiento garantista que se desprende de su exposición completa, pero me parece muy dudoso que no pueda hablarse rectamente de "delincuentes" respecto a personas que delinquen y que son sometidas a una Ley que tiene como encabezamiento el de "responsabilidad penal de los menores". Otra cosa son las salvaguardias y las necesidades que se puedan derivar de las circunstancias especiales de tales delincuentes.

6 MARTÍN OSTOS, J.S., "Jurisdicción de menores: naturaleza y competencia", en *Jurisdicción de Menores*, Barcelona, 1994, pp. 15-18.

7 Cfr. ROSENHEIM, M.K.; ZIMRING, F.E.; TANENHAUS, D.S.; DOHRN, B., *A Century of Juvenile Justice*, Chicago, 2002.

8 DIGNAN, J., "The Juvenile Justice System in England and Wales", in *European Juveniles Justice Systems* (Coord. G. Giostra; ed. V. Patané), Milano, 2007, pp. 67-94.

9 TONRY, M.; DOOB, A.N., "Varieties of Youth Justice", in *Youth Crime and Youth Justice. Comparative and Cross-National Perspectives*, (Eds. M. Tonry; A.N. Doob), Chicago, 2004, p. 9: "It is estimated that as many as 200,000 youths a year under the age of eighteen are processed in the adult courts in the United States as if they were adults".

10 Cfr. TONRY, M.; DOOB, A.N., "Varieties...", in *Youth Crime...*, p. 2.

11 Vid. SANZ HERMIDA, A., *El nuevo proceso penal del menor*, Cuenca, 2002, pp. 27-45.

La discrecionalidad procedimental es grande e incluso también lo es la indeterminación en la apreciación de los hechos y en la fijación de las medidas a imponer<sup>12</sup>.

En otros países, algunos anglosajones y los escandinavos, la respuesta vino más bien por la vía de naturaleza administrativa, no tanto por un cauce estrictamente procesal, aunque este también existe<sup>13</sup>. Son órganos de las Administraciones Públicas los que se encargan de aplicar criterios de Estado de Bienestar, con inequívoca finalidad protectora y abiertamente educativa. Así, por ejemplo, respecto a Dinamarca, la Ley de servicios sociales recoge una serie de medidas de naturaleza voluntaria como asesoramiento, asociaciones de jóvenes, apoyo pedagógico a los padres, apoyo económico... que en muchos casos precisan del consentimiento paterno y en otros supuestos más graves no<sup>14</sup>.

El tercero de los modelos es el que opta, sin duda alguna, por la necesidad de aplicar las garantías constitucionales ante el menor sospechoso de la comisión de infracciones criminales<sup>15</sup>. Este camino se traza en la senda de la famosa sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *In re Gault*<sup>16</sup>, entre algunas otras, en el bien entendido que el menor debe ser considerado un sujeto de derechos, por mucho que se le impute un delito. En ello hay también varias paradojas: pues, por un lado, se insta al sometimiento de tal sujeto a un proceso con todas las garantías, pero a la vez se ve al proceso mismo como un mal que hay que evitar en la medida de lo posible, pues puede ser perjudicial para el desarrollo del menor. Por otro lado, se habla abiertamente de la exigencia de responsabilidad penal, pero se pone el centro en el principio superior del interés del menor que conlleva colocar también en un lugar principal la finalidad educativa de las medidas que se impongan.

Desde la perspectiva española fue la STC 36/1991, de 14 de febrero, en la que el Pleno de nuestro Alto Tribunal declaró contraria a las exigencias constitucionales la regulación de los Tribunales Tutelares de Menores hasta entonces en funcionamiento en nuestro país y así estableció la inconstitucionalidad del “art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, en cuanto regula el procedimiento aplicable en ejercicio de la facultad de corrección o reforma”.

Conforme al Tribunal Constitucional, “la seguridad jurídica, entendida, en su sentido más amplio, como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho es difícilmente conciliable con una situación (...) en la que la ordenación del proceso se hace de distinto modo en los diferentes Juzgados de Menores con presencia en unos casos y ausencia en otros del Ministerio Fiscal y del Letrado asesor”, y, en especial, destaca que, “interpretados de acuerdo con el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Convención de los Derechos del Niño, los derechos fundamentales que consagra el art. 24 C.E. han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales y que, en consecuencia, en cuanto que tales derechos se aseguran mediante el cumplimiento de las reglas procesales que los desarrollan, el art. 15 L.T.T.M., al excluir la aplicación de ‘las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones’ ha de ser declarado inconstitucional y nulo”.

En definitiva, desde este punto de vista es necesario asegurar las garantías procesales constitucionales a los menores infractores, como criterio esencial de su enjuiciamiento, que se entiende como tal: una investigación y un enjuiciamiento equivalente a un proceso para adultos, aunque lleno de eufemismos, con una marcada finalidad educativa y con una aplicación muy amplia de medidas de oportunidad que implican una

12 En su descripción de cómo este modelo se configuró en España, MARTÍN OSTOS, J., “La Jurisdicción de Menores en España”, en *Jurisdicción...*, op. cit., p. 130, enumera de manera meridiana sus graves deficiencias: “aunque el órgano juzgador es calificado de judicial, los elementos que lo integran (Juez, Secretario...) no pertenecen a las respectivas carreras, sino que son extraídos entre determinados profesionales del Derecho, siempre que su edad, conducta social y demás circunstancias así lo aconsejen; (...) la labor de estos Tribunales desborda el ámbito del denominado delincuente menor (facultad reformadora) y es encargado igualmente de velar por el menor abandonado o en peligro (facultad protectora); finalmente, dentro de las características más importantes en los albores de esta jurisdicción en España, hemos de llamar la atención sobre la ausencia por completo de las más mínimas garantías procesales durante el enjuiciamiento de un menor (por el contrario, la libre disposición del Tribunal, junto con la indefensión del menor, son absolutas, permitiéndose un procedimiento paternalista, con grandes posibilidades de incurrir en arbitrariedad)”.

13 *Vid.*, por ejemplo, JANSON, C.-G., “Youth Justice in Sweden”, in *Youth Crime...*, pp. 413-441.

14 GONZÁLEZ TASCÓN, M.M., *El tratamiento de la delincuencia juvenil en la Unión Europea. Hacia una futura política común*, Valladolid, 2010, p. 269: “No ocurre así con aquellas medidas que comportan la separación del menor de su hogar (colocación en unidades de seguridad, hogares sustitutorios u otras instituciones educativas), en relación con las cuales la oposición del menor y/o de sus padres puede determinar que el caso sea llevado ante el Comité de Bienestar del Menor, quien está facultado para imponer, obligatoriamente, el sometimiento del menor a las medidas”.

15 *Vid.* SANZ HERMIDA, A., *El nuevo proceso...*, op. cit., pp. 46-66.

16 *In re Gault* 387 U.S. 1 (1967).

derivación hacia fuera del proceso.

### 3. LAS BASES DEL VIGENTE PROCESO PENAL DEL MENOR

La sentencia que se acaba de citar supuso la abrogación del sistema español de reforma de los menores a los que se imputaban infracciones criminales<sup>17</sup>. Por eso se tuvo que improvisar una rápida reforma, que en primer lugar se concretó en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, por la que se introdujo en nuestro Derecho positivo el modelo garantista constitucionalizado de enjuiciamiento de menores<sup>18</sup>; mientras, con más tiempo, se fue elaborando en segundo lugar el texto de la vigente Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que, si bien ha sufrido varias reformas, incluso antes de su entrada en vigor -la mayoría de ellas para aumentar su carácter represivo-, refuerza el sentido de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional.

Como se señala en la Exposición de Motivos de la vigente Ley Orgánica, se trata de una ley que parte de la necesidad de contemplar la exigencia de responsabilidad penal del menor de edad penal, pero fundamentada en principios orientados hacia la “reeduación de los menores de edad infractores, en base a las circunstancias personales, familiares y sociales”, como ya había solicitado el Congreso de los Diputados en una moción de 1994. De hecho, se habla de una “naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad”.

Lógicamente, tras la admonición del Tribunal Constitucional, no quedaba otra opción que la de reconocer expresamente todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, entre muchas otras. Aun así, se establece un auténtico proceso penal, aunque especializado por razón de los sujetos, del objeto y también del procedimiento.

La finalidad manifiesta es aplicar al menor infractor<sup>19</sup> una intervención educativa de especial intensidad en la que se rehuya todo efecto contraproducente para el menor. Por ello la equiparación con el proceso de adultos tiene sus límites aparentemente claros, pues como se dice en el apartado segundo de la comentada Exposición de Motivos se rechazan “expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma”.

En efecto, no es mal ejemplo el de que en el proceso penal de menores ante la comisión de una acción u omisión tipificada penalmente se exige, en principio, la aplicación de una pena prevista en las normas penales. En el proceso de menores no se habla de “penas”, sino de “medidas” (Título II), tratando así de resaltar esa finalidad socializadora tanto de las medidas como del propio procedimiento. Lo que interesa, y ocupa un lugar central en este tipo de enjuiciamiento es la valoración personal y social del sujeto pasivo del procedimiento. De ahí la relevancia del equipo técnico a lo largo de toda la tramitación, que debe valorar “la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como (...) su entorno social, y en general (...) cualquier otras circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas” y, en consecuencia podrá proponer “una intervención socio-educativa sobre el menor, poniendo de manifiesto en tal caso aquellos aspectos del mismo

17 Como concluye el F.J. 6.º de la STC 36/1991: “Este Tribunal es bien consciente de que la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 L.T.T.M., en lo que se refiere sólo al procedimiento corrector, crea una situación normativa oscura e incluso un vacío normativo que únicamente la actividad del legislador puede llenar de manera definitiva. Por eso, como ya hicimos en la citada STC 71/1990, hemos de subrayar la imperiosa necesidad de que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las Cortes procedan a reformar la legislación tutelar de menores. En tanto eso no suceda, serán los propios Jueces quienes habrán de llenar el vacío producido. Afortunadamente el mencionado art. 40.2 b) C.D.N. y nuestra propia doctrina acerca de los derechos garantizados por el art. 24 y en especial, sobre el derecho al Juez imparcial (de donde deriva el principio de contrariedad y en consecuencia la presencia, en el proceso penal, de un acusador) pueden facilitar el desempeño de esa tarea”.

18 Como reza en el Preámbulo de este texto legal: “se dispone que la dirección de la investigación y la iniciativa procesal corresponderán al Ministerio Fiscal, de manera que quede preservada la imparcialidad del juzgador. A éste se le otorgan amplias facultades en orden a acordar la terminación del proceso con el objetivo de evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el mismo puede llegar a producir”.

19 Desde el punto de vista de las garantías procesales suscita algún asombro la facilidad con que se habla de “menores infractores” aún sin sentencia firme. No sólo me refiero a la incorrección del lenguaje, sino sobre todo al dudoso lugar en que queda el derecho fundamental de la presunción de inocencia, garantía penal esencial donde las haya. En distintos trámites de la Ley de responsabilidad penal del menor, explícita o implícitamente, parece que el legislador parte de la culpabilidad del niño, niña o adolescente, porque si desde el propio trascurso del procedimiento ya se le hecho interiorizar el reproche social sobre su propia conducta, o ha reparado o se ha conciliado con la víctima, aún sin que haya habido práctica de prueba incriminatoria alguna, se dará por satisfecha la finalidad sancionadora-educativa del ordenamiento jurídico. Es verdad que no se le aplica ninguna de las medidas previstas, para lo cual será necesario pasar por el trámite de la audiencia donde se practiquen los elementos probatorios de convicción para que el Juez de Menores imponga la que entienda razonablemente que corresponda. Pero en muchas de las medidas de oportunidad se pretende que haya una respuesta sancionadora-educativa más o menos proporcionada, y desde luego anticipada, respecto a un menor sobre el que como mucho pesan indicios de la comisión de una determinada conducta, pero no más (p. ej. rúbrica del art.18, arts. 19 ó 27.4 de la LO 5/2000; otro contexto es el de las conformidades en que el presupuesto se declare autor de los hechos).



que considere relevantes en orden a dicha intervención” (art. 27.1 y 2 LO 5/2000).

Como antes decía, la finalidad mixta del Derecho penal del menor conlleva la abundante previsión de eufemismos legales, en ocasiones más justificados que en otras. Así, acabamos de ver que las medidas persiguen un objetivo específico cualitativamente distinto a las penas propiamente dichas. Pero esta modificación lingüística en otras ocasiones tiene efectos poco más allá de los cosméticos: por ejemplo, cuando se habla de “expediente” en lugar de “autos” o de “audiencia” en lugar de “juicio”; y en ocasiones hasta hilarantes, como cuando por un lado se observa la proclamación del principio acusatorio (art. 8 LO 5/2000), pero luego no aparece en ningún momento y de manera expresa ningún “escrito de acusación” o siquiera “de calificaciones provisionales”, sino un “escrito de alegaciones” que, en su caso, el Fiscal remite junto con “el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos relevantes para el proceso” (art. 31 LO 5/2000). Obviamente este escrito de alegaciones lo que contiene principalmente es la acusación -y, en su caso, la pretensión de resarcimiento-, salvo que estime que lo que corresponde legalmente es el sobreseimiento.

Con exageraciones o sin ellas, lo que sobrevuela todas estas adaptaciones legislativas es la idea prioritaria del interés superior del menor, cuyo fundamento habrá que tratar de desvelar en el apartado siguiente. ¿Por qué el menor ostenta este interés superior que condiciona todo su tratamiento jurídico-material y procesal? De momento interesa subrayar que hasta hace poco este principio era un concepto jurídico indeterminado, que debía informar la actividad de los poderes públicos y que, por tanto, debía ser llenado de contenido caso por caso, en último término por los propios órganos jurisdiccionales competentes<sup>20</sup>. Ha sido el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el que, entre otras muchas disposiciones, ha introducido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, una pormenorizada interpretación auténtica sobre esta proteica expresión del “interés del menor”, cuyo trasfondo es lo que se pretende entrever en las páginas que siguen.

Posiblemente no esté de más señalar, para avanzar en nuestro estudio, que el apartado segundo del aludido artículo 2 establece una serie de criterios generales para la interpretación y la aplicación de este principio, sin perjuicio de los específicos que en cada caso la legislación o las circunstancias concretas exijan:

- a. La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
- b. La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- c. La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.<sup>21</sup>
- d. La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad<sup>22</sup>.

20 *Vid.* RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2.ª ed., Madrid, 2007, y DE TORRES PEREA, J.M., *Interés del menor y Derecho de familia*, Madrid, 2008.

21 Como es lógico, se añaden una serie de matizaciones a este apartado: “Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia”.

22 Conforme al apartado tercero, estos criterios deben ponderarse conforme a unos elementos generales que enumera expresamente:

- a) La edad y madurez del menor.
  - b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
  - c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
  - d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
  - e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
  - f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores”.
- Es interesante añadir, como hace la ley, el criterio de la interpretación conjunta de estos elementos, siempre respetando los principios de necesidad y proporcionalidad (“de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”). Se

No hay especiales novedades en esta enumeración: el derecho a la vida y a la supervivencia, la necesidad de satisfacer sus necesidades básicas, el derecho de participar en las decisiones que le afectan, el derecho a un entorno familiar adecuado y sin violencia, la preservación de su identidad, cultura, religión y demás particularidades, de forma que no sufra discriminación por ellas en nada lo distinguen de un adulto. Pero se añaden algunas circunstancias en las que deberemos fijarnos, porque son específicas y condicionan el modo en que se satisfagan los derechos anteriores: el menor es una persona en desarrollo, que puede tener necesidades emocionales y afectivas particulares. La cuestión que nos ocupa es tratar de determinar el por qué.

No conviene cerrar esta panorámica sobre la situación normativa de protección del menor sin mencionar la promulgación de la Directiva (UE) 2016/800, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales<sup>23</sup>. Desde la perspectiva que nos interesa ¿añade algo este texto legal europeo de obligada transposición al Derecho español? Y la respuesta debe ser afirmativa, aunque no nos desviará mucho de la línea que ya hemos empezado a trazar.

Básicamente su ámbito de aplicación son los menores sospechosos o acusados en procesos penales y también a los buscados con el fin de aplicar una orden de detención europea. Es especialmente interesante el artículo 7 que proclama un derecho a una evaluación individual, pues parte de la necesidad de velar por las necesidades específicas de los menores en materia de protección, educación, formación e inserción social sean tenidas en cuenta. Esa evaluación debe implicar determinar la personalidad y madurez del menor, su contexto económico, social y familiar, así como cualquier vulnerabilidad específica que pueda tener el menor. El resultado de este detenido examen servirá para los procedimientos en que se precise conocer las características individuales y a las circunstancias del menor que puedan ser útiles para la adopción de las decisiones concretas a lo largo del proceso. Para ello se establece la necesidad de realizar esta evaluación en la fase más temprana posible del proceso<sup>24</sup>.

Por otra parte, se establece también un derecho a un reconocimiento médico sin dilación indebida a los menores privados de libertad, con objeto de evaluar, en particular, su estado físico y mental general; la posibilidad de grabación audiovisual de los interrogatorios cuando ello sea proporcionado en las circunstancias del caso; se prevé la privación de libertad de los menores solamente como último recurso; en caso de no quedar otro remedio, en línea con disposiciones internacionales, se establece un tratamiento específico para el tiempo de internamiento, principalmente su separación de los adultos y la aplicación de toda una serie de medidas dirigidas, entre otros fines, a garantizar y salvaguardar su desarrollo físico y mental y a garantizar el acceso a programas que fomenten su desarrollo y su reinserción social. A partir de la idea intuitiva de que el tiempo es especialmente importante para los menores, se establece la exigencia de una tramitación urgente y con la debida diligencia de los procesos de menores. La misma situación de vulnerabilidad es base para sostener el derecho del menor a estar acompañado por el titular de la patria potestad o por otro adulto adecuado durante el proceso<sup>25</sup>.

De nuevo, bajo esta panoplia de derechos básicos se percibe que nos encontramos ante personas en situación de especial vulnerabilidad, aunque como es lógico esta podrá concretarse en diversos grados, pues no es lo mismo un niño de catorce años en situación de desvalimiento familiar que un muchacho de diecisiete que es líder de una pandilla de acosadores. ¿Hay algo en común a estas situaciones que justifique

---

trata de una razonable puntualización de dimensión claramente constitucional y que contribuye a la efectividad de la protección del menor en todo caso. En el apartado cuarto se establecen unas previsiones para el caso de concurrencia con cualquier otro interés legítimo y la necesidad de respeto de las debidas garantías del proceso.

23 DOUE L 132, de 21 de mayo de 2016, pp. 1 – 20.

24 Se prevé, por otro lado, la posibilidad de excepciones a la obligación de realizar esta evaluación individual, “si la excepción está justificada en las circunstancias del caso y siempre que sea compatible con el interés superior del menor” (art. 7.9 Directiva).

25 La adaptación a las circunstancias del menor también exige la aplicación de medidas adecuadas para velar por que los menores sean tratados siempre de manera que se proteja su dignidad y de un modo que sea adecuado a su edad, madurez y nivel de comprensión, y teniendo en cuenta cualesquiera necesidades especiales que puedan tener, incluidas las posibles dificultades de comunicación (art. 13.2 Directiva). Por otro lado, el personal de las autoridades policiales y de los centros de detención que traten asuntos relacionados con menores deben recibir formación específica de un nivel adecuado al tipo de contacto con los menores, en materia de derechos de los menores, técnicas de interrogatorio adecuadas, psicología infantil y comunicación en un lenguaje adaptado al menor; asimismo los jueces y fiscales de menores y los abogados que les asistan deben disponer de aptitudes específicas en la materia o acceso a una formación específica (art. 20 Directiva).

la previsión de estas normas especiales? O, dicho de otra manera ¿por qué afirmamos que el menor es vulnerable a pesar de haber sido capaz de cometer una infracción criminal? ¿Qué es lo que se esconde detrás de esta idea de vulnerabilidad?

#### 4. FUNDAMENTOS DE UN TRATAMIENTO PENAL PARTICULAR PARA EL MENOR

Una vez recordado el contexto jurídico vigente sobre el tratamiento de los menores a los que se pretende reformar tras la comisión de una infracción criminal, y esbozadas las líneas básicas a las que las normas jurídicas dirigen nuestra atención en el momento de enjuiciarlos, debemos tratar de aplicar una metodología interdisciplinaria que nos pueda acercar a respuestas mínimamente aceptables ante los interrogantes planteados. Como hemos visto, del propio texto legal se desprende la centralidad de la situación social del menor sospechoso y de su estado y madurez psicológica. Pero no es suficiente con buscar apoyo en los estudios sociológicos y en los psicológicos, sino que es necesario atender a los avances y complejidades de las neurociencias para valorar si ya están en disposición de proporcionarnos información biológica objetiva que fundamente todo lo demás.

##### 4.1. FUNDAMENTOS SOCIOLÓGICOS

No es nuevo, ni mucho menos, el planteamiento sociológico de la delincuencia juvenil, tienen bastante más de medio siglo los estudios de COHEN sobre los chicos delincuentes y la cultura de las pandillas<sup>26</sup>. Sin pretender entrar de lleno en las cuestiones relativas al control social, la desviación y el delito<sup>27</sup>, y por tanto en el estudio de fenómeno delincencial como problema social en sí, tal vez sí sea necesario traer a colación algunas conclusiones de esos análisis.

Por supuesto, la perspectiva que se adopta aquí es colectiva, el menor como miembro de un grupo que se encuentra en un determinado contexto social. Así se ha hablado de una “subcultura delincuente” que invierte los valores sociales en sectores juveniles procedentes mayoritariamente de clases bajas y medias bajas que ven insatisfechos los fines y objetivos generalmente instituidos. De ahí que se produzca una separación asumida por el propio grupo minoritario y una hostilidad hacia los demás (“ellos y nosotros”).

En este sentido GIDDENS y SUTTON<sup>28</sup>, refiriéndose a los países desarrollados, aluden al robo, el asalto al domicilio y al atraco como “delitos callejeros” propios de jóvenes varones de clase baja y recuerdan la explicación que suelen ofrecer los medios de comunicación: el vandalismo, el absentismo escolar y el consumo de drogas en un contexto de “permissividad” social. Pero aconsejan cautela en la aproximación a esta cuestión, pues no deja de ser minoritaria, y tampoco deja de ser compleja, pues las actitudes de estos grupos de jóvenes suelen estar relacionadas con comportamientos antisociales, con subculturas y con falta de conformidad con los comportamientos mayoritarios que no son en sí mismas delictivas.

Esta forma de explicar la situación del menor puede explicar bastantes casos de delincuencia juvenil: como rebelión contra lo establecido, pero ni explica en su totalidad -o en su núcleo común- el problema de la criminalidad de los adolescentes, ni nos proporciona argumentos para aquello que nos interesa especialmente en este estudio: la razón por la que los miembros de ese grupo de rebeldes, con o sin causa, deben ser tratados de una forma especializada y especialmente cuidadosa por el Derecho, y en particular por el Derecho penal y el Derecho procesal penal<sup>29</sup>.

Parece claro que el entorno social afecta al individuo que comete alguna infracción criminal, y mucho más si es delincuente habitual. Ya hemos visto que el tratamiento legal del menor sospechoso no se olvida

26 COHEN, A.K., *Delinquent Boys: the culture of the gang*, Chicago, 1955.

27 Puede verse una interesante exposición sobre las teorías que han explicado la etiología de la desviación y la delincuencia en HERRANZ DE RAFAEL, G., “Control social, desviación y delito”, en *La sociedad desde la Sociología. Una introducción a la Sociología General* (Coords. J. Iglesias de Usel, A. Trinidad Requena, R.M. Soriano Miras), Madrid, 2016, pp. 271-293.

28 GIDDENS, A.; SUTTON, P.W., *Sociología*, 7.ª ed., Madrid, 2014.

29 Sí puede afirmarse que esta perspectiva nos encamina a destacar la función social del Derecho, como coactividad institucionalizada: SORIANO, R., *Sociología del Derecho*, Barcelona, 1998, p. 387, nos habla de “la función de control y determinación del comportamiento”, justificada en la protección de determinados bienes jurídicos esenciales.

de este aspecto, pues puede ser un importante elemento en cuanto a cómo tratar al delincuente en el propio proceso (por ejemplo, si quienes deben acompañarlo deben ser o no sus padres) y a las medidas que conviene imponerle dadas sus circunstancias específicas, entre las que expresamente se mencionan las sociales y, aún de manera más específica, las familiares. No olvidemos que el fin del tratamiento procesal del menor es su educación para vivir en sociedad, su “socialización”. Pero no es suficiente con esta explicación.

## 4.2. FUNDAMENTOS PSICOLÓGICOS

MARTÍN OSTOS se refería ya a la relativa importancia del “discernimiento”<sup>30</sup> y lo definía como la facultad de distinguir con el pensamiento, especialmente entre el bien y el mal. Por tanto, desde este punto de vista estamos hablando de la capacidad del menor de articular razonamientos éticos más o menos sólidos que puedan ordenar su conducta. Es verdad que, si nos interesa básicamente la finalidad educativa del menor, nos importa menos el castigo por haber elegido éticamente mal. Pero eso no nos aparta del todo de la cuestión de su culpabilidad en el sentido material, como “capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, exigibilidad de otra conducta” y sobre todo en la función motivadora de las normas penales<sup>31</sup>.

Con ello nos situamos directamente en una perspectiva psicológica, pues va a ser importante desde este punto de vista la madurez del menor para poder sentirse motivado por la norma penal, por tanto en la consideración de si el menor tiene un desarrollo mental suficiente como para discernir los mandatos normativos. Naturalmente, no porque conozca el Código Penal y las normas penales especiales, sino más bien porque ya puede discernir entre las conductas que contribuyen a una vida pacífica y organizada en comunidad y aquellas otras que lesionan esta convivencia.

Estamos hablando de consecuencias sociales de la conducta, pero ya desde el propio individuo, que calibra si lo que hace o deja de hacer está bien o está mal, por supuesto con multitud de influencias externas, culturales... comunitarias en definitiva, pero en último término con una soberana decisión personal -que también puede ser dispositiva, en el sentido de dejarse llevar por los demás, por el grupo delincencial al que se refería COHEN-. Como dicen MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN<sup>32</sup>, “hay una etapa en la evolución cronológica de la madurez del ser humano en la que aún no están plenamente asentados los rasgos psicológicos ni la personalidad”.

Es necesario, pues, buscar ayuda en la Psicología del desarrollo para intentar acercarnos un poco más a las respuestas que estamos buscando, es decir, debemos preguntarnos en qué consiste esta evolución cronológica durante la cual un ser humano debe ser tratado de una manera diferente a otro que se supone ya ha completado ese desarrollo: ¿cuáles son los elementos psicológicos que hacen vulnerable a un adolescente? ¿qué consecuencias negativas para la personalidad de ese sujeto se podrían derivar si fuera tratado como un adulto?<sup>33</sup>

La primera pregunta desde esta perspectiva es evidente: ¿Qué es el desarrollo? Podría afirmarse que designa las continuidades y los cambios sistemáticos del individuo que van desde la concepción hasta la muerte. Son cambios ordenados bajo un patrón bastante duradero y regular. Esta evolución se basa la maduración y en el aprendizaje<sup>34</sup>. En parte la maduración es la causa de algunos cambios psicológicos importantes como la creciente capacidad de concentrarse, de resolver problemas y entender los pensamientos y sentimientos ajenos. Pero también las experiencias producen cambios relativamente permanentes en nuestros pensamientos, sentimientos y comportamientos. Se confirma, por tanto, esa combinación de factores internos y externos que van conformando el desarrollo del sujeto.

30 MARTÍN OSTOS, J.S., “Jurisdicción de menores...”, *op. cit.*, pp. 36-37. Relativa importancia, porque, con buen criterio, destaca su inutilidad como criterio delimitador de la competencia de los órganos encargados de la justicia juvenil.

31 Así MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 9.ª ed, Valencia, 2015, pp. 381-383, hablan de un concepto material de la culpabilidad como teoría del sujeto responsable: “la norma penal se dirige a individuos capaces de motivarse en su comportamiento por los mandatos normativos. Lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles; lo importante es que la norma penal le motiva con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar uno de esos varios haceres posibles que es precisamente el que la norma prohíbe con la amenaza de una pena”.

32 MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 392.

33 Como afirma SCOTT, E., “Criminal Responsibility in Adolescence: Lessons from Developmental Psychology”, in *Youth on Trial. A Developmental Perspective on Juvenile Justice*, Chicago, 2000, p. 300: “A general account of the role of antisocial conduct in adolescence suggests that youthful criminal conduct is best understood in a developmental context”.

34 Esta es la clara explicación de SHAFFER, D.F.; KIPP, K., *Psicología del desarrollo. Infancia y adolescencia*, México, D.F., 2007, pp. 2-3.

PIAGET, el teórico más importante sobre el desarrollo del niño, aplicó sus estudios psicológicos para formular su teoría en la que, básicamente, la inteligencia es entendida como la función básica de la vida que ayuda a los organismos a adaptarse a su entorno: una forma de equilibrio al que tienden todas las estructuras cognoscitivas<sup>35</sup>. Según este autor suizo el niño va construyendo el conocimiento él mismo. La cognición se obtiene perfeccionando y transformando estructuras mentales, patrones de pensamiento o de acción, que se crean a través de dos procedimientos intelectuales innatos: la organización y la adaptación<sup>36</sup>. En su conocida formulación de etapas, nos interesa destacar que a partir de los once o doce años aparecen las operaciones formales, acciones mentales realizadas sobre ideas y proposiciones que permiten el pensamiento hipotético-deductivo. Este desarrollo cognoscitivo contribuye a tomar decisiones difíciles de carácter personal.

Nos estamos acercando pues, al período en que el individuo ya es susceptible de ser influido por el sistema normativo, y en consecuencia empieza a ser razonable una exigencia de responsabilidad pública por su conducta. Sin embargo, la división por etapas de este desarrollo fue ampliamente criticada, tanto en el *an* como en el *quando*: es decir, por un lado, respecto a si realmente la evolución es tan marcada y, por otro, sobre el momento en que puede hablarse ya de una etapa distinta a la anterior, dada la gradualidad evidente de las transformaciones<sup>37</sup>.

Por su parte VIGOTSKY se fija más en la función de la cultura en el desarrollo intelectual: al desarrollo de la cognición humana le afectan las creencias, los valores y herramientas de la adaptación intelectual transmitida a los individuos por su cultura<sup>38</sup>. Es la cultura la que a través del tiempo transforma las funciones mentales elementales del niño en unas funciones perfeccionadas: las funciones mentales superiores, y lo hace proporcionándoles herramientas de adaptación intelectual.

En cuanto al desarrollo específicamente moral, parece ser que tiene un componente afectivo o emocional, que consta de sentimientos y acompaña las acciones buenas o malas y produce pensamientos y acciones éticas; un componente cognoscitivo, que se refiere a la forma de conceptualizar el bien y el mal y en tomar decisiones sobre el comportamiento, y un componente conductual que indica cómo nos comportamos realmente cuando sentimos la tentación de mentir, de engañar o de violar normas<sup>39</sup>.

PIAGET hablaba del desarrollo moral, que para él implica sobre los once años de edad la creación de una moralidad autónoma que supera una mera moralidad heterónoma. A lo que KOHLBERG añadió que entre la adolescencia y la edad adulta ese desarrollo específico se vuelve más complejo, con diversas etapas derivadas de la adquisición de capacidades cognitivas (1. Moralidad preconventional; 2. Moralidad convencional, 3. Moralidad de principios -orientación al contrato social y moralidad de principios individuales de conciencia-)<sup>40</sup>, lo cual se ha confirmado por otros investigadores como estructuras universales relacionadas con la edad, aunque se ha criticado que esta visión está culturalmente sesgada e influida por criterios de justicia -con lo cual no tiene en cuenta conductas que van más allá de la justicia como las conductas altruistas-. Se habla de factores que contribuyen psicológicamente a la adquisición de controles inhibidores: el elogio de la conducta virtuosa, el castigo razonado, el entrenamiento en el autoconcepto ético.

Se planteó de manera dramática la cuestión en el debate surgido en los Estados Unidos en torno a la aplicación o no de la pena de muerte a los adolescentes: el 1 de marzo de 2005 la Corte Suprema (*Roper vs. Simmons*)<sup>41</sup> determinó con una minoría ínfima de cuatro sobre cinco que la pena de muerte es inconstitucional

35 PIAGET, J., *La psicologie de l'intelligence*, Paris, 2012.

36 Puede verse una eficaz explicación en SHAFFER, D.F.; KIPP, K., *Psicología del desarrollo...*, pp. 244-245.

37 *Vid.* PAPALIA, D.E.; WENDKOSOLDS, S.; DUSKIN FELDMAN, R., *Psicología del desarrollo. De la infancia a la adolescencia*, 11.ª ed., México, 2004, pp. 491-492.

38 Cfr. SHAFFER, D.F.; KIPP, K., *Psicología del desarrollo...*, pp. 274-282.

39 Esta es una composición consensual de la definición moral en la comunidad académica, que resumen SHAFFER, D.F.; KIPP, K., *Psicología del desarrollo...*, pp. 567 y 568.

40 Seguimos de la mano de la clara explicación de SHAFFER, D.F.; KIPP, K., *Psicología del desarrollo...*, pp. 574 y ss.

41 Caso *Roper vs. Simmons* [543 U.S. 551 (2005)]: "Three general differences between juveniles under 18 and adults demonstrate that juvenile offenders cannot with reliability be classified among the worst offenders.

First, as any parent knows and as the scientific and sociological studies respondent and his amici cite tend to confirm, '[a] lack of maturity and an underdeveloped sense of responsibility are found in youth more often than in adults and are more understandable among the young. These qualities often result in impetuous and ill-considered actions and decisions.' Johnson, *supra*, at 367; see also Eddings, *supra*, at 115 – 116 ("Even the normal 16-year-old customarily lacks the maturity of an adult"). It has been noted that "adolescents are overrepresented statistically in virtually every category of reckless behavior." Arnett, *Reckless Behavior in Adolescence: A Developmental Perspective*, 12 *Developmental Review* 339 (1992). In recognition of the comparative immaturity and irresponsibility of juveniles, almost every State prohibits those under 18 years of age from voting,

para un condenado por homicidio con 17 años en el momento de cometerlo. El criterio clave por el cual se afirmó que los menores no deben ser sometidos a las mismas normas que los adultos es justamente el de la madurez en el sentido de un menor desarrollo. En 2012 se declaró inconstitucional también por escasa mayoría la cadena perpetua para menores de dieciocho años<sup>42</sup>. Stephen BREYER explicó que “comparados con los adultos, los jóvenes carecen de madurez y cuentan con un sentido poco desarrollado de la responsabilidad”<sup>43</sup>

STEINBERG y SCOTT<sup>44</sup>, especialistas en el estudio del comportamiento adolescente, resumen que el tratamiento de los adolescentes debe ser diferente por tres razones:

- 1) Los menores tiene deficiencias en la capacidad de toma de decisiones, especialmente en situaciones de alto nivel emocional; y piensan menos en las consecuencias de sus actos por lo que tienden a asumir más riesgos, ya sea por limitaciones cognitivas o por falta de experiencia vital;
- 2) son especialmente vulnerables a las circunstancias coercitivas, como la presión de sus compañeros, como una manifestación de los pasos para emanciparse del control paterno. El temor a un rechazo de su grupo social les produce un condicionamiento psicológico;
- y 3) su personalidad no está todavía formada por completo. Se habla de que la delincuencia juvenil puede representar una fase temporal de experimentación y adopción de riesgos, no un problema moral duradero<sup>45</sup>.

Estas aproximaciones sociológicas y psicológicas a las razones que fundamentan un enjuiciamiento distinto para quienes no han llegado aún a su mayoría de edad no deberían llevar a la errónea conclusión de que en este estudio se opta por una artificial y superada concepción de la *psique*, dentro de los complejos debates históricos entre “la naturaleza de lo mental y de sus relaciones con lo corporal”<sup>46</sup>. Las dificultades para establecer una relación objetiva entre el pensamiento y la fisiología, a pesar de los obvios avances de la neurociencia, ni deben llevarnos a un escepticismo radical, ni tampoco a un determinismo acríptico que, de confirmarse, en lo jurídico tendría consecuencias devastadoras. Es, naturalmente, una cuestión que ya inquietaba a los filósofos clásicos, entre los que destacan Platón y Descartes, y que fue, por supuesto, ámbito de amplia elucubración por los teólogos cristianos medievales<sup>47</sup>. Lejos de perder interés lo ha ido suscitando en los últimos lustros con mayor fuerza<sup>48</sup>, creando probablemente expectativas desmesuradas<sup>49</sup>. No obstante, puede ser de interés espigar con prudencia y, sin perder la visión de conjunto, qué pueden aportarnos los resultados de diversas

... serving on juries, or marrying without parental consent. See Appendixes B – D, *infra*.

... The second area of difference is that juveniles are more vulnerable or susceptible to negative influences and outside pressures, including peer pressure. Eddings, *supra*, at 115 (“[Y]outh is more than a chronological fact. It is a time and condition of life when a person may be most susceptible to influence and to psychological damage”). This is explained in part by the prevailing circumstance that juveniles have less control, or less experience with control, over their own environment. See Steinberg & Scott, *Less Guilty by Reason of Adolescence: Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty*, 58 *Am. Psychologist* 1009, 1014 (2003) (hereinafter Steinberg & Scott) (“[A]s legal minors, [juveniles] lack the freedom that adults have to extricate themselves from a criminogenic setting”). The third broad difference is that the character of a juvenile is not as well formed as that of an adult. The personality traits of juveniles are more transitory, less fixed. See generally E. Erikson, *Identity: Youth and Crisis* (1968).”

42 El 21 de junio de 2012 se dictó la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Miller vs. Alabama* [567 U.S. 460 (2012)].

43 Lo que recoge literalmente en su voto concurrente de la sentencia *Miller* el Justice BREYER es una afirmación ya contenida en *Graham vs. Florida* 560 U.S. 48 (2010): “compared to adults, juveniles have a lack of maturity and an underdeveloped sense of responsibility; they are more vulnerable or susceptible to negative influences and outside pressures, including peer pressure; and their characters are not as well formed.” *Vid.* más ampliamente: SCOTT, E.; GRISSO, T.; LEVICK, M.; STEINBERG, L., *The Supreme Court and the Transformation of Juvenile Sentencing*, New York, 2015.

44 SCOTT, E.; STEINBERG, L., *Rethinking Juvenile Justice*, Cambridge-London, 2008, p. 29: “scientific knowledge about cognitive, psychosocial, and neurobiological development in adolescence supports the conclusion that juveniles are different from adults in fundamental ways that bear on decisions about their appropriate treatment within the justice system – and that this scientific knowledge should be the foundation of the legal regulation of juvenile crime”.

45 *Vid.* STEINBERG, L.; SCOTT, E., “Less Guilty by Reason of Adolescence. Developmental Immaturity, Diminished Responsibility, and the Juvenile Death Penalty”, *American Psychologist*, December, 2003, vol. 58, *num.* 12, pp. 1009 – 1018.

46 La expresión es de BUNGE, M., *El problema mente-cerebro. Un enfoque psicológico*, Madrid, 2011, p. 19, en la introducción a un apasionante estudio sobre lo que él mismo califica como un “hueso duro de roer”.

47 Es deliciosa la afirmación de AGUSTÍN DE HIPONA en *De civitate Dei*, XXI, 10,1 por la que señalaba que el modo en que los espíritus se unen a los cuerpos es del todo admirable e incomprensible para el hombre; y sin embargo es el hombre mismo (“*quo corporibus adhaerent spiritus et animalia fiunt, omnino mirus est nec comprehendi ab homine potest, et hoc ipse homo est*”).

48 Sigue siendo paradigmática la obra de DAMASIO, A., *El error de Descartes. La emoción, la razón y el cerebro humano*, Barcelona, 2011, donde defiende una “perspectiva organísmica” para una comprensión global de la mente humana, que nos será de utilidad más adelante para completar el alcance de nuestra exposición integral.

49 Desde un punto de vista crítico, desde la ética *vid.* CORTINA, A., *Neuroética y neuropolítica*, Madrid, 2011 (“Los avances en neurociencias abren un universo de posibilidades para dar cuerpo a uno de los grandes principios de la ética de la actividad científica, que es el de beneficiar, aunque siempre conviene hablar con la debida prudencia”), y desde el Derecho, TARUFFO, M., “Proceso y neurociencia. Aspectos generales”, *Neurociencia y proceso judicial* (Dirs. M. Taruffo y J. Nieva Fenoll), Madrid, 2013, pp. 15-24 (“No tiene sentido -...- decir que el cerebro ‘decide’ y ‘razona’, y tampoco tiene lógica relacionar juicios morales con partes o áreas del cerebro. Se puede decir, en esencia, que es preciso tener cerebro para pensar y querer del mismo modo que es necesario tener cerebro para caminar, pero evidentemente el cerebro el que camina, y no es el cerebro, él solo, el que piensa o desea”).

investigaciones neurocientíficas, y las reflexiones en torno a ellas<sup>50</sup>, para tratar de descifrar con mayor minuciosidad en qué pueda consistir en concreto ese estado de inmadurez del adolescente.

### 4.3. FUNDAMENTOS BIOLÓGICOS: EL DESARROLLO CEREBRAL Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

Los avances de la neurociencia nos colocan todavía en la incertidumbre, pero nos pueden ya dar alguna pista sobre la que esbozar algunas conclusiones útiles para este aventurado recorrido intelectual<sup>51</sup>. Muchas cuestiones de la neurociencia ya no son misterios insondables, sino problemas para los que se van teniendo instrumentos de acercamiento a su resolución<sup>52</sup>.

Con todas sus prevenciones, DAMASIO defiende que la razón humana depende de varios sistemas cerebrales, que trabajan al unísono a través de muchos niveles de organización neuronal, y sugiere que la mente existe “en un organismo integrado y para él; nuestras mentes no serían como son si no fuera por la interacción de cuerpo y cerebro durante la evolución, durante el desarrollo individual y en el momento presente” y lo fundamenta en tres interesantes afirmaciones que desarrolla a lo largo de su mencionado libro: “1) El cerebro y el resto del cuerpo constituyen un organismo indisoluble”; “2) El organismo interactúa con el ambiente como un conjunto” y “3. Las operaciones fisiológicas que podemos denominar mente derivan del conjunto estructural y funcional y no sólo del cerebro”<sup>53</sup>.

Se trata, por tanto, de una concepción integral de en la que las emociones tienen su lugar específico en la complejidad del cerebro, pero están a la vez conectados dentro de un sistema a gran escala. El cerebro sería, en sus propias palabras: “un sistema de sistemas”<sup>54</sup>. Este sería, pues, el substrato biológico en el que debemos tratar de indagar, principalmente, en dos aspectos: uno, nada sencillo, el de la constatación de la relación entre el funcionamiento cerebral y la adopción de decisiones encaminadas a una determinada acción u omisión que pueda estar influida por razonamientos éticos; y dos, directamente relacionado con el anterior, pero que tiene en cuenta la dimensión evolutiva: examinar de qué modo los cambios cerebrales que se producen entre la niñez y la edad adulta pueden tener un reflejo en esos razonamientos.

En todo caso parece ser que hay experimentos neuropsicológicos que pueden tomarse como indicios de que la conexión entre el razonamiento moral y la acción moral es bastante débil, y que las emociones, principalmente la empatía, resultan mucho más eficaces como motivadoras del comportamiento moral<sup>55</sup>. Por tanto, el razonamiento que puede regir la conducta individual no es una argumentación lógica pura, como idealmente pudiéramos suponer, sino trufada de emociones que también influyen en la conducta concreta<sup>56</sup>. Y por si todo ello fuera poco, no debemos desdeñar que la adopción de decisiones, especialmente en situaciones de tensión, van a tener una influencia prioritaria los heurísticos, que nos llevan a decisiones intuitivas, con los inevitables sesgos psicológicos que ello conlleva<sup>57</sup>.

50 PARDO, M.; PATTERSON, D., *Minds, Brains and Law. The Conceptual Foundations of Law and Neuroscience*, New York, 2013: “Because certain structures may be necessary to exercise various capacities or to engage in certain behavior, neuroscience may contribute greatly by identifying these necessary conditions as well as by showing that, because of injury or deformity, a person lacks them”.

51 Estamos refiriéndonos a la llamada “neurociencia cognitiva”, que ha sido definida como “un campo de indagación científica que estudia las bases neurológicas implicadas en las diversas formas de actividad mental” por ESCERA, C., FUENTES, L. y CADAVEIRA, F., “De la Psicología cognitiva a la Neurociencia cognitiva”, *Mente y cerebro. De la Psicología experimental a la Neurociencia cognitiva* (Coords. T. Bajo Molina, L.J. Fuentes Melero, J. Lupiáñez Castillo y C. Rueda Cuerva), Madrid, 2016.

52 En este sentido DAMASIO, A., *El error de Descartes...*, op. cit., pp. 29-30: “Se me hace difícil considerar los resultados científicos, especialmente en neurobiología, como algo más que aproximaciones provisionales que pueden disfrutarse durante un tiempo y que hay que rechazar tan pronto como se dispone de mejores explicaciones. Pero escepticismo sobre el alcance actual de la ciencia, en especial si se refiere a la mente, no implica una disminución del entusiasmo por el intento de mejorar las aproximaciones provisionales”.

53 Cfr. DAMASIO, A., *El error de Descartes...*, op. cit., pp. 23-28.

54 DAMASIO, A., *El error de Descartes...*, op. cit., p. 68: “Cada sistema está compuesto por una compleja interconexión de regiones corticales y núcleos subcorticales, todos ellos pequeños pero macroscópicos, que están constituidos por circuitos locales microscópicos que, a su vez, están formados por neuronas, todas las cuales están conectadas mediante sinapsis”.

55 Cfr. GONZÁLEZ LAGIER, D., *A la sombra de Hume. Un balance crítico del intento de la neuroética de fundamentar la moral*, Madrid, 2017, p. 33.

56 CHURCHLAND, P.S., “Inference to the Best Decision”, *The Oxford Handbook of Philosophy and Neuroscience* (Ed. J. Bickle), New York, 2009, p. 425: “The nature of decision making, in humans and other animal, is beginning to be understood at both the psychological and the neurobiological levels. The emergence of a social decision depends on background conditions including emotions, motivational factors, and social understanding, some of which may be nonconscious and inarticulate”.

57 TVERSKY, A., y KAHNEMAN, D., “Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases”, *Science* 185, n. 4157, 1974, pp. 1124-1131, y mucho más ampliamente, este segundo autor en *Pensar rápido, pensar despacio*, 3.ª ed., Barcelona, 2012, donde explica de manera detenida su sugestiva teoría

Hasta hace poco la comunidad científica entendía que en la pubertad es cuando el cerebro alcanzaba su plena madurez, es decir, como nos recuerda la sabiduría popular, con el nacimiento de las “muelas del juicio”. Pero los estudios con imágenes cerebrales han revelado que el cerebro adolescente todavía está en plena evolución: se producen en esa etapa cambios importantes en las estructuras cerebrales que parecen afectar a la emoción, al juicio, a la organización del comportamiento y al autocontrol<sup>58</sup>. Por tanto, a las inseguridades anteriores, es preciso añadir el componente evolutivo.

Me atrevería a afirmar, aún sin base científica alguna, que esa evolución biológica continúa a lo largo de toda la vida del ser pensante<sup>59</sup>, es decir, también para los adultos, y especialmente los adultos mayores, sufren modificaciones cerebrales cuya apreciación no precisa de bata blanca. Tal vez no sea descabellado, en este sentido, intuir que, así como hay un proceso de maduración cerebral que pudiera tener consecuencias respecto al modo en que se exige la responsabilidad penal, también pudiera haber razones para que, en un momento dado de la madurez, las conexiones neurológicas degeneraran hasta el punto de exigir también un distinto tratamiento<sup>60</sup>. Sin embargo, conviene recordar un aspecto del proceso juvenil que no tendría sentido en el enjuiciamiento de mayores: la finalidad socioeducativa.

En los adolescentes, por tanto, los eventuales cambios cerebrales hacia una inestable madurez, conforme al sistema jurídico aplicable, se ven acompañados de adaptaciones jurídico-procesales que pretenden responder a esa necesidad psicosocial, que por definición no se da en aquellos cuyo cerebro que camina más o menos lentamente hacia la decrepitud. De lo cual, podríamos sacar una conclusión provisional: tal vez no sean tanto las transformaciones cerebrales las que justifiquen la existencia de un proceso penal de menores, sino más bien las argumentaciones sociales y psicológicas<sup>61</sup>; pues si fueran argumento esencial las conexiones neuronales y su fluidez, más justificado estaría prever un proceso -en cualquier orden jurisdiccional, no sólo penal- adaptado a la capacidad comprensiva del litigante mayor.

No obstante, volviendo al asunto que nos ocupa, se afirma que los adolescentes procesan la información biológicamente de manera diferente a los adultos. La diferencia en la toma de decisiones parece tener bases neurológicas, pues las regiones cerebrales implicadas en la planeación a largo plazo, regulación de emociones, control de impulsos, evaluación de riesgos están en desarrollo durante la adolescencia. Se habla de una disposición cerebral más vulnerable a las emociones y a las situaciones de estrés<sup>62</sup>. Así se habla de que la corteza prefrontal, que participa en la planeación a largo plazo, juicio y toma de decisiones se encuentra inmadura hasta bien entrada la edad adulta<sup>63</sup>.

Se nos dice que los adultos menores tienen menor probabilidad de utilizar los lóbulos frontales, donde los neurocientíficos sitúan la planificación, el razonamiento, el juicio, la regulación emocional y el control de los impulsos<sup>64</sup>. Así el cerebro menos maduro parece permitir que los sentimientos superen a la razón, y descuiden las advertencias que serían lógicas y persuasivas para la mayoría de los adultos<sup>65</sup>. Hay por tanto un

---

de los dos sistemas de razonamiento: el sistema 1, rápido, intuitivo y emocional, y el sistema 2, más lento, deliberativo y lógico. A su vez G. GIGERENZER, en *Decisiones instintivas. La inteligencia del inconsciente*, Barcelona, 2008, abunda en la importancia de la intuición en la práctica de tomar decisiones, y por consiguiente como otro factor a tener en cuenta también en la concreción de la conducta de quien está sometido a la norma. Vid. también VOLZ, K.G., y GIGERENZER, G., “Cognitive processes in decisions under risk are not the same as in decisions under uncertainty”, *Frontiers of Neuroscience*, July 2012, volume 6, article 105.

58 Cfr. PAPALIA D. E., OLDS, S.W., FELDMAN, R.D., *Psicología del Desarrollo...*, op. cit., p. 469,

59 De hecho, una de las características más definitorias de la actividad mental es su carácter cambiante: OOSTERWIJK, S.; TOUROUTOGLU, A.; LINDQUIST, K., “The Neuroscience of Construction. What Neuroimaging Approaches Can Tell Us about How the Brain Creates the Mind”, *The Psychological Construction of Emotion* (Ed. L. Feldman Barret and J.A. Russell), New York, 2015, p. 111: “One of the most defining characteristics of mental life is that changes from moment to moment”.

60 Vid. sobre el envejecimiento cerebral GAZZANIGA, M.S., *El cerebro ético*, Barcelona, 2006, pp. 34-47.

61 WHYTE, B., *Youth justice in practice. Making a difference*, Bristol, 2009, p. 170: “The importance of a sense of personal integrity reinforced by meaningful social integration is a key feature of healthy adolescence”.

62 Cfr. PAPALIA D. E., OLDS, S.W., FELDMAN, R.D., *Psicología del Desarrollo...*, op. cit., pp. 469-471.

63 LUCIANA, M. “The neural and functional development of human prefrontal cortex”, *The Cognitive Neuroscience Development* (Ed. M. de Hann and M.H. Johnson) New York, 2003, p. 163: “It is generally accepted that the prefrontal cortex underlies higher-order cognition, including planning and complex forms of goal-directed behavior”.

64 Vid. GOLDBERG, E., *El cerebro ejecutivo. Lóbulos frontales y mente civilizada*, Barcelona, 2015, pp. 37-41, habla del “director ejecutivo del cerebro”: “La función del liderazgo sólo adquiere un estatus característico y se hace independiente cuando el tamaño y complejidad de la organización (o del organismo) traspasa un cierto umbral. Una vez que la función del liderazgo ha cristalizado en un papel especializado, la sabiduría del líder consiste en mantener un equilibrio delicado y dinámico entre autonomía y control de las partes del organismo. Un líder prudente sabe cuándo intervenir e imponer su voluntad y cuándo retirarse y dejar que sus lugartenientes muestren su propia iniciativa”.

65 SIEGEL, D., *La mente en desarrollo. Cómo interactúan las relaciones y el cerebro para modelar nuestro ser*, 3.ª ed., Bilbao, 2016, pp. 346 y ss.,



defectuoso dominio de las emociones.

En la evolución desde la niñez hay cambios en la estructura y composición de la corteza frontal: hay un aumento constante en materia blanca (fibras nerviosas que conectan partes distantes del cerebro) que permite una cada vez más rápida transmisión de información. Durante la adolescencia esta evolución continúa en los lóbulos frontales y queda reflejada en las imágenes de resonancia magnética cerebral<sup>66</sup>. También se produce una poda de conexiones que no se utilizaron durante la niñez con una reducción de la densidad de la materia gris (células nerviosas), con lo que aumenta la eficiencia del cerebro. Esta evolución empieza en las partes traseras del cerebro y avanza hacia la parte delantera del cerebro durante la pubertad. Así la adolescencia hay un crecimiento en la producción de materia gris en los lóbulos frontales. Hay menos conexiones neuronales, pero las que permanecen se fortalecen, se uniformizan y se hacen más efectivas, y así el procesamiento cognitivo se hace más eficiente<sup>67</sup>.

En este sentido se esquematizan en cuatro los cambios estructurales específicos que se dan durante la adolescencia: En primer lugar, hay una disminución de la materia gris en las regiones prefrontales del cerebro, lo que refleja la poda sináptica, proceso mediante el cual se eliminan las conexiones no utilizadas entre las neuronas; en segundo lugar, durante la adolescencia temprana se producen cambios importantes en la actividad que involucran a la sustancia neurotransmisora que conocemos como dopamina, especialmente alrededor de la pubertad; en tercer lugar, hay un aumento de la materia blanca en la corteza prefrontal durante la adolescencia y, por último, hay un aumento en la potencia de las conexiones entre la corteza prefrontal y el sistema límbico y este cambio es especialmente importante para el control de las emociones<sup>68</sup>.

Así, como recuerda SCHAD<sup>69</sup>, respecto a la reestructuración de los niveles de dopamina, esta sustancia influye motivando a los individuos a buscar compensaciones o a realizar comportamientos que supongan gratificaciones. No es hasta la edad adulta cuando la capacidad cognitiva para el control de los impulsos se desarrolla completamente. Con esta autorregulación, junto con la memoria y a la experiencia, hace que un adulto esté mejor equipado para resistir los impulsos hacia la búsqueda de recompensas.

En definitiva, como ya se ha constatado, la psicología y la neurociencia evolutivas han conseguido demostrar que los niños y los adolescentes son diferentes de los adultos desde un punto de vista social, psicológico y también neurológico<sup>70</sup>. No se refiere a que un adolescente tenga menor capacidad para entender las normas o para saber que las está infringiendo: los adolescentes no tienen una menor capacidad intelectual o cognitiva; simplemente no cuentan con una serie de recursos y de habilidades imprescindibles para manejarse ante determinadas situaciones del modo en el que lo haría un adulto. Por tanto, los adolescentes son menos maduros desde un punto de vista psicológico y neurobiológico, lo que conduce a que tengan menor capacidad de culpabilidad penal.

Pese a las limitaciones intrínsecas y a la continua evolución de los estudios neurocientíficos vemos que éstos añaden importantes elementos reales a la justificación de un tratamiento específico para los adolescentes, es decir, sospechosos con una suficiente madurez para percibir el carácter negativo de su eventual conducta, pero sin una suficiente capacidad de control de sus propios impulsos como se espera en un adulto. Esta afirmación probablemente tiene más de hipótesis que de dogma indiscutible. De hecho,

---

se refiere a un marco conceptual de regulación de la emoción: “El cerebro ha desarrollado una red de circuitos que le ayudan a regular sus estados de activación. La naturaleza de ese proceso de regulación de la emoción puede variar mucho de un individuo a otro y puede estar influido tanto por características constitucionales como por adaptaciones a la experiencia”.

66 Vid. GIEDD, J.N. “The Teen Brain: Insights from Neuroimaging”, *Journal of Adolescent Health*, num. 42, 2008, pp. 335-343.: “Adolescence is a time of a substantial neurobiologic and behavioral change, but the teen brain is not a broken or defective adult brain. The adaptive potential of the overproduction/selective elimination process, increased connectivity and integration of disparate brain functions, changing reward systems and frontal/limbic balance, and the accompanying behaviors of separation from family of origin, increased risk taking, and increased sensation seeking have been highly adaptive in our past and may be so in our future. These changes and the enormous plasticity of the teen brain make adolescence a time of great risk and great opportunity”.

67 Cfr. KUHN, D., “Do Cognitive Changes Accompany Developments in the Adolescent Brain?”, *Perspectives on Psychological Science*, 2006, March, vol. 1, pp. 59-67.

68 STEINBERG, L., “Should the Science of Adolescent Brain Development Inform Public Policy?”, *Issues in Science and Technology*, Spring 2012, pp. 67-78.

69 SCHAD, S., “Adolescent Decision Making: Reduced Culpability, in the Criminal Justice System and Recognition of Capability in Other Legal Contexts”, *Journal of Health Care Law and Policy*, volume 14, issue 2, 375-403: “a key monoamine neurotransmitter modulating reward circuitry” and “has been associated with multiple aspects of reward processing. . .”.

70 POZUELO PÉREZ, L., “Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente. Aproximación a las aportaciones de la neurociencia acerca del tratamiento penal de los menores de edad”, *In Dret*, 2/2015.

algunos autores han puesto reservas fundadas en torno a ella<sup>71</sup>, por ello la respuesta a la cuestión que nos ha traído hasta aquí no puede ser unívoca: son factores plurales y heterogéneos los que siguen ofreciendo razones objetivas para un enjuiciamiento diferenciado de los menores, entre las cuales se encuentra también, pero no sólo, su paulatina maduración biológica<sup>72</sup>.

---

71 *Vid.* MARONEY, T.A., "The False Promise of Adolescent Brain Science in Juvenile Justice", *Notre Dame Law Review*, 2013, 85, 1, pp. 89-178.

72 Comparten esta conclusión integral: GRUBER, A.A.; YURGELUN-TODD, D.A., "Neurobiology and the Law: A Role in Juvenile Justice?", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2006, vol. 3, pp. 321-340.

# RIFLESSIONI SU *RULE OF LAW* E «PRECEDENTE» GIUDIZIALE

**Luigi Paolo Comoglio**

già Ordinario di Diritto processuale civile  
nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

SOMMARIO. 1. Introduzione. Stato di diritto e garanzie del potere giudiziario, nell'ordinamento brasiliano. – 2. Indipendenza della magistratura italiana, nella prospettiva costituzionale. – 3. Separazione dei poteri, Stato di diritto e *rule of law*. Profili sistematici. – 4. Il principio di legalità e l'incerta autorità del «precedente» giudiziale. Premesse sull'indipendenza «interna» del magistrato. – 5. (*Segue*) Lo *stare decisis* nelle tradizioni angloamericane. Variazioni sul tema. – 6. (*Segue*) Lo *stare decisis* nei più recenti indirizzi giurisprudenziali in Italia. Il fascino discreto di un seducente richiamo. – 7. (*Segue*) «Precedente» giurisprudenziale e *simula vinculante* nell'ordinamento brasiliano. Spunti e prospettive.

## 1. INTRODUZIONE. STATO DI DIRITTO E GARANZIE DEL POTERE GIUDIZIARIO, NELL'ORDINAMENTO BRASILIANO

Nel dedicare questo mio scritto ai due grandi Studiosi scomparsi, ai quali mi sento legato da oltre cinquant'anni di affettuosa amicizia e di profonda stima<sup>1</sup>, ritengo opportuno riprendere qui, con gli adattamenti del caso, alcune parti di una mia nuova opera, tuttora in fase di elaborazione, essendo convinto di rendere loro, in tal modo, l'omaggio più appropriato<sup>2</sup>.

Mi accomuna da tempo – lo dico subito – agli Studiosi brasiliani in genere (ed a questi miei cari Amici, in particolare) sia l'interesse qualificato verso la comparazione giuridica, sia lo studio approfondito degli stretti rapporti fra garanzie costituzionali e disciplina del processo, per la piena attuazione della sua *efetividade*, nell'ottica del *devido processo legal*<sup>3</sup>. Ed è in tale prospettiva che ho sempre apprezzato i principi ed i valori, da me condivisi, sui quali si basa l'*acesso à ordem juridica justa*, da tempo teorizzato dalla più autorevole dottrina<sup>4</sup>.

Ebbene, alla luce delle riforme costituzionali di questi ultimi anni, mi preme qui porre brevemente in evidenza – per quanto si dirà sulla *rule of law* – quali siano, nell'attuale sistema brasiliano, le peculiari garanzie che assicurano al potere giudiziario l'esercizio delle sue delicate funzioni di equilibrio e di controllo, in una

1 Sia José Carlos Barbosa Moreira, sia Ada Pellegrini Grinover – al pari di un altro mio grande Amico (Cândido Rangel Dinamarco) – mi sono sempre stati vicini, con il loro supporto umano e scientifico, in tutte le mie «incursioni» dottrinali nell'ordinamento brasiliano, facendomelo conoscere ed apprezzare sin da quando – ero, allora, un giovane Studioso alle prime armi – io ebbi a subire, in Milano, il fascino di Enrico Tullio Liebman e delle sue opere in lingua portoghese.

2 Intendo essere coerente con quanto, nell'ottobre 2016, Ada Pellegrini volle scrivere di suo pugno sulla copia inviata del suo ultimo volume *Ensaio sobre a processualidade* (cfr. *infra*), reputandomi (così Ella disse) «sempre aperto a nuove idee». Ecco, proprio l'opera nuova – dal titolo *Mito, fantasia e realtà del giudice «imparziale»* – che sto elaborando in questi tempi (e che qui viene ripresa in alcuni paragrafi del Cap. II) mi fornisce ampi spunti e vivide sollecitazioni per tener fede a siffatta «apertura».

3 Richiamo qui, nel loro intimo collegamento, le garanzie sancite dall'art. 5°, XXXV, LIV-LV, LXXVIII, della Costituzione federale brasiliana del 5.10.1988 (più volte emendata, come si sa, negli anni successivi). Si pensi, in proposito, anche alla garanzia costituzionale dell'azione, cui Ada Pellegrini dedicò nel 1973 una sua nota monografia (*As Garantias constitucionais do direito de ação*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, pp. XII-195), al pari di quanto capitò a me nel 1970 con un'opera analoga (si vedano i precisi riferimenti nella *Nota previa* all'edizione spagnola di tale mia opera, *La garantía constitucional de la acción y el proceso civil*, Universidad Andina del Cusco, Raguél Ediciones, Lima, 2015, pp. 7-629, sp. pp. 13-15, testo e note).

Sui diversi temi qui in esame, mi piace ricordare altresì: BARBOSA MOREIRA, *Temas de direito processual*, Terceira Série, Saraiva, São Paulo, 1984, pp. 1-235, sp. pp. 1-13, 27-42, 43-56; Id., *Efetividade do processo: por un processo socialmente efetivo*, in *Revista Síntese de direito civil e direito processual civil*, Ano II, N° 11, 2001, pp. 5-14; PELLEGRINI GRINOVER, *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*, Bushatsky, São Paulo, 1975, pp. 1-177, sp. pp. 3-19, 23 ss., 89 ss.; Id., *O processo em evolução*, Forense Universitaria, Rio de Janeiro, 1996, pp. 35-96. Per una ulteriore trattazione dell'«efficacia», dell'«efficienza» e dell'«effettività» della giurisdizione, cfr., poi, R. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Neoprocesalismo, Teoría del proceso civil eficaz*, Ara Editores, Lima, 2013, pp. 9-1325, sp. pp. 819-825, 826-867, 868-903.

4 Si leggano, sull'elaborazione teorica risalente a Kazuo Watanabe, PELLEGRINI GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade, Fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, Gazeta Jurídica Editora, Brasília, 2016, pp. 75-84. Cfr., inoltre, in proposito: C. R. DINAMARCO, *Fundamentos do processo civil moderno*, 3a ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2000, vol. I, pp. 591-609, e vol. II, 745 ss., 840 ss.; Id., *A instrumentalidade do processo*, 5a ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1996, pp. 24-43.

visione pragmatica (e non certo ideologica) dei *checks and balances* propri di un moderno Stato di diritto<sup>5</sup>.

Indubbiamente, in una Costituzione di tipo «rigido»<sup>6</sup>, qual è quella brasiliana, l'attuata separazione dei poteri statali trova anzitutto riscontro nella nozione di «Estado democrático de direito», avente struttura repubblicana e federale, fra i cui presupposti fondamentali spiccano, *inter alios*, la protezione della dignità della persona e la «prevalenza» dei diritti umani<sup>7</sup>.

Vi sono, tuttavia, alcune specifiche caratteristiche, in quel sistema di garanzie, che meritano una più approfondita considerazione.

Ciò che, nell'accezione a noi familiare in Europa, integra il c.d. principio di «legalità»<sup>8</sup> corrisponde, qui, alla «legittimazione» e, perciò, alla piena «legittimità» del potere giudiziario, entrambe derivanti non già da forme di investitura popolare, bensì direttamente dalla Costituzione, nonché dalle garanzie di indipendenza e di imparzialità ivi consacrate<sup>9</sup>.

Provvedono, poi, altre specifiche garanzie – quali sono, ad es., la garanzia di un'illimitata tutela giurisdizionale dei diritti<sup>10</sup> e quelle, già indicate, del *devido processo legal* – ad imporre ad ogni giudice l'osservanza incondizionata delle leggi, da attuarsi con la pronuncia – in pubblica udienza ed in processi aventi una «durata ragionevole»<sup>11</sup> – di decisioni adeguatamente «motivate»<sup>12</sup>.

Il quadro si completa con l'insieme delle dettagliate previsioni costituzionali, che regolano la struttura e l'autonomia (amministrativa e finanziaria) del potere giudiziario, le funzioni dei più importanti organi della giurisdizione federale e di quelle statali, nonché l'accesso alle carriere per pubblici concorsi, lo *status* giuridico, la progressione economica e le garanzie di inamovibilità dei singoli giudici<sup>13</sup>.

Né vanno dimenticate l'indipendenza e l'autonomia degli organi esercenti le funzioni del pubblico ministero, inclusi (al pari degli organi dell'avvocatura e della difesa pubblica, oltreché dell'avvocatura in generale) nel novero delle «funzioni essenziali alla giustizia»<sup>14</sup>. Ma non va dimenticato come l'azione e le forme di intervento del pubblico ministero, il cui *status* gode di una disciplina a sé, siano ammissibili (senza alcun rischio di indebita generalizzazione) entro i precisi limiti stabiliti dalla Costituzione<sup>15</sup>.

Tutto ciò esposto e chiarito, vengo ora ad affrontare i temi specifici, cui mira questa mia, pur limitata, indagine storico-comparatistica.

## 2. INDIPENDENZA DELLA MAGISTRATURA ITALIANA, NELLA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE

Non posso prescindere, per gli scopi che mi prefiggo, da un breve *excursus* degli eventi che condussero alla genesi della Repubblica italiana.

Essa nacque, come è noto, nel 1946 da un drammatico *referendum* abrogativo della monarchia, in una Nazione profondamente segnata dagli orrori della seconda guerra mondiale ed animata dal fermo rifiuto di quell'autoritarismo, che era stato spinto alle conseguenze estreme dal precedente ventennio di dittatura fascista.

5 Cfr., sul punto, ancora PELLEGRINI GRINOVER, *Ensaio*, ult. cit., pp. 121-130.

6 Sui procedimenti speciali di *Emenda à Constituição*, si vedano gli artt. 59-60 della stessa Costituzione federale.

7 Artt. 1° e 4°, II, della citata Costituzione.

8 Vale a dire: la soggezione del giudice «soltanto» alla legge (cfr., *infra*, nel prosieguo della trattazione).

9 PELLEGRINI GRINOVER, *Ensaio*, cit., pp. 126-127.

10 Art. 5°, XXXV: «a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito».

11 Sul punto, mi permetto di rinviare al mio studio *Garantias constitucionales, plazo razonable y proceso «justo»*, in *Constitutionalismo y proceso, Tendencias contemporáneas*, R. González Álvarez Coordinador, Ara Editores, Lima, 2014, pp. 251-287, sp. pp. 273-277.

12 Artt. 5°, LXXVIII, e 93, IX.

13 Artt. 92-100 (Disposizioni generali), 101-103, 103-A, 103-B (Supremo Tribunal Federal), 104-105 (Superior Tribunal da Justiça), 106-110 (Tribunali regionali federali e giudici federali), 111-116 (Tribunali e giudici del lavoro), 118-121 (Tribunali e giudici elettorali), 122-124 (Tribunali e giudici militari), 125-126 (Tribunali e giudici statali).

14 Artt. 127-130 (Ministério Público), 131-132 (Advocacia pública), 133 (Advocacia), 134-135 (Defensoría pública).

15 Sulle funzioni istituzionali degli organi del pubblico ministero (al cui vertice è collocato il *Procurador-Geral da República*) e sulla diversa tipologia delle azioni civili e pubbliche, al cui esercizio essi sono legittimati, si vedano: l'art. 129, I-II-II-IV, della Costituzione federale, nonché, nel nuovo c.p.c., l'art. 176 («O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis») e l'art. 177 («O Ministério Público exercerá o direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais»).

Fu così che nel 1948 vennero adottate, con la nuova Costituzione, una forma di Stato democratico ed una forma di governo parlamentare, entrambe tipiche degli Stati di democrazia «classica», secondo modelli già ben delineatisi nel corso del secolo XIX (e non solo in Europa), sulla scia delle grandi Rivoluzioni (francese e nordamericana) della seconda metà del secolo XVIII<sup>16</sup>.

E' pure noto che, nella predetta Costituzione italiana, i «principi fondamentali» impongono alla Repubblica di «riconoscere»<sup>17</sup> e di «garantire» sia i «diritti inviolabili dell'uomo», sia i «doveri inderogabili di solidarietà» (politica, economica e sociale) che ne rappresentano il necessario contraltare<sup>18</sup>. Perciò, la Parte Prima, coerentemente, configura e protegge sia i «diritti», sia i «doveri» dei cittadini, nell'ambito dei rapporti civili, etico-sociali, economici e politici<sup>19</sup>. In essi si traduce e si attua la pacifica convivenza democratica fra individui che si considerano portatori di «pari dignità sociale» ed «eguali davanti alla legge», senza alcuna indebita od irrazionale discriminazione<sup>20</sup>.

Al di là di queste elementari premesse, giova però rammentare, in termini non meno istituzionali, quali siano, nell'«ordinamento della Repubblica», disciplinato dalla Parte Seconda<sup>21</sup>, la posizione e il rango costituzionale della Magistratura<sup>22</sup>, nonché, di riflesso, le caratteristiche e le condizioni di realizzazione della forma prescelta di «separazione dei poteri».

La Magistratura – come dice l'art. 104, comma 1 – costituisce un «ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere», la cui autonomia (organizzativa e gestionale) trova pieno riscontro nella creazione di un organo apicale di autogoverno (qual è il Consiglio Superiore)<sup>23</sup>. Inoltre, i magistrati – la cui nomina ha luogo per concorso pubblico (e non già per designazione elettiva)<sup>24</sup> – sono «inamovibili» e si distinguono fra loro «soltanto per diversità di funzioni», soggiacendo comunque a forme di responsabilità disciplinare ed a specifici provvedimenti, anche di carattere sanzionatorio<sup>25</sup>, la cui adozione viene rimessa, con le «garanzie di difesa» previste dall'ordinamento, allo stesso organo di autogoverno<sup>26</sup>. Infine, le inequivoche indicazioni, ricavabili dal linguaggio tecnico del legislatore, inducono ad assimilare l'«ordine»<sup>27</sup>, in cui è costituita la stessa Magistratura, ad un vero e proprio «potere dello Stato», indipendente come tale da «ogni altro potere» (legislativo ed esecutivo)<sup>28</sup>. In ciò, appunto, si traduce e si attua quella che abitualmente viene definita come «indipendenza istituzionale» della Magistratura.

Anche a prescindere da questi profili, assume comunque una rilevanza di spicco, nella nostra trattazione,

16 Si consulti, in proposito, l'ampia indagine di P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato (Le "forme di Stato" e le "forme di governo". Le Costituzioni moderne)*, VI edizione, Giuffrè, Milano, 1988, pp. XX-733, sp. pp. 55-107 (Cap. I) e 109-130 (Cap. II, Sezione I).

17 Nel che si sostanzia – è pure risaputo – il delicato discrimine tra le forme di democrazia «classica», in cui i diritti individuali sono «riconosciuti» nella loro preesistenza «giusnaturalistica», e le forme di democrazia «socialista», in cui la genesi di quei diritti promana *ab origine* dall'autorità dello Stato, senza postulare alcuna preconstituita radice nella tradizionale *natural law*.

18 Cfr. in particolare, nell'ambito degli artt. 1-12, l'art. 2, comma 1, Cost. it.

19 Artt. 13-28, 29-34, 35-47, 48-54 Cost.

20 E cioè, come dice l'art. 3, comma 1, «... senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali».

21 Cfr.: Titolo I, artt. 55-82 (Il Parlamento); Titolo II, artt. 83-91 (Il Presidente della Repubblica); Titolo III, artt. 92-100 (Il Governo).

22 Cfr.: Titolo IV (La Magistratura), Sezione I (Ordinamento giurisdizionale), artt. 101-110; Sezione II (Norme sulla giurisdizione), artt. 111-113. Che le garanzie costituzionali attinenti all'esercizio della funzione giurisdizionale si riferiscano essenzialmente ai «magistrati ordinari», è detto a chiare lettere nell'art. 102, comma 1.

Per le altre magistrature (Consiglio di Stato ed organi di giustizia amministrativa; Corte dei conti; tribunali militari in tempo di guerra e in tempo di pace), nonché per le loro garanzie di indipendenza (coperte da una esplicita «riserva di legge»), occorre fare riferimento ad ulteriori garanzie, contenute negli artt. 103, commi 1-3, e 108, commi 1-2.

A proposito di queste ultime norme, è il caso di ricordare come non sia stato costituzionalizzato l'ideale «principio della giurisdizione unica», su cui ebbe ad insistere specificamente il Guardasigilli Grandi nella Relazione sul nuovo c.p.c. (*sub* § 1, n. 9), presentata al Re Vittorio Emanuele III nell'udienza del 28.10.1940. Quel «principio», infatti, avrebbe dovuto esprimere, in coerenza con quanto previsto nell'art. 1 del codice, un «rafforzato senso della legalità», quale «più sicura coscienza della unità del diritto e della Nazione», e perciò quale espressione nel processo della «unità dello Stato sovrano», cardine (con il concetto correlato di «autorità») della «dottrina del Fascismo». Si leggano, al riguardo, le acute considerazioni di A. PIZZORUSSO, *sub* art. 102, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Artt. 99-103, Zanichelli, Soc. Ed. del Foro italiano, Bologna-Roma, 1994, pp. 195-198.

23 Cfr., in correlazione fra loro, l'art. 104, commi 2-6, e l'art. 105.

24 L'art. 106, comma 2, riserva alla legge sull'ordinamento giudiziario l'eventuale nomina, «anche elettiva», dei «magistrati onorari».

25 L'art. 107, comma 1, menziona la dispensa o la sospensione dal servizio, nonché la destinazione ad altre sedi o funzioni.

26 Cfr. ancora il cit. art. 107, commi 1-4.

27 Si ricordi che di «ordine giudiziario» si parlava anche nello Statuto albertino del 1848, in premessa agli artt. 68-73, recanti norme fondamentali riferite ai Giudici, ai Magistrati ed ai Tribunali (cfr. anche *infra*).

28 L'implicita (e paritaria) inclusione dell'«ordine» giudiziario fra i «poteri dello Stato» ha, poi, trovato testuale conferma nella disciplina dei «conflitti di attribuzione», la cui risoluzione viene demandata alla Corte costituzionale, in base agli artt. 37-38 della l. 11.3.1953, n. 87. Cfr. anche *infra*.

la c.d. «indipendenza funzionale» del singolo giudice, che – secondo la consolidata dottrina<sup>29</sup> – presuppone, quale sua imprescindibile garanzia, il «principio di legalità» (o, meglio, il «principio di legalità nella giurisdizione») <sup>30</sup>, in forza del quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge»<sup>31</sup>. Essa, poi, si riflette anche sulle garanzie di «autonomia» interna, le quali a loro volta si traducono nelle specifiche attribuzioni del Consiglio Superiore, in materia di carriera e di responsabilità disciplinare dei magistrati<sup>32</sup>.

Fu ben chiaro, infatti, sin dai primi commenti scientifici di quegli anni, come l'«indipendenza istituzionale» si ponesse, rispetto alle passate tradizioni, quale *condicio sine qua non* dell'«indipendenza funzionale» (e quindi, *a fortiori*, dell'«imparzialità» da imporsi, in forza dello stesso principio di «legalità»<sup>33</sup>, ad ogni giudice come tale)<sup>34</sup>, risolvendosi (in altre parole) «... nelle tre garanzie dell'autogoverno, dell'autodisciplina e dell'inamovibilità...»<sup>35</sup>.

Quest'ultima garanzia merita, a ritroso nel tempo, una curiosa notazione. Nella fantastica Repubblica «che non c'è» – raffigurata nel secolo XVI dall'acuto ingegno e dalla immaginifica visione di Tommaso Moro<sup>36</sup> – i «magistrati», elettivamente scelti e nominati dagli Utopiensi, erano investiti delle loro funzioni unicamente «a tempo» (e con durata annuale)<sup>37</sup>, ma l'«inamovibilità» (se così oggi si può dire), pur espressa nella forma di un'investitura avente durata teoricamente «perpetua», era un privilegio del solo «Magistrato» eletto quale «principe», senza peraltro mai configurarsi, anche nei confronti di quest'ultimo, come una garanzia incondizionata ed assoluta<sup>38</sup>.

Pare subito necessario (per coerenza espositiva) verificare quali siano state, nel «precedente» costituzionale di immediato riferimento (ossia nello Statuto promulgato da Re Carlo Alberto il 4.3.1848), le menzionate «guarentigie» del potere giudiziario.

Basta qui, io credo, un breve *résumé*.

Trattandosi di una *Constitution octroyée*, promulgata su graziosa concessione sovrana ed in linea con le

- 29 Più in dettaglio, si tende a distinguere : a) l'indipendenza personale, riferita alla persona del giudice ed alla sua posizione di «equidistanza» (connotato specifico dell'«imparzialità») nei riguardi delle parti in lite ; b) l'indipendenza organica, riferita alla collocazione istituzionale del magistrato nell'organizzazione giudiziaria, al riparo da indebite interferenze di altri poteri ; c) l'indipendenza funzionale in senso stretto (altrimenti definita come «riserva di giurisdizione»), riferita al momento applicativo della legge ed alla piena autonomia di giudizio del magistrato, in forza del «principio di legalità», ex art. 101, comma 2, Cost.
- Per ulteriori rilievi, cfr. R. GUASTINI, *sub art. 101*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Artt. 99-100, *Gli organi ausiliari*, Artt. 101-103, *La Magistratura*, Tomo I, Zanichelli, Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994, pp. 140-194, sp. pp. 187-193 ; M. R. MORELLI, *sub artt. 104-108*, in V. Crisafulli L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova, 1990, pp. 649-668, sp. pp. 649-650 ss. Si aggiungano, nella dottrina posteriore, gli ampi contributi di F. BILE, *Giurisdizione e giudici nella giurisprudenza costituzionale*, di S. BARTOLE, *Giudici ed attuazione dei valori costituzionali*, e di G. ALPA, *Le giurisdizioni nella Costituzione*, Convegno per il 60° anniversario della Costituzione (Roma, 18.6.2008), in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n. 155, Roma, 2009, pp. 24 ss., 29 ss., 42 ss.
- In generale, per un'ampia disamina delle garanzie costituzionali attinenti alla Magistratura, cfr. altresì POMODORO (Castiglioni, Pretti), *Manuale di ordinamento giudiziario*, cit., pp. 13-24 ; G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, II ediz., Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1-16, 35-63, 65-85 ; nonché il mio studio *Precostruzione, indipendenza ed imparzialità del giudice*, cit., nel vol. *Diritto processuale civile e Costituzione*, a cura di E. Fazzalari, E.S.I., Napoli, 2006, pp. 87-94.
- Sull'esegesi delle norme costituzionali richiamate, si consultino infine (oltre a R. GUASTINI, *sub art. 101*, cit. *supra*) : A. PIZZORUSSO, *sub artt. 102-103*, in *Commentario della Costituzione*, cit., Artt. 99-100, 101-103, Bologna-Roma, 1994, pp. 101-194, 195-238 ; F. BONIFACIO, G. GIACOBBE, *sub artt. 104-107*, *op. cit.*, Artt. 104-107, Bologna-Roma, 1986, pp. 1-170 ; PIZZORUSSO, *sub art. 108*, 1° comma, V. ZAGREBELSKY, *sub art. 109*, V. CARBONE, *sub art. 110*, *op. cit.*, Artt. 1992, Bologna-Roma, 1992, pp. 1-144.
- 30 La precisazione è opportuna, dato che di «principio di legalità» si parla, in altra accezione, anche nel diritto penale e nel diritto amministrativo sanzionatorio (cfr., in relazione all'art. 25, commi 2-3, Cost., l'art. 2, commi 1-6, c.p. e l'art. 1 della l. 24.11.1981, n. 689).
- 31 Art. 101, comma 2, Cost.
- 32 Art. 105.
- 33 Avente riguardo – come già notava, ad es., G. FOSCHINI, *sub voce Giudiziario (ordinamento)*, in *Enc. it.*, II Appendice, Roma, 1948 – «... alla piena libertà del singolo giudice di dare il contenuto che crede agli atti di propria competenza...», senza timore di illecite interferenze *ab externo*.
- 34 Per un analitico quadro delle «prerogative costituzionali» dell'ordine giudiziario, in cui si consacrano l'autonomia e l'indipendenza come «presupposti» ineludibili dell'«imparzialità del giudice», si veda la Relazione al Parlamento del C.S.M. sul tema *L'adeguamento dell'ordinamento giudiziario ai principi costituzionali e alle esigenze della società*, Roma, 1976, Cap. IV, pp. 61-100, sp. 61-64.
- 35 In questi termini, cfr. ancora FOSCHINI, *op. loc. cit.*
- 36 Th. MORE (MORUS), *Utopia, Liber II, De Magistratibus*, 1516. E', appunto, l'opera più celebrata del famoso giurista, filosofo e politico anglosassone (1478-1535), il quale venne giustiziato per essersi rifiutato di riconoscere il Re Enrico VIII quale capo della Chiesa d'Inghilterra, e poi fu proclamato come Santo dalla Chiesa Cattolica nel 1935.
- 37 I Magistrati, nella narrazione dell'Autore, ebbero, via via, denominazioni diverse (*Syphograntus, Phylarchus, Traniborus, Protophylarcus*).
- 38 Infatti, «principis magistratus perpetuus est in omnem illius uitam, nisi tyrannidis affectatae suspicio impediatur» (*op. loc. cit.*). La precisazione era naturalmente doverosa, vista la indistinta «contiguità» di funzioni (legislativa, esecutiva o giudiziaria) fra le Autorità collocate al vertice della Repubblica immaginaria. Tanto più che qualsiasi deliberazione statutaria su temi di pubblico interesse o decisione risolutiva di controversie private non si sarebbe mai potuta adottare, se non dopo una trattazione ponderata di almeno tre giorni, e mai al di fuori del Senato, con la comminatoria della pena capitale per i trasgressori («... extra senatum, aut comitia publica de rebus communibus inire consilia capitale habetur. Haec eo ferunt instituto, ne proclivè esset, coniuratione principis, ac Traniborum, oppresso per tyrannidem populo, statum reipublicae mutare ...»).

consuetudini dell'epoca<sup>39</sup>, lo Statuto configurava uno Stato retto da un «Governo Monarchico Rappresentativo»<sup>40</sup>, nel quale – accanto ad un ristretto catalogo di diritti e di doveri dei cittadini regnicoli<sup>41</sup> – il potere legislativo era collettivamente esercitato dal Re e da due Camere (ossia dalla Camera dei Deputati, elettiva, e dal Senato, di nomina regia), mentre il potere esecutivo apparteneva al solo Re, con l'ausilio ed il tramite dei suoi Ministri<sup>42</sup>.

Nel contesto degli ampi poteri spettanti al Re<sup>43</sup>, la Giustizia era da lui «emanante» ed «in suo nome» veniva amministrata dai Giudici da lui istituiti<sup>44</sup>. Questi, dopo la nomina regia, erano considerati inamovibili solo «dopo tre anni di esercizio»; e qualsiasi deroga all'organizzazione giudiziaria era fatta oggetto di una testuale «riserva di legge»<sup>45</sup>. Inoltre, le garanzie attinenti al processo si riducevano a quella del «giudice naturale» (con il correlato divieto di creazione di giudici «straordinari») ed alla «pubblicità» delle udienze civili o dei dibattimenti penali, secondo le leggi in materia<sup>47</sup>.

Certo, l'indipendenza e l'autonomia del potere giudiziario erano presenti soltanto *in nuce* (o, se vogliamo, in prospettiva); tanto più che, con le leggi organiche della seconda metà del secolo XIX<sup>48</sup>, i Magistrati (e soprattutto i pubblici ministeri) si trovarono, via via, sotto il penetrante controllo del potere esecutivo (e del Guardasigilli, in particolare)<sup>49</sup>, pur vedendosi poi riconoscere, a fine secolo, talune (formali) innovazioni garantistiche<sup>50</sup>, sulla scia delle opinioni espresse dai più autorevoli Studiosi dell'epoca.

Fra questi, Ludovico Mortara ebbe a sottolineare con forza, nel medesimo periodo, come «... al retto ordinamento di un governo popolare rappresentativo...», pur nella forma di Stato monarchica, occorresse elevare il potere giudiziario «... al grado effettivo di un membro indipendente della sovranità...», ovvero (per il tramite di un rinnovato assetto dell'ordinamento giudiziario) costituire e regolamentare «... un organo novello della sovranità nazionale, che cooperando cogli altri al governo della cosa pubblica, serva però di freno e di moderatore agli eccessi cui potessero trascorrere per libidine di comando sia la potestà legislativa o sia quella esecutiva...»<sup>51</sup>.

Ma ben si sa che la sostanziale dipendenza della magistratura dal potere esecutivo (attraverso le ampie attribuzioni del Guardasigilli) si accentuò e si consolidò, anche in termini ufficiali, durante il ventennio di dittatura fascista, riflettendosi sulla stessa struttura originaria del r.d. 30.1.1941, n. 12 (c.d. Ordinamento Grandi), sopravvissuto (soltanto in parte) sino ai giorni nostri e profondamente modificato nei decenni successivi.

Ed è non meno notorio il fatto che la piena indipendenza (personale, organica e funzionale) della magistratura, nei confronti di ogni altro potere (e soprattutto nei riguardi del potere esecutivo), si realizzò, in vista dell'elaboranda Costituzione, soltanto con il c.d. decreto Togliatti sulle «guarentigie», ossia con il r.d.lgs. 31.5.1946, n. 511.

Ora – sulla scorta dell'intenso dibattito, dottrinale e politico, che negli anni 1946-1948, con l'attiva partecipazione di grandi Giuristi<sup>52</sup>, animò i lavori preparatori della nostra Carta fondamentale – occorre

39 Caratterizzate, come si sa, dalle pesanti eredità del vetusto assolutismo monarchico.

40 Statuto, art. 2: il Trono era ereditario «secondo la legge salica».

41 Si vedano, *ibidem*, gli artt. 24-32 ed in particolare: l'art. 24, sull'eguaglianza dei regnicoli dinanzi alla legge e sul pari godimento dei diritti civili e politici; l'art. 26, sulla garanzia della libertà individuale; l'art. 27, sull'inviolabilità del domicilio.

42 *Ibidem*, art. 5, inciso iniziale, ed artt. 65-67.

43 *Ibidem*, artt. 6-10.

44 Art. 68.

45 Art. 69. Era fatta eccezione per i Giudici di mandamento (Pretori). Si veda, poi, anche l'art. 70.

46 Art. 71.

47 Art. 72.

48 Si ricordino specificamente: la l. 19.5.1851 (c.d. Legge Sacconi; ed ivi, sull'inamovibilità, art. 8); il r.d. 13.11.1859, n. 3781 (c.d. decreto Rattazzi); la l. 6.12.1865, n. 2626 (sull'ordinamento giudiziario); la l. 14.7.1907, n. 511 (c.d. Legge Orlando). Per una disamina sintetica, cfr. ancora MORELLI, *sub art.* 101, in CRISAFULLI-PALADIN, *Commentario breve*, cit., pp. 635-637; e POMODORO, *Manuale*, cit., pp. 1-3.

49 Il quale sovrintendeva a qualsiasi provvedimento, concernente la carriera dei singoli giudici, controllando in via gerarchica gli stessi pubblici ministeri, quali rappresentanti periferici del potere esecutivo (e, quindi, del Re).

50 Si vedano: la c.d. Legge Zanardelli (n. 6878/1890) e la già cit. l. Orlando (n. 511/1907), a proposito dell'accesso alla magistratura per concorso ed all'istituzione del Consiglio Superiore, composto da Magistrati e dotato di funzioni consultive in materia di carriera.

51 Le citazioni sono tratte da L. MORTARA, *Lo Stato moderno e la giustizia (e altri saggi)*, con Prefazione di Pizzorusso, E.S.I., Napoli, 1992, pp. 5-206, sp. pp. 26, 30, 57.

52 Basti qui ricordare, per tutti, la figura ed i meriti di Piero Calamandrei nell'edificazione del nuovo assetto istituzionale, nato dalle rovine belliche e liberato dal pesante retaggio del decorso ventennio di dittatura fascista. In proposito, si vedano *ex multis*: E. CHELI, *Piero Calamandrei e la ricerca dei valori fondamentali della nuova democrazia repubblicana*, in Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico 1944-1948, a cura di S. Merlini, Laterza, Bari, 2007, pp. 15-26, ed A. BARBERA, *Piero Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, ivi, pp. 129-160; V. DENTI, *Calamandrei e la Costituente: il progetto e il dibattito sul potere giudiziario*, in P. BARILE (a cura di), *Piero Calamandrei*.

chiedersi (e mi pare ancor oggi un quesito interessante, perlomeno in funzione dello scopo cui mira questa mia indagine) se ed in qual misura la Magistratura, come «ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere»<sup>53</sup>, si inserisca in una forma di Stato e di governo con caratteristiche tali, da potersi considerare riconfigurata dai Costituenti nel rigoroso rispetto della tradizionale «separazione dei poteri» (o, in altre parole, conformemente al c.d. *trias politica model*).

Non si tratta – lo ripeto – di un quesito ozioso, pur se le risposte date dalla nostra dottrina costituzionalistica possano dirsi, sul punto, ormai consolidate e ferme.

Occorre, però, una ulteriore breve premessa.

Si sa da tempo che il c.d. *tripartite system* – storicamente riconducibile, secondo la *communis opinio*, alla celebre opera *De l'Esprit des Loïs*, elaborata da Montesquieu<sup>54</sup> nel 1748 – fu pensato e strutturato *ab origine* con il preciso intento di propugnare come preferibile un ordinamento di stampo liberale, con struttura repubblicana e democratica, nel quale tutti i poteri «politici» statuali (legislativo, esecutivo e giudiziario) non fossero mai concentrati nelle mani di una sola istituzione (come accade in altre forme di Stato e di Governo: monarchica, dispotica, aristocratica od oligarchica), ma venissero ripartiti in istituzioni separate ed autonome, pur se coordinate fra di loro, sì da potersi controllare ed autolimitare a vicenda (in una situazione di sostanziale equilibrio, che si è poi felicemente compendiata nella nota formula anglosassone *checks and balances*)<sup>55</sup>.

Si è, così, affermata e sviluppata via via, nelle forme di Stato riconducibili ai variabili modelli di «democrazia classica» (si pensi, soltanto, alla diversificazione tra forme di Governo parlamentari, presidenziali e direttoriali)<sup>56</sup>, la tendenza a distinguere fra una *séparation des pouvoirs rigide* (o *tranchée*), assai meno riscontrabile nella realtà degli ordinamenti moderni, ed una più frequente *séparation souple*, nella quale si dovrebbero realizzare in un armonico equilibrio precise condizioni e modalità di coordinamento fra i diversi poteri<sup>57</sup>.

Ciò detto, nell'ordinamento repubblicano in Italia – come perlopiù si sostiene, sulla scorta di taluni spunti normativi di conferma<sup>58</sup> – v'è ampio spazio per una *séparation souple*, nella quale il coordinamento ed, ove sia previsto dalla stessa Costituzione, il rapporto di parziale subordinazione fra i tre fondamentali poteri dello Stato sono funzionali all'attuazione di un loro tendenziale ed armonico equilibrio.

Il che – nell'ottica dei *checks and balances*, propri degli Stati di democrazia «classica» – dà vita, linfa e sostanza al nostro italico Stato di diritto<sup>59</sup>.

Su quest'ultima nozione – al di là del risaputo e dell'ovvio, come si vedrà fra poco – credo valga la pena di soffermarsi con un minimo di approfondimento aggiuntivo, per una semplice (ma, a mio avviso, ben fondata) ragione.

Fu particolarmente vivace, soprattutto negli anni '70, il dibattito – con un'appassionata partecipazione

*Ventidue saggi su un grande Maestro*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 407 ss. Per un approfondito esame delle vicende che condussero alla travagliata elaborazione dei principi costituzionali attinenti alla giustizia, si veda altresì la documentata monografia di F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam, Padova, 1982, pp. VIII-313, sp. pp. 65-157 (Cap. II), e *passim*.

53 Cfr. ancora l'art. 104, comma 1, Cost.

54 Charles de Secondat, Baron de Montesquieu (1689-1755).

55 Nell'opinione condivisa degli interpreti, si ritiene che le idee di Montesquieu si siano fondamentalmente ispirate al modello derivante dalle istituzioni repubblicane di Roma antica e, poi, al modello delineabile nelle tradizioni costituzionali del Regno d'Inghilterra, ove è radicata da secoli una separazione non rigida fra monarchia, istituzioni parlamentari e corti di giustizia. Nella cit. opera *De l'Esprit des Loïs*, si consulti la *Première Partie (Livres I à VIII)*. In particolare, si segnalano: nel Libro II, il Cap. I, sulla natura dei tre «gouvernements» ipotizzati («le Républicain, le Monarchique et le Despotique»), il Cap. II, sul «gouvernement républicain» e sulle «lois relatives à la démocratie», il Cap. III, sulle «lois relatives à la nature de l'aristocratie». Ma si considerino pure, con ulteriori approfondimenti, il Cap. IV, sulle «lois dans leur rapport avec la nature du gouvernement monarchique», ed il Cap. V, sulle «lois relatives à la nature de l'État despotique». Vale poi la pena di rammentare sia il Libro III (Cap. I-XI), sui principi strutturali dei tre tipi di «gouvernement», sia il Libro VIII (Cap. I-XXI), sulla «corruption des principes des trois gouvernements».

56 Per un'attenta panoramica, si riveda BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, cit., Parte I, Cap. II, Sezioni I-IV, pp. 109-373.

57 Sul punto, cfr. ancora MORELLI, *sub art.* 104, in *Commentario breve della Costituzione*, cit., p. 649.

58 Come si accennava poco sopra, la l. 11.3.1953, n. 87, recante «Norme sulla Costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale», nel disciplinare i «conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni» (ex art. 134 Cost.), stabilisce testualmente che «il conflitto tra poteri dello Stato è risolto dalla Corte costituzionale se insorge tra organi competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartengono e per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali» (art. 37, comma 1). E' dunque di tutta evidenza il fatto che a ciascun potere dello Stato (e quindi, segnatamente, al potere giudiziario nel suo insieme) spettino funzioni ed attribuzioni non mai separate, autosufficienti ed incomunicabili fra loro (a guisa di monadi leibniziane), bensì, nei limiti previsti dalla Costituzione, coordinate e sinergiche.

59 Per altre riflessioni, sul punto, cfr. *infra* § 3.



della stessa Magistratura – intorno al quesito se l'attività primaria del giudice, nell'interpretare e nell'applicare la legge<sup>60</sup> (o, in altre parole, nell'attuare la giustizia *tout court*)<sup>61</sup>, assuma (oppure no) una valenza (ed una correlativa responsabilità) di natura *lato sensu* «politica».

Consequentemente – una volta riconosciuto alla Magistratura il diritto di farsi portatrice di determinate «ideologie», non soltanto nell'organizzazione e nell'autonoma gestione delle proprie risorse interne, ma pure, in presenza di precise condizioni normative, nella stessa applicazione decisoria della legge<sup>62</sup> – si affermò allora (e si ritiene ancor oggi) che quella primaria attività, abitualmente sintetizzata nel brocardo *jura novit curia*, sarebbe soggetta, in ogni caso, ad una qualificazione di tipo «politico»<sup>63</sup>, nella misura in cui l'impegno ermeneutico del giudice non possa mai (o quasi mai) essere disgiunto, entro i rigorosi limiti individuabili (beninteso) nei principi costituzionali, da una strumentale ed integrativa *scelta di valori*<sup>64</sup>. Scelta «valorativa» – si badi – che nello stesso linguaggio fatto proprio dalla Costituzione viene addirittura postulata come ineludibile, laddove, ad es., il giudice debba, per decidere in concreto, misurarsi con le garanzie fondamentali del processo «giusto» (o del processo «equo»), al fine di dare un senso compiuto proprio a quella «giustizia» (od «equità») la cui attuazione è l'obiettivo essenziale di siffatte garanzie<sup>65</sup>.

Può dirsi tutto ciò in armonia con i cardini della separazione dei poteri ?

Credo che, per quanto si dirà fra poco, valga subito la pena di riesaminare brevemente, nel rapporto con la predetta separazione dei poteri, i tradizionali principi-base dello Stato di diritto, cui anche la nostra Costituzione (al pari, come s'è visto, di quella brasiliana)<sup>66</sup> si è materialmente uniformata.

### 3. SEPARAZIONE DEI POTERI, STATO DI DIRITTO E RULE OF LAW. PROFILI SISTEMATICI

Ebbene, trattando da lungo tempo questo tema (divenuto ormai classico), la più qualificata dottrina, nel parlare di «Stato di diritto»<sup>67</sup> e/o di *rule of law*<sup>68</sup>, non si è mai nascosta la necessità di affrontare alcune preliminari questioni, correlate ad altrettante difficoltà di inquadramento.

La prima questione è, certamente, individuabile nel fatto che le locuzioni in uso nelle diverse tradizioni e culture

60 In base al noto principio di «legalità» (art. 101, comma 2, Cost.). Cfr. *retro*.

61 Delineando la «funzione del giudice nella realtà sociale», la Relazione annuale del C.S.M. sullo stato della giustizia (nel vol. *Realtà sociale e amministrazione della giustizia*, Roma, 1970, pp. 1-240, sp. Cap. VIII, pp. 150-173) così ebbe, in proposito, ad affermare : «... il problema fondamentale è principalmente quello di assicurare alla società un giudice capace di tradurre – nel momento unico in cui la norma astratta si cala nella realtà esistenziale prendendo concreta vita nella disciplina di un determinato rapporto umano – la richiesta di giustizia avanzata dal singolo e dalla collettività in un atto effettivo di giustizia...» (p. 150).

62 Su questa duplice angolazione «ideologica», si veda, ad es., la chiara prospettazione di R. TREVES nella *Prefazione* al volume di E. MORIONDO, *L'ideologia della magistratura italiana*, Laterza, Bari, 1967, pp. XX-343, sp. p. VII.

63 Ciò vale anche per la stessa Corte costituzionale nello scrutinare la costituzionalità delle norme ordinarie sottoposte al suo «controllo di legittimità», atteso che, in base all'art. 28 della l. n. 87/1953, l'esclusione di «ogni valutazione di natura politica» viene correttamente (e limitatamente) finalizzata ad escludere «ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

64 Cfr., a proposito della c.d. «responsabilità politica» dei giudici e degli strumenti di controllo di quest'ultima, i sensati rilievi di MORELLI, *sub art.* 104, *op. cit.*, p. 665.

65 Si tratta, ripeto, delle stesse componenti «valorative» di cui si è discusso e tuttora si discute, da parte della più autorevole dottrina brasiliana, nel configurare la polivalente nozione di *acesso à ordem jurídica justa*. Cfr., *retro*, il § 1.

66 Cfr. ancora *retro*, nel § 1.

67 In argomento si vedano, per ulteriori approfondimenti, *ex multis* : U. ALLEGRETTI, *Stato di diritto e divisione dei poteri nell'era dei conflitti asimmetrici*, in *Dir. pubbl.*, 2005, pp. 93 ss. ; R. BIN, *Lo stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 1-136, *passim* ; Id., *Stato di diritto*, in *Enc. dir.- Annali*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2011, 1149 ss. ; G. BRONZINI, *La Carta dei diritti dell'Unione europea come strumento di rafforzamento e protezione dello Stato di diritto*, in *Politica del diritto*, 2016, 15 ss. ; P. COSTA, *Come limitare i poteri del sovrano ? Cenni sulla storia dello Stato di diritto in Europa*, in *Questione giustizia*, 2010, 3, 9 ss. ; N. IRTI, *Nomos e lex (Stato di diritto come stato della legge)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 589 ss. ; A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto – Per una giustizia «non amministrativa»*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. IX-192 ; A. SPADARO, *Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto*, in *Lo Stato*, 2017, 8, 139 ss. Con specifico riguardo ai problemi della giustizia, *adde* : L. PERILLI, *Lo Stato di diritto, l'indipendenza della magistratura e la protezione dei diritti fondamentali : la tragica deriva della Turchia del 2013*, in *Magistratura*, 2017, 1, 239 ss. ; M. SCAPARONE, *Giustizia e Stato di diritto nella Costituzione della Repubblica*, in *Questione giustizia*, 2010, 3, 20 ss. ; Id., *La giustizia nello Stato di diritto*, in *L'ordinamento giudiziario*, Parte III, Cap. un., Giappichelli, Torino, 2012, pp. 155 ss.

68 Cfr., sul tema, ad es. : AA.VV., *Rule of law – L'ideale della legalità*, a cura di G. PINO e V. VILLA, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 1-392 ; G. BOGNETTI, *Dalla «rule of law» allo «Stato amministrativo» : il problema della giustizia nell'amministrazione in America*, in *Jus*, 1987, pp. 11 ss. ; P.P. CRAIG, *Formal and substantive conceptions of the rule of law*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 35 ss. ; G. COGLIANDRO, *Rule of law – La possibilità del contenuto morale del diritto*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. XIV-434 ; Id., *Rule of law [Aggiornamento 2015]*, in *Digesto pubbl.*, Utet, Torino, 2015, 428 ss. ; A. DONATI, *Rule of law common law – Lineamenti*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. VIII-130 ; G. PALOMBELLA, *Il rule of law – Argomenti di una teoria (giuridica) istituzionale*, in *Sociologia dir.*, 2009, 1, 27 ss. ; Id., *E' possibile una legalità globale ? Il rule of law e la governance del mondo*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 1-272 ; U. MATTEI, *Rule of law*, in *Digesto civ.*, vol. XVIII, Utet, Torino, 1998, pp. 123 ss. ; M. TARUFFO, *Il giudice e la rule of law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 931 ss.

giuridiche (non esclusa, nell'ambito europeo, l'espressione *prééminence du droit*)<sup>69</sup>, si prospettano all'apparenza come sinonimi equivalenti, ma in realtà, per quanto riguarda il loro intimo significato, non sempre risultano perfettamente sovrapponibili (o, per così dire, riproducibili l'una «a ricalco» dell'altra). La seconda concerne, invece, le eventuali ricadute che su quel loro significato potrebbero comunque avere le differenti origini storiche. La terza, infine, si identifica nel fatto che in nessuna delle fonti normative disponibili sussistano elementi definitivi di tale qualità, da consentire l'elaborazione sicura (o quantomeno attendibile) di un preciso novero di requisiti comuni.

Credo che la disamina della seconda questione possa fornire spunti preziosi in merito alla risoluzione della prima e della terza, in correlazione fra loro<sup>70</sup>.

Non v'è dubbio che la *rule of law*, in accezione moderna<sup>71</sup>, si collochi storicamente nell'alveo delle tradizioni non codificate della c.d. *common (judge-made) law*, acquisendo, soprattutto nell'ordinamento costituzionale inglese, evolutosi nei secoli XVII-XVIII<sup>72</sup>, il significato di un limite invalicabile, da opporsi – in difesa dei diritti individuali, garantiti a tutti in condizioni di piena eguaglianza, senza indebite discriminazioni – sia al potere esecutivo del Sovrano, sia alla stessa supremazia del potere politico parlamentare, per opera di giudici indipendenti, custodi ed interpreti di quelle stesse tradizioni.

E' però innegabile il rischio di qualche sottile ambiguità.

Si parla talvolta di *rule according to law*, per elaborare un concetto che, in termini sostanziali e procedurali, si rivela del tutto analogo al nostro «principio di legalità»<sup>73</sup>, cui si intendono sottoposti, senza esenzione alcuna, i poteri dello Stato. Ma si parla anche, in una versione alquanto formalistica, di *rule under law* e di *rule by law* (o di *rule by laws*), per indicare impropriamente come qualsiasi teorica «arbitrarietà», ascrivibile al comportamento «discrezionale» dei pubblici poteri, sia da reputarsi esclusa *a priori*, laddove comunque sussista, a suo supporto, una corrispondente norma autorizzativa (il che darebbe impulso ed offrirebbe giustificazione, come sembra ovvio, ad interpretazioni viziate da possibili «derivate» autoritarie)<sup>74</sup>.

Non si deve, tuttavia, trascurare un'ulteriore prospettiva, in cui le esigenze originarie di preconstituita «legalità», di «certezza» e di «prevedibilità» delle norme riconducibili alle tradizionali fonti di *common law*, parrebbero porsi agli antipodi di qualsiasi forma di *discretionary power*, a tal punto da precluderne in assoluto l'attribuibilità agli organi pubblici (ed, in particolare, agli organi del potere esecutivo).

Si viene, perciò, a configurare, più realisticamente, una *rule according to a higher law*, in forza della quale la «legalità» di qualsiasi funzione o attribuzione, «discrezionale» o meno, degli organi pubblici è da considerarsi sempre soggetta, nell'inviolabile difesa dei *subditi*, al vaglio ed al controllo di giudici indipendenti ed imparziali, per effetto di una *judicial review*, il cui ineliminabile margine di «discrezionalità» trova, a sua volta, legittimazione specifica e limiti rigorosi in taluni valori universali e «trascendenti» (di correttezza, di moralità, di giustizia), posti al di sopra di qualsiasi *human legal system*, nell'ottica della *natural law*<sup>75</sup>. Soltanto così si prevengono e, quando occorra, si reprimono con severità gli atti «arbitrari»

69 E' emblematica, in proposito, la testuale equipollenza tra *prééminence du droit* e *rule of law*, sancita dalle versioni ufficiali, francese ed inglese, del Preambolo alla Convenzione europea del 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (ove, rispettivamente, si legge il riferimento al «patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit ...», nonché al «common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law ...»).

La stessa equipollenza è, peraltro, ormai consolidata nelle diverse versioni linguistiche delle pronunzie emesse in questi decenni dagli Organi europei di giustizia. Si pensi, *ex multis*, all'equivalenza (fra le nozioni di «Stato di diritto», «*prééminence du droit*», «*rule of law*» e «*Rechtsstaatsprinzip*») riscontrabile nelle corrispondenti traduzioni della nota sentenza sul caso Baka c. Ungheria, pronunziata dalla Grande Camera della CEDU in data 23.6.2016 (cfr. la motivazione, *sub* § 117), della quale si riparerà *infra* (nel prossimo paragrafo).

70 Si rivela, in proposito, di grande utilità la consultazione del *Report on the Rule of Law*, redatto – al termine della sessione plenaria n. 86, tenutasi in Venezia nei giorni 25-26 marzo 2011 – dalla Commissione europea per *Democracy through Law* (c.d. *Venice Commission*), quale organo consultivo di spicco del Consiglio d'Europa. Cfr., nel sito [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int), il predetto *Report* del 4.4.2011 (con i commenti di P. Van Dijk, G. Haller, J. Jowell e K. Tuori), contrassegnato come *Study n. 512/2009*, CDL-AD(2011)003rev, pp. 3-16.

71 Il riferimento-base è all'opera di A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, del 1885 (cfr., sul punto, il cit. *Report della Venice Commission*, p. 3).

72 Occorre rammentare, soprattutto nel secolo XVII, la «gloriosa rivoluzione» del popolo inglese, il quale si oppose con successo all'assolutismo sovrano della dinastia Stuart, conducendo a storiche conquiste legislative in difesa dei cittadini-sudditi e dei loro inviolabili diritti (*Bill of Rights*, *Habeas Corpus*, *Act of Settlement*), nel quadro di una nuova e moderna Monarchia parlamentare.

73 Nel significato – tanto per intenderci – fatto proprio per i giudici dall'art. 101, comma 2, della Costituzione italiana.

74 Sul punto, si legga il cit. *Report* europeo (*ibidem*, pp. 4-5); ma cfr. pure quel che si dirà *infra*.

75 Si pensi ad es. – nell'ordinamento statunitense – all'insieme di valori universali, che si considera sotteso alla *due process of law clause* del V e del XIV Emendamento alla Costituzione federale del 1787 (1791).

Cfr., sul punto, ad es., nella dottrina nordamericana: A. SCALIA, *The Rule of Laws as a Law of Rules*, in *U. Chi. L. Rev.*, 1989, 56 ss.; D. P. WOOD,

delle pubbliche autorità<sup>76</sup>.

Va sottolineato, in ogni caso, che, nel contesto dei valori di *fairness* e di *justice*, su cui si fonda la *rule of law*, assumono un rilievo centrale non soltanto l'indipendenza e l'imparzialità degli organi del potere giudiziario, preposti alla tutela dei diritti dei cittadini, ma anche – particolare, questo, non di poco conto – l'indipendenza, la probità e la correttezza dell'avvocatura, quale componente coesistente del *public judicial service*<sup>77</sup>.

Lo «Stato di diritto» invece – fermi restando gli eventi rivoluzionari di fine secolo XVIII, che segnarono la piena legittimazione dello Stato liberale e la fine dell'assolutismo monarchico, con la coeva affermazione delle istituzioni parlamentari<sup>78</sup> – deve la sua compiuta elaborazione, nella limitata varietà delle declinazioni linguistiche<sup>79</sup>, all'apporto determinante di celebri Studiosi dell'epoca, in un contesto culturale e politico di tradizione europea (e germanica, in particolare)<sup>80</sup>. Da costoro, infatti, sulla scia degli insegnamenti kantiani<sup>81</sup>, venne elaborato un modello di Stato democratico, nel quale – in termini sia formali che sostanziali – trovavano la loro cruciale collocazione il citato «principio di legalità», la separazione dei poteri, l'indiscriminata e paritaria protezione dei diritti fondamentali della persona<sup>82</sup>, nonché l'indipendenza e l'autonomia del potere giurisdizionale, con attribuzioni decisorie estese anche (e soprattutto) al controllo della legittimità (o, se si preferisce, della non arbitrarietà) degli atti amministrativi provenienti dagli organi del potere esecutivo.

Orbene, è vero che, a partire dalla seconda metà del secolo XX, le locuzioni analizzate sin qui – lo si ricordava poc'anzi – hanno trovato formale riscontro, con una sostanziale equipollenza di significati, in numerose Costituzioni moderne di democrazia parlamentare «classica», comprese nell'area di influenza della *civil law* continentale. Tutto ciò, sulla scia suggestiva (come io credo) di un «precedente» storico assai significativo<sup>83</sup>, ebbe ad attuarsi, soprattutto in Europa (ma non soltanto in essa)<sup>84</sup>, con inequivoche e solenni

*The Rule of Law in Times of Stress*, *ibid.*, 2003, 70 ss.; L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, cit., II ed., The Foundation Press, Mineola, New York, 1988, pp. 23-32, 546-548.

- 76 Sul controllo giudiziale e sulla repressione degli atti «arbitrary or capricious» delle *Administrative Agencies*, nel quadro delle funzioni attribuite in generale alle Corti di giustizia nel sistema statunitense, cfr., ad es., i precisi rilievi di HAZARD, TARUFFO, *American Civil Procedure, An Introduction*, cit., pp. 51 ss., sp. pp. 58-61.
- 77 Sul ruolo cruciale e sulle responsabilità etico-professionali dell'avvocatura nordamericana, nell'ottica della *rule of law*, si leggano, ad es., le acute considerazioni di G. C. HAZARD Jr., A. DONDI, *Legal Ethics, A comparative Study*, Stanford University Press, Stanford, 2004, pp. 1-5. Circa il necessario riferimento, nell'ambito della *rule of law*, anche all'indipendenza ed alla qualificata professionalità degli stessi *legal practitioners*, si riveda il *Report on the Rule of Law*, cit. *supra*, pp. 6-7.
- 78 Lo si desume, significativamente, dal confronto tra il Preambolo della Costituzione federale nordamericana del 1787 e quello della *Déclaration des droits de l'homme* del 1789 in Francia. Nel primo si legge, fra l'altro, che il popolo degli Stati Uniti promulgò quella Costituzione «... in Order to form a perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility [...] and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity ...»: mentre nel secondo, fra l'altro, si legge che i rappresentanti del popolo francese, costituiti in Assemblea nazionale, ritenuto che il misconoscimento e la perpetrata violazione dei diritti umani fossero le sole cause «... des malheurs publics et de la corruption des gouvernements...», decisero «... d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droit naturels, inaliénables et sacrés de l'homme ...», al fine di imporne, per tramite del potere giudiziario, il pieno rispetto al potere legislativo ed a quello esecutivo.
- 79 *Rechtsstaat, gerechte Staat, Staatsgerechtigkeit*, e così via.
- 80 Ci si richiama, tradizionalmente, alla figura dello studioso e politico tedesco Robert von Mohl (1799-1875), nonché a talune delle sue opere più conosciute (v., ad es., *Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika*, Stuttgart-Tübingen, 1824; *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*, Tübingen, 1834; *Das deutsche Reichsstaatsrecht*, Tübingen, 1873).
- 81 Invero, l'elaborazione del concetto di *gerechte Staat* ha risentito profondamente del cospicuo apporto della *Staatsphilosophie*, nella ricerca e nella dimostrazione razionale della *Legitimation* dello Stato e dei suoi poteri, a partire dal pensiero «classico» di Aristotele e di Platone, sino alle concezioni (diversificate fra loro) di T. Hobbes, J. Locke, Montesquieu, J.J. Rousseau, G. F. Hegel, K. Marx, J. Stuart Mill.
- 82 Si tenga presente, al riguardo, l'imperativo dettato dalla stessa *Déclaration des droits* del 1789: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution» (art. 16). Né si dimentichi come la vigente Costituzione francese richiami espressamente nel suo *Préambule* siffatta *Déclaration*, unitamente al Preambolo della precedente Costituzione del 1946, onde proclamare con enfasi, nell'art. 1, che la Francia è una Repubblica «indivisibile, laica, democratica e sociale».
- 83 Mi riferisco alla Costituzione pre-hitleriana di Weimar dell'11.8.1919, nel cui Preambolo si legge, fra l'altro, che il popolo tedesco, allora, si propose di adottare quel testo repubblicano fondamentale «... sein Recht in Freiheit und Gerechtigkeit zu erneuen und zu festigen, dem inneren und dem äußeren Frieden zu dienen und den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern ...». Affermazioni solenni di libertà, di progresso sociale, di pace e di giustizia, che, solo qualche anno più tardi, il regime nazista si sarebbe poi, purtroppo, incaricato (drammaticamente) di smentire! Si rivedano, in tale Costituzione, accanto alle più significative formulazioni dei diritti e dei doveri fondamentali, riconosciuti ai cittadini tedeschi di allora (artt. 109-113), i principi-cardine di una giustizia del Reich indipendente ed imparziale (artt. 102-108), ivi incluso il principio di «legalità» di cui già si è detto più volte («Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen»). E si tenga presente come il *Grundgesetz* del 1949 abbia, in ogni caso, recepito, nella parte finale del testo, gli artt. 136-141 della *Weimarer Verfassung* in materia di «Religion und Religionsgesellschaften». Sull'importanza storica e sugli influssi, spesso contestati o disconosciuti, che la Costituzione del 1919 ebbe ad esercitare sulle Costituzioni post-hitleriane, in Germania e altrove, cfr., ad es., nel vol. collettivo *Die Weimarer Verfassung, Wert und Wirkung für Demokratie*, Friedrich Ebert Stiftung, Landesbüro Thüringen, 2009, i contributi di C. GUSY, *Die Weimarer Verfassung und ihre Wirkung auf das Grundgesetz*, pp. 27-50, e di J. MARTINEZ, *Daheim geschmäht – im Ausland geachtet. Die Rezeption der Weimarer Verfassung in Lateinamerika*, pp. 265 ss.
- 84 Si riveda, a proposito dell'ordinamento brasiliano, quanto si diceva, *retro*, nel § 1.

enunciazioni di principio, racchiuse perlopiù nei rispettivi Preamboli programmatici<sup>85</sup>.

Lo stesso riscontro, d'altronde, può vedersi consacrato, secondo le più radicate tradizioni della *common law* angloamericana, nei più importanti Trattati internazionali, susseguitisi dal 1945 in poi, con la ferma determinazione di scongiurare in termini ultimativi, dopo la fine del secondo tragico conflitto mondiale, il pericolo di un deprecato ritorno a forme di Stato tiranniche e dittatoriali<sup>86</sup>. Ne sono circostanziata testimonianza, fra gli esempi più noti, sia la Dichiarazione universale dei diritti umani, adottata dalle Nazioni Unite nel 1948<sup>87</sup>, sia le Convenzioni ed i Trattati internazionali dei decenni successivi<sup>88</sup>, sia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>89</sup>, sia gli stessi Emendamenti ai Trattati istitutivi dell'Unione medesima<sup>90</sup>, in armonia con gli atti convenzionali che *ab origine* diedero vita alle Comunità europee degli anni '50.

Ma è anche vero che nessuna delle fonti qui menzionate – forse con una sola eccezione, in sé non del tutto perspicua<sup>91</sup> – appare in grado di fornire da sola, per siffatte locuzioni, alcuna definizione autentica o specificazione convincente dei possibili contenuti precettivi.

Ed allora, se la predetta equivalenza di significati fra *Rechtsstaat*, *Stato di diritto* e *rule of law*, a prescindere dalle variabili sfumature<sup>92</sup>, oggi può dirsi, anche nella prassi e nell'ottica privilegiata della magistratura<sup>93</sup>, ormai definitivamente acquisita<sup>94</sup>, ritengo che un eguale consenso possa (e debba) formarsi

85 Mi permetto di menzionare, qui, soltanto alcune delle leggi costituzionali a me particolarmente care. Si vedano dunque, ad es. : A) nel cit. *Grundgesetz* tedesco del 1949, l'art. 1, commi 1-3 (ove si impone ad ogni potere dello Stato, ed in particolare al potere giudiziario, l'inderogabile rispetto dei diritti fondamentali della persona), l'art. 23 comma 1 (ove si vincola la Repubblica federale, nel contesto della collaborazione europea, al rispetto dei «... demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität...»), e l'art. 28 comma 1 (ove si vincolano le Costituzioni dei singoli Ländern all'osservanza dei «... Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes...»); B) nella Costituzione spagnola post-franchista del 1978, il *Preámbulo* (in cui, fra l'altro, si proclama la volontà della Nazione di «... garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo...», nonché di «... consolidar un *Estado de Derecho* que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular...»); C) nella vigente Costituzione portoghese, il *Preámbulo* (in cui si afferma l'impegno di «assegurar o primado do Estado de Direito democrático»), nonché l'art. 2 (ove, con un'esplicita rubrica, si statuisce che la Repubblica «... è um *Estado de direito democrático*...», basato, fra l'altro, su «... na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes...»); D) nella Costituzione federale brasiliana del 1988 (cfr., *retro*, § 1), il *Preámbulo* (ove si afferma che la Repubblica «... constitui-se em *Estado democrático de direito*...»); E) nella Costituzione federale austriaca, il *Preámbulo*, laddove si proclama che il popolo sovrano, in virtù della propria libera autodeterminazione e per tramite dei propri organi costituenti, si è dotato di siffatta Costituzione «... als Fundament für die demokratische Regierungsform, die *Rechtsstaatlichkeit* und die *Bundesstaatlichkeit* unserer Republik...». Il corsivo nelle citazioni normative è qui aggiunto.

86 Sono, in tal senso, assai eloquenti il *Preámbulo* e l'art. 1 del *Charter of the United Nations*, promulgato in San Francisco il 26.6.1945, laddove si consacrano questi fermi propositi : a) «to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind...»; b) «to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small...»; c) «to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained...».

87 Nel relativo *Preámbulo*, in particolare, si legge (fra i molteplici e solenni intenti) : «... whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the *rule of law*...» (corsivo aggiunto).

88 Si veda, sul punto, già l'Art. F, commi 1-2, del Trattato di Maastricht del 7.2.1992, ove si parlava, con chiarezza, di principi di libertà e di democrazia, nella salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo, in applicazione delle garanzie derivanti dalla Convenzione europea del 1950. In tale contesto, si riconduceva coerentemente il paradigma dello «Stato di diritto» ai principi fondanti di ogni democrazia, secondo le «tradizioni costituzionali comuni» all'intera Europa (nelle diverse versioni : «constitutional traditions common to the Member States», «gemeinsame Verfassungüberlieferungen», «tradiciones constitucionales comunes»), da valere come «principi generali del diritto comunitario» (ossia come «general principles of Community law», «allgemeine Grundsätze der Gemeinschaftsrecht», «principios generales del derecho comunitario»).

89 Nel *Preámbulo* si afferma e si riconosce, chiaramente, che l'Unione europea è fondata sui «principi di democrazia» e sullo «Stato di diritto». Non vi sono particolari differenze nelle altre versioni linguistiche («principles of democracy» e «rule of law», «principe de la démocratie» e «principe de l'État de droit», «Grundsätzen der Demokratie» e «Rechtsstaatlichkeit», «principios de la democracia» e «Estado de derecho», «principios da democracia» e «Estado de direito»). Sull'evoluzione che dal Trattato di Maastricht del 1992 ha condotto, per il tramite della Risoluzione del Parlamento europeo in data 12.4.1989, alla Carta del 2000, si veda, volendo, ancora il mio volume *Etica e tecnica del «giusto processo»*, cit., pp. 97-128, 129-147.

90 Basti ricordare qui, dopo i più recenti emendamenti, la seconda proposizione del *Preámbulo* («... ISPIRANDOSI alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto...»), nonché l'art. 2 (ora art. 1°). Nelle altre principali versioni, la terminologia è del tutto conforme (soprattutto nei riferimenti alla *rule of law*, all'*État de droit*, alla *Rechtsstaatlichkeit*, all'*Estado de derecho* o all'*Estado de direito*).

91 Si tratta della Costituzione federale elvetica del 18.1.1999, di cui si cita, solitamente, l'art. 5, recante nella versione italiana la rubrica «Stato di diritto» («Il diritto è fondamento e limite dell'attività dello Stato. – L'attività dello Stato deve rispondere al pubblico interesse ed essere proporzionata allo scopo. – Organi dello Stato, autorità e privati agiscono secondo il principio della buona fede. – La Confederazione e i Cantoni rispettano il diritto internazionale.»). Si noti, però, che la rubrica in lingua francese è più articolata («Principes de l'activité de l'État régi par le droit»), mentre quella in lingua tedesca è un poco più aderente alla tradizione germanica («Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns»). *Idem* dicasi per le altre versioni del comma 1 («Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État», «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht»). Come è facile vedere, non si rinviene in questa fonte normativa l'enunciazione di ulteriori elementi da reputarsi pure inclusi, secondo la *communis opinio*, nelle nozioni-base di «Stato di diritto», di «État de droit» o di «Rechtsstaat».

92 Si rammenti anche, come già si diceva, l'alternativa espressione «*prééminence du droit*», non più ripresa nei testi normativi più recenti.

93 Si leggano, in quanto indicative, con riguardo al 60° anniversario dei Trattati europei, le parole pronunciate il 26.1.2018 dal Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione (G. Mammone) nella sua Relazione sull'amministrazione della giustizia per l'anno 2017, laddove si sottolinea come quell'anniversario sia stata l'occasione propizia «... per riaffermare che, secondo quanto previsto dall'art. 2 del Trattato costitutivo, il principio della tutela giurisdizionale è fondamento del principio dello Stato di diritto (*rule of law*)...».

94 Ne danno autorevole conferma, a livello comparatistico, HAZARD-DONDI, *Legal Ethics*, cit., p. 1. Nella versione italiana del volume, dal titolo *Eti-*

pure su taluni contenuti precettivi «minimi» – sottesi in buona misura alle stesse garanzie fondamentali del processo «equo» (o «giusto»)⁹⁵. Fra siffatti contenuti spiccano (per quanto qui maggiormente interessa) la separazione dei poteri dello Stato, il citato principio di «legalità»⁹⁶, l'eguaglianza di tutti dinanzi alla legge ed ai giudici, l'efficace protezione dei diritti umani, nonché, per l'effettiva tutela giurisdizionale di questi ultimi, l'indiscriminato accesso di tutti ad una giustizia pubblica, amministrata da organi realmente indipendenti ed imparziali⁹⁷.

#### 4. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E L'INCERTA «AUTORITÀ» DEL «PRECEDENTE» GIUDIZIALE. PREMESSE SULL'INDIPENDENZA «INTERNA» DEL MAGISTRATO

L'indipendenza del potere giudiziario, di cui si è parlato sin qui, concerne la sua difesa «esterna» da qualsiasi interferenza riconducibile ad organi degli altri due poteri statali, in linea con la *Gewaltenteilung* propria del *Rechtsstaat* tradizionale.

Ciò, naturalmente, non toglie che si debba pure parlare, con estrema attenzione, anche della salvaguardia di un'indipendenza (per così dire) «interna», correlata ad un possibile fraintendimento del principio di «legalità» universalmente riconosciuto, in forza del quale – già lo si è detto e ripetuto più volte – «i giudici sono soggetti soltanto alla legge»⁹⁸.

In altre parole, ci si chiede se e fino a quale punto la *potestas judicandi* del giudice, che in tanto è libera e sovrana, in quanto sia soggetta alla sola *servitus juris*⁹⁹, possa legittimamente subire restrizioni (e addirittura preclusioni), per effetto di una decisione autonomamente resa, in altra sede, da un altro giudice.

A prima vista, il quesito parrebbe banale – se, intuitivamente, si pensa alla cosa giudicata, ai suoi tipici effetti¹⁰⁰ ed alla sua *ratio* tradizionale, che la stessa legge, in qualsiasi ordinamento moderno, si cura di consacrare in termini di certezza giuridica e di economia processuale¹⁰¹ – implicando perciò una risposta non meno scontata (e, tutto sommato, inutile). Esistono, certo, casi eccezionali, in cui il giudicato esplica, per espressa volontà di legge o per consolidata interpretazione, un'efficacia *erga omnes*¹⁰² ovvero in cui, con riguardo all'accertamento pregiudiziale dell'efficacia, della validità o dell'interpretazione di contratti ed accordi collettivi, operano in via preventiva speciali meccanismi di coordinamento obbligato tra giudici diversi, ad evitare pronunzie divergenti su identiche questioni¹⁰³. Ma è fuori dubbio che, in base alla regola generale, il giudicato *inter partes*, formatosi dinanzi ad un primo giudice, è in grado di vincolare un secondo giudice, nella sola misura in cui il nuovo giudizio, instaurato dinanzi a quest'ultimo, verta fra le medesime parti ed

*che della professione legale*, cit., Il Mulino, Bologna, 2005, p. 9, i concetti di *rule of law* e di *Stato di diritto* vengono, nella trattazione, giustamente considerati come sinonimi con accezioni equivalenti.

95 E prima ancora – si badi – all'elaborazione storico-sistemica della nozione angloamericana di *due process of law*, variamente declinata (quale *devido proceso* o *devido processo legal*) anche nelle democrazie latino-americane. Mi permetto, in proposito, di rinviare al mio volume *Etica e tecnica del «giusto processo»*, cit., pp. 151-223, 225-280.

96 Si tratta – occorre ricordare ancora una volta – del principio in base al quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (come prescrive l'art. 101, comma 2, della nostra Costituzione). Cfr. pure, *infra*, il § 5.

97 Nel cit. *Report della Venice Commission* (*ibidem* pp. 9-10), si insiste sul fatto che, al di là di qualsiasi sforzo definitorio, occorra sempre propugnare concetti non soltanto «formali», ma realmente concreti e «sostanziali» (vi si parla, infatti, dell'esigenza fondamentale di un *materieller Rechtsstaatsbegriff*), includendovi testualmente: 1) la legalità, intesa altresì quale processo trasparente, affidabile e democratico di formazione delle leggi; 2) la certezza del diritto; 3) il generale divieto di «arbitrarietà» per gli atti, pur di natura «discrezionale», provenienti dagli organi dei poteri statuali; 4) il paritario accesso a Corti di giustizia indipendenti ed imparziali; 5) il sindacato giurisdizionale degli atti amministrativi, a tutela dei diritti e degli interessi individuali; 6) il rispetto inderogabile dei diritti umani; 7) l'eguaglianza (sia formale che sostanziale) di tutti avanti alla legge (ed ai giudici dello Stato).

98 Art. 101, comma 2, Cost.

99 L'espressione, come si sa, risale a Quintiliano e trova un riscontro ancor più ampio nella celebre massima ciceroniana *legum omnes servi sumus ut liberi esse possimus* (Cic., *Pro Aulo Cluentio Habito*, 146).

100 Ex art. 2909 c.c., in rapporto all'art. 324 c.p.c.

101 Si veda per altri riferimenti e rilievi, sulla funzione pratica del giudicato, la mia risalente opera *Il principio di economia processuale*, cit., vol. II, Cedam, Padova, 1982, pp. 107-150. Ma si veda altresì, per un'analisi approfondita delle finalità cui tende il giudicato, ai di fuori di qualsiasi indebito fraintendimento, ancora PELLEGRINI GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade*, cit., Cap. IX, pp. 165-177, e Cap. X, *Miti e realtà sul giudicato. Una riflessione italo-brasiliana*, pp. 181-204.

102 La prima categoria di fattispecie comprende, ad es., le norme, nazionali e comunitarie, in materia di marchi e di brevetti (art. 123 d. lgs. 10.2.2005, n. 30; artt. 55 e 100 reg. CE 26.2.2009, n. 207; cfr., in proposito, *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 17.11.2011, n. 24179, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce «Proprietà industriale», n. 212; Cass. civ., sez. I, 13.3.2017, n. 6382, *ivi*, 2017, voce cit., n. 37); la seconda concerne, invece, in generale i giudizi c.d. di *status* (Cass. civ., sez. III, ord., 3.10.2005, n. 19293, *ivi*, 2005, voce «Cosa giudicata civile», n. 41). Ma si pensi, pure, al giudicato amministrativo di annullamento di una norma regolamentare (Cass. civ., sez. I, 27.10.2005, n. 20933, *ivi*, 2005, voce «Giustizia amministrativa», n. 1185; Cons. Stato, sez. IV, 15.6.2004, n. 3931, *ivi*, 2004, voce cit., n. 1334).

103 Si veda, nel vigente processo del lavoro, dopo le riforme degli ultimi anni, la combinazione funzionale tra l'art. 420-bis, commi 1-3, e l'art. 146-bis disp. att. c.p.c., in relazione all'art. 64, commi 4, 6, 7 e 8, del d. lgs. 30.3.2001, n. 165.

abbia ad oggetto lo stesso rapporto giuridico controverso. Il che sembra del tutto elementare e risaputo.

Il punto, però, non è questo.

Si tratta, piuttosto, di volgere lo sguardo al c.d. «precedente giudiziale»<sup>104</sup> ed alla complessa teorizzazione che ne ha caratterizzato, da tempo, l'evoluzione storico-dogmatica.

Ma, per fare ciò, si deve tener conto preliminarmente di alcune nozioni generali, presenti nel nostro ordinamento, il cui significato non pare sempre intuitivo e perspicuo.

Mi riferisco alle espressioni «autorità», «precedente» e «precedente conforme», che oggi compaiono nelle nostre leggi processuali.

La prima – enunciata sin dal 1942 nell'art. 337, comma 2, c.p.c. – starebbe ad indicare (secondo una ben nota opinione, che a me pare valida tuttora)<sup>105</sup> l'«efficacia» della sentenza come atto giurisdizionale imperativo, tale da potersi esplicare (anche solo come accertamento di fatto) in un altro processo, pur se non sia ancora assistita dall'«autorità» incontrovertibile della cosa giudicata<sup>106</sup>.

Le altre due locuzioni, come si sa, risultano recepite in questi ultimi decenni dal legislatore, a fronte di una tradizione sostanzialmente contraria<sup>107</sup>, in funzione di una progressiva semplificazione dell'attività motivazionale del giudice decidente<sup>108</sup>, nell'ottica (più o meno distorta) della «durata ragionevole» del processo. Esse riguardano l'utilizzazione, che il giudice decidente (ove li condivida) è autorizzato a fare, di «schemi decisionali» (di legittimità o di merito) tratti da precedenti pronunzie di altri giudici su casi identici o su identiche questioni<sup>109</sup>. E qui potremmo parlare, meglio, di «precedenti giurisprudenziali», dotati di un'efficacia «persuasiva», di cui ampiamente si avvalgono (da sempre) sia i giudici<sup>110</sup>, sia (in misura ben maggiore) gli avvocati difensori<sup>111</sup>.

## 5. (SEGUE) LO STARE DECISIS NELLE TRADIZIONI ANGLOAMERICANE. VARIAZIONI SUL TEMA

Ora, i «precedenti» di cui parliamo altro non hanno, se non una suggestiva assonanza – in termini (appunto, si diceva) puramente «persuasivi» – con la classica *doctrine of precedent* che, nelle tradizioni di *common law*, fondate (come è noto) sulla prevalente *case law* nell'attività giudiziale di *decision making*, assuono come fondamentale *legal principle*, di portata vincolante, la dotta veste dello *stare decisis*<sup>112</sup>.

104 Locuzione talvolta riscontrabile anche in giurisprudenza: cfr., ad es., Cons. Stato, sez. VI, 10.6.2013, n. 3207, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce «Giustizia amministrativa», n. 1206. Su siffatta espressione, cui spesso si abbina quella di «precedente giurisprudenziale», cfr. le considerazioni di L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. XIII-384, sp. pp. XI-XII (ed ivi richiami a G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Treccani, Roma, 1990, pp. 1-2 ss., nonché a M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, pp. 709 ss.).

105 E' quella, autorevole e risalente, di E.T. LIEBMAN, ripresa e ribadita da lui stesso, ad es., nello scritto *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, pp. 1-25, sp. p. 7. Sul tema, con approfondimenti ulteriori, cfr. A. TEDOLDI, *sub art. 337*, in *Commentario del c.p.c.*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, IV, Art. 323-394, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2013, pp. 244-252, sp. pp. 246-251.

106 Per quanto concerne le movenze interpretative giurisprudenziali, cfr., ad es., già Cass. civ., 3.7.1987, n. 5840, in *Foro it.*, 1988, I, 1950-1957, con commento di G. TRISORIO LIUZZI, *Circa l'«autorità» di sentenza pronunciata in altro giudizio e non ancora passata in giudicato*, 1958 ss.; e poi, sui problematici rapporti fra gli artt. 295, 297 e 337, Cass. civ., sez. un., 19.6.2012, n. 10027, *ivi*, 2014, I, 936-945, con note di TRISORIO LIUZZI, *Le sezioni unite e la sospensione del processo civile per pregiudizialità*, 946-950, e di PROTO PISANI, *Ancora sulla sospensione c.d. necessaria dei processi civili per pregiudizialità*, 950-952; nonché in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 683-688, con commento di MENCHINI, *Le sezioni unite sui rapporti tra gli artt. 295, 297 e 337, 2° comma, c.p.c.: una sentenza che non convince*, pp. 689-710.

107 Si ricordi che nel c.p.c. del 1865 la nullità della sentenza, per omissione dei «motivi in fatto e in diritto», era sancita in termini di presunzione assoluta, nell'ipotesi del mero richiamo di un «precedente» giudiziale (art. 361, n. 2°: «... I motivi si reputano omessi quando la sentenza siasi puramente riferita a quelli di un'altra sentenza...»).

108 In Italia si vedano: nel processo amministrativo, già l'art. 26, comma 5, della l. TAR 6.12.1971, n. 1034, con le modifiche apportate dall'art. 9 della l. 21.7.2000, n. 205, e poi l'art. 74 del nuovo c.p.amm. del 2010; nel processo civile, l'art. 118, comma 1, disp. att. c.p.c., con le modifiche apportate dall'art. 52, comma 5, della l. 18.6.2009, n. 69.

109 Si badi che tutto ciò risulta ulteriormente legittimato dall'art. 360-bis, n. 1, c.p.c., inserito dall'art. 47 della l. n. 69/2009 cit. A commento di tale nuova disposizione, cfr., ad es., R. TISCINI, *sub norma*, in *Commentario del c.p.c.*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, vol. IV, Articoli 323-394, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2013, pp. 609-642.

110 Cui l'art. 118, comma 3, delle menzionate disp. att. inibisce la sola «citazione di autori giuridici» (inibizione, peraltro, sovente derogata o disattesa).

111 Cfr., sul tema, ad es., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 6.9.2016, n. 17640, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce «Sentenza civile», n. 46, nella cui massima fra l'altro si sottolinea «... il beneficio di schemi decisionali già compiuti per casi identici o per la risoluzione di identiche questioni, nell'ambito di un più ampio disegno di riduzione dei tempi del processo civile...»; Cass. civ., sez. lav., 29.9.2015, n. 19293, *ivi*, 2016, voce «Appello civile», n. 169. Nel processo amministrativo, ad es., sull'art. 29 della previgente l. TAR, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9.11.2010, n. 7975, *ivi*, 2011, voce «Giustizia amministrativa», n. 1396.

112 La citazione latina completa è, nelle tralatie versioni angloamericane, *stare decisis et non quieta movere*. In termini definitivi, la formula non è mai intesa come regola vincolante assoluta, ma, in quanto relativa, è perlopiù indicata come «doctrine or policy of following rules or principles laid down

Non è, qui possibile dar conto, nel dettaglio, delle suddivisioni e delle varianti che, nella più autorevole dottrina angloamericana, quel principio è venuto ad assumere via via.

Basti tener presente come lo *stare decisis*, riferito a pronunzie decisorie delle Corti Supreme, espliciti un'efficacia vincolante in senso verticale, nei confronti delle corti inferiori o dei giudici sottordinati, pur non escludendo un'efficacia minore (meramente «persuasiva» e non vincolante) anche in senso orizzontale, fra organi giurisdizionali di pari livello, ed ammettendo in ogni caso il potere del giudice superiore di modificare o di annullare, ove occorra, il suo stesso «precedente» vincolante, mediante la tecnica, alquanto raffinata e sottile, del *judicial overruling*<sup>113</sup>.

Osservo, però, che nella stessa dottrina nordamericana si discute da tempo, pur fra vivaci polemiche ed autorevoli contrasti<sup>114</sup>, circa il fondamento costituzionale di siffatto principio, riferito in particolare al ruolo della Corte Suprema federale. Si opina, invero, che il «precedente» come tale dovrebbe reputarsi «a constituent element of constitutional adjudication», nell'ottica privilegiata dell'organo supremo di giustizia, in forza di un'implicita autorizzazione, derivabile (a favore, va subito detto, dell'intero *judicial power*) dall'Art. III, Sec. 1, della Costituzione del 1787, quale parte essenziale della «supreme Law of the Land», enunciata come cogente per ogni giudice nel successivo Art. VI [2]<sup>115</sup>.

Ma, per quel che qui più interessa, è il caso di sottolineare come a tale classica regola venga concordemente sottesa la stessa *ratio* economico-processuale, che caratterizza, nel novero dei principi-cardine su cui si basa la giustizia angloamericana, sia la *res judicata*, sia, ed ancor prima, la c.d. *finality*<sup>116</sup>. E non va dimenticato come, nel progressivo sviluppo giurisprudenziale di quella stessa regola, si siano via via affinate – attraverso un'attenta analisi delle componenti logico-giuridiche della *reasoned decision* (dirette a sceverare di volta in volta, nei «precedenti giudiziari» invocabili, le vere *rationes decidendi* dai marginali *obiter dicta*, tenuto conto delle variabili peculiarità dei casi concretamente decisi) – le contro-regole a disposizione del giudice posteriore per sottrarsi, mediante il c.d. *distinguishing*, al vincolo di quei precedenti», in dipendenza dalle difformità fattuali ed oggettive del caso da decidere successivamente.

## 6. (SEGUE) LO STARE DECISIS NEI PIÙ RECENTI INDIRIZZI GIURISPRUDENZIALI IN ITALIA. IL FASCINO DISCRETO DI UN SEDUCENTE RICHIAMO

Ebbene, la suggestione dello *stare decisis*, che in anni ormai lontani veniva sostanzialmente respinta<sup>117</sup>,

in previous judicial decisions unless they contravene the ordinary principles of justice» (Merriam Webster's *Collegiate Dictionary*, 10th edition, cit., p. 1147). Nell'*American Law Register* del dicembre 1896 – curiosità storica – il corrispondente principio veniva così descritto (sulla scorta dei Kent's *Commentaries*, I, 475): «when a rule has been once deliberately adopted and declared, it ought not to be disturbed, unless by a court of appeal or review, and never by the same court, except for very cogent reasons, and upon a clear manifestation of error».

Nella dottrina nordamericana, sul tema si legga, ad es., il risalente saggio di J. C. REHNQUIST, *The Power That Shall Be Vested in a Precedent: Stare Decisis, the Constitution, and the Supreme Court*, in *B. U. L. Rev.*, 66 (1986), pp. 345 ss.

Per più ampi rilievi, nella nostra dottrina, cfr. *ex multis*: G. CARAVALE, *Stare decisis*, in *Il diritto-Encicl. giur.*, vol. XV, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 388 ss.; U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Digesto civ.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1996, pp. 148 ss.; Id., *Stare decisis – Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 348; V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, vol. I, *Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 285-295, 338-340; E. VIANELLO, *La relatività della regola stare decisis nella pratica del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, pp. 631 ss. Si aggiunga, infine, l'ampia indagine di PASSANANTE, *op. cit.*, pp. 185-271.

113 Rammento, sui profili di specifica delicatezza del fenomeno, la risalente diatriba statunitense intorno agli effetti retroattivi o irretroattivi del predetto *overruling* in materia costituzionale (ne diedi conto, a suo tempo, nello studio *Diritto di difesa e retroattività delle decisioni costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, pp. 75-99, sp. pp. 81-87).

114 In termini affermativi, cfr. ad es., nella dottrina meno recente, R.H. FALLON, *Stare Decisis and the Constitution: An Essay On Constitutional Methodology*, in *NY L. Rev.*, 76 (2001), pp. 570-597, sp. 577-578, testo e note. In senso contrario, cfr. invece M. STOKES PAULSEN, *Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey?*, in *Yale L. J.*, 109 (2000), pp. 1535 ss.; L. ALEXANDER, *Constrained by Precedent*, in *S. Cal. L. Rev.*, 63 (1989), pp. 1 ss.

115 La norma è così formulata: «This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land, and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding».

116 Tale *ratio* – così, ad es., si esprimeva JACOB, *The Fabric of English Civil Justice*, cit., pp. 23-24 – va identificata nella massima romanistica *interest reipublicae ut sit finis litis*, onde supportare l'idea trainante, secondo cui qualsiasi decisione (di giudici inferiori o superiori) è *di regola* «... treated as final and operative and enforceable, however wrong or irregular it may be...», a meno che non venga eccezionalmente riformata od annullata (ovvero la sua efficacia non sia sospesa) da una corte superiore.

117 Si veda, ad es., Cass. civ., 4.3.1983, n. 1598, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce «Lavoro (rapporto)», n. 406, nonché, per esteso, in *Notiziario giur. lav.*, 1983, 498, e in *Dir. lav.*, 1984, II, 174. Nella controversia *de qua*, soggetta al rito del lavoro, il Supremo Collegio ebbe a sottolineare come una «precedente decisione giurisprudenziale di analoga fattispecie», invocata nel giudizio, altro effetto non potesse avere, se non quello di un «generico riscontro», dato che nel nostro ordinamento – in cui, oltre tutto, era stata da tempo soppressa «la possibilità della trattazione di controversie collettive in unico giudizio, e davanti a un unico organo autorizzato ad un'interpretazione uniforme della disciplina contrattuale regolante una pluralità di rapporti» – non poteva avere cittadinanza alcuna lo *stare decisis* (con effetti vincolanti) dell'ordinamento anglosassone.

torna oggi a farsi sentire con particolare vivacità, nella valorizzazione della nomofilachia spettante alla Corte di cassazione, rafforzata (così si ritiene) dalla riforma del 2009<sup>118</sup>.

Si afferma, infatti, che – per quanto non esista nel nostro sistema alcun supporto normativo, capace di imporre *ex se* una regola analoga a quella dei sistemi di *common law* – lo *stare decisis* rappresenterebbe tuttavia «... un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell'ordinamento ...», sì che non dovrebbe essere «... consentito discostarsi da un'interpretazione del giudice di legittimità [...] senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative ...»<sup>119</sup>. Valore (o tendenza) – occorre pur riconoscere – che, per definizione, già può dirsi implicito nel significato, storico e sistematico, assunto *ab origine* da quella stessa funzione nomofilattica di cui è investito da noi – ma anche in altri sistemi processuali – il supremo organo giurisdizionale di legittimità, posto al vertice della piramide giudiziaria<sup>120</sup>.

E', però, quasi inevitabile toccare qui, seppur di sfuggita, anche il «principio di diritto» ed i limiti entro i quali, nel nostro sistema processuale, esso è in grado di esplicare effetti vincolanti.

Rimangono ferme, beninteso, le sue tradizionali distanze dalla cosa giudicata<sup>121</sup> e la sua peculiare resistenza alla sopravvenuta estinzione del processo, entro il quale esso sia stato formulato dal Supremo Collegio<sup>122</sup>.

Ma è indubbio che quel «principio», comprensivo della *regula juris* incorporata e dei suoi presupposti fattuali acquisiti<sup>123</sup>, vincola in assoluto, senza alcuna possibile deroga, il solo giudice del rinvio; mentre, al di fuori di quel giudizio, esso può ben essere disatteso *de jure* da un altro giudice, pur potendo conservare *de facto* quella sola efficacia «persuasiva» che, come sopra si diceva, è propria di qualsiasi «precedente giudiziale» di legittimità<sup>124</sup>.

Se, poi, esso venga enunciato dalle Sezioni unite della Suprema Corte, nei casi di rimessione, contemplati dall'art. 374, comma 2, c.p.c.<sup>125</sup>, il «principio di diritto» non esplica alcun vincolo assoluto (di automatica

Il riferimento alle «controversie collettive» – si noti – concerneva la disciplina originaria del c.p.c. (artt. 409-428), abrogata dalla riforma del 1973, ove, in rapporto al vecchio ordinamento corporativo (*ex l.* 3.4.1926, n. 563 e disposizioni correlate), il legislatore del 1942 aveva ritenuto di dover conservare la «sentenza collettiva», dotata in via eccezionale di una funzione sostanzialmente «costitutiva» (in luogo di quella normalmente «dichiarativa») ed avente l'effetto di «emanare» (ossia di creare) «nuove norme giuridiche, obbligatorie per le categorie» menzionate nell'art. 409, commi 1-2.

118 Torna, qui, il richiamo dell'art. 360-*bis* c.p.c., sulle cause di inammissibilità del ricorso in cassazione ivi contemplate. In tal senso, nel ribadire «... l'esigenza di non cambiare l'interpretazione della legge in difetto di apprezzabili fattori di novità, in una prospettiva di limitazione dell'accesso al giudizio di legittimità coerente con l'esercizio della funzione nomofilattica...» (e, aggiungo io, con il principio costituzionale della «ragionevole durata» del processo, *ex art.* 111, comma 2, Cost.), si veda Cass. civ., sez. un., 31.7.2012, n. 13620, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce «Cassazione civile», n. 189, nonché, per esteso, in *Corriere merito*, 2013, 287-m, con nota di G. TRAVAGLINO, *Compenso arbitrale e ricorso straordinario*, 287 ss., ed in *Riv. arbitrato*, 2012, 847, con nota di R. TISCINI, *Ordinanza di liquidazione del compenso agli arbitri, ricorso per cassazione ed incensurabilità del vizio logico della motivazione tra sezioni unite e riforme legislative*, 851 ss.

119 Nel medesimo senso, cfr. altresì: Cass. civ., sez. lav., 13.5.2003, n. 7355, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce «Cassazione civile», n. 22; Cass. civ., sez. VI, ord., 9.1.2015, n. 174, *ivi*, 2015, voce «Procedimento civile», n. 206. Non diversamente si è opinato, pure, nella giurisprudenza penale (Cass. pen., sez. III, 1.12.1995, Biasutti, *ivi*, 1996, voce «Cassazione penale», n. 8). In argomento, si veda altresì C. PEYRON, *Stare decisis: valore o disvalore?*, in *Questione giustizia*, 2003, 793 ss.

Si inserisce, qui, pure il delicato problema del significato da attribuire anche nel nostro ordinamento, tenuto conto delle garanzie di difesa inviolabile delle parti nel processo, al c.d. *prospective overruling* (ossia agli effetti del mutamento della giurisprudenza nel tempo: PASSANANTE, *op. cit.*, Cap. V, pp. 273-346).

120 Basti pensare alle istituzionali attribuzioni della Corte Suprema di Cassazione, finalizzate ad assicurare l'«esatta osservanza» e l'«uniforme interpretazione della legge», nonché «l'unità del diritto oggettivo nazionale» (art. 65, comma 1, r.d. 30.1.1941, n. 12). Sui rapporti fra organi giurisdizionali di vertice (o di terza istanza) e formazione del «precedente», cfr. P. COMOGLIO, in A. Dondi, V. Anselmi, P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Giuffrè, Milano, 2015, Cap. 6, pp. 307-321.

121 Quest'ultima, diversamente da quello, non viene di regola intaccata dal *jus superveniens*, né dalla sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità delle norme di riferimento o dalle eventuali pronunce degli organi europei di giustizia in materie comunque soggette al diritto comunitario.

122 *Ex art.* 393 c.p.c. Nel senso che, estintosi il giudizio per mancata riassunzione della causa dinanzi al giudice del rinvio, l'effetto vincolante del «principio di diritto» non precluda alle parti, nel riproposto giudizio, la formulazione di domande e/o di eccezioni nuove, cfr. Cass. civ., sez. II, 30.8.2012, n. 14723, in *Foro it.*, 2013, I, 1276-1277, con osservazione di C.M. BARONE, *Sul giudizio riproposto ai sensi dell'art. 393 c.p.c.*, 1277-1279.

123 Sui differenti poteri di accertamento del giudice del rinvio, a seconda che il ricorso cassatorio sia stato accolto per il vizio di cui al n. 3 e/o anche per quello di cui al n. 5 dell'art. 360, cfr., ad es.: Cass. civ., sez. III, 4.4.2013, n. 8225, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce «Rinvio civile», n. 16; Cass. civ., sez. I, 7.8.2014, n. 17790, *ivi*, 2014, voce cit., n. 6; Cass. civ., sez. III, 30.11.2015, n. 24336, *ivi*, 2015, voce cit., n. 2.

124 Parla argutamente di effetti di quel «principio» – al di fuori della causa in cui sia emesso – supportabili e giustificabili «... non *ratione imperii* sibbene *imperio rationis* ...» F.P. LUISO, *Diritto processuale civile, II – Il processo di cognizione*, VII ediz., Giuffrè, Milano, 2013, pp. 480-487, sp. p. 484.

Non è diverso, a ben vedere, il tipo di efficacia da attribuirsi al «principio di diritto» enunciato «nell'interesse della legge», *ex art.* 363 c.p.c. Sul tema, cfr., ad es., l'ampio studio di R. TISCINI, *sub norma*, in *Commentario del c.p.c.*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, vol. IV, cit., Articoli 323-394, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2013, pp. 710-748.

*Idem* dicasi, *mutatis mutandis*, per l'analoga enunciazione di principio da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, secondo l'art. 99, comma 4, del nuovo c.p.amm. (cfr. anche *infra*).

125 Si tratta della rimessione disposta dal Primo Presidente della Corte «... sui ricorsi che presentano una questione di diritto già decisa in senso difforme dalle sezioni semplici, e su quelli che presentano una questione di massima di particolare importanza...». Un analogo potere di rimessione al *Große Senat für Zivilsachen*, laddove sia in discussione una «Frage von grundsätzliche Bedeutung», la cui soluzione si ravvisi necessaria per garantire il progresso del diritto ed assicurare l'uniformità dell'applicazione giurisprudenziale, è previsto pure nel § 132, (4), del GVG tedesco.



«conformazione») nei confronti della Sezione semplice, la quale, ove ritenga di non dividerlo, ha perlomeno il potere di rimettere l'intera «decisione del ricorso» alle stesse Sezioni unite<sup>126</sup>. Ed, alla stregua dell'attuale legislazione, un analogo meccanismo (di rimessione-restituzione) è stato previsto anche per i «principi di diritto» enunciati, nei processi amministrativi, dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato o dalle Sezioni riunite della Corte dei conti, per dirimere contrasti giurisprudenziali ovvero «in presenza di questioni di massima di particolare importanza»<sup>127</sup>.

D'altronde, una pur minima «rivisitazione» di istituti analoghi, nel panorama comparatistico, porta a riaffermare le medesime conclusioni, inducendo a reputare – in uno Stato di diritto non di sola «facciata» – del tutto armonico e coerente con il tradizionale «principio di legalità», fulcro dell'indipendenza «interna» di ogni giudice, la configurazione di ipotesi e di situazioni tipiche, ben delineate in corrispondenti norme del sistema, nelle quali il *dictum* di un organo supremo di giustizia debba, a determinate condizioni, esplicitare in termini cogenti un'efficacia vincolante nei confronti di qualsiasi altro organo giurisdizionale, oltretutto (talvolta) pure nei confronti degli organi del potere esecutivo e dei comuni cittadini<sup>128</sup>.

## 7. (SEGUE) «PRECEDENTE» GIURISPRUDENZIALE E SÚMULA VINCULANTE NELL'ORDINAMENTO BRASILIANO. SPUNTI E PROSPETTIVE

In tale panorama, mi sembra possa assumere un rilievo particolare – ad ulteriore conferma di quanto si è detto sin qui – la recente disciplina costituzionale, in Brasile, della c.d. *súmula vinculante*, in cui si traduce la «massima» (o, se si vuole, l'«enunciazione di principio») che il *Supremo Tribunal Federal*, nell'ambito delle sue specifiche attribuzioni<sup>129</sup>, ha il potere di formulare e di approvare (con decisione deliberata da non meno di 2/3 dei suoi componenti) «sobre matéria constitucional»<sup>130</sup>.

In forza di un Emendamento del 30.12.2004, ed al termine di un vivace dibattito dottrinale<sup>131</sup>, il nuovo Art. 103-A della vigente Costituzione federale formalizza oggi in termini espliciti il riconoscimento di tale potere, ricollegando testualmente all'approvata *súmula* effetti vincolanti (per così dire) *erga omnes*<sup>132</sup>. Ed occorre

126 Ex art. 374, comma 3, nel testo integrato e modificato dalla riforma del 2006. Per ampi approfondimenti e rilievi, sul «principio di diritto» e sui suoi limitati vincoli, nonché, in generale, sul rapporto fra pronuncia cassatoria e giudizio di rinvio, cfr., ad es.: C. DELLE DONNE, *sub art.* 374, in *Commentario del c.p.c.*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, vol. IV cit., pp. 938-970, sp. pp. 965-970; M. FARINA, A. PANZAROLA, *sub art.* 384, *ivi*, pp. 1099-1133; E. D'ALESSANDRO, *sub art.* 393, *ivi*, pp. 1329-1334, sp. pp. 1332-1334 (sulla «valenza extraprocessuale» del cit. «principio di diritto»).

127 Per quanto riguarda il Consiglio di Stato, si vedano l'art. 99, commi 1-5, e soprattutto il comma 3, del c.p.amm. (2010). Sui limiti di applicazione delle diverse ipotesi prospettate nella norma, cfr., ad es., Cons. Stato, sez. IV, ord., 31.7.2017, n. 3805, in *Foro it.*, 2017, III, 496-503; Cons. Stato, sez. V, 4.11.2016, n. 4629, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce «Giustizia amministrativa», n. 128; e, da ultimo, soprattutto Cons. Stato, Ad. plen., 23.2.2018, n. 2, in *Guida al dir.*, 2018, n. 14, 24.3.2018, pp. 56-62, con osservazione di D. PONTE, *Il grado di complessità nelle liti sugli appalti resta ancora molto alto*, *ivi*, 63-67. Si aggiunga che la rimessione della causa all'Adunanza plenaria, da parte della Sezione non condividente il principio di diritto da quest'ultima enunciato, in quanto lo reputi in contrasto con il diritto dell'Unione europea, viene considerata inutile, essendo consentito alla Sezione medesima il diretto ricorso pregiudiziale alla Corte europea ex art. 267 TFUE (così Cons. Stato, Ad. plen., 27.7.2016, n. 19, in *Foro it.*, 2017, III, 309-320, con nota di N. GAMBINO, 320-324).

Per quanto concerne, invece, le Sezioni riunite della Corte dei conti in sede giurisdizionale, si veda l'art. 1, comma 7, del d.l. 15.11.1993, n. 453, conv. in l. 14.1.1994, n. 19. Per altri spunti e rilievi, cfr., ad es., Corte conti, sez. riun. giurisd., 15.9.2016, n. 19, in *Riv. corte conti*, 2016, fasc. 5, 276; *Id.*, 22.9.2016, n. 22, *ivi*, 2016, fasc. 5, 272; *Id.*, 30.1.2017, n. 1, *ivi*, 2017, fasc. 1, 269.

128 Gli effetti vincolanti per ogni altro giudice, o addirittura *erga omnes*, delle decisioni pronunziate dagli organi supremi di giustizia sono riscontrabili, talvolta, anche negli ordinamenti nati dalle tradizioni di democrazia socialista [cfr., ad es., a proposito della *Kürria*, l'art. 25, (3), della Costituzione ungherese del 2011; e, a proposito del Tribunale costituzionale, l'art. 190, comma 1, della Costituzione polacca del 1997]. Ma si veda pure, ad es., nel contesto dei sistemi sudamericani, a proposito del *Tribunal Supremo de Justicia*, l'art. 335 della Costituzione venezuelana del 1999. E' curioso, invece, notare – nei sistemi europei – come il § 543 della ZPO tedesca sancisca al contrario, nell'ultimo comma, il vincolo di un organo sovordinato (*Revisionsgericht*) nei confronti della pronuncia di un organo subordinato (*Berufungsgericht*) in materia di ammissibilità del ricorso in *Revision*.

129 Se ne consulti la precisa elencazione nell'art. 102, I-III, della stessa Costituzione (con gli emendamenti apportati nel 1993, nel 1999 e nel 2004). Spiccano in particolare: le azioni dirette di incostituzionalità e le azioni dichiarative di costituzionalità, i ricorsi di *habeas corpus*, nonché i ricorsi ordinari e straordinari nei casi ivi previsti. Si badi, comunque, che, per effetto dell'emendamento del 2004, lo stesso Art. 103, III, § 2°, attribuisce alle «decisioni definitive di merito» del *Supremo Tribunal Federal* «eficácia contra todos e efeito vinculante» nei confronti degli organi giurisdizionali e delle amministrazioni pubbliche.

130 Già in precedenza, seppur soltanto con emendamenti apportati al proprio Regolamento interno, lo stesso Organo di giustizia costituzionale aveva cercato di regolamentare l'adozione e la diffusione delle proprie statuizioni di principio, istituendo una *Súmula da Jurisprudência Predominante*. Ne dà ampio conto J. C. BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 12a Edição, vol. V, Arts. 476 a 565, Cap. I, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, pp. 26-28.

131 Ne offre, da ultimo, un'acuta analisi PELLEGRINI GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade*, cit., pp. 133-162, sp. pp. 136-139, 148-151. In argomento, si vedano pure, nella dottrina italiana meno recente, A. BRUNO, *Aporie dell'istituto brasiliano della súmula vinculante*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2006, 1427 ss., ed ora PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, cit., pp. 100-104.

132 Si ritiene, però, che la *súmula* costituzionale di cui qui si parla – oltre a non vincolare lo stesso *Tribunal Supremo* che, in presenza di specifiche condizioni, ben la può rivedere ed eventualmente sopprimere (cfr. *infra*) – non possa vincolare in termini diretti, tantomeno, il potere legislativo. Mi sembra utile, per maggiore chiarezza, riportare l'iniziale comma della norma: «O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua

subito precisare che – come si desume *on line* dal sito ufficiale dell'organo supremo di giustizia – le raccolte di *súmulas*, in versione integrale o riassuntiva, si rivelano di grande interesse (così mi sembra, anche in un'ottica comparatistica), segnalandosi non solo per la varietà dei temi trattati, ma pure per l'importanza intrinseca di molti dei principi enunciati<sup>133</sup>.

Vero é, però, che l'istituto in questione altro non é, nel presente momento storico, se non la più avanzata tappa di un *iter* evolutivo già in corso da decenni nel sistema brasiliano, che, da tale punto di vista, si appalesa (a parer mio) assai più progredito del nostro. Gli stessi valori fondamentali, sottesi alla nuova disciplina della *súmula vinculante*, sono indubbiamente di natura costituzionale, implicando non soltanto le primarie esigenze di certezza del diritto e di sicurezza giuridica, ma pure, accanto alla durata ragionevole dei processi<sup>134</sup>, la c.d. «isonomia», ovvero le garanzie di eguaglianza davanti alla legge e di pari trattamento dinanzi al giudice.

Di conseguenza – nell'ampliare e nel perfezionare la corrispondente disciplina del c.p.c. previgente<sup>135</sup> – il nuovo codice del 2015 non si limita a caratterizzare con incisività i contenuti necessari delle sentenze e gli effetti della cosa giudicata<sup>136</sup>, ma generalizza a carico dei giudici il dovere di garantire l'uniformità e la stabilità della giurisprudenza dei propri uffici, rendendo noti al pubblico, nelle forme regolamentari<sup>137</sup>, gli «enunciados das súmulas» corrispondenti alla loro «giurisprudenza dominante»<sup>138</sup>.

Ma non basta.

A qualsiasi giudice viene fatto obbligo di osservare non soltanto le pronunzie di costituzionalità e le *súmulas vinculantes* del *Tribunal Supremo* su materie costituzionali (già lo si diceva poc'anzi), ma pure, in generale, le decisioni giurisdizionali su «domande ripetitive» o su ricorsi (straordinari e speciali) «ripetitivi»<sup>139</sup>, nonché, tra l'altro, gli «enunciados das súmulas» del *Superior Tribunal de Justiça* su materie «infra-costituzionali»<sup>140</sup>.

Il che – si badi – non è privo di ricadute assai significative sul dovere di motivazione, che nel sistema brasiliano viene disciplinato con un particolare rigore (del tutto sconosciuto, va detto, nel nostro ordinamento)<sup>141</sup>. Qualsiasi modificazione di *súmulas* (non vincolanti *ex art.* 103-A della Costituzione) o qualsiasi enunciazione di tesi giuridiche, che si appalesino difformi da un «precedente giurisprudenziale» consolidato, soprattutto se riferito a «casi ripetitivi», impone – previa instaurazione del contraddittorio *inter partes*<sup>142</sup> (od

---

publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei».

Il successivo § 1° specifica, poi, le finalità istituzionali della *súmula*, statuendo che la sua formulazione deve essere orientata a determinare la validità, l'efficacia e la corretta interpretazione delle norme considerate, intorno alle quali sussista un attuale contrasto all'interno degli organi giurisdizionali o fra questi e le amministrazioni pubbliche, sì da provocare una grave incertezza giuridica ed il rischio di un'anti-economica proliferazione di processi su questioni identiche. Il § 2°, poi, dispone che l'iniziativa per l'approvazione, per la revisione o per la cancellazione di una determinata *súmula* compete, dinanzi allo stesso *Tribunal Supremo*, alle istituzioni pubbliche ed ai soggetti pubblici, legittimati all'esercizio delle azioni dirette di incostituzionalità e/o di declaratoria di costituzionalità [cfr. gli Artt. 102, I, a), e 103, I-IX, della Costituzione]. Nel § 3°, infine, viene ammesso reclamo avanti al *Tribunal Supremo*, per denunciare violazioni o false ed indebite applicazioni di una determinata *súmula*, ascrivibili ad un atto amministrativo o ad una decisione giurisdizionale; ed, in accoglimento del reclamo proposto, il supremo organo di giustizia costituzionale ha il potere di annullare l'atto o di cassare la decisione, dichiarando quale sia la corretta interpretazione od applicazione della *súmula* violata o fraintesa, in rapporto alle variabili peculiarità del caso concreto.

133 Fra gli *enunciados*, atualizzati al 1° 12.2017, che sono consultabili nel sito ufficiale del *Supremo Tribunal Federal* (STF), cito ad es. (secondo un mio personale gusto od interesse di studio): la *súmula vinculante* n. 5 (sulla costituzionalità della carenza di difesa tecnica mediante avvocato, nel procedimento amministrativo disciplinare); la n. 14 (sul diritto del difensore ad un «ampio accesso» agli elementi di prova, raccolti nel corso delle indagini investigative condotte da un organo di polizia giudiziaria, quale espressione di esercizio del diritto costituzionale di difesa); la n. 22 (sull'affermata competenza giurisdizionale della *Justiça do Trabalho*, riguardo alle azioni risarcitorie e indennitarie del lavoratore, originate da incidenti sul lavoro); la n. 28 (sull'incostituzionalità del *solve et repete*, quale requisito di ammissibilità dell'azione giudiziale, con cui si contesti l'esigibilità di un credito tributario). Ma l'esemplificazione potrebbe utilmente continuare.

134 Sul punto, rinvio ancora al mio studio *Garantias constitucionales, plazo razonable y proceso «justo»*, cit. *retro*, pp. 265 ss., 273-277.

135 Cfr., sulla «Uniformização da Jurisprudência», gli artt. 476-479 del codice del 1973. Richiamo, in proposito, per un'esegesi approfondita, le ampie considerazioni di BARBOSA MOREIRA, *sub* norme, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, cit., pp. 4-28.

136 Artt. 485-488 e 489-495, 502-508. Su queste ultime norme, in particolare, si veda, ad es., il commento di J.T. NEVES XAVIER, in *Novo Código de processo civil anotado*, OAB RS, Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, pp. 381-385.

137 Si prescrive, in proposito, pure il ricorso agli strumenti telematici, sì da permettere il libero accesso *on line* a queste raccolte di «precedenti» giurisprudenziali, razionalmente organizzate per un'agevole consultazione (art. 927, § 5°, in relazione all'art. 926, § 2°).

138 Rimane ferma la necessità di tener sempre conto delle «circostanze fattuali», proprie dei «precedenti» che abbiano giustificato l'enunciazione di una determinata *súmula* (art. 926, § 2°).

139 Si tratta di casi o di controversie che, nella nostra terminologia, si potrebbero definire «seriali».

140 Art. 927, I-II-III-IV-V. Sui rapporti di vertice fra i due organi suindicati, cfr. P. COMOGLIO, in Dondi, Ansanelli, Comoglio, *op. cit.* 310-311.

141 Art. 927, §§ 2°-4°.

142 Art. 927, § 1°, in relazione ai cit. artt. 10 e 489, § 1°.

anche, occorrendo, di un contraddittorio «allargato» ad altri soggetti)<sup>143</sup> – una motivazione decisoria «adeguata e specifica», che tenga in considerazione i principi fondamentali della protezione giuridica, dell'affidamento e dell'«isonomia»<sup>144</sup>. D'altronde, il nuovo codice non considera *de jure* adeguatamente (e sufficientemente) motivato il provvedimento giurisdizionale che, nell'ipotesi in cui aderisca ad un «precedente» o ad un «enunciato de sùmula», si limiti ad invocarlo, senza identificarne specificamente i presupposti di applicazione al caso concreto, o che, nell'ipotesi di mancata adesione, ometta di indicare le peculiarità «differenziali» del caso in decisione, rispetto ai casi riferibili (paradigmaticamente) a quel «precedente» o a quella «sùmula»<sup>145</sup>.

Senza potermi permettere, su queste norme, valutazioni più approfondite<sup>146</sup>, credo succeda qui, tendenzialmente, l'esatto contrario di quel che, nel nostro sistema, il legislatore ha inteso di recente realizzare, autorizzando il giudice a «semplificare» radicalmente la motivazione decisoria, anche con il mero riferimento a «precedenti conformi»<sup>147</sup>.

L'esempio brasiliano, anzi, reca un ulteriore supporto a quelle critiche – oggi confermate, in Europa, proprio dai *revirements* in corso nell'ordinamento francese, fedele per tradizione allo sbrigativo *cliché* dell'«... attendu que...»<sup>148</sup> – cui, per ragioni personali e per lunghi anni di vita giudiziale vissuta, mi sento di sottoporre quel nostro *trend* legislativo<sup>149</sup>.

La motivazione – tanto più se consacrata, come da noi, in un solenne precetto costituzionale<sup>150</sup> (ma non solo in quel caso) – lungi dall'essere «semplificata» (con il rischio, ahimé, di essere «devitalizzata») nel nome di una malintesa durata ragionevole dei processi, dovrebbe, invece, essere opportunamente «razionalizzata» nella propria struttura, con (od anche senza) i riferimenti «persuasivi» all'autorità dei «precedenti» giurisprudenziali.

Una conclusiva riflessione mi pare, comunque, ineludibile.

Quali che siano i possibili vincoli derivanti, per il singolo giudice, da pronunzie imperative di altri giudici, il «principio di legalità»<sup>151</sup> non viene seriamente intaccato, ma, anzi, ne potrebbe risultare rafforzato, se (e, si badi, non soltanto se) quei vincoli siano addirittura imposti da specifiche norme di legge, supportate a loro volta da riscontri legittimanti, rinvenibili in altri principi di pari rango costituzionale.

A mio parere, cioè, la classica tesi, secondo cui un ipotetico *stare decisis* in Italia, se introdotto da leggi ordinarie, verrebbe a scontrarsi frontalmente con quel principio costituzionale di «legalità», non dovrebbe dirsi così assoluta – pur nel suo ineccepibile rigore – da escludere *a priori* la legittimità di vincoli eventualmente «attenuati» (o «condizionati»), che, in presenza di un consolidato «precedente» giudiziale, almeno impongano al successivo giudice, intenzionato a non dividerlo o comunque a disattenderlo, l'adozione, sul punto, di decisioni adeguatamente « motivate »<sup>152</sup>.

143 La norma cit. *supra* parla, nel § 2°, dell'eventualità di una previa udienza pubblica, aperta alla partecipazione «... de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese...».

144 Art. 927, cit., § 4°.

145 Art. 489, § 1°, V-VI. Si avverte, qui, la traccia evidente di una forbita assonanza con il *distinguishing* nordamericano, che consente, a seconda dei casi, di aggirare la portata vincolante dello *stare decisis* (cfr. *retro*).

146 Non ne ho, al momento, più ampie conoscenze.

Nel senso che – in apparente deroga (mi parrebbe di dover aggiungere) al principio della separazione dei poteri – la nuova disciplina della *sùmula vinculante* e delle decisioni uniformi su domande «ripetitive», tema nevralgico della nuova codificazione, conduca ad individuare nei Tribunali superiori veri e propri Tribunali «di vertice», dotati di poteri (di controllo, di interpretazione e di integrazione dei «precedenti» giurisprudenziali) assimilabili ad una funzione para-normativa, cfr., a commento degli artt. 926-928, i rilievi di E. H. MACEDO, in *Novo código de processo civil anotado*, cit., pp. 693-694, 695.

147 Cfr., nel nostro c.p.c., l'art. 348-ter, comma 1, e il cit. art. 118, comma 1, delle disp. att., dopo le parziali riforme del 2009 e del 2012.

148 Si veda, a proposito dei risultati cui è giunta, nell'aprile 2017, la speciale *Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, lo studio di V. CAPASSO, *La motivation enrichie : controtendenze dalla Francia*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, pp. 532-547.

149 Mi riprometto di darne un'approfondita trattazione nell'opera sull'imparzialità del giudice, tuttora in fase di elaborazione, cui accennavo all'inizio di questo mio studio.

150 Art. 111, comma 6, Cost. («Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati»).

151 Nel senso – lo si ripete – fatto proprio dal cit. art. 101, comma 2, Cost.

152 Si pensi, in proposito, al significato «legittimante» del dovere di motivazione, sancito (si badi, senza limiti od eccezioni) dall'art. 111, comma 6, Cost.

La tesi in questione (a proposito della quale si vedano i precisi rilievi di GUASTINI, *sub* art. 101, in *Commentario della Costituzione*, cit., 187 ss., 191-192) era, del resto, già incline a giustificare la piena legittimità del vincolo di «conformazione», imposto al giudice del rinvio nei confronti del «principio di diritto» enunciato dalla Corte di cassazione (*ex* art. 384, comma 1, c.p.c.), con il necessario riferimento all'art. 111, comma 2 (ora comma 7), Cost. sull'incondizionata ammissibilità del ricorso in cassazione «per violazione di legge».

Per di più, quella tesi traeva giustamente spunto da taluni «precedenti» della stessa Corte costituzionale dell'epoca (sent. 2.4.1970, n. 50, riferita all'art. 546, comma 1, c.p.p. 1930, nonché all'art. 384 c.p.c.; sent. 22.6.1971, n. 142, sull'art. 22 l. fall.; sent. 3.7.1976, n. 234, sugli artt. 543, comma 5, e 546 c.p.p. 1930), onde ribadire che «... la pronunzia giudiziaria si mantiene sotto l'impero della legge [rif. art. 101, comma 2, Cost.: N.d.R.] anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza emessa nella stessa causa, come

L'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali, in definitiva, non può essere unicamente il frutto di una funzione (senza dubbio preziosa) di nomofilachia, rimessa come tale alle Corti superiori di legittimità, ma deve intendersi come un'esigenza ontologicamente assai più ampia.

Il c.d. «formante giurisprudenziale»<sup>153</sup>, pur non essendo formalmente incluso tra le fonti codificate del diritto<sup>154</sup>, costituisce da tempo una consolidata e complessa realtà, la cui vasta (e spesso disordinata) utilizzazione – pure negli ordinamenti di *civil law* (e, segnatamente, nel nostro) – va opportunamente razionalizzata<sup>155</sup>.

Siffatta realtà trova pieno riscontro – sul piano sostanziale, ancor prima che su quello processuale – in altrettanti principi di natura costituzionale, afferenti (come già si diceva) alla certezza del diritto, alla sicurezza giuridica ed alla (spesso trascurata) «isonomia», cui accede, in via collaterale e secondaria, pure la garanzia della ragionevole durata dei processi<sup>156</sup>.

Quest'ultima, d'altronde, non dovrebbe mai assurgere, come spesso accade da noi in Italia, a mero pretesto di «semplificazione» di un'attività (qual è quella del motivare) che, nel *jus dicere* affidato al giudice, ne rappresenta il nucleo essenziale e irrinunciabile, come estremo baluardo di controllo, di equilibrio e di garanzia dell'intero ordinamento giuridico<sup>157</sup>.

---

è oggi nel sistema del rinvio dalla Cassazione : ogni limite posto dalla legge all'esercizio di poteri o di funzioni è legittimo fino a quando non vulneri un precetto costituzionale...» (sent. n. 50/1970, cit., sub «Considerato in diritto», n. 2 ; corsivo aggiunto).

153 La forbita espressione si deve a Rodolfo Sacco ed è tuttora assai usata, ancor oggi, in dottrina, oltretutto talvolta pure in giurisprudenza.

154 Cfr. l'art. 1 delle disp. prelim. al c.c.

155 Compito non certo facile, per gli interpreti e per gli operatori pratici, come dimostra l'approfondita indagine di PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, cit., Cap. I, pp. 1-60, e Cap. II, pp. 61-116. Sul tema, si aggiungano ora – nel volume *I processi civili in cassazione*, a cura di A. Didone e F. De Santis, Giuffrè, Milano, 2018, pp. XXXVI-1194 – i saggi di L. ROVELLI, *Nomofilachia e diritto vivente*, Cap. I, Sez. I-II-III, pp. 4 ss., 23 ss., 47 ss., e di G. AMOROSO, *Massime della Cassazione e principi del diritto vivente*, Cap. III, pp. 147 ss.

156 Mi richiamo qui, ancora una volta, alle ispirate considerazioni di A. PELLEGRINI GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade*, cit., 139 ss., 148-150, 151 ss.

Con l'identificazione di siffatte preminenti *rationes* (di rango indiscutibilmente costituzionale), a supporto della cosa giudicata o dei vincoli derivanti dal «principio di diritto», enunciato dal Supremo Collegio, nei confronti del giudice del rinvio prosecutorio, nel nome della «certezza» giuridica, della stabilità delle «pronunce terminali» e, soprattutto, dell'«isonomia» (ex art. 3 Cost.), concorda appieno il consolidato (e meno risalente) indirizzo della stessa Corte costituzionale, circa la riaffermata legittimità dei vincoli decisori, scaturenti dal cit. art. 384 c.p.c. (cfr., ad es., in aggiunta alle pronunce ricordate *supra*, Corte cost., ord., 20.6.2013, n. 149, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce «Cassazione civile», n. 234 ; Corte cost., 3.7.1996, n. 224, *ivi*, 1996, voce cit., n. 222).

157 Ancora PELLEGRINI GRINOVER, *op. ult. cit.*, 124-130.

# COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO EM FAVOR DE TERCEIROS E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

**Luiz Guilherme Marinoni**

Professor Titular da Universidade Federal do Paraná. Conselheiro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Diretor do Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Conselheiro da *International Association of Procedural Law*.  
guilherme@marinoni.adv.br

**SUMÁRIO:** 1. A coisa julgada em favor de terceiros diante dos precedentes obrigatórios; 2. A projeção do entendimento de que o *collateralestoppe* não pode prejudicar terceiros sobre o *stare decisis*; 3. O *stare decisis* em *Richards v. Jefferson County* e *Taylor v. Sturgell*; 4. Outros casos em que o *stare decisis* foi equiparado à *virtual representation*; 5. Efeitos do *collateralestoppe* ou da coisa julgada sobre questão e efeitos do precedente obrigatório; 6. Os distintos efeitos da coisa julgada sobre questão e do precedente obrigatório derivam de suas diversas naturezas; 7. Por que a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas não pode ser vista como um precedente?

## A COISA JULGADA EM FAVOR DE TERCEIROS DIANTE DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS

Não há dúvida de que a coisa julgada sobre questão pode recair sobre questão de direito que depende de produção de prova e sobre questão eminentemente de direito. Nesta perspectiva, embora a coisa julgada sobre questão não se confunda com o precedente obrigatório, a possibilidade de ambos poderem ser invocados por terceiros os aproxima<sup>1</sup>.

Contudo, a coisa julgada sobre questão está distante dos precedentes obrigatórios por vários motivos. Em primeiro lugar, a coisa julgada e o precedente agregam-se à decisão judicial por razões e com objetivos diferentes. Além disto, a coisa julgada e o precedente têm efeitos distintos. Por fim, o modo operativo de um e outro não são em nada semelhantes.

A coisa julgada sobre questão tutela as decisões judiciais, impedindo a sua desconsideração, modificação e rediscussão. Isto ocorre em nome da autoridade do Judiciário, expressa nas suas decisões, bem como da estabilidade das relações sociais, da segurança jurídica, da coerência do direito e da eficiência da administração da justiça.

A coisa julgada sobre questão visa, fundamentalmente, impedir a admissão da relitigação de questão já discutida e decidida, dirigindo-se, assim, contra a parte vencida e contra o juiz dos casos futuros, ficando o primeiro obstado de invocar a questão e o segundo obrigado a repelir a tentativa da sua rediscussão e, por consequência, proibido de redescidi-la.

O precedente obrigatório, por sua vez, deriva da necessidade de se atribuir unidade ao sentido do direito delineado pelas Cortes Supremas, para que o homem possa, com liberdade, fazer as suas opções e desenvolver-se, sem ser surpreendido quando da aplicação do direito na sua vida, nos seus negócios e nos seus eventuais litígios. Ademais, o precedente obrigatório é indispensável para que todos sejam tratados de forma

<sup>1</sup> O Código de Processo Civil, em oportuno momento, deixou claro que a coisa julgada apenas não pode prejudicar terceiros, sinalizando, portanto, que obviamente pode beneficiá-los (art. 506, CPC). Embora a doutrina da época do código de 1973 não tenha tido condições de ensaiar demonstração a respeito da impropriedade do art. 472, o Código de Processo Civil de 2015, em nítida e indiscutível ligação com a experiência estadunidense, afirmou pioneiramente no *civil law* que a coisa julgada recai sobre questão discutida e decidida, necessária ao julgamento do pedido (art. 503, CPC), e que esta não pode atingir terceiro apenas quando pode prejudicá-lo (art. 506, CPC). Em outras palavras, o Código de Processo Civil libertou o direito brasileiro da velha e imprópria regra que vincula a coisa julgada às mesmas partes, pedido e causa de pedir. Ver Giovanni Pugliese, *Giudicato* (dir. civ.), *Enciclopedia del Diritto*, XVIII, 1969, n. 25.

igual perante o direito e o juiz.

O precedente obrigatório gera ao Judiciário uma obrigação de conduta, na medida em que nenhum juiz tem como fugir da sua aplicação nos casos por ele regulados. O juiz que não aplica precedente, deixando de justificar com precisão as razões da distinção, comete ilegalidade e desafia a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade. A própria Suprema Corte não pode deixar de aplicar o precedente que criou, a menos, é claro, que a hipótese seja de distinção ou de revogação.

O precedente é o direito que regula, *a priori*, o caso conflito concreto, de modo que os litigantes não são constrangidos pela sua obrigatoriedade. Um caso é resolvido mediante a aplicação de precedente porque este revela o direito que o regula. De outro lado, uma questão deixa de ser relitigada porque já foi decidida com força de coisa julgada. Assim, a coisa julgada sobre questão inibe o vencido, impedindo-o de relitigar. Note-se que o precedente colabora com o juiz do novo caso, auxiliando-o a resolvê-lo, mas a coisa julgada sobre questão apenas constrange ou limita, vedando a rediscussão e excluindo a possibilidade de redecisão.

Porém, seria possível dizer que a parte do novo caso também fica proibida de discutir a questão delineada no precedente, assim como o juiz de redecidi-la. Sucede que o precedente nada mais é do que o direito em sua versão final ou mais elaborada; o precedente é a fórmula reveladora da coparticipação do Judiciário no fenômeno de frutificação do direito. Após o precedente ter sido firmado pela Suprema Corte, na sua função precípua de atribuição de sentido e de desenvolvimento do direito, simplesmente nada mais há que possa ser discutido e decidido quanto à questão de direito resolvida mediante o precedente. Resta somente aplicá-lo para a resolução dos casos concretos.

De modo que não há como pretender equiparar a proibição de relitigação de questão decidida (com força de coisa julgada) com a impossibilidade de rediscussão do direito já delineado em precedente da Suprema Corte.

Desta brutal diferença decorre a inequívoca distinção do modo de operação do juiz do segundo processo, conforme se trate de coisa julgada sobre questão e precedente. O precedente pode ser revogado ou deixar de ser aplicado – mediante a técnica do *distinguishinge* a devida justificativa – ao caso sob julgamento. Já a coisa julgada, além de completamente incompatível com a revogação, não se submete à técnica do *distinguishing*, mas apenas a uma mera *diferenciação*.

Porém, para se evitar equívocos, é preciso não confundir o juízo de identificação-distinção próprio à coisa julgada com o *distinguishing*, utilizável apenas quando se pensa em precedente obrigatório ou em *staredecisis*. A coisa julgada sobre questão proíbe a relitigação da mesma questão ou de questão idêntica. Do mesmo modo, uma vez decidido o incidente de resolução de demandas repetitivas, o juiz de caso futuro, para admitir a possibilidade de relitigação, tem que afirmar que *não* está diante da *mesma* questão que foi resolvida no incidente.

Ocorre que isto está  *muito longe do significado da “distinção” particular* aos precedentes ou ao *staredecisis*. O *distinguishing* não é mera técnica de *diferenciação*, pois tem grande importância para o desenvolvimento do direito mediante precedentes. Note-se que a técnica referida no inc. VI do § 1.º do art. 489 do Código de Processo Civil não apenas permite a distinção do caso sob julgamento *para a não aplicação* do precedente, mas também a distinção do caso *para a ampliação ou a restrição do alcance* do precedente. Esta última situação ocorre quando o caso, a princípio, não está submetido ao precedente, mas a racionalidade da *ratiodecidendie* evidencia que o caso sob julgamento também deve ser resolvido mediante a aplicação do precedente, ou quando o caso, a princípio, submete-se ao precedente, mas a sua racionalidade evidencia que o caso que está nas mãos do juiz não deve ser regulado pelo precedente. Nestas hipóteses, a falta de ampliação e de restrição do alcance do precedente violaria a igualdade perante o direito, fundamento do sistema de precedentes<sup>2</sup>.

O *distinguishing* permite que o sistema de precedentes se torne maleável e, assim, seja capaz de dar

2 Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 5a. ed., São Paulo: Ed. RT, 2016, Capítulo IV, item 7.4; Luiz Guilherme Marinoni, *Why does the civil law disregard precedents – A justification in a modern historical perspective*, Columbia University, New York, 2009, p. 119 e ss.

conta das novas realidades sem perder a sua função de tutela dos valores da estabilidade<sup>3</sup>. Frise-se que, com a extensão ou a limitação<sup>4</sup> do alcance dos precedentes, estes se tornam adequados à regulação de outras e distintas realidades<sup>5</sup>. O direito, tal como posto no precedente, adapta-se às situações que surgem na medida em que o tempo passa.<sup>6</sup> De modo que realizar distinção para aplicar ou deixar de aplicar um precedente é algo que milita, a um só tempo, para a estabilidade (na medida em que o precedente não é revogado) e para o desenvolvimento do direito, *ao contrário da mera distinção realizada para dizer que uma questão é igual ou não àquela que já foi decidida*.

É preciso ter em conta que o precedente regula a aplicação do direito e, do mesmo modo que a norma legal, pode ser interpretado por todo e qualquer juiz ou tribunal quando da sua consideração em face de determinado caso concreto. O precedente não se aplica “automaticamente” à resolução de casos, ou seja, o *distinguishing* não pode ser visto como uma hipótese de não incidência<sup>7</sup>. Aliás, sustenta-se no *common law* que, quando o juiz simplesmente não aplica um precedente, não há verdadeiramente *distinguishing*. Quando a Corte pode afirmar a não incidência de um precedente, este é irrelevante para a sua tarefa de julgar o caso e desenvolver o direito. Vale dizer que mediante o *distinguishing* as Cortes têm oportunidade de incrementar o direito, regulando casos e questões que, até então, não eram especificamente disciplinados por qualquer precedente. Isto obviamente só é possível quando os casos e as questões não são os mesmos ou idênticos. Quando a Corte, ao comparar a questão posta no caso sob julgamento com a decidida no precedente, emite juízo de incidência ou de não incidência, há simples aplicação do precedente ou mera *diferenciação* ou afirmação de que a questão que está sendo analisada não é a mesma ou idêntica. Nesta última hipótese poderia haver, tomando-se as palavras de Joseph Raz, no máximo uma visão atenuada ou inocente (*thetameview*) do *distinguishing*<sup>8</sup>.

Frise-se que os casos não precisam ser iguais para serem regulados por precedentes, mas apenas similares. Já a decisão de questão só se aplica em face de questão *idêntica*, ou seja, que já foi discutida e decidida em processo em que aquele que deve ser atingido pela coisa julgada teve oportunidade de participar – ao menos de forma indireta. Nesse situação, como a questão é *idêntica*, a decisão não abre espaço para interpretação ou para a distinção *típica à operação com precedentes*. A decisão se aplica ou não. É que não se está perguntando se o precedente – visto como norma jurídica – aplica-se *e, assim, deve regular a questão, mas apenas se uma decisão já a resolveu*.

O precedente, ao contrário da decisão de questão, *aplica-se a todos os casos que, embora diferentes, racionalmente não têm razão para ser solucionados de modo distinto*. O espaço para distinção, diante do precedente, é muito maior do que o que surge em face de decisão de questão. Nesta última hipótese basta perguntar se a questão de direito é igual; na primeira é preciso investigar se o caso, apesar de distinto, racionalmente exige a aplicação do precedente.

Recorde-se que o precedente não deve ser aplicado quando, apesar de a circunstância de fato já estar presente na época da edição do precedente, esta não foi considerada quando da sua elaboração. Ora, nesta situação a não aplicação da decisão de questão esbarraria na coisa julgada. Advirta-se que não se está a falar de circunstância superveniente à coisa julgada, capaz de paralisar os seus efeitos – ou de efeitos temporais da coisa julgada –, mas de circunstância que, diante da *ratiodecidenti*, evidencia a inaplicabilidade do precedente ao caso sob julgamento.

3 A aplicação da técnica da distinção exige a ponderação entre os fundamentos ou as razões do precedente e os valores que justificam o sistema de precedentes, vale dizer, os valores da segurança, da coerência da ordem jurídica, da igualdade e da liberdade.

4 Realmente, a adequada aplicação da técnica da distinção não apenas confere ao juiz do caso sob julgamento a possibilidade de não aplicar o precedente sob o argumento de que o caso é distinto, mas principalmente o poder de estender ou restringir a *ratiodecidenti* para solucionar caso que, a princípio, não deveria ou deveria ser regulado pelo precedente.

5 Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 5a. ed, Capítulo III, item 4.2; Patrícia Perrone Campos Mello, *Precedentes*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 201 e ss.

6 Frederick Schauer, *Thinking like a lawyer*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, esp. itens 5, 8 e 9.

7 Ramon Santos, A técnica da distinção e os limites da autoridade vertical nos precedentes, *Dissertação de Mestrado*, Orientador: Professor Luiz Guilherme Marinoni, Universidade Federal do Paraná, 2018, esp. p. 102 e ss.

8 Joseph Raz distingue a “*tame view*” e a “*strong view*” do *distinguishing*. Joseph Raz, *The authority of law – Essays on law and morality*, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 191 e ss.

Ademais, de lado o *overruling* e o *distinguishing*, a Corte ainda pode operar mediante a técnica da sinalização<sup>9</sup>, a *transformation*<sup>10</sup>, o *overriding*<sup>11</sup> e a elaboração de distinção inconsistente<sup>12</sup>. Quer dizer que o precedente confere um espaço de manobra inimaginável ao juiz que se depara com a coisa julgada sobre questão.

Embora seja compreensível a tendência de aproximar o raciocínio que o juiz de *civil law* desenvolve quando se vê diante da invocação da coisa julgada com a técnica da distinção, há que se fazer o registro do seu equívoco exatamente para evitar, entre outras coisas, a equiparação entre os efeitos do precedente obrigatório e da coisa julgada sobre questão.

Veja-se agora um exemplo para que o problema se torne mais simples. Considere-se a hipótese do acidente do ônibus escolar, em que vários alunos tenham sofridos lesões e prejuízos. Definida – no Tribunal de Justiça – a responsabilidade da escola e a procedência do pedido de ressarcimento em ação proposta por um dos alunos, há, além da coisa julgada que recai sobre o pedido, tornando imutável e indiscutível a condenação da escola a pagar indenização ao autor, coisa julgada sobre a questão da responsabilidade da escola em face do acidente que produziu danos. A decisão que rechaça as razões da escola e declara a sua responsabilidade pelo acidente resolve com força de coisa julgada questão que é prejudicial a qualquer uma das ações de ressarcimento que podem ser propostas pelos demais alunos.

A coisa julgada sobre a questão, embora possa ser invocada por qualquer um dos alunos que estava no ônibus, incide sobre decisão proferida em processo em que a escola pôde plenamente participar em contraditório, argumentando, provando e recorrendo. A coisa julgada só poderá ser invocada em ação de ressarcimento, baseada no mesmo acidente e na conseqüente responsabilidade da escola, proposta por outro aluno – que obviamente terá que evidenciar o dano que sofreu – que estava no ônibus. Portanto, a coisa julgada impedirá a relitigação e outra decisão da questão da responsabilidade, ou seja, da *mesma questão* decidida no processo anterior, em que a escola foi condenada.

A possibilidade de outro aluno invocar a coisa julgada sobre a questão da responsabilidade decorre da necessidade de se impedir a redecisão de questão já resolvida, evitando-se prejuízos à coerência do direito, à segurança jurídica, à autoridade do Judiciário e ao dever de eficiência do Estado, que não pode gastar tempo e dinheiro com a produção de prova e a discussão de uma questão que já foi objeto de adequado contraditório em processo anterior, sob pena de estar admitindo que pode gastar o dinheiro dos contribuintes com a litigação *desnecessária*.

Entretanto, a decisão sobre a questão da responsabilidade, firmada pelo Tribunal de Justiça, além de nada dizer de relevante em termos de direito, é fruto de tribunal não responsável pelo desenvolvimento do direito mediante precedentes. Perceba-se que, caso a discussão envolvesse, por exemplo, a responsabilidade objetiva da escola, eventual recurso especial poderia permitir ao Superior Tribunal de Justiça firmar precedente sobre a questão da responsabilidade objetiva em caso de acidente de veículo de companhia contratada por escola para transportar os seus alunos.

Este precedente, no entanto, não precisaria ser utilizado em ação proposta por outro aluno que estava no mesmo ônibus escolar. Ora, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, embora possa servir de precedente em caso conflitivo diverso, decidiu que a escola tem responsabilidade objetiva e, portanto, decidiu com força de coisa julgada questão prejudicial ao pedido de ressarcimento. Significa claramente que outro aluno que

9 Neste caso, a Corte não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado, mas, em nome da segurança jurídica, deixa de revogá-lo, evidenciando a sua perda de consistência e *sinalizando* para a sua futura e oportuna revogação.

10 Nesta situação, a Corte transforma ou reconfigura o precedente, sem revogá-lo. A Corte preserva o precedente, mas lhe confere significado diverso. Isto ocorre quando a Corte entende que a revogação do precedente ainda não é oportuna, por demandar maior discussão ou amadurecimento, mas a aplicação “literal” do precedente constituiria uma injustiça. Ver Melvin Eisenberg, *The nature of the common law*, Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 133 e ss.

11 O *overriding* se baseia na necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento que surgiu posteriormente. Ocorre uma desconsideração de parcela do precedente, de modo que há uma limitação ou restrição da sua incidência. Porém, a operação que se faz para compatibilizar o precedente com o novo entendimento é consistente com as razões que estiveram à base da formulação do precedente.

12 Nesta hipótese, a negação parcial do precedente não é consistente com as razões que justificaram a sua elaboração. De acordo com Eisenberg, existem fortes razões a justificar a prática de distinção inconsistente. Assim, por exemplo, quando a Corte ainda não está plenamente convencida de que o entendimento anterior deve ser revogado, ela pode realizar distinção inconsistente como passo provisório para a revogação total. Ver Melvin Eisenberg, *The nature of the common law*, p. 136 e ss.



estava no ônibus poderá invocar a coisa julgada sobre a questão da responsabilidade objetiva, derivada da decisão do Superior Tribunal de Justiça.

De outro lado, se em face de acidente de ônibus de companhia de transporte intermunicipal de passageiros o filho de uma das vítimas ingressa com ação de ressarcimento, obviamente não há como se invocar coisa julgada sobre a questão da responsabilidade objetiva relativa à decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no caso do ônibus escolar, em que partes diferentes discutiram responsabilidade diante de outro acidente. Isto não é possível, antes de tudo, porque a questão que foi decidida no primeiro processo *não é de titularidade dos autores* da ação respeitante ao segundo acidente (*não é a mesma questão*), e depois porque a coisa julgada só recai sobre a questão que pôde ser discutida de forma plena e adequada pelo litigante em vias de ser prejudicado na segunda ação.

O que os autores da ação contra a companhia de transporte intermunicipal de passageiros podem invocar é a decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre a responsabilidade objetiva do transportador enquanto *precedente*. Diante disto, o réu não poderá alegar, com base no art. 503 do Código de Processo Civil, que a questão não foi adequadamente discutida e decidida ou ainda que a questão não é a mesma. Caberá ao réu, nesta situação, apenas argumentar que a questão posta no processo não deve ser resolvida pelo precedente ou então insistir na sua revogação. No entanto, ao considerar a defesa, o juiz poderá entender que o precedente, embora tenha tratado da responsabilidade da escola em face da contratação de transporte aos seus alunos, aplica-se diante do transporte intermunicipal de passageiros, esclarecendo que as razões contidas no precedente são suficientes para evidenciar que a responsabilidade objetiva não pode se afastar do caso sob julgamento.

Lembre-se que a aplicação do precedente não é uma operação de subsunção<sup>13</sup>. A decisão pode invocar circunstâncias presentes apenas no caso sob julgamento tanto para aplicar quanto para deixar de aplicar um precedente, justificando que as particularidades do caso, frente à *ratiodecidenti*, impõem uma ou outra solução. Significa que o réu e o juiz têm espaços de atuação completamente distintos conforme a hipótese seja de invocação de precedente ou de coisa julgada sobre questão.

## A PROJEÇÃO DO ENTENDIMENTO DE QUE O *collateralestoppel* NÃO PODE PREJUDICAR TERCEIROS SOBRE O *stare decisis*

De acordo com a teoria da *virtual representation*, aquele que *não foi parte* no processo pode ser alcançado e prejudicado pela decisão nele proferida. A *virtual representation* sustenta que a decisão pode prejudicar terceiro quando a parte, titular de *interesse idêntico*, *discutiu plenamente* a questão. Funda-se, assim, na ideia de “identidade de interesses”, de modo que é representante virtual a parte que atua em pleno contraditório na defesa *dos mesmos interesses* da não-parte, o que justificaria a extensão da coisa julgada em *prejuízo* do terceiro, alheio ao processo<sup>14</sup>.

Não obstante a *virtual representation* tenha encontrado eco em decisões de algumas cortes inferiores

13 De acordo com Neil Duxbury (*The nature and authority of precedent*, New York: Cambridge University Press, 2008, p. 115), a mais interessante e sutil forma de *distinguishing* é aquela em que a Corte deixa de lado um precedente para, em razão da presença de um maior número de fatos materiais, editar uma regra particular. Assim, se a Corte decide, em *Black v. Black*, que *x* é o resultado diante dos fatos *a, b e c*, o mesmo se deve esperar em *White v. White* se os fatos operativos também são *a, b e c*. Suponha-se, no entanto, que em *Grey v. Grey* a Corte diferencia *Black v. Black* e decide que *x* deve ser o resultado quando está presente *e*, além de *a, b e c*. Em *Grey v. Grey*, a Corte, para decidir por *x*, além de *a, b e c*, considera *e*, isto é, outro fato material. A Corte, dessa forma, entende que outra condição é necessária para se ter *x*, o que revela uma nova *ratiodecidenti*, ou, mais precisamente, uma *ratiodecidenti* limitada em relação àquela formulada em *Black v. Black*. Por exigir outros fatos materiais, a nova *ratiodecidenti* é aplicável a um número reduzido de casos. Este exemplo mostra que o *distinguished* acaba permitindo a alteração do precedente, ou melhor, a mudança da *ratiodecidenti* do precedente. Há, em verdade, uma pequena correção da *ratiodecidenti* ou a sua acomodação a um caso que, além de caracterizado pelas circunstâncias fáticas (ainda que não todas) que marcaram aquele que deu origem ao precedente, é constituído por outros fatos materiais. Note-se que o caso obviamente não pode ser integralmente diverso. Ele deve conter os fatos presentes no caso que abriu ensejo ao precedente, aos quais se somam novas circunstâncias fáticas. Diante disso, indaga-se quando se permite esta modalidade de *distinguishing*, em que se corrige o precedente para se abarcar um caso constituído por fato antes não previsto. O *distinguishing* apenas é viável quando o novo fato não é incompatível com o resultado a que se chegou no precedente. Este fato, combinado com aqueles presentes no caso anterior, deve justificar o ajuste do precedente ao caso sob julgamento. Assim, se o fato antes ignorado, ao ser considerado, exige resultado contrário ao firmado no precedente, a *ratiodecidenti* não estará sendo adequadamente ajustada. Nesta hipótese, o precedente não poderá ser legitimamente aplicado mediante a técnica do *distinguishing*. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 5ª. Ed., Parte III, 4, 4.1.

14 Allan D. Vestal, Res Judicata/Preclusion: Expansion, *Southern California Law Review*, 1973-1974; Robert G. Bone, Rethinking the “day in Court” ideal and nonparty preclusion, *New York University Law Review*, 1992; Robert G. Bone, *The economics of civil procedure*, New York: Foundation Press, 2001, p. 254 e ss; Michael A. Berch, A proposal to permit collateral estoppel of nonparties seeking affirmative relief, *Arizona St. Law Journal*, 1979; Jack L. Johnson, Due or voodoo process: virtual representation, *Tulane Law Review*, 1994; Martin H. Redish e William J. Katt, Taylor v. Sturgell, Procedural due process, and the day-in-Court ideal: resolving the virtual representation dilemma, *Notre Dame Law Review*, 2009.

estadunidenses, especialmente no Quinto Circuito<sup>15</sup>, a Suprema Corte dos Estados Unidos rejeitou-a em Taylor v. Sturgell, declarando que a extensão dos efeitos preclusivos em prejuízo de não-partes contraria a tradição histórica, profundamente enraizada nos Estados Unidos, de que todos devem ter o seu dia perante a Corte<sup>16</sup>.

Este entendimento, que parte da premissa de que nem mesmo a não-parte cujo interesse foi plenamente defendido pela parte pode ser prejudicado pela coisa julgada, fez com que parcela da doutrina estadunidense passasse a questionar o *staredecisis*, indagando se este estaria de acordo com o *dueprocess*<sup>17</sup>.

## O *stare decisis* EM RICHARDS V. JEFFERSON COUNTY E TAYLOR V. STURGELL

Quando se olha para os precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos que rejeitaram a *virtual representation*, especialmente para Richards v. Jefferson County e Taylor v. Sturgell, verifica-se que a Corte, ao mesmo tempo em que declarou que a afetação de quem não teve oportunidade de discutir viola o *dueprocess*, admitiu que isto não seria problema em se tratando de *staredecisis*.

Max Minzner, ao se debruçar sobre esta situação, advertiu que a Suprema Corte, em Richards, declarou sem explicar que a liberdade da Corte para aplicar um precedente não lhe permite proibir a não-parte de discutir questão decidida em processo anterior<sup>18</sup>. Em Taylor, a Suprema Corte expressamente aludiu ao *staredecisis* para justificar a sua conclusão, argumentando que, a despeito de se proibir a *virtual representation* e, assim, admitir-se a rediscussão da questão pelas não-partes, o *staredecisis* iria permitir às Cortes evitar a proliferação de demandas<sup>19</sup>.

Na verdade, a Suprema Corte sequer tentou explicar o motivo pelo qual o *dueprocess*, embora não se compatibilize com a *virtual representation*, não limita os efeitos do precedente. De qualquer forma, os precedentes firmados em Richards e Taylor estimularam a doutrina a relacionar o *collateralestoppel*, a *virtual representation* e o *staredecisis* e, sobretudo, a procurar enquadrar o *staredecisis* no quadro do devido processo legal.

## OUTROS CASOS EM QUE O STARE DECISIS FOI EQUIPARADO À VIRTUAL REPRESENTATION

A doutrina que alude aos efeitos preclusivos do *staredecisis* e, nesta perspectiva, busca enquadrá-lo no devido processo legal, aponta para outros julgados em que as Cortes inferiores equipararam os efeitos do precedente e da decisão de questão<sup>20</sup>. Nestes casos, negando a possibilidade de a decisão de questão afetar não-partes, as Cortes admitiram que o mesmo efeito poderia ser obtido mediante *staredecisis*.

A Corte de Apelação do Primeiro Circuito, em U. S. v. 177.51 Acres of Land, após afirmar que anterior decisão não poderia atingir os proprietários no caso sob julgamento, uma vez que tecnicamente a doutrina do *collateralestoppel* da *issuepreclusion* não se aplicaria em razão de os proprietários não terem sido partes no caso anterior, concluiu que a doutrina do *staredecisis* poderia ser invocada para outorgar à decisão do primeiro caso valor de precedente. Ou seja, a Corte raciocinou que, embora não aplicável o *collateralestoppel*, seria possível chegar a igual resultado mediante o *staredecisis*<sup>21</sup>.

15 Pollard v. Cockrell, 578 F.2d, 1002 (5th Cir., 1978); Sw. Airlines Co. v. Tex. Int'l Airlines, 546 F.2d, 84 (5th Cir., 1977).

16 Taylor v. Sturgell, Supreme Court of the United States, June 12, 2008, 553 U.S. 880.

17 Amy C. Barret, Stare decisis and due process, *University of Colorado Law Review*, 2003, p. 1.017; Max Minzner, Saving stare decisis: preclusion, precedent, and procedural due process, *Brigham Young University Law Review*, 2010, p. 601.

18 Max Minzner, Saving stare decisis: preclusion, precedent, and procedural due process, *Brigham Young University Law Review*, 2010, p. 598.

19 "The FAA next argues that 'the threat of vexatious litigation is heightened' in public-law cases because 'the number of plaintiffs with standing is potentially limitless. (...) Thus it is theoretically possible that several persons could coordinate to mount a series of repetitive lawsuits. But we are not convinced that this risk justifies departure from the usual rules governing nonparty preclusion. First, *stare decisis* will allow courts swiftly to dispose of repetitive suits brought in the same circuit' (Taylor v. Sturgell, Supreme Court of the United States, June 12, 2008, 553 U.S. 880).

20 Amy C. Barret, Stare decisis and due process, *University of Colorado Law Review*, 2003, p. 1.018.

21 "The question now becomes whether our prior determination that the town of Truro has no obligation to maintain Pond Road is binding against the landowners in this case. Technically, the doctrine of collateral estoppel, or issue preclusion, does not apply here because these landowners were not parties to the proceedings in *Pond Road I* and *Pond Road II*. (...) In *Pond Road I*, however, we did recognize that issues regarding Pond Road were likely to recur in future cases involving land condemned for the National Seashore and that their resolution on remand in that case 'would impose a degree of order and certainty in these proceedings'. (*Pond Road I*, 667 F.2d at 253). Indeed, in this setting we think that the doctrine of stare decisis should be invoked to give our resolution of the Pond Road issue in that case precedential value". (U. S. v. 177.51 Acres of Land, United States Court

A Corte de Apelação do Oitavo Circuito, ao tratar do *collateralestoppel* em matéria tributária, consignou que quando os fatos relevantes, relativos a anos fiscais distintos, são separáveis ou gozam de autonomia, o *collateralestoppel* não é invocável. Contudo, a Corte admitiu que, diante da similaridade dos fatos, à decisão pretérita poderia ser outorgada a força de precedente, proporcionando-se o mesmo resultado<sup>22</sup>.

A relação entre *staredecisis* e *collateralestoppel* também surgiu num caso de ressarcimento de dano provocado pelo amianto. As ações de ressarcimento, em caso de amianto, estimularam o uso do *offensivecollateralestoppel*, permitindo a invocação de decisão contra o fabricante e o fornecedor de produto que contém a substância<sup>23</sup>. Num caso em que o autor pedia ressarcimento em virtude de séria doença pulmonar provocada pela exposição ao amianto, a Corte distrital negou o *collateralestoppel* contra uma das empresas demandadas sob o argumento de que esta não teria tido “*fulland fair opportunity*” para discutir a questão no anterior processo. Não obstante, a Corte entendeu que a decisão proferida em *Borel v. Fibreboard*<sup>24</sup> constituiria precedente em que se reconheceu a nocividade e a excessiva periculosidade do amianto, bem como que já fora dito que a substância provoca doenças pulmonares, como a asbestose e a mesotelioma<sup>25</sup>.

O importante, porém, é que esta inquietação em relação ao *staredecisis* permite esclarecer que os efeitos do *staredecisis* não se confundem com os do *collateralestoppel* (coisa julgada sobre questão) e, especialmente, que o fundamento e a função do *staredecisis* estão muito longe dos do *collateralestoppel* ou da coisa julgada.

## EFEITOS DO COLLATERALESTOPPEL OU DA COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO E EFEITOS DO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO

Realmente, não há como negar que há diferença entre os efeitos do precedente e do *collateralestoppel* ou da coisa julgada sobre questão. E não apenas porque a coisa julgada sobre questão, ao contrário do precedente obrigatório, afeta apenas quem teve adequada oportunidade de discutir ou de participar do processo em que proferida a decisão.

Como visto, o precedente pode ser objeto de *overruling* e *dedistinguishing*, técnicas que passam longe da coisa julgada sobre questão. A questão objeto da coisa julgada não pode ser redecidida por outro juiz e a parte que a discutiu está proibida de relitigá-la. Uma decisão de questão não pode ser revogada e as particularidades de um caso futuro não podem ser destacadas para a sua aplicação extensiva ou restritiva mediante *distinguishing*.

A circunstância de alguns tribunais estadunidenses relutarem em revogar precedentes e, assim, sujeitarem os litigantes aos efeitos do precedente não legitima a equiparação teórica entre precedente e coisa julgada sobre questão.

O litigante não conformado sempre tem o direito de falar contra a aplicação do precedente. Porém, seria possível argumentar – considerando a realidade de algumas cortes inferiores estadunidenses – que a violação do direito de ser ouvido está na falta de justificativa à perpetuação equivocada do precedente. Sucede que a Corte que se nega a revogar precedentes desgastados ou claramente equivocados deixa de observar o seu compromisso com o desenvolvimento do direito, de modo que o problema se situa num patamar não só diferente, mas também antecedente, ao do *dueprocess*.

of Appeals, First Circuit, 716 F.2d 78, 1983).

22 “In making reversal of the Tax Court’s decision because of our previous opinion, we are doing so, as indicated above, not on the basis of collateral estoppel, but on the basis of adhering to and giving application to our previous decision as a matter of stare decisis in relation to petitioner’s situation”. (Journal-Tribune Publishing Co. v. C.I.R., United States Court of Appeals, Eighth Circuit, 348 F.2d 266, 1965).

23 Troyen A. Brennan, Collateral estoppel in asbestos litigation, *Environmental Law*, 1983, p. 197 e ss; Michael D. Green, The inability of offensive collateral estoppel to fulfill its promise: an examination of estoppel in asbestos litigation, *Iowa Law Review*, 1984, p. 141 e ss.

24 *Borel v. Fibreboard*, 5th Cir, C93 F.2d 1076, 1973.

25 “If, however, this case is not a proper candidate for the use of offensive collateralestoppel, this Court is of the opinion that the stare decisis effect of *Borel* precludes the defendants from relitigating whether asbestos products are defective and unreasonably dangerous within the meaning of section 402A of the Restatement. Further, this Court also believes that the *Borel* decision may be interpreted as holding as a matter of law that products placed in the stream of commerce containing asbestos are defective for the reason that they are unreasonably dangerous to the consumer or user of the product. *Borel v. Fibreboard*, 493 F.2d 1076 (5th Cir. 1973). Further, this Court holds as a matter of law that asbestos is a producing cause of certain lung diseases, including asbestosis and mesothelioma”. (Mooney v. Fibreboard Corp., United States District Court, E. D. Texas, 485 F.Supp. 242, 1980).

A violação do direito de ser ouvido só poderia ser vista como uma consequência da falta da Corte ao seu dever institucional perante a ordem jurídica. É preciso esclarecer que este problema se situa num outro espaço teórico e prático e, exatamente por isto, não pode ser resolvido na perspectiva do litigante do caso concreto, como se fosse um problema de coisa julgada ou de preclusão.

Na verdade, importa colocar as coisas em seus devidos lugares, ao contrário do que fez a doutrina estadunidense que se preocupou com o tema. Lembre-se que Amy Barret, ao justificar que o efeito do precedente é, na prática, um verdadeiro efeito preclusivo, afirma que o “*overrulingis a ‘specialoccasion’ event*”<sup>26</sup>. No mesmo sentido, Max Minzner fala que a flexibilidade que, a princípio, caracterizaria o *staredecisis*, na prática não existe<sup>27</sup>.

Ora, o fato de o precedente poder não se submeter, *como deveria*, à flexibilidade que expressa a necessidade da sua revogação para o desenvolvimento do direito, não pode ser visto como um dado ou como algo posto e não mais questionável, a justificar a conclusão de que o precedente gera os mesmos efeitos da *collateralestoppel* ou da coisa julgada sobre questão.

Tendo em vista que o ponto não se situa no âmbito da coisa julgada, mas na esfera dos precedentes obrigatórios ou do *staredecisis*, o certo é estimular as Cortes a se postarem de modo adequado diante do dever institucional do Judiciário de eleger e revogar precedentes em nome da tutela da coerência da ordem jurídica, da segurança, da liberdade e da igualdade.

Ademais, a má compreensão do *distinguishing* também pode permitir a conclusão de que o juiz e o litigante estão tão presos ao precedente quanto à decisão de questão. Barret, ao negar diferença entre os efeitos do precedente e da *issuepreclusion* (*collateralestoppel*), diz que o *distinguishing* não separa o *staredecisis* da *issuepreclusion*, já que pode ser aplicado em ambos os casos<sup>28</sup>. Acontece que nem mesmo a tradicional coisa julgada *inter partes* pode ser admitida por juiz que não tem consciência da identidade entre partes, causa de pedir e pedido. Em todas as formas de coisa julgada há juízo de identificação/distinção. Equivocadamente, Amy Barret equipara o juízo de identificação/distinção comum à *res judicata* – que na maioria das vezes sequer é justificado – ao juízo de distinção próprio ao *staredecisis*.

Não se pode admitir que o precedente sujeita o litigante nos mesmos moldes que o *collateralestoppel*. A omissão das Cortes em fazer o *overruling* (quando necessário, obviamente) atenta contra a ordem jurídica, gerando a sua estagnação ou engessamento, de modo que a submissão do litigante do caso concreto a um precedente equivocado ou desgastado é consequência de um problema muito mais grave. O que realmente deve ser considerado, quando se tenta equiparar os efeitos do precedente e da decisão de questão, é que a revogação é inerente à natureza do precedente, ao passo que a decisão de questão é imutável e indiscutível. Por outro lado, o *distinguishing* permite a construção de enunciado diverso daquele que regulou caso anterior, o que é incogitável quando se está diante de coisa julgada sobre questão.

Nesta altura, é importante lembrar, especialmente pela grande autoridade do *Judge* que proferiu o voto que expressou o entendimento da Corte, passagem de decisão da Corte de Apelação do Sétimo Circuito. Em *Bethesda Lutheran Homes and Services, Inc. v. Born*, após os autores arguirem que não estavam sujeitos ao precedente por serem *new parties*, o Judge Posner advertiu que o advogado dos autores não teria entendido a doutrina do *staredecisis*, uma vez que o precedente, além de afetar partes diferentes, permite o *overruling* desde que apresentada razão suficiente para tanto. Assim, ainda que se extraia do *staredecisis* uma preclusão de não-partes, não haveria como deixar de ver que o precedente gera uma preclusão muito menos rígida do que a *res judicata*<sup>29</sup>.

26 Amy C. Barret, *Stare decisis and due process*, *University of Colorado Law Review*, 2003, p. 1.019.

27 “Two major justifications have been put forth to explain the more lenient due process treatment of stare decisis when compared to issue preclusion. The first is the alleged flexibility of stare decisis (...) Both of these justifications are deeply flawed. Stare decisis doctrine, as it is now applied in some courts, is far from flexible”. (Max Minzner, *Saving stare decisis: preclusion, precedent, and procedural due process*, *Brigham Young University Law Review*, 2010, p. 600).

28 “... distinguishing does not logically separate stare decisis from issue preclusion; distinguishing occurs in both contexts” (Amy C. Barret, *Stare decisis and due process*, *University of Colorado Law Review*, 2003, p. 1.019).

29 “The premise of the present suit is that our previous decisions were wrong. The plaintiffs argue that because there are new parties, the previous decisions are not binding. That premise is wrong, as we have seen, but forget that. The plaintiffs’ lawyer does not understand the doctrine of stare decisis. It is *res judicata* that bars the same party from relitigating a case after final judgment, and the doctrine of law of the case that counsels adherence to

## OS DISTINTOS EFEITOS DA COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO E DO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO DERIVAM DE SUAS DIVERSAS NATUREZAS

O argumento de que o precedente obrigatório retira da não-parte a possibilidade de discutir a questão de direito dele objeto conduz a uma discussão marcada por uma falsidade. A falsidade não está na premissa, ou seja, na afirmação de que o precedente obrigatório atinge terceiros que não discutiram a questão decidida, *mas no uso desta afirmação*. Alega-se que a impossibilidade da discussão da questão pode colocar em risco o direito a um dia perante a Corte. Assim, por exemplo, diz Barret que, “na perspectiva do litigante, *staredecisis* e *issuepreclusion* sobrepõem-se em efeitos, mas divergem na proteção ao *dueprocess*”<sup>30</sup>. A ponte entre a impossibilidade de discussão e a violação do devido processo legal seria hígida caso fosse no mínimo possível supor que a existência de precedente depende da discussão de todos que podem ser por ele afetados. Como isso é falso, a discussão em torno de se a submissão ao precedente viola o *dueprocess* é construída a partir de uma premissa que é artificial, ou seja, é injustificadamente posta em pé apenas para forçar a discussão.

O *common law* jamais pensou em enquadrar os efeitos do precedente no quadro do devido processo legal. Não, como é óbvio, por supor que a ideia de *staredecisis* está acima do *dueprocess*. A teoria do precedente é fundada em plano totalmente diverso do da teoria da coisa julgada. No que tange à coisa julgada, sempre foi reconhecido, tanto no âmbito do *common law* quanto no do *civil law*, que ninguém pode ser prejudicado por decisão proferida em processo de que não pôde participar. Isto porque a decisão, ao significar positivamente de poder para pôr fim a um litígio, não pode encontrar legitimação a distância da participação daqueles que estão envolvidos no conflito de interesses, especificamente ao impor prejuízo a um dos litigantes.

Mas a preocupação que pairou sobre a teorização do precedente foi completamente diferente. A consciência de que o Judiciário participa do processo de (re)construção do direito e, assim, a clara percepção de que as decisões judiciais não podem variar de acordo com os casos, permitiu não só ver que o respeito ao precedente é imprescindível para a tutela da segurança jurídica, mas também que as Cortes têm a função de desenvolver o direito mediante a elaboração, ajustamento e revogação dos precedentes<sup>31</sup>.

Nesta dimensão, o precedente orienta a sociedade e a resolução dos casos conflitivos e, assim, equipara-se a uma norma geral, cuja validade e eficácia *simplesmente não podem deixar de se projetar perante todos*. A eficácia geral é inerente ao precedente, na medida em que não se pode pensar em precedente que não alcance a todos. Aliás, em artigo sugestivamente intitulado “*Savingstaredecisis: preclusion, precedentand procedural dueprocess*”, Max Minzner reconhece que, mesmo na perspectiva do *dueprocess*, a eficácia perante não-partes não coloca o *staredecisis* em perigo; esta eficácia na verdade o salva, uma vez que, ao se pretender que os terceiros ou ausentes confiem nos precedentes, não há como não afetá-los<sup>32</sup>.

Portanto, se a lógica da coisa julgada não permite pensar em prejuízo a quem não teve oportunidade de discutir, o precedente se afasta desta lógica na proporção em que diz respeito a todos os membros da sociedade e não às partes de um conflito. Esta é a inescandível e, na verdade, evidente razão pela qual os efeitos do precedente, ao contrário dos efeitos da coisa julgada sobre questão, projetam-se contra todos, nada tendo a ver com partes e não-partes.

Assim, o argumento de que o *dueprocess* proíbe que as não-partes sejam prejudicadas pela coisa julgada sobre questão não induz à conclusão de que o precedente pode pôr em risco o devido processo legal. Basta que seja preservada a natureza dos precedentes obrigatórios, utilizando-se corretamente os instrumentos que

earlier rulings in the same case. (...) It is stare decisis that bars a different party from obtaining the overruling of a decision. The existence of different parties is assumed by the doctrine, rather than being something that takes a case outside its reach. Of course, stare decisis is a less rigid doctrine than res judicata. But it is not a noodle. For the sake of law's stability, a court will not reexamine a recent decision (our previous decisions are two and three years old, respectively) unless given a compelling reason to do so”. (Bethesda Lutheran Homes and Services, Inc. v. Born, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 238 F.3d 853, 2001).

30 Diz ainda Amy Barret: “This preclusive effect raises serious due process issues, and, as I shall argue below, occasionally slides into unconstitutionality. In adjudication – where, by definition, life, liberty, or property is at stake – the Constitution guarantees litigants due process of law. Due process includes the right to an opportunity to be heard on the merits of one’s claims or defenses. To the extent that a rigid application of stare decisis deprives litigants of this opportunity, it raises a due process issue”. (Amy C. Barret, Stare decisis and due process, *University of Colorado Law Review*, 2003, p. 1.018 e p. 1.105).

31 Luiz Guilherme O STJ Marinoni, *enquanto Corte de Precedentes*, 3a. ed., esp. p. 136 e ss; Daniel Mitidiero, *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, 2a. ed., São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 76 e ss.

32 Max Minzner, Saving stare decisis: preclusion, precedent, and procedural due process, *Brigham Young University Law Review*, 2010, p. 600.

lhes são pertinentes.

## POR QUE A DECISÃO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS NÃO PODE SER VISTA COMO UM PRECEDENTE?

O art. 985 do Código de Processo Civil afirma que, “julgado o incidente, a *tese* jurídica será aplicada: i) a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; ii) aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986”. Por sua vez, o art. 927, III, do mesmo código diz que “os juízes e tribunais observarão” o acórdão em incidente de resolução de demandas repetitivas.

Como se vê, o art. 927, III, atribuiu à decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas a eficácia de precedente. Lembre-se que, diante da admissão do incidente, são *suspensos* “os processos pendentes, individuais ou coletivos” (art. 982, I, CPC), devendo a questão de direito passar a ser discutida *unicamente entre as partes do processo* que abriu oportunidade para a instauração do incidente, restando *excluídos da participação todos os demais litigantes*, partes nas ações repetitivas.

Como é evidente, o legislador, ciente de que a decisão do incidente pode prejudicar pessoas que não participam do processo, tentou resolver o problema da exclusão da participação mediante o recado de que “os juízes e tribunais *observarão*” (art. 927, III, CPC) a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas, como se esta fosse um mero precedente e não, *antes de tudo*, uma decisão que produz coisa julgada *erga omnes*.

Não há como atribuir força obrigatória a uma decisão, saltando-se o problema da coisa julgada. Antes de se afirmar que uma decisão pode regular outros casos, há de se definir para quem a decisão se torna imutável ou, mais precisamente, quem são aqueles que ficam proibidos de rediscutir a questão decidida. De forma risível, o art. 985 do Código de Processo Civil finge esquecer que a decisão que proíbe os membros de um grupo (em regra os autores das demandas repetitivas) de rediscutir questão decidida constitui coisa julgada *erga omnes*, atribuindo-lhe o nome mágico de “tese” e a qualidade de vincular todos os juízes.

Se as partes dos processos suspensos e dos eventuais processos futuros ficam proibidas de relitigar a questão decidida no incidente de resolução, o que as sanciona apenas pode ser a coisa julgada. Ora, um precedente obrigatório não proíbe a rediscussão de questão. Como antes dito, a natureza e a função do precedente são muito diferentes das da coisa julgada sobre questão; além disto, a invocação de precedente, ao contrário da de coisa julgada sobre questão, abre oportunidade para “distinção” e “revogação”.

Ao se proibir, por força da decisão do incidente, a relitigação da *mesma* questão nas ações repetitivas, raciocina-se a partir de um conflito que já se instaurou (de uma lesão ou de um dano em massa que já ocorreu), deslocando-se a discussão – que, de acordo com o direito fundamental de ação, pode ser travada por qualquer litigante individual ou seu representante coletivo<sup>33</sup> – para o ambiente do incidente de resolução. Os direitos individuais homogêneos são agrupados ou coletivizados para discussão num único procedimento, *mas sem com que um representante adequado dos litigantes excluídos esteja presente para efetivamente fazê-los ouvir*, como é indispensável em todo e qualquer caso em que direitos de pessoas ausentes são discutidos.

Para se ver de forma ainda mais clara o absurdo, basta atentar para a circunstância de que os representados, no caso de ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, sequer podem ser prejudicados pela coisa julgada, enquanto que, no caso de incidente, os titulares de tais direitos podem ser prejudicados sem terem contado com um legitimado coletivo ou um representante adequado. Recorde-se, aliás, que a admissão de que a coisa julgada, na *classaction* estadunidense, pode prejudicar aqueles que não participam diretamente do processo foi resultado de precedente firmado pela Suprema Corte dos Estados

33 Ver Edilson Vitorelli, *O devido processo legal coletivo*, São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 113 e ss.

Unidos no caso *Hansberry v. Lee*<sup>34</sup>, que se tornou célebre ao fixar a imprescindibilidade da presença de um “representante adequado”, na vigorosa defesa dos ausentes, para a *classaction* – e, portanto, a coisa julgada *erga omnes* em prejuízo das não-partes – poder ser vista em conformidade com a cláusula do *due process*, prevista na Décima Quarta Emenda<sup>35</sup>. Frise-se que a Suprema Corte, em *Hansberry v. Lee*, disse que o ausente não pode ser prejudicado quando aquele que diretamente participa do processo *não tem condições concretas* para tutelar os direitos daqueles que ficaram alheios à discussão, conferindo à “representação *adequada*” (que não pode ser qualquer representação) a condição de *requisito constitucional indispensável* para que a coisa julgada possa prejudicar pessoas que não participaram do processo<sup>36</sup>.

O precedente firmado em *Hansberry* foi mais tarde invocado pela própria Suprema Corte dos Estados Unidos quando do julgamento de *Richards v. Jefferson County*<sup>37</sup>, em que se rejeitou *collateralestoppel* sob o argumento de que as partes vencidas no primeiro processo não representaram adequadamente os litigantes ausentes, que, portanto, não podiam ficar obstados de voltar a litigar a questão decidida<sup>38</sup>.

Portanto, apelidar a decisão do incidente de precedente e, a partir daí, proibir os excluídos da discussão da questão de relitigá-la, além de encobrir o fenômeno da coisa julgada, nega o direito fundamental de influir sobre o convencimento do juiz, ainda que mediante representante adequado<sup>39</sup>.

34 *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 61 S.Ct. 115, 1940.

35 Max Minzner, Saving stare decisis: preclusion, precedent, and procedural due process, *Brigham Young University Law Review*, 2010, p. 597 e ss.

36 O *multidistrictlitigation* é um procedimento em que, considerando-se ações múltiplas que possuem questões dependentes de uma única instrução probatória, unificam-se as fases postulatória e probatória com o objetivo de elucidar os fatos comuns a todas as ações, devendo posteriormente o juiz competente, como base nas provas produzidas, decidir a demanda individual. Cabe ao juiz, perante o qual as ações são consolidadas, indicar um advogado ou grupo de advogados (*lead counsel*) para atuar em nome de todos os demandantes. A doutrina estadunidense reconhece que, nestes casos, o advogado nomeado sempre tem grande experiência em *complexlitigation*, o que favorece todos os autores, especialmente aqueles com menor condição financeira, que, em regra, estão a litigar com grandes empresas (Charles Silver e Geoffrey P. Miller, The quasi-classactionmethodofmanagingmulti-districtlitigations: problemsand a proposal, *Vanderbilt Law Review*, v. 63, 2010, p. 118 e ss). O *Manual for ComplexLitigation* determina que o juiz deve tomar em conta a qualificação, a competência, o interesse, os recursos e o comprometimento do advogado ou do grupo de advogados (Federal Judicial Center, *Manualofcomplexlitigation* – Fourth, Federal Judicial Center, 2004; www.fjc.gov). Além disto, e embora a doutrina afirme que o juiz frequentemente indica advogados dotados de grande qualificação para a liderança da causa, o *Manual for ComplexLitigation* exige que o *lead counsel* atue de maneira justa, eficiente e econômica em favor de todos os litigantes. Embora no *multidistrictlitigation* não exista um representante adequado, nos termos da *classaction*, a indicação de advogado ou grupo de advogados é pautada em critérios destinados a garantir efetiva e adequada tutela jurisdicional a todos os litigantes. Há um advogado ou grupo de advogados nomeados para ótima e eficazmente representar todos os litigantes (Charles Silver, The responsibilitiesof lead lawyersandjudges in multidistrictlitigation, *Fordham Law Review*, v. 79, 2011, p. 98 e ss). Ao contrário do IRDR brasileiro, o *multidistrictlitigation*, ao se preocupar com a qualificação, a experiência e o comprometimento dos advogados nomeados para os autores das demandas individuais, coloca-os numa posição de paridade de armas em face do réu, geralmente empresas de grande porte, como, por exemplo, importantes e conhecidos laboratórios farmacêuticos. Ver *Harvard Law Review*, The Judicial Panel and the conduct of multidistrict litigation, *Harvard Law Review*, v. 87, 1974; Charles Silver, The responsibilities of lead lawyers and judges in multidistrict litigation, *Fordham Law Review*, v. 79, 2011; Daniel A. Richards, An analysis of the judicial panel on multidistrict litigation’s selection of transferee district and judge, *Fordham Law Review*, v. 78, 2009; Edward F. Sherman, The MDL model for resolving complex litigation if a class action is not possible, *Tulane Law Review*, v. 82, 2008; Stanley J. Levy, Complex multidistrict litigation and the Federal Courts, *Fordham Law Review*, v. 40, 1971; Charles Silver e Geoffrey P. Miller, The quasi-class action method of managing multi-district litigations: problems and a proposal, *Vanderbilt Law Review*, v. 63, 2010; Courtney E. Silver, Procedural hassles in multidistrict litigation: a call for reform of 28 U.S.C. § 1407 and the Lexecon result, *Ohio State Law Journal*, v. 70, 2009. No direito brasileiro, ver Bruno Zaroni, Multidistrictlitigation: a experiência norte-americana na tutela dos interesses de massa, *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 10, n. 55, 2013.

37 *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 1996.

38 Em caso julgado em 2008, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que o *collateralestoppel* baseado em *virtual representation* viola o devido processo legal. Ver *Taylor v. Sturgell*, U. S. Supreme Court, 128, S. Ct. 977, 2008.

39 “Quer dizer que, realmente, é preciso elaborar um raciocínio interpretativo sofisticado para salvar a constitucionalidade do procedimento. É necessário resgatar a força da representatividade adequada, considerando-se as normas da Lei da Ação Civil Pública e do CDC, que conferem legitimidade para a representação dos membros dos grupos perante as ações coletivas ou, mais especificamente, para a tutela dos direitos individuais homogêneos mediante a via coletiva. Dentre os entes legitimados, merecem destaque o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações. Estes têm poder, estabelecido tanto na Lei da Ação Civil Pública quanto no CDC, para defender os grupos cujos direitos são violados em massa, ou seja, os “decorrentes de origem comum”. (...) Na verdade, as limitações que muitas vezes são feitas à legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública para proteger determinadas espécies de direitos individuais homogêneos necessariamente devem ser deixadas de lado diante do incidente. Embora o ideal, em termos de amadurecimento da sociedade civil, seja a participação cada vez maior das associações, certos tipos de direitos podem não contar com associações organizadas voltadas à sua tutela. Não fosse isto, o fato é que, diante do incidente, o problema não está propriamente na busca de alguém que tenha relação com o direito discutido, mas na participação de alguém que tenha legitimidade para suprir a não participação dos excluídos ou dos litigantes que ficam à espera da decisão a ser tomada. Daí a razão pela qual a Defensoria Pública deve ter grande espaço para atuar em favor dos litigantes que não podem ser ouvidos, desconsiderando-se se estes *economicamente* necessitam ou não da tutela de um Defensor Público. Por identidade de razões, na falta de participação de associação legitimada ou da Defensoria Pública, o Ministério Público *necessariamente* deve assumir a posição de *parte*, ou seja, de defensor dos direitos individuais dos litigantes que não podem falar perante a Corte, de nada importando se os direitos têm natureza tributária etc. (...) Outra alternativa para a correção da constitucionalidade estaria no controle da representação adequada no caso concreto, nos moldes da *classaction* do direito estadunidense. Admitir-se-ia que a parte do processo originário pode autonomar-se ou ser nomeada pelo seu adversário representante dos litigantes das demandas repetitivas. Nesse caso os litigantes excluídos teriam a possibilidade de impugnar a parte enquanto representante adequado e o tribunal possuiria a grave incumbência de controlar a representação, considerando atentamente as circunstâncias do caso e a capacidade da parte – e de seu advogado – para sustentar de maneira vigorosa e adequada as razões também pertencentes aos demais litigantes. O art. 979 do CPC, ao advertir que a “instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”, deve ser invocado para abrir oportunidade para a participação dos entes legitimados ou, na outra opção para a correção da inconstitucionalidade, para que os litigantes excluídos possam impugnar a parte enquanto representante adequado e, eventualmente, requerer o ingresso no incidente. (...) A falta de intervenção na qualidade de parte de qualquer associação ou da Defensoria Pública, que igualmente deverá ser intimada com base no 979, impõe, inevitavelmente, a intervenção do Ministério Público na qualidade de legitimado à tutela dos direitos dos litigantes. Aliás, se não for assim o incidente estará retirando não só do Ministério Público, mas

Note-se que não há como tomar em conta uma situação conflitiva, de que podem surgir inúmeras pretensões à tutela de direitos individuais, e instaurar processo para firmar “*precedente retroativo*” – que, bem vistas as coisas, é uma *contradição em si*. Ora, o precedente serve para unificar o direito delineado pela Corte que tem atribuição constitucional a tanto e, assim, orientar a vida em sociedade e regular os casos futuros, não podendo ser utilizado como um expediente facilitador da coletivização de demandas, que, arbitrariamente, pretende retratar com efeitos obrigatórios decisão de questão da titularidade de muitos sem com que estes possam se expressar perante a Corte.

---

também da Defensoria Pública e dos demais legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos o poder-dever de tutelá-los”. (Luiz Guilherme Marinoni, *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 47-50).



# LA LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS Y LA EXIGENCIA DE REPRESENTATIVIDAD ADECUADA

Maite Aguirrezabal Grünstein<sup>1</sup>

I. Legitimación para la defensa de intereses supraindividuales II. Tratamiento de la representatividad adecuada en la dogmática y en el derecho comparado III. La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios IV. Bibliografía.

## I. LEGITIMACIÓN PARA LA DEFENSA DE INTERESES SUPRAINDIVIDUALES

### 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El problema de la legitimación para accionar en defensa de intereses colectivos y difusos es cronológicamente anterior, al de la cosa juzgada, pero se encuentra estrechamente vinculada a la misma.

Lo anterior se explica porque los efectos erga omnes que produce la sentencia dictada en un procedimiento colectivo requiere que los intereses hayan sido adecuadamente “representados en juicio”, puesto que la sentencia afectará a quienes hayan sido parte en el proceso pero también producirá sus efectos respecto de aquellos consumidores que no hayan intervenido.

De ahí entonces que una vez reconocida por el legislador la necesidad de proteger los intereses supraindividuales, queda pendiente la cuestión fundamental de determinar a quién se atribuye la cualidad para solicitar la protección jurisdiccional de dichos intereses.

Sin perjuicio de que la figura de la representación adecuada se encuentra inserta en las legislaciones de todos los países en materia de procedimientos colectivos, se trata de una institución de la que se tiene escasas nociones.

¿Qué recaudos debe cumplir quien invoque actuar en nombre de quienes no participan en el proceso? Se trata de una pregunta efectivamente relevante, y la respuesta debe velar por la no afectación de los derechos de aquellos que no han sido escuchados durante el proceso, pero que igualmente pueden verse afectados por una sentencia cuyos efectos sean erga omnes.

Es una de las claves sobre las que un proceso colectivo se articula. Cuantas más certezas encontremos sobre la capacidad del representante para hablar por aquellos que no intervienen directamente en el proceso, mayor será la legitimidad de la sentencia que en dicho proceso se pronuncie.

Por lo anterior, la protección de los intereses supraindividuales encuentra una primera dificultad en el ámbito de la legitimación procesal, en cuanto ésta tradicionalmente ha sido referida a la afirmación de titularidad de un derecho subjetivo o de un interés propio<sup>2</sup>.

La noción de derecho subjetivo se torna insuficiente para explicar todos los supuestos de legitimación, haciéndose necesario complementarla con la noción de interés, asistiendo a la apertura de nuevos horizontes en materia de legitimación activa. Junto a los intereses individuales surgen nuevas formas de intereses protegidos como los supraindividuales, sociales o colectivos, que pertenecen no ya a individuos aislados, sino a

1 Profesora Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Monseñor Álvaro del Portillo N°12.455, Las Condes, Santiago de Chile (Chile).

2 En este sentido, Gómez Orbaneja, E., *Derecho Procesal* (con Herce Quemada, Vicente), 3ª ed., Madrid, 1951, p. 142, quien considera que el poder de conducir el proceso es una manifestación del poder de disposición del derecho civil, poder de disposición que se funda o está insito en el derecho subjetivo mismo, y Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho procesal Civil*, Aranzadi, Navarra, 1982, p. 316, que señala que “la legitimación es el efecto en el proceso de la facultad de ejercicio (disposición o administración) de los derechos subjetivos”. Como ya se ha señalado también en este trabajo, muchos autores distinguen la legitimación ordinaria y la extraordinaria dependiendo de si lo que se afirma es la titularidad de un derecho subjetivo o de un interés.

una colectividad, grupo o categoría de personas más o menos amplias<sup>3</sup>.

Pero el reconocimiento de la existencia de intereses colectivos y difusos resulta insuficiente si no va acompañada de una adecuada regulación procesal que configure con amplitud la legitimación activa para la defensa judicial de estos intereses<sup>4</sup>.

En este sentido, la novedad de esta doctrina es propugnar una transformación en el acceso a la justicia, apareciendo entre otras posibilidades la tendencia que busca en la atribución de la legitimación a los cuerpos intermedios nuevas titularidades que permitan el ejercicio de acciones en defensa de intereses sociales o colectivos<sup>5</sup>.

A esta clase de legitimación suele denominársele como colectiva, aunque para algunos autores no es la mejor identificación, ya que resulta confusa por no precisar si el término se refiere al sujeto legitimado o a la situación jurídica que le sirve de fundamento<sup>6</sup>.

También porque en ocasiones se habla de legitimación colectiva para referirse a sujetos colectivos que actúan en un proceso, tales como las personas jurídicas u organizaciones sociales personificadas y se señala que este tipo de legitimación debe otorgarse a sujetos colectivos. Tampoco distingue con propiedad si la situación objetiva defendida es el interés de un grupo determinado y cohesionado de personas (interés colectivo) o indeterminado (interés difuso).

El Comité Consultivo de los Consumidores de la UE, las define como aquellas “que designan formas procesales civiles que, apartándose del modelo tradicional de dos partes en presencia permiten sostener y defender en justicia los intereses de numerosas personas”, e incluye en este campo las “acciones de interés general”, las “acciones colectivas o acciones de interés colectivo” y las “de clase o de grupo”<sup>7</sup>.

Silguero ofrece una definición de lo que debe entenderse por “acción colectiva”, y señala que “es aquella acción del miembro del grupo que comparece en el proceso sustituyendo al propio grupo, como gestor que sin tener mandato para ello, cuida de intereses ajenos en pro de aquellos a quienes pertenecen, esto es, ejerciendo la acción que correspondería al grupo”<sup>8</sup>.

También Bujosa efectúa una clasificación en que distingue el ejercicio colectivo de intereses individuales con relevancia colectiva, ejercicio individual de intereses de grupo en sentido estricto y ejercicio individual de intereses individuales con relevancia colectiva, ejercicio individual de intereses de grupo en sentido estricto y ejercicio individual de intereses individuales con relevancia colectiva<sup>9</sup>.

Debemos plantearnos por lo tanto cuatro cuestiones esenciales: el alcance o naturaleza de la situación jurídica protegida, que puede ser individual o supraindividual; el ámbito de los legitimados, que puede ser individual o plural; la forma en que éstos concurren, que puede dar lugar a una legitimación exclusiva, compartida o inescindible, y el carácter individual o colectivo (o público) de quien insta la tutela de la situación jurídica<sup>10</sup>.

## 2. SUPUESTOS DE LEGITIMACIÓN PARA LA DEFENSA DE INTERESES SUPRAINDIVIDUALES

La legitimación colectiva conlleva otro problema que consiste en una disociación entre la legitimación y la titularidad de una posición jurídica lesionada<sup>11</sup>.

3 Córdón Moreno, F., “Comentario breve a las normas procesales de la Ley de Competencia Desleal”, *Actualidad Civil*, número 3, 1991, p. 469.

4 Bellido Penadés, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998, pp. 185-186.

5 Almagro Nosete, J., *Constitución y proceso*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 272, y en este mismo sentido Córdón Moreno, F., “El acceso a la justicia civil de los derechos de los consumidores”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 16, 1989, p. 124, que señala que “en el plano del derecho sustancial estos intereses tienen la consideración de jurídicamente protegidos, pero en el ámbito procesal todas las instituciones jurisdiccionales civiles están puestas al servicio de la tutela de derechos e intereses individuales”.

6 Entre ellos Gutiérrez De Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 184 y ss.

7 Almagro Nosete, J., “Estudio sobre una proposición de Directiva comunitaria que regule las acciones colectivas y de grupo de los consumidores”, *Justicia 1990*, p. 538. También resulta poco precisa porque parece asimilar el interés general a los intereses supraindividuales.

8 Silguero Estagnan, J., *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 124-125. Vid. en este mismo sentido la p. 353. Erradamente, este autor no confiere capacidad al grupo para ser parte en un proceso, por lo que existirían dos poderes de acción, el del grupo y el de los miembros del grupo, y la acción colectiva no vendría a ser más que el ejercicio conjunto y solidario de las acciones individuales de los miembros del grupo.

9 Bujosa Vadell, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 272. Hace depender el uso del término “colectivo” de si quien concurre en el proceso es una persona natural o jurídica.

10 Conocido también como “portador del interés”.

11 Almagro Nosete, J., Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos, *Revista de derecho político*, N°

Las acciones de grupo derrumban el canon fundamental del Derecho procesal civil, según el cual la facultad de ejercer la acción corresponde sólo a quien afirme ser titular del derecho deducido en juicio quedando el resto de los supuestos jurídicamente desprotegidos, puesto que la acción propuesta debe mirar a la tutela de los propios derechos e intereses y en todo caso, a los que aleguen la lesión de una situación jurídica estrictamente personal<sup>12</sup>.

El Derecho Comparado también ha ofrecido soluciones para este problema que van desde la legitimación del individuo<sup>13</sup> para hacer valer derechos del grupo, hasta legitimaciones de tipo colectivo.

El ejemplo clásico en este sentido es el desarrollado por los EEUU y que consiste en las “acciones de clase” o “class actions”, con las que se actúan derechos colectivos por quienes han sido considerados como representantes adecuados del grupo por el órgano judicial, aún sin ostentar formalmente esa condición. Lo mismo en Gran Bretaña, a través de las “relator acciones”, atinentes al ejercicio de acciones de esta naturaleza con el control del Procurador General.

Cabe mencionar también los intentos habidos sobre representación y defensa de tales intereses mediante la intervención del Estado, a través del Ministerio Público u órganos similares, también mediante la institución del Abogado Público y el Defensor del Consumidor, como el caso de Suecia.

Se ha conferido también legitimación a tales efectos a los propios grupos y colectividades de interesados.

Pero es importante en este aspecto destacar también el hecho de que la legitimación para la defensa de intereses supraindividuales no constituye un supuesto de legitimación extraordinaria o por sustitución procesal.

Ello porque en los casos de legitimación extraordinaria se ejercita un derecho ajeno en nombre e interés propio, y en el caso de la legitimación colectiva se ejercitan intereses propios.

Esta clase de legitimación no debe ser confundida tampoco con la legitimación *ad processum* ni con la acción popular.

En cuanto a la primera, podría ser referida a la antigua categoría de legitimación *ad processum* y nunca a la legitimación con reflejo en la titularidad del derecho discutido, como relación o pertenencia del derecho ejercitado, que operaría como presupuesto de la sentencia de fondo y de prosperabilidad de la acción, ya que la legitimación denominada *ad causam* es algo que ha de resultar de la sentencia<sup>14</sup>.

Parte de la doctrina equipara la acción popular con un supuesto de legitimación para la defensa de intereses supraindividuales, pero difieren en varios aspectos. Primero, por la naturaleza de la situación legitimante, ya que la primera se funda en la titularidad específica de un interés legítimo y la acción popular se sustenta en el mero interés en la legalidad.

Segundo, la acción popular se dirige a satisfacer el interés general de la comunidad, mientras que la primera está referida a círculos de interés más restringidos, puesto que se trata de intereses de determinados grupos o colectividades que sólo en supuestos muy excepcionales se transforma en general, por el ámbito subjetivo de los legitimados, por la exigencia de reconocimiento legal explícito y en cierta medida por el contenido de la pretensión que puede ejercitarse en base a cada una de ellas: en la primera se insta la tutela jurisdiccional de aquella situación jurídica personal aunque sea compartida, mientras que en la acción popular se pretende la aplicación o restablecimiento del ordenamiento jurídico, la actuación del derecho objetivo o el cumplimiento de la legalidad, que es el objeto del interés del actor<sup>15</sup>.

16, 1982-1983, p. 95. El autor expone que si la tutela procesal se reconduce a los esquemas clásicos, esto es, legitimación de quien afirme un interés directo, la problemática típica de los intereses difusos se habría perdido deglutida por la inercia del régimen clásico de legitimaciones. Se trata de intereses que al mismo tiempo son ajenos y propios pero siempre comunes, lo que no implica que la legitimación para su defensa se conceda con base en la afirmación de un interés legítimo propio que tampoco quiere decir que sea exclusivo.

12 Cfr. Trocker, N., *Processo civile e Costituzione. Problema di diritto tedesco e italiano*. Milano-Dott. A. Giuffrè Editore. 1974, pp. 205-206.

13 En los EEUU este supuesto adquirió relevancia en materia medio ambiental, luego que se dictara la National Environmental Policy Act. En ella se reconoce el derecho de cada individuo a gozar de un medio ambiente saludable, y por tanto la Corte ha visto en esta declaración el derecho de cada individuo a una cierta calidad de vida, otorgándole la correspondiente legitimación para su defensa, ya que de la circunstancia de que los intereses sobre el medioambiente se otorguen a muchos no puede deducirse que sean menos merecedores de protección legal.

14 Cfr. Gómez De Liaño González, F., “La legitimación colectiva y el artículo 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Justicia* 86, p. 567. Así las cosas para este autor la legitimación no añadiría nada al concepto de representación y capacidad Creemos que la opinión de este autor es equivocada, en el sentido que la legitimación es precisamente, por ser reflejo de la titularidad de una situación jurídica deducida en el proceso, se diferencia plenamente de la capacidad y la representación.

15 Cfr. Fairén Guillén, V., *Ensayos sobre procesos complejos*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 245-246. Ver en este mismo sentido, Alonso García, E., “El

De los supuestos en comento, se deducen una serie de situaciones posibles que permiten determinar cuándo estamos efectivamente ante esta clase de legitimación.

Puede existir una pretensión individual con una única persona física legitimada para deducirla en juicio, que se hace portadora individual de su interés, lo que corresponde a la estructura típica de un derecho subjetivo individual en que los tres elementos que aquí se distinguen se confunden.

Puede también darse el caso de una pretensión individual que pueda ser defendida por una organización, persona jurídica, que viene a ser un caso de simple representación, puesto que ello no hace colectivo al interés ni a la legitimación, que sigue correspondiendo al individuo representado.

El legitimado individual puede ser también una persona jurídica, y tampoco hace colectiva la situación o la legitimación.

También puede darse que en una misma situación distintas personas estén situadas en una posición que les legitima para deducirla en juicio y existe por tanto un ámbito supraindividual de legitimados. Si todos los legitimados deben estar presentes en el proceso habrá un litisconsorcio necesario; si no es así puede suceder que el objeto del proceso sea individual y quien actúa también lo sea, y en ese caso se trataría de un caso de legitimación por categoría.

También puede concebirse un objeto supraindividual, una pluralidad de legitimados y un único portador.

Es importante distinguir a su vez, los casos que versan sobre intereses supraindividuales en sentido propio, esto es, intereses colectivos y difusos, de aquellos en que lo que existe es una pluralidad de derechos individuales homogéneos, conexos, de titularidad y legitimación individual, que se protegen colectivamente a pesar de la naturaleza ya descrita<sup>16</sup>.

A modo de conclusión y a la luz del surgimiento de estos nuevos intereses, podemos considerar por lo tanto la existencia de cuatro clases de legitimación: la legitimación individual, que corresponde a toda persona física o jurídica capacitada para la defensa de sus intereses; la legitimación pública, que permite al ciudadano defender sus intereses frente a las actuaciones públicas, intereses no exclusivos y que pueden penetrar en la categoría de difusos; la legitimación popular, que faculta a toda persona en pleno uso de sus derechos civiles para actuar a favor de toda la comunidad y de ella misma y la legitimación colectiva, que presenta afinidad con la legitimación pública y la legitimación popular, pero encontrando una diferencia en que no penetra necesariamente en el campo de las actuaciones públicas.

### 3. LEGITIMACIÓN PARA LA DEFENSA DE INTERESES SUPRAINDIVIDUALES Y REPRESENTACIÓN

Como ya se observó, suele confundirse la legitimación colectiva con situaciones de representación, señalándose que la utilización de técnicas procesales que permitan la accionabilidad conjunta de posiciones individuales hace necesaria la existencia de un ente exponencial o de un representante, porque aunque cada miembro del grupo tenga personalidad propia, la colectividad por sí misma no puede actuar en el proceso por carecer de personalidad jurídica<sup>17</sup>.

Se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia que esta exigencia surge como consecuencia de “la necesidad, señalada desde los inicios del tratamiento doctrinal de este tema, de recurrir a nuevos conceptos, estructuras y mecanismos para la defensa de los intereses que conciernen a enteras categorías o grupos de personas, superando los propios de una concepción tradicional del proceso; y, entre ellos, el de la vieja concepción, excesivamente restrictiva e individualista de la legitimación para demandar”<sup>18</sup>.

artículo 24 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 1011-1012, en que señala que la acción popular tiene una conexión real con los intereses difusos como en el caso del medio ambiente o la protección de los consumidores, y agrega que “la denegación por el Juez de la acción popular a quienes pretenden la defensa de intereses colectivos o difusos puede constituir una violación del artículo 24”.

16 El primero sería el caso de un particular, miembro de un determinado grupo social, que insta la retirada o la no difusión de unas determinadas manifestaciones injuriosas dirigidas a ese grupo; el segundo el de las class actions norteamericanas. Cfr. Gutiérrez De Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional...*, op. cit., p. 188.

17 Cfr. Bujosa Vadell, L., *La protección jurisdiccional...*, op. cit. pp. 161 y ss.

18 Cfr. en este sentido, Bujosa Vadell, L., “Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios”, (coord., Gó-

La figura de la representatividad adecuada no queda comprendida dentro del concepto tradicional de representación procesal, por cuanto en esta última la calidad de parte se predica del representado y no del representante, ya que supone una actuación en nombre de otro, producida de manera tal que los efectos jurídicos del acto derivan siempre de modo directo en la esfera jurídica del representado y nunca en la del representante. En cambio en la primera, la representación adecuada coincide con la figura de la legitimación, en el sentido que el representante es parte en el proceso por tener una posición determinada frente al objeto litigioso y un interés en el mismo, es decir, es también titular de la relación jurídica sustancial deducida en juicio.

Se plantea entonces la necesidad de construir un concepto totalmente nuevo de legitimación, ideológica más que jurídica: de allí que surja el concepto de ideological plaintiff o demandante ideológico, que porta el interés colectivo, de grupo o de clase, y que se funda en la necesidad de superación del garantismo individualista y de nacimiento de un nuevo tipo, social o colectivo, concebido como salvaguardia, no sólo del individuo en un proceso individualista, sino de los nuevos grupos y cuerpos intermedios.

Para evitar abusos, el portador deberá ser cualificado o sometido a una selección. Debe ostentar una “representatividad adecuada”<sup>19</sup>, de manera que si la parte ideológica es representativa de toda la clase o grupo a la que aquél interés corresponde, será perfectamente legítimo que el proceso desarrolle sus efectos también respecto de las partes ausentes<sup>20</sup>.

Esta norma ha sido recogida de legislaciones con tradición de Civil Law y en los que los procesos colectivos se ventilan a través de las class actions.

En sistemas como el estadounidense o el brasileño, el término “representación” no se entiende para estos efectos del modo tradicional, sino que se considera representantes “a los legitimados por el derecho positivo de un país para entablar un pleito colectivo en beneficio del grupo titular del derecho difuso, colectivo o individual homogéneo”, y en que representante es el portador en el juicio de los intereses del grupo”<sup>21</sup>.

De lo que ha de depender propiamente la legitimación es de la afirmación de titularidad de un derecho o interés legítimo de quien activa el proceso.

En el caso de las asociaciones, es su finalidad asociativa la que determina y delimita su ámbito de actuación, y deberá acreditar su calidad de tal para poder instar, por ejemplo, el cese de una publicidad o reaccionar de un acto de competencia desleal que afecten a los intereses difusos de aquellos<sup>22</sup>.

## II. TRATAMIENTO DE LA REPRESENTATIVIDAD ADECUADA EN LA DOGMÁTICA Y EN EL DERECHO COMPARADO.

La idea de la representatividad adecuada ha sido recogida por diversas legislaciones con tradición de Civil Law y en los que los procesos colectivos se ventilan a través de las class actions.

En sistemas como el estadounidense o el brasileño, el término “representación” no se entiende para estos

mez De Liaño González, F.), en *La Ley de Enjuiciamiento Civil*, Forum, Oviedo, 2000, p. 75, para quien la solución de la representatividad adecuada puede ir por dos caminos: en el ámbito del Derecho continental se ha privilegiado la actuación de asociaciones en defensa de los intereses de grupo, las cuales deben cumplir una serie de criterios fijas legislativamente. En el Derecho anglosajón en cambio y específicamente en la regulación de los EEUU, se produce claramente un aumento de los poderes del juez que, no obstante, debe aplicar unos criterios establecidos en la Rule 23 (a 4) FRCP.

19 Bujosa Vadell, L., *La protección jurisdiccional...*, op. cit., p. 186 señala que esta figura “se fundamenta en la no aplicación a situaciones nuevas de carácter y relevancia colectiva soluciones referidas a situaciones individualistas de contenido esencialmente patrimonialista” para agregar luego que “permite valorar la representatividad de la persona que actúa ante los tribunales en defensa de intereses de grupo no organizados sólo parcialmente”. Son muchas las legislaciones que han adoptado este principio. Famoso es el caso francés y su Loi Royer, que dispone que las asociaciones de consumidores regularmente declaradas como teniendo expreso objeto estatutario la defensa de intereses de los consumidores, si son autorizadas a tal fin pueden ejercer acciones civiles ante cualquier jurisdicción en todos los casos que involucren “hechos que directa o indirectamente provoquen detrimento a los intereses colectivos de los consumidores”, pero para ello, la asociación debe estar debidamente certificada, teniendo el Ministerio Público el deber de ayudar a asegurar que esta certificación sólo se conceda a las asociaciones que son “representativas” de los consumidores a la luz del sistema francés. Este término de la representatividad adecuada nace de un equívoco conceptual porque se construye a partir del de la <<adequacy of representation>>, concepto que emana de la institución de las class actions, sistema adoptado por legislaciones como la brasileña o las norteamericanas.

20 Cappelletti, M., “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, 1995, pp. 1 y ss.

21 Gidi, A., “La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo”, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, (coord. Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E.), Porrúa, México, 2003, pp. 142-143.

22 Cfr. Gutiérrez De Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional...*, op. cit., p. 207 y ss. En atención a lo señalado estima que el concepto de representación adecuada no es necesario para la defensa de intereses supraindividuales.

efectos del modo tradicional, sino que se considera representantes “a los legitimados por el derecho positivo de un país para entablar un pleito colectivo en beneficio del grupo titular del derecho difuso, colectivo o individual homogéneo”, y en que representante es el portador en el juicio de los intereses del grupo”<sup>23</sup>.

En los Estados Unidos, los requisitos de la acción colectiva se encuentran establecidos en la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles, que exige la impracticidad del litis consorcio, que la situación permita una decisión unitaria, que exista tipicidad respecto de las peticiones del grupo, lo que se conoce como *typicality of claims or defenses*, y por último, una adecuada representación. A diferencia de lo que ocurre en Brasil, el juez ejerce un control judicial sobre la adecuación del representante del grupo<sup>24</sup>, y esta adecuación es exigida por la legislación procesal civil, en lo que se conoce como el *due process of law*, encontrándose íntimamente ligada al derecho a un debido proceso<sup>25</sup>. El juez debe llegar a un convencimiento pleno de que el representante del grupo puede defender adecuadamente los intereses del grupo, y, “sin duda, éste constituye el aspecto más importante de las *class actions* norteamericanas, tanto desde el punto de vista teórico como práctico”<sup>26</sup>.

La exigencia de una adecuada representación en el Derecho norteamericano persigue dos objetivos fundamentales: tener una visión real de los intereses del grupo e incentivar la actuación del representante de esos intereses, asegurando de esta forma que el resultado que se obtiene en el proceso colectivo sea similar al que pudo haberse obtenido en procesos iniciados individualmente por los interesados<sup>27</sup>.

El juez cumple un rol fundamental en el control de esta adecuación y en el desarrollo del proceso colectivo. Adopta una posición activa en relación con el curso del proceso incluso luego de dictada la sentencia, puesto que la falta de adecuación en la representación implica que los miembros del grupo que no han sido representados adecuadamente no serán vinculados por dicha sentencia<sup>28</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos reconoció hace ya muchos años la raíz constitucional de la referida exigencia de protección justa y adecuada de los intereses del grupo y la dogmática es conteste en que el mismo configura el pilar fundamental sobre el cual se asienta todo el sistema<sup>29</sup>. Esto último, desde dos puntos de vista: i) en términos constitucionales, por adquirir un carácter verdaderamente esencial para que la decisión no vulnere la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo ausentes en el debate; y ii) en términos pragmáticos, porque si tal requisito se encuentra ausente en el representante o sus abogados, la decisión será inútil para desactivar el conflicto en su totalidad, ya que no podrá ser oponible a los miembros del grupo defectuosamente representados<sup>30</sup>.

Dicho esto, vale subrayar que si bien el apartado (a.4) de la FRCP 23 sólo se refiere a “los representantes” de la clase (esto es, uno o varios sujetos afectados en forma similar al resto), la jurisprudencia extendió la necesidad de controlar el requisito respecto de los abogados<sup>31</sup>.

23 Gidi, A; “La representación...”, op. cit., pp. 142-143.

24 Se ha señalado que esta falta de control se funda en el hecho de que la sentencia que se dicte en un proceso colectivo extenderá sus efectos *secundum eventum litis*, beneficiando a todos los miembros del grupo si la sentencia es favorable, y en caso contrario, los miembros del grupo pueden iniciar acciones individuales para la protección de sus respectivos intereses y derechos, no pudiendo iniciar, en todo caso, un nuevo proceso colectivo. Se ha señalado también que el legislador ya ha hecho una calificación jurídica previa sobre esta adecuación del representante al momento de establecer quiénes son los sujetos legitimados para el ejercicio de estas acciones, y que habiendo un control legislativo previo, no sería necesario un posterior control judicial.

25 Señala Gidi, A., “Las acciones colectivas en los Estados Unidos”, en *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales un una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2003, p. 6, que “la adequacy of representation es un corolario de la garantía del debido proceso legal, siendo considerada suficiente para asegurar la garantía de que cada miembro del grupo sea oído individualmente en juicio. En las *class actions*, se considera que los miembros del grupo serán oídos y estarán presentes en juicio a través de la figura del representante, que funciona como una especie de portavoz de los intereses del grupo. El derecho de ser oído en juicio se reduce entonces al derecho de ser oído a través del representante”.

26 Gidi A., “La representación...”, op. cit., pp. 147-148.

27 Y se compone de dos elementos fundamentales, constituidos por la ausencia de conflicto de intereses entre el representante y los miembros del grupo y la posibilidad de asegurar la tutela de esos intereses.

28 Agrega Gidi A., “La representación...”, op. cit., p. 149, que “por esa razón, aunque pueda parecer contradictorio e irónico, es interés de la parte contraria al grupo velar por la adecuación del representante del grupo”.

29 Klonoff, R., Bilich, E., *Class Actions and Other Multi-Party Litigation: Cases and Materials*, West Group, 2000, p. 109; Wright, C., “Class Actions”, 47 *FRD* 169 1970; Gidi, A., “Las acciones...”, op. cit., p.6; Fleming, J., Hazard, G., Leubsdorf, J., *Civil Procedure*, 5ª ed., Ed. Foundation Press, New York, 2001, apart. 10.23.

30 En este sentido, Gidi, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p. 76.

31 Klonoff, R., “The Judiciary’s Flawed Application of Rule 23’s adequacy of representation requirement”, 2004 *Mich. St. L. Rev* 671, pp. 699-701. La razón de tal proceder puede encontrarse en el hecho de que los representantes de la clase son, en la inmensa mayoría de los casos, un mero instrumento de los estudios jurídicos que se dedican a litigar este tipo de asuntos. Es por ello que resulta común escuchar la afirmación de que en el sistema estadounidense el representante funciona como una llave necesaria para activar el mecanismo del proceso colectivo, no obstante lo cual quien verdaderamente actúa en tal carácter resulta ser su abogado. Cfr. en este sentido también, Gidi, A., *Las acciones colectivas...*, op. cit., pp. 75 y ss.

Esta línea jurisprudencial encontró su reflejo más profundo en la reforma que la FRCP 23 sufrió en el año 2003. Con motivo de las modificaciones introducidas en tal oportunidad, el apartado (g) de la norma impone al juez el deber de designar a quienes serán los abogados de la clase en todas las causas que certifique como colectivas, y establece una serie de estándares para considerar a efectos de proceder a tal elección. En opinión de la doctrina, si bien esta reforma configuró un importante avance en la materia, existe el riesgo de que sea interpretada como una señal de que los tribunales no deben preocuparse más por la calidad del representante de la clase. En este orden, se ha criticado la reforma por considerar que mejor hubiera sido abordar el requisito de la representatividad adecuada en general, incluyendo allí expresamente tanto a los abogados como a los representantes<sup>32</sup>.

La situación totalmente opuesta se produce en Brasil, en donde al juez le está prohibido calificar esta representación, bastando con que se corresponda con alguno de los entes legitimados que contempla el artículo 82 del Código del Consumidor<sup>33</sup>. Así, asume una actitud pasiva frente al actuar del portavoz, y la negligencia en el actuar de este último obligará al juez a dictar sentencia en contrario a los intereses del grupo al que representa.

Los miembros individuales del grupo no tienen legitimación en nombre de ese grupo, por lo que la tipicidad exigida en el Derecho norteamericano no existe en el brasileño. El legislador otorgó legitimación colectiva a entidades en reconocimiento de un interés social y no particular como en los Estados Unidos.

Para asegurar una adecuada defensa de los miembros ausentes del grupo, la ley brasileña exige que el Ministerio Público sea notificado de la admisión de cualquier acción colectiva con el objeto de que pueda hacerse parte en dichos procedimientos.

Pero, para el caso en comento, cabe distinguir situaciones en que esta inadecuación no producirá efectos tan graves, como por ejemplo si el problema se traduce en no rendir prueba suficiente, porque en este caso podrá iniciarse un nuevo proceso si se ofrece nueva prueba<sup>34</sup>. La situación es otra si la inadecuación dice relación con la conducción del proceso o los fundamentos de la acción, porque en estos casos no es posible iniciar un nuevo juicio.

El sistema brasileño se ha encargado de regular de modo especial la legitimación de las asociaciones privadas, porque se entiende que son representantes naturales de estos intereses supraindividuales. A diferencia de lo que sucede en la legislación española, no se les exigen requisitos de carácter administrativo, sino que sólo deben cumplir con dos requisitos, que consisten en que se halle legalmente establecida al menos por un año y la correspondencia entre los derechos protegidos y los fines institucionales de la organización.

En lo que respecta a la legislación española, el apartado tercero del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige a las asociaciones de consumidores, cuando los perjudicados son indeterminados o de difícil determinación, que sean “representativas”.

Este requisito se contradice con lo dispuesto por el apartado primero del mismo artículo, ya que éste no impone ningún tipo de restricción en materia de legitimación, mientras que aquél establece un criterio de representatividad, sin que se haya establecido ningún mecanismo para determinar la existencia de la misma.

La finalidad de esta exigencia es asegurar, mediante el otorgamiento de legitimación a instituciones a las que el legislador considera de mayor estabilidad o seriedad, una correcta defensa procesal de estos intereses y derechos.

Consideramos que este requisito tampoco era necesario, porque tratándose de un interés supraindividual, la asociación de consumidores y usuarios defiende una posición jurídica propia, aunque compartida,

32 Klonoff, R., “The Judiciary’s...”, op. cit., pp. 699 y ss.

33 El artículo confiere legitimación exclusiva para iniciar una acción colectiva en representación de los intereses del grupo al Ministerio Público, a la República Federal de Brasil, los estados, los municipios y al Distrito Federal, a órganos administrativos y a asociaciones privadas no gubernamentales, que pueden actuar de modo independiente o conjunto.

34 Esta solución ha sido recogida por el Derecho Brasileño en la tutela de intereses supraindividuales. Así, la cosa juzgada producirá efectos erga omnes salvo en el caso en que la demanda sea rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el produce efectos secundum eventum litis. Cfr. en este sentido Pellegrini Grinover, A., “El nuevo proceso brasileño del consumidor”, en *Estudios sobre Consumo*, 25, 1992, pp. 13-24. En sentido contrario Gidi, A., “Cosa juzgada en acciones colectivas”, en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales un una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2003, pp. 273 y 274, señala que estos efectos secundum eventum litis se forman precisamente cuando la sentencia es favorable a la pretensión deducida, y no cuando es desfavorable, como suele señalar la doctrina. La sentencia tendrá una extensión de sus efectos de cosa juzgada de acuerdo a esta fórmula cuando la acción colectiva es acogida por el tribunal, de modo tal que dicha sentencia hará cosa juzgada erga omnes o ultra partes para tutelar el bien colectivo, vinculando a la comunidad o al colectivo titular del derecho supraindividual, y vinculando también, positivamente y en su esfera individual, a los titulares de derechos individuales homogéneos que pertenecen a esa comunidad o colectivo. Ese sería el sentido, a juicio de este autor, de la extensión de los efectos de cosa juzgada secundum eventum litis.

por tratarse de intereses que presentan un objeto indivisible.

Y la legitimación para instar la actuación jurisdiccional contra actuaciones ilícitas que afectan de forma común al interés legítimo de un grupo o categoría de personas se reconoce a esas personas físicas o jurídicas para pretender la tutela jurisdiccional de su esfera jurídica.

### III. LA LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.

También como consecuencia del surgimiento de los intereses supraindividuales, aparecen y se desarrollan cuerpos sociales intermedios que organizadamente pueden conseguir de modo más efectivo la satisfacción de intereses o la consecución de fines que el ciudadano no puede obtener de modo aislado<sup>35</sup>, porque los obstáculos en el acceso a la justicia les afectan con menor intensidad, y gozan de una mayor disponibilidad frente a las exigencias de la tutela de estos intereses supraindividuales.

Atendiendo a la naturaleza de la situación jurídica cuya tutela se pretende y de la que depende la posición que la organización ocupa en el proceso, deben distinguirse varios supuestos: algunos han considerado que para que exista legitimación de la asociación de consumidores y usuarios es necesario que al menos uno de sus miembros sea afectado, porque en otro caso atribuirle legitimación no tiene sentido.

Cumplida esta exigencia, puede ejercitar la acción en beneficio de sus asociados y también de quienes no lo sean, sin que para ello le deba ser exigido que haya procedido a configurar y determinar el grupo con la mayoría de sus integrantes, como sí ocurre cuando se trata de otorgarle legitimación al grupo. Aquella exigencia dice más relación con el reconocimiento de la capacidad del grupo y por ello no puede exigirse a la asociación, porque éstas ya tienen capacidad para actuar, encontrándose además legitimadas por ley, puesto que poseen personalidad jurídica<sup>36</sup>.

Cuando la asociación de consumidores y usuarios actúa en defensa de un derecho de la propia asociación, no se presenta mayores dificultades, porque se trata de un supuesto de legitimación ordinaria en defensa de un derecho de naturaleza individual, privativo de la organización, que incluso puede no tener relación con actos de consumo<sup>37</sup>.

En segundo lugar, la asociación de consumidores y usuarios puede actuar en defensa de un derecho individual de uno o varios de sus asociados, pero siempre tratándose de situaciones jurídicas individuales. En este caso, y aunque tampoco existe desarrollo legislativo de este supuesto podemos señalar que no estamos ante un supuesto, de legitimación para la defensa de intereses supraindividuales, puesto que lo que existen son derechos individuales que pueden incluirse en la denominación de “intereses colectivos” que utiliza la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Lo que aquí existiría es una “legitimación ad processum, en cuanto a que la asociación puede actuar desde luego en el proceso en defensa de tal derecho individual, pero lo hace en realidad en representación y con el consenso del o de los concretos titulares y únicos legitimados “ad causam” para instar la defensa de sus derechos y disponer de ellos”<sup>38</sup>.

Otros consideran que se trata de un supuesto de legitimación extraordinaria, aunque luego ellos mismos señalan que la asociación requiere contar con la voluntad del afectado<sup>39</sup>, lo que resultaría contradictorio, porque

35 Cfr. Gutiérrez de Cabiedes, P., “Artículo 11...”, op. cit., p. 152. En este mismo sentido Navarro Hernán, M., *Partes, legitimación y litisconsorcio en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1998, p. 140, para quien “la debilidad del consumidor en las relaciones de mercado, unida a la desproporción entre los gastos que el proceso lleva consigo y las ventajas o utilidades que puede obtener mediante el mismo, en la práctica conduce a que el consumidor individual en contadas ocasiones decida iniciar él solo un proceso. En consecuencia, el fortalecimiento de su posición ha determinado la atribución de la legitimación activa a favor de las asociaciones de consumidores, en aras de una protección más eficaz de los intereses de éstos”.

36 En opinión contraria a la manifestada, Bujosa Vadell, L., “Artículo 11...”, op. cit., p. 75, quien opina que en caso de que se trate de la defensa de intereses individuales homogéneos no se exige que los afectados sean miembros de la misma porque existe aquí una especie de legitimación extraordinaria por sustitución, pudiendo incluso los afectados ser indeterminados, y ello constituye una de las principales innovaciones con respecto a la LGDCU.

37 En este mismo sentido, Montero Aroca, J., *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Civitas, Madrid, 1994, p. 67, y Bellido Penadés, R., “La tutela de los intereses de los consumidores en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Tribunales de Justicia*, II, 2002, p. 6, y Gutiérrez de Cabiedes, P., “Artículo 11...”, op. cit., p. 149. Puede decirse que la doctrina no presenta ningún tipo de conflicto.

38 Gutiérrez de Cabiedes, P., “Artículo 11...”, op. cit., p. 153.

39 En esta línea de pensamiento, por ejemplo, López-Fragoso Álvarez, T., “Las partes”, *Proceso civil práctico* (dir. Gimeno Sendra, V.), La Ley, 2004,



la legitimación por sustitución no requiere de ninguna autorización, ya que se trata de un supuesto de reconocimiento legal que no depende de la autorización de la persona a la que se sustituye<sup>40</sup>.

De este modo, “la calificación dogmática de este supuesto depende del significado que se da a la legitimación por sustitución. De los supuestos mayoritariamente aceptados como de sustitución procesal puede deducirse el común denominador de la existencia de una relación jurídico-material conexa entre sustituto y sustituido. Y no existe aquí tal concatenación de relaciones jurídico-subjetivas por la que la asociación pueda ser considerada acreedora del asociado. Sólo si se entendiera la sustitución como una cierta interdependencia de intereses y se tomara como interés de la asociación el correcto desarrollo del consumo en general podría comprenderse tal calificación para esta situación. Pero no puede perderse de vista que se está aquí discutiendo sobre derechos individualizados de concretas personas y que el aludido interés genérico que pudiera existir de la asociación en el consumo se manifiesta precisamente en otro de los supuestos legales de legitimación: el otorgado para la defensa de los llamados por el legislador intereses <<generales>> de los consumidores”<sup>41</sup>.

El problema central radica en plantearse si se quiere atribuir a la asociación de consumidores la facultad de actuar y disponer libremente de los derechos individuales de los consumidores. Parece una posición peligrosa y contraria a los fines de la asociación, puesto que ésta presenta una finalidad de servicio que debe estar siempre subordinada a la decisión del sujeto individual perjudicado.

En cuanto a la forma de otorgar el consentimiento por parte del asociado, se planteaban dos alternativas: exigir el correspondiente apoderamiento expreso, lo que resulta rígido y dificulta la eficaz protección de los intereses de los asociados<sup>42</sup>; y considerar como suficiente un otorgamiento tácito, entendiendo que el asociado ha otorgado la representación en el acto de afiliación a la asociación, con lo que bastaría con acreditar la calidad de asociado del consumidor o usuario perjudicado. Esta segunda alternativa presenta el problema que el asociado puede incluso desconocer el ejercicio de las acciones con las implicaciones que ello conlleva.

La tercera alternativa es que la asociación de consumidores actúe en defensa de un interés colectivo o difuso o de un interés individual homogéneo.

Estos intereses se distinguen de los difusos y colectivos en que aquellos son verdaderos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo<sup>43</sup>.

Corresponden a una categoría de intereses que ha sido elaborada en los países del Common Law y principalmente por la legislación brasileña, que como ya señalamos, la introduce en el Código del

pp. 2-107, 2-108 y 2-116, para quien éste constituye un supuesto de legitimación extraordinaria y representativa. Representativa porque se legitima a la asociaciones de consumidores y usuarios “para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados”, y extraordinaria en el sentido de titularidad de un derecho procesal, puesto que constituye el reconocimiento de un derecho a intervenir en un proceso ajeno por los efectos reflejos que la sentencia puede producir sobre sus propias relaciones jurídicas. También Cachón Villar, P., “El acceso a la jurisdicción civil (I): la titularidad de derechos e intereses legítimos: legitimación de las partes. Intervención de terceros. Protección de intereses difusos”, *Principios constitucionales en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 60-61, quien señala que se estaría ante “un supuesto de legitimación por sustitución. Debe entenderse que, en todo caso, la asociaciones de consumidores y usuarios precisa de la autorización del correspondiente asociado para deducir judicialmente la pretensión”, De la Oliva Santos, A., *Derecho procesal civil* (Con Fernández López). 4ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997, p. 133, quien entiende que se trata de una legitimación representativa porque “aunque la asociación o el grupo no sea en absoluto, técnicamente, un representante – ni material ni procesal – de los consumidores y usuarios, parece poco dudoso que la ley permite el ejercicio de derechos ajenos en razón de una cierta representación social”, y Garnica Martín, J., “Artículo 11...”, op. cit., p. 168, que señala que “en cuanto a la legitimación para la defensa de los derechos de sus asociados, se suele considerar que se está ante un supuesto de simple representación, pero no estamos de acuerdo con que ello sea así, porque el representante actúa en nombre de otro, que es quien en realidad es parte, y en estos casos no cabe la menor duda de que parte procesal es la propia asociación y no sus miembros. En sentido impropio sí cabe hablar de representación, y así se afirma que quien ejercita la acción de grupo adquiere una “representación paraorgánica de la clase”. En este sentido sí podría afirmarse que la asociación de consumidores y usuarios se convierte en representante paraorgánico de todos los integrantes de la clase, en tutela de cuyos intereses individuales actúa. Pero eso no significa que se esté propiamente ante una representación, ni legal, ni voluntaria, sino que se está simplemente ante un supuesto particular de legitimación extraordinaria”.

40 Por ello es que podemos hablar de representación tácita, pero no de legitimación presunta.

41 Gutiérrez de Cabiedes, P., “Artículo 11...”, op. cit., p. 154.

42 Cfr. Bellido Penadés, R., “La tutela de los intereses...”, op. cit., pp. 6-7, y del mismo autor, *El proceso civil sobre competencia desleal y propiedad industrial*, Civitas, Madrid, 2002, p. 70, en donde también, y en relación con la Ley sobre Competencia Desleal, se inclina por un apoderamiento expreso que permita acreditar el consentimiento del consumidor asociado y su voluntad de reclamar unos determinados daños o perjuicios. Señala que con la nueva LEC esta opción podría alcanzarse mediante una interpretación analógica de los artículos 11.2 y 15.1. y 2 LEC respecto de cualquier asociación de consumidores o entidad legalmente constituida.

43 Cfr. Gutiérrez de Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional...*, op. cit., p. 441. El autor señala que por ejemplo, la difusión de una publicidad engañosa o la comercialización de un producto defectuoso dan lugar a un interés difuso, mientras que la falta de higiene o seguridad en una fábrica dará lugar a un interés colectivo. Serán derechos individuales plurales aquellos de que son titulares quienes han adquirido un bien que no responde a las cualidades anunciadas o contratadas.

Consumidor de 1990. Son derechos individuales que por efectos prácticos se hacen “accidentalmente colectivos”<sup>44</sup>, y que han sido definidos como “una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de divisibilidad, del cual es titular una comunidad de personas indeterminadas más determinables, cuyo origen está en alegaciones de cuestiones comunes de hecho o de derecho”<sup>45</sup>.

Las legislaciones más avanzadas en materia de protección de consumidores sí reconocen esta diferencia, destacando la norteamericana, la francesa y la brasileña<sup>46</sup>. Presentan dos características esenciales para su tratamiento colectivo: su homogeneidad, que le viene dada por su origen común<sup>47</sup> y su divisibilidad, puesto que nos encontramos ante derechos que pueden ejercerse individualmente pero respecto de los cuales resulta más conveniente su defensa colectiva<sup>48</sup>.

La diferencia entre los intereses supraindividuales y los plurisubjetivos tiene mucha importancia desde el punto de vista práctico puesto que su tratamiento procesal es distinto por tratarse los segundos de derechos subjetivos clásicos, lo que implica que en lo que respecta a la legitimación, los límites subjetivos de eficacia de la sentencia y la indemnización de los perjuicios dependerán de las circunstancias personales del titular del derecho<sup>49</sup>.

En la doctrina española la diferencia es apuntada por Ortells, para quien “el artículo 7.3 LOPJ no ampara la legitimación de una asociación de consumidores o de un grupo de éstos para interponer las pretensiones de condena a indemnización para una serie de consumidores que hubieran sufrido daños causados por cierto producto o servicio, porque esa actuación de la asociación o grupo no representaría defensa de un derecho o interés colectivo, sino de una serie de derechos de crédito individualizados en la persona concreta de cada consumidor, cada uno de los cuales derechos habrá tenido sus concretas vicisitudes de nacimiento (p.ej., culpa exclusiva de la víctima a efectos del artículo 25 LGDCU o del artículo 8 de la Directiva del Consejo de 25 de Julio de 1985, sobre aproximación de disposiciones en materia de responsabilidad de hecho de productos defectuosos; diferente entidad de los daños y perjuicios en cada una de las víctimas) y de modificación y extinción (como por ejemplo, diferentes vicisitudes de la prescripción en cada caso; transacciones entre cada consumidor y la empresa)”<sup>50</sup>.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española comete un error denominándolos intereses generales, porque no se corresponden con ellos, sino con “situaciones jurídicas legitimantes diversas, intereses legítimos de los que sólo son titulares los miembros de un grupo, conjunto o categoría más o menos determinada de sujetos, que se encuentran concernidos en una esfera jurídica por un acto ilícito”<sup>51</sup>. En este sentido, se

44 Cfr. Barbosa Moreira, “Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos”, *Temas de direito processual*, Saraiva, 2000, pp. 195-196. Los distingue así de los supraindividuales, a los que califica como “esencialmente colectivos”, citado por Watanabe, K., “Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto del proceso”, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, (coord. Gidi A. y Ferrer Mac-Gregor, E.), Porrúa, México, 2003, p.3. Este mismo autor los califica como “ontológicamente individuales, pero que son tutelados colectivamente, por razones de estrategia de tratamiento de conflictos”.

45 Gidi, A., “Derechos difusos...”, op. cit., p.35.

46 Brasil es el país que de mejor modo ha atendido al fenómeno de la protección de situaciones jurídicas plurisubjetivas, es decir, respecto de intereses supraindividuales tanto colectivos como difusos y también respecto de los intereses individuales homogéneos. La distinción entre estos tipos de situaciones jurídicas es explícita y se encuentra consagrada en la ley 8.078, de 11 de septiembre de 1990, que aprueba el Código de Defensa del Consumidor. La Ley 7347, de 1985, se ocupaba de lo que ella denominaba los “intereses supraindividuales”, distinguiendo los intereses difusos y los intereses colectivos” y luego la ley 8.078 se preocupó de regular las “Acciones Colectivas para la defensa de los intereses individuales homogéneos”, a lo cual se dedica el Capítulo II del Título III, que se denomina “De la defensa del consumidor en juicio”. La legislación francesa también apuntó la referencia en la ley relativa a las acciones jurisdiccionales de las asociaciones de consumidores, en cuyo capítulo II se articula lo que se ha llamado “acción en representación conjunta” y luego recogida en el Código Francés del Consumidor.

47 No es requisito que entre las personas titulares de este tipo de derechos exista una relación jurídica anterior, puesto que el vínculo con la parte contraria nacerá precisamente de la lesión, relación que además es individual y que afectará de modo distinto la esfera jurídica de cada uno de ellos. El origen común en todo caso puede ser más o menos remoto. Mientras más remoto menos homogéneos serán estos derechos. Tampoco este origen común implica necesariamente una unidad de hecho temporal, lo que significa que no es necesario que el hecho creador de los derechos sea el único o el mismo en todos los derechos. Lo esencial será que nos encontremos ante situaciones jurídicamente iguales, aunque los hechos sean diferentes.

48 Cfr. Pellegrini Grinover, A., “I processi collettivi del consumatore nella prassi brasiliana”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1994, pp. 106-114. Agrega que la distinción fundamental se manifiesta en que en los intereses supraindividuales la solución del litigio es la misma para todos, debido a la indivisibilidad del objeto del proceso y en los segundos, en cambio, la solución no es la misma para todos, precisamente porque el objeto del proceso es divisible.

En sentido contrario Gutiérrez de Cabiedes, P., *La tutela jurisdiccional...*, op. cit., quien considera que la distinción no debe basarse en el criterio de la divisibilidad, sino en la existencia o inexistencia de monopolio en la disposición material y procesal de la situación jurídica que se tutela.

49 Hay que estar también a la forma en que se formula la solicitud de tutela jurisdiccional y los fundamentos de la demanda colectiva, para saber si nos encontramos ante una verdadera demanda para la tutela de intereses supraindividuales o si bien se trata de tutela intereses individuales homogéneos.

50 Ortells Ramos, M., en “Una tutela jurisdiccional adecuada para los casos de daños a consumidores”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 16, 1989, p. 179. También la apunta Montero Aroca, J., *La legitimación en el proceso civil...*, op. cit., p. 62, para quien el interés plural es una suma de intereses individuales.

51 Gutiérrez de Cabiedes, P., “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y los daños con múltiples afectados”, *Derecho del consumo. Acceso a la justicia*,

distinguen del interés general por dos notas esenciales: la primera dice relación con el ámbito del círculo de interesados, ya que en el caso de los intereses supraindividuales el ámbito es más restringido mientras que el interés general está referido a todos los ciudadanos. La segunda dice relación con la naturaleza jurídica, puesto que de los intereses supraindividuales emanan situaciones jurídicas atribuibles a particulares, lo que no sucede en el interés general, que sólo legitima en aquellos supuestos de actuación administrativa en que se reconoce la acción popular.

Por lo tanto, puede decirse que “en el intrasistema de la LEC, los intereses generales se corresponden con lo que habitualmente se ha designado como intereses supraindividuales (o a veces más genéricamente colectivos, es decir, los intereses legítimos de una categoría de sujetos afectados por un hecho ilícito (que pueden ser determinados, en cuyo caso solía hablarse de colectivos en sentido propio, o indeterminados, en cuyo caso se ha hablado normalmente de difusos). Y, sin embargo, lo que la LEC denomina <<intereses colectivos>> son derechos individuales plurales, cuando los materialmente perjudicados en su persona o patrimonio son determinados, e <<intereses difusos>>, cuando lo son indeterminados”<sup>52</sup>.

En cuanto a la legitimación otorgada a la asociación para la defensa de estos intereses, éste si constituye un caso con fundamento en la finalidad asociativa establecida en sus estatutos, ya que, “cuando un acto incide en las necesidades específicas de una categoría de sujetos referidas al consumo (salubridad, información veraz, libre concurrencia, equilibrio de las prestaciones, etc.), que es su función proteger, afecta a un bien jurídico en el que la organización está interesada, por tratarse de su finalidad estatutaria, manifestación inequívoca de un interés legítimo. Esa finalidad de la organización (para la cual se ha formado y que constituye su razón de ser) sirve, en virtud del principio de especialidad inherente a las personas jurídicas, de fundamento a su interés legítimo, es el punto de conexión subjetivo-objetiva constitutivo de un interés legitimador, de una situación jurídico-subjetiva protegida y legitimante”<sup>53</sup>.

No se trata, en todo caso, de un supuesto de legitimación extraordinaria, como ha afirmado parte de la doctrina<sup>54</sup>, porque la asociación procura la tutela de un derecho propio, y tampoco se trata de un supuesto de representación, porque la asociación es parte y no representante.

Tampoco se trata de un caso de legitimación popular, porque aquélla se funda en un interés legítimo, y ésta en un interés en la legalidad, no siendo precisa la invocación de una calificación subjetiva especial; porque la primera se otorga a una determinada categoría o colectividad, mientras que la segunda se otorga a todos los ciudadanos. Además, la primera existe en todos aquellos casos en que se de una afección de situaciones jurídicas de esta naturaleza, mientras que la segunda requiere, por su excepcionalidad, de un reconocimiento explícito limitándose el ejercicio de la acción a los supuestos en que la ley expresamente lo permita.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

Almagro Nosete, J., *Constitución y proceso*, Bosch, Barcelona, 1984.

Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional) de los intereses difusos, *Revista de derecho político*, Nº 16, 1982-1983.

Alonso García, E., “El artículo 24 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: problemas generales”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.

Barbosa Moreira, J., “Tutela jurisdiccional dos intereses colectivos ou difusos”, *Temas de direito processual*, Saraiva, 2000.

Bellido Penadés, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998.

¾ “La tutela de los intereses de los consumidores en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Tribunales de Justicia*, II, 2002.

*responsabilidad y garantía*. Ministerio de Sanidad y Consumo, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 160.

52 Gutiérrez de Cabiedes, P., “Artículo 11...”, op. cit. p. 156. Para Villar Fuentes I., “Algunas reflexiones sobre la legitimación para la protección de los intereses de los consumidores y usuarios”, *Justicia 2001*, pp. 129-130, la diferencia entre los intereses generales y los colectivos o difusos está en la existencia o inexistencia de un hecho dañoso. El interés es general cuando todavía no se ha producido el hecho dañoso, y se corresponderían con cinco derechos básicos de los Consumidores: 1) derecho a la protección de la salud y la seguridad 2) derecho a la protección de los intereses económicos 3) derecho a la información y a la educación 4) derecho a la representación 5) derecho a la justa reparación de los daños por medio de procedimientos rápidos, eficaces y poco costosos.

53 Gutiérrez de Cabiedes, P., “La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y los daños...”, op. cit., pp. 160-161.

54 Cfr. en este sentido, Villar Fuentes, I., “Algunas reflexiones...”, op. cit. p. 130, Bellido Penadés, R., “La tutela de los intereses...”, op. cit., p. 7, López-Fragoso Álvarez, T., “Las partes”, op. cit., p. 2-112 y De la Oliva Santos, A., *Derecho procesal...*, op. cit., p. 133.

Bujosa Vadell, L., "Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios", *La Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Gómez de Liaño González, F.), Forum, Oviedo, 2000.

¾ *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995.

Cachón Villar, P., "El acceso a la jurisdicción civil (i). La titularidad de derechos e intereses legítimos: legitimación de las partes. Intervención de terceros. Protección de intereses difusos", *Principios constitucionales en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

Cappelletti, M., "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, 1995.

Cappelletti, M., y Garth, B., "The protection of the diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation", *Effectiveness of judicial protection and constitutional order. The general reports for the VIIIth International Congress on Procedural Law* (coord. Habscheid Walther, E.), Bielefeld, Würzburg, 1983.

Cordón Moreno, F., "El acceso a la justicia civil de los derechos de los consumidores", *Estudios sobre Consumo*, núm. 16, 1989.

¾ "Comentario breve a las normas procesales de la Ley de competencia desleal", *Actualidad Civil*, núm. 34, 1991.

De la Oliva, A., "Verificación de los criterios esenciales de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al año de su entrada en vigor", *Poder Judicial*, núm. 64, 2001.

¾ "Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: criterios inspiradores e innovaciones principales", *Tribunales de Justicia*, núm. 2, 2000.

¾ *Derecho procesal civil* (Con Fernández López). 4ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997.

Escribano Mora, J., "Los derechos de los consumidores en el ordenamiento jurídico español". En *Jornadas sobre el Consumo* organizadas por el Parlamento Vasco, Julio de 1992.

Fairén Guillén, V., *Ensayos sobre procesos complejos*, Tecnos, Madrid, 1991.

Fleming, J., Hazard, G., Leubsdorf, J., *Civil Procedure*, 5ª ed., Ed. Foundation Press, New York, 2001.

García Tuñón, A.M., "Artículo 11. Legitimación para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios" en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (dir. Lorca Navarrete, A. M.), Lex Nova, Valladolid, 2000.

Garnica Martín, J., "Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios", en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Fernández-Ballesteros, M.A.; Rifá Soler, J.M. y Valls Gombau, J.) Iurgium, Barcelona, 2000.

Gidi, A., "Las acciones colectivas en Estados Unidos", *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. Porrúa. México. 2003.

"La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo", *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, (coord. Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E.), Porrúa, México, 2003.

"Cosa juzgada en acciones colectivas", en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales un una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2003.

Gómez De Liaño González, F., "La legitimación colectiva y el artículo 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Justicia* 86.

Gómez Orbaneja, E., *Derecho Procesal* (con Herce Quemada, V.), 3ª ed., Madrid, 1951.

Gutiérrez de Cabiedes, P., "Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos de consumidores y usuarios", *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Cordón Moreno, F., et al.), Aranzadi, Navarra, 2001.

¾ "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y los daños con múltiples afectados", *Derecho del consumo. Acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*. Ministerio de Sanidad y Consumo, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos, Aranzadi, Pamplona, 1999.

Klonoff, R., Bilich, E., *Class Actions and Other Multi-Party Litigation: Cases and Materials*, West Group, 2000, p. 109; Wright, C., "Class Actions", 47 *FRD* 169 1970.

"The Judiciary's Flawed Application of Rule 23's adequacy of representation requirement", 2004 *Mich. St. L. Rev* 671.

López-Fragoso Alvarez, T., "Artículos 10-11", *Proceso civil práctico* (dir. Gimeno Sendra, V.) La Ley, Madrid, actualizado a abril de 2004, pp. 2/95-2/141.

"Las partes", *Proceso civil práctico* (dir. Gimeno Sendra, V.), La Ley, 2004, pp. 2-107, 2-108 y 2-116.

Marín López, J.J., "Art. 20. 1.2. Derecho de representación, consulta y participación". En *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J.), Civitas, Madrid, 1992.

Montero Aroca, J., *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Civitas, Madrid, 1994.

Navarro Hernán, M., *Partes, legitimación y litisconsorcio en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1998.

Ortells Ramos, M., "Una tutela jurisdiccional adecuada para los casos de daños a consumidores", *Estudios sobre Consumo*, núm. 16, 1989.

Pellegrini Grinover, A., "El nuevo proceso brasileño del consumidor", en *Estudios sobre Consumo*, 25, 1992.

"I processi collettivi del consumatore nella prassi brasiliana", *Rivista di Diritto Processuale*, 1994.

Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho procesal civil*, t.I, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 1985.

Trocker, N., *Processo civile e Costituzione. Problema di diritto tedesco e italiano*. Milano-Dott. A. Giuffrè Editore. 1974.

Villar Fuentes I., "Algunas reflexiones sobre la legitimación para la protección de los intereses de los consumidores y usuarios", *Justicia* 2001.

# IMPUGNACIÓN DE LA COSA JUZGADA “INTERNA” PARA DAR CUMPLIMIENTO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA. LA REFORMA DE 2015

**Manuel Ortells Ramos**  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València

## I. DIVERSIDAD DE SIGNIFICADOS DE “CUMPLIMIENTO EN ESPAÑA” DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La eficacia en España del sistema de protección de derechos fundamentales del Consejo de Europa se manifiesta de diversos modos. Este trabajo se va a centrar en la eficacia de las sentencias del TEDH<sup>1</sup> que estimen una demanda contra el Estado español formulada por persona física, organización no gubernamental o grupo de personas que se consideren víctimas de una violación de los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH y en sus Protocolos adicionales.

Hasta hace poco, el Derecho español no tenía previsto ningún instrumento específico para el cumplimiento de esas sentencias, lo que no significa que las mismas no fueran cumplidas. Ese instrumento, que ha consistido en una adaptación del juicio de revisión de procesos cerrados con sentencia firme, se estableció en julio de 2015, para los casos precedidos en el ámbito interno por un proceso no penal, y en octubre de 2015, para los casos que tuvieran como antecedente interno un proceso penal.

En el apartado III de este trabajo me referiré al mismo y a los problemas que suscita, pero quisiera enmarcar esa referencia en una consideración más general de la cuestión de cómo pueden ser cumplidas en el correspondiente ordenamiento estatal las sentencias del TEDH.

Los datos normativos principales vienen dados por dos artículos del CEDH.

Por una parte, el artículo 41 CEDH establece que “si el Tribunal declara que ha existido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte contratante sólo permite eliminar imperfectamente las consecuencias de esta violación, el Tribunal concederá, si corresponde, a la parte perjudicada una satisfacción equitativa”.

Por otra, el artículo 46 CEDH dispone, en su apartado uno, que “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”, y, en su apartado dos, que “La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”. El Protocolo 14 de 2004, que España ratificó en 2006, especificó la regulación de los poderes del Comité de Ministros y del Tribunal en esta materia, pero no es relevante para el objeto de este ensayo.

La eficacia del pronunciamiento subsidiario sobre la indemnización puede plantear problemas. Apuntaré dos: la inexistencia de un propio título ejecutivo frente al Estado, aparte de las especialidades de la ejecución por deudas dinerarias frente al mismo; los problemas de coordinación con los medios de Derecho interno para exigir responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración

---

<sup>1</sup> Siglas y abreviaturas utilizadas en el trabajo: AAP: *Auto de Audiencia Provincial*; AN: *Audiencia Nacional*; ATS: *Auto del Tribunal Supremo*; CE: *Constitución Española*; CEDH: *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*; Fj.: *Fundamento jurídico*; LEC: *Ley de Enjuiciamiento Civil*; LECrim: *Ley de Enjuiciamiento Criminal*; LJCA: *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*; LRJS: *Ley reguladora de la Jurisdicción Social*; LOPJ: *Ley Orgánica del Poder Judicial*; STC: *Sentencia del Tribunal Constitucional*; STEDH: *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*; STS: *Sentencia del Tribunal Supremo*; TEDH: *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*; TC: *Tribunal Constitucional*; TS: *Tribunal Supremo*.

de Justicia.<sup>2</sup> No obstante, las mayores dificultades no se dan respecto de la eficacia de este pronunciamiento subsidiario, sino respecto de la eficacia que debe tener en el ordenamiento estatal el pronunciamiento de la sentencia del TEDH específicamente relativo a la violación del derecho fundamental.

### 1. ¿Eficacia ejecutiva de las sentencias del TEDH? Algunas precisiones técnicas

Es frecuente que el tratamiento de este tema vaya acompañado de una serie de imprecisiones técnicas que resulta conveniente desbrozar.

Una primera tiene que ver con la afirmación de que la sentencia del TEDH carece de eficacia ejecutiva en el ordenamiento estatal y que eso se debe al modo en que se expresan los artículos del CEDH que se acaban de mencionar. Esta explicación es correcta, pero parcial.

Aunque las sentencias del TEDH pudieran tener efecto por ellas mismas en Derecho español, bien sea de modo directo, bien sea mediante una especie de *exequatur*, no se podría hablar técnicamente de eficacia ejecutiva.

Para empezar, la parte dispositiva de la sentencia del TEDH se limita, por regla muy general, a declarar que se ha producido lesión de determinados derechos, pero no impone deberes de cesación de las actuaciones causantes de la misma, ni deberes de restitución de las cosas al estado anterior a la lesión. Es decir, no contiene, pronunciamientos ejecutables en el sentido técnico de esta expresión. Es cierto que, en algún caso, el TEDH utiliza expresiones que van más allá de la declaración; por ejemplo, en la Sentencia 21 de octubre de 2012, en el caso *Del Río Prada c. España*, el TEDH falla que “el Estado demandado debe garantizar que la demandante sea puesta en libertad en el más breve plazo”. Ni siquiera este modo de expresarse la sentencia excluye que competa al Estado demandado determinar quién y cómo, dentro de su estructura institucional, debe decretar la puesta en libertad.

Más allá de las palabras, la verdadera objeción frente a la eficacia técnicamente ejecutiva deriva de la regla del agotamiento de los recursos internos. Esta regla, establecida por el art. 35 CEDH, conduce a que lo que se somete al TEDH sean disposiciones o actos jurídicos, casi siempre judiciales, que producen determinados efectos jurídicos según el ordenamiento del Estado demandado. Si el TEDH declara que la disposición o el acto lesionan derechos fundamentales esos efectos deberán ser eliminados. Por consiguiente, reparar específicamente el derecho lesionado no consistirá en ejecutar un pronunciamiento de condena, sino más bien en eliminar, mediante resoluciones de naturaleza constitutiva dictadas en el ordenamiento del Estado demandado, la disposición, el acto y sus efectos jurídicos que el TEDH ha entendido lesivos del derecho reconocido.

En buena medida, cuando se trata de eficacia interna de la sentencia del TEDH en el ordenamiento de un Estado, se debate si ese ordenamiento tiene establecida una acción impugnativa, específica o genérica, para, con fundamento en la sentencia de aquel Tribunal, atacar la cosa juzgada o, genéricamente, la inmutabilidad producida por la resolución judicial con la que se agotaron los recursos internos. En ese plano se situaron las respuestas jurisprudenciales hasta las reformas de 2015 y en el mismo se hallan los instrumentos habilitados por esas reformas.

Ahora bien, la previsión de ese tipo de acciones no agota las necesidades, ni las posibilidades, para dar eficacia en el ordenamiento interno a una sentencia del Tribunal.

Esa sentencia genera en el Estado demandado un deber de acatar la decisión del TEDH respecto del derecho fundamental que se ha constatado como violado (art. 46.1 CEDH).

El contenido de ese deber presenta gran complejidad. Depende de cuál haya sido el derecho violado, de si es o no posible reparar su violación, o repararla en la parte en que subsista, de si la causa de la violación ha sido una norma, legal o de rango inferior, si lo han sido el indebido funcionamiento de los servicios administrativos o incorrectas resoluciones de la Administración, o si, en definitiva, la violación es atribuible a los

2 Traté estas cuestiones en Ortells Ramos, M., “El juez español ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos y ante las sentencias del TEDH”, en *Seminario sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, 1998, págs.42-45.

tribunales, bien directamente, como será el caso de los derechos fundamentales procesales, bien indirectamente, porque no han protegido un derecho fundamental cuya violación ha motivado la posterior reclamación ante los tribunales.

Al hilo de lo anterior, se plantea el problema de si ese deber del Estado de acatar la sentencia del TEDH consiste solamente en repararla concreta lesión producida o significa también que debe eliminar las causas que han dado lugar a la misma.

## **2. Causas de la lesión del derecho fundamental y modalidades de cumplimiento de las sentencias del TEDH más allá de la anulación de los efectos de la resolución judicial con la que se han agotado los recursos internos**

La complejidad que puede presentar la eficacia interna de las sentencias debe ser afrontada por el Estado con arreglo a su sistema institucional, es decir, a través de sus órganos constitucionales y de acuerdo con las competencias y procedimientos de actuación de los mismos.

La serie de actuaciones en las que se concreta ese deber del Estado es muy amplia y la mayor parte de las mismas podían ser puestas en práctica, con arreglo a lo previsto en Derecho interno español, antes de las reformas de 2015.

Si la causa de la lesión es el precepto de una ley o de una disposición general de rango inferior, se debe distinguir entre la reparación de la concreta violación del derecho fundamental y la eliminación de la causa de la lesión con vista al futuro.

En cuanto a lo primero, el deber de agotamiento de recursos internos comportará que el acto de aplicación haya sido jurisdiccionalmente impugnado sin éxito. Será la eficacia de esa última decisión jurisdiccional interna la que habrá de ser eliminada si el TEDH estima la demanda contra el Estado. Ésta ha sido la cuestión problemática durante años (apartado II), que han intentado resolver las reformas de 2015 (apartado III).

Sin embargo, para la eliminación de la causa de la violación, no solo estaba, y está, abierto el camino de las decisiones políticas de derogación o reforma de las normas, sino que había y hay medios que permiten a los tribunales internos dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal. Si la norma que es causa de la violación tiene rango legal, los tribunales internos pueden, con ocasión de otros procesos en que la norma deba ser aplicada, asumir la sentencia del TEDH para realizar una interpretación respetuosa del derecho fundamental de que se trate, y, si eso no fuera posible, plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Si se trata de una norma de rango no legal pueden ejercer la potestad de inaplicación (art. 6 LOPJ) o plantear la cuestión de ilegalidad (arts. 123-126 LJCA) para eliminar esa norma del ordenamiento.

Por otra parte, cuando una norma legal imperfecta está detrás de violaciones concretas de derechos fundamentales, suele existir otra vía para evitar ese resultado. Los tribunales internos, principalmente los de más alto grado, pueden realizar, mediante técnicas de interpretación y de integración normativa, una aplicación correctora de los defectos de la ley. El propio TEDH acepta esa práctica porque, para determinar si un derecho fundamental ha sido violado, no sólo atiende a la regulación legal interna del ejercicio y restricciones de ese derecho, sino también a las garantías que añade a esa regulación el modo en que es aplicada por los tribunales.

No obstante, esta práctica debe tener límites. Mantener una norma legal de escasa calidad, que haya de ser suplida continuamente por la labor integradora de los jueces, es causa de inseguridad y hace más probable la lesión de los derechos, lo que determina la procedencia de una reforma legislativa que regule de modo más claro la intervención en el derecho fundamental.

Un buen ejemplo de este modo de cumplimiento del deber de eficacia interna de las sentencias lo tenemos en el caso *Dacosta Silva c. España*. La sentencia del TEDH, de 2 de noviembre de 2006, declaró que la sanción de arresto domiciliario de tres días impuesta a un guardia civil por el superior jerárquico e inmediatamente ejecutiva, constituía violación del derecho fundamental a no ser privado de libertad salvo

por pena legal impuesta por tribunal competente, sin que la regulación interna y su aplicación estuvieran amparadas por la reserva del Estado español respecto del régimen disciplinario militar. Dado que los hechos ocurrieron en 1998 y que el TEDH dictó sentencia en 2006, con firmeza en 2007, cualquier consideración de cumplimiento en forma específica de la sentencia del TEDH era irreal. No obstante, la sentencia se puede considerar cumplida por la Ley Orgánica 12/2007, de 22 octubre, que aprobó un nuevo régimen disciplinario de la Guardia Civil, en el que la sanción de arresto solo está prevista para faltas cometidas en misiones de carácter militar en las que participe la Guardia Civil.

Otro ejemplo, notable y reciente, de este modo de cumplimiento lo tenemos en la regulación por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de la intervención de comunicaciones telefónicas y otras establecidas mediante nuevas tecnologías, que ha venido a sustituir la formalmente anómala regulación jurisprudencial instaurada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, que el TEDH aceptaba a regañadientes como suficientemente garantizadora de los derechos afectados.<sup>3</sup>

Un tercer ejemplo, también importante y reciente, es la ordenación que la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha dado a los recursos contra sentencias de primera instancia en procesos penales, que está destinada a paliar la insuficiente extensión del recurso de la persona condenada en el proceso penal y también a impedir la eventual lesión de derechos de esa persona si la condena se produce, o se agrava, precisamente a consecuencia del recurso de la parte acusadora contra la sentencia de la primera instancia. Atajar el primer problema era urgente desde que España ratificó, en 2009, el Protocolo número 14 al CEDH. Por la segunda razón mencionada, el TEDH ya había estimado demandas contra España, como, entre otras, la de la sentencia de 27 de noviembre 2012, en el caso Vilanova Goterris y Llop García c. España.<sup>4</sup>

Si la lesión del derecho fundamental no tiene por causa una norma no respetuosa con ese derecho, sino una actuación singular de los poderes públicos internos (no jurisdiccionales o jurisdiccionales), el precepto del agotamiento de los recursos internos habrá conducido a que el acto haya sido impugnado ante los tribunales internos y, ya en vía jurisdiccional, a que se hayan utilizado los medios de impugnación admisibles, sin que los tribunales internos hayan considerado existente la violación del derecho fundamental, y, consiguientemente, sin que la hayan reparado. Como en el caso de que la decisión singular lesiva se fundara en una norma no respetuosa con el derecho fundamental, nos encontramos ante la necesidad de instrumentos que permitan eliminar la cosa juzgada o la inmutabilidad de las que el ordenamiento interno dota a las resoluciones judiciales que cierran las posibilidades de recurso.

## **II. Cumplimiento en España de las sentencias del TEDH en caso de violación (o no protección) de un derecho fundamental por un órgano jurisdiccional: la difícil busca de un instrumento en el Derecho positivo español y la sorprendente reacción de los tribunales tras la sentencia del TEDH en el caso Del Rio Prada**

Hasta las reformas de 2015, en Derecho español no existía un instrumento legal específico para eliminar la cosa juzgada o la inmutabilidad de resoluciones jurisdiccionales que, poniendo fin al agotamiento de recursos internos, hubieran, según una sentencia del TEDH, lesionado – activamente, o por no otorgar protección frente a violaciones atribuibles a otros poderes públicos- derechos fundamentales reconocidos por el CEDH. La necesidad de solución fue satisfecha, o se intentó satisfacerla, de dos modos. Por un lado, se intentó adaptar medios de impugnación previstos por la ley para otros fines y que estaban regulados en atención a esos otros fines. Por otro lado, específicamente a raíz de un caso notable, se llevaron a cabo actuaciones judiciales atípicas, nada preocupadas por el necesario respaldo legal que debían tener tanto la atribución de potestades de anulación de la cosa juzgada de las resoluciones judiciales, como el procedimiento para su ejercicio.

Revisar esos intentos tiene interés en un doble aspecto. Por un lado, es ilustrativo de cierta desatención frente a los problemas de articulación de los sistemas interno e internacional de tutela de derechos

3 Ortelles Ramos, M., “Legisladores, jueces y renovación del proceso penal en España (1978-2015)”, en *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Barcelona, 2016, págs. 50-52

4 Ortelles Ramos, “Legisladores, jueces...”, cit., págs. 61-63.



fundamentales, de la tensión favorable a la efectividad de esa articulación y de las dificultades a las que se enfrenta. Por otro lado, proporciona criterios derivados de la experiencia para valorar la respuesta legal que las reformas de 2015 han dado a estos problemas.

### **1. Los intentos de adaptar la revisión de sentencias firmes (juicio de revisión) para el cumplimiento en forma específica de las sentencias del TEDH estimatorias de demanda contra España**

La revisión de sentencias firmes, o juicio de revisión, es el medio tradicional de impugnación de la cosa juzgada en Derecho español. Hacia él se dirigieron las miradas de los justiciables y de los tribunales para encauzar las peticiones impugnativas de resoluciones de los tribunales internos que el TEDH hubiera declarado lesivas de un derecho fundamental.

La adaptación de este instrumento se enfrentaba a varios obstáculos: posibilidad de subsumir tales sentencias en las causales de revisión, clase de resolución judicial frente a la que era admisible esta impugnación y efectos de la estimación de la misma.

El esfuerzo de adaptación se centró en primer obstáculo y, durante una larga etapa, tanto el TS, como el TC cuando debió examinar en amparo resoluciones del máximo tribunal ordinario, argumentaron las razones que impedían que la revisión fuera la vía impugnativa adecuada, aun apurando los límites interpretativos de las causas en que podía fundarse. No obstante, en 2014, la Sala de lo Penal del TS decidió que la revisión era el medio de impugnación adecuado, al menos hasta una regulación legal expresa. Y, en efecto, en 2015 el legislador optó por adaptar la revisión con esa finalidad. Pero de estos dos episodios, que merecen valoraciones muy diferentes, trataré en el apartado III. A continuación, repasaré los intentos razonados, y fracasados, de adaptar la revisión por vía jurisprudencial.

En el caso considerado por la STS (Sala de lo Militar) de 27 de enero de 2000, se pidió la revisión con base en una sentencia del TEDH (25 julio 2002, caso Perote Pellón c. España) que había declarado la violación del derecho a un juez imparcial (art. 6.1 CEDH) en el proceso penal en el que había sido condenado el demandante. La revisión fue desestimada porque, a pesar de interpretaciones extensivas de la causal de revisión del art. 328.6<sup>a</sup> Ley Procesal Militar,<sup>5</sup> la sentencia del TEDH no evidencia ningún error en el juicio de fondo de la sentencia penal, sino un vicio en la composición del tribunal.

El intento también fracasó totalmente en el caso considerado por la STC (Sala Primera) núm. 197/2006, de 3 de julio. El TC considera que no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva la desestimación por la Sala de lo Social del TS de una revisión fundada en que la sentencia estimatoria del TEDH constituía un “documento recobrado” a efectos de una causal legal de revisión,<sup>6</sup> dado que, según interpretación constante de esa causal, sólo puede considerarse “recobrado” un documento preexistente a la sentencia firme, pero no la sentencia del TEDH, que ha sido necesariamente formada después de la sentencia firme del proceso dentro del cual el TEDH ha declarado producida una violación de derecho fundamental.

En el asunto del ATS (Sala de lo Penal) de 29 de abril de 2004 el TS dio tratamiento de solicitud de autorización para interponer revisión a la petición de un condenado que cumplía pena privativa de libertad y que pedía protección de diversos derechos fundamentales y anulación de su condena por estar basada en pruebas que el TEDH había declarado obtenidas con violación del secreto de comunicaciones telefónicas. El TS reconoce que falta una regulación específica e insta al poder legislativo su establecimiento. No obstante, llega a sostener que, atendiendo a otras interpretaciones extensivas de las causales de revisión, una STEDH podría considerarse hecho nuevo o documento nuevo que evidencia la inocencia (art. 954.4<sup>o</sup> LECrim) y permitiría, por tanto, la revisión. Sin embargo, deniega la autorización para interponer este medio de impugnación porque, aun eliminando de la narración de hechos probados aquellos cuyo conocimiento ha sido obtenido mediante la lesión del derecho fundamental, la condena se sostiene sobre otros hechos probados.

5 Según la citada disposición la causal de revisión consiste en que: “después de dictada sentencia condenatoria se conociesen pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas”.

6 Según el art. 510 LEC “1. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1.º Si después de pronunciada, se recobren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado”.

La STC (Sala Primera) 240/2005, de 10 octubre, que enjuicia un amparo por denegación de autorización para interponer revisión, establece que, en principio, el TS no podría denegar esa autorización con el argumento de que una STEDH no es un hecho o un documento nuevo en un caso en que tal sentencia declara violado el derecho de libertad de unas personas que suministraron información precisamente en ese estado de privación ilegal de libertad, siendo sus declaraciones testificales decisivas para fundar la condena de las personas que solicitan la revisión. La idea vendría a ser que como el hecho y el documento en que se basa la solicitud de interponer revisión se refieren a terceras personas y no a los propios condenados y a un proceso diferente al que dio lugar a la condena, tal hecho y documento son elementos ajenos al proceso en el que los reclamantes fueron condenados y, por lo tanto, tomarlos en consideración no significa una simple nueva valoración de lo que ya fue examinado al juzgarles. No obstante, definitivamente el TC no estimó que el TS hubiera lesionado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, porque, al no admitir la revisión, razonó que, aun eliminando esa prueba testifical, subsistía prueba suficiente para sostener la condena. Complementariamente debe anotarse que las condiciones de la prestación de las declaraciones testificales no fueron desconocidas, ni dejaron de ser invocadas, debatidas y examinadas en el proceso penal cuya condena se intentaba revisar.

Realmente el principal obstáculo para utilizar este instrumento son las causales de revisión, porque las mismas están concebidas como situaciones extraprocesales nuevas o descubiertas después de la firmeza de la sentencia, mientras que en el supuesto de una sentencia del TEDH referida a una violación de derecho fundamental, producida o no corregida en un proceso judicial interno, no se trata de dar eficacia anulatoria a unos hechos inexistentes o desconocidos en ese proceso, sino conocidos, debatidos y valorados en él, incluso invocados y examinados en impugnaciones interpuestas durante el mismo. Lo necesario para eliminar la cosa juzgada sería poder atender a una posterior valoración jurídica de esos hechos, concretamente la del TEDH que, con su sentencia, los ha declarado lesivos de un derecho fundamental.

## **2. La vía de la solicitud ante los tribunales ordinarios de nulidad de actuaciones posterior a resolución firme**

Otro instrumento legal que se intentó utilizar para que las sentencias estimatorias del TEDH afectaran, eliminándola, a la validez de la resolución judicial con la que se hubieran agotado los recursos internos, fue el incidente de nulidad de actuaciones posterior a sentencia u otra resolución firme que ponga fin a un proceso, que puede plantearse ante el tribunal ordinario que hubiera dictado tal resolución.

Hasta la reforma del art. 240 LOPJ en 1997, esta vía tenía la dificultad adicional de tenerse que acoger a la interpretación constitucional del límite “sentencia definitiva” como “sentencia definitivamente ejecutada”.<sup>7</sup> Las reformas de 1997 y 1999 clarificaron la regulación del incidente de nulidad, pero, hasta la reforma de 2007, los casos en que procedía no fueron lo suficientemente amplios para que pudiera invocarse la vulneración de todos los derechos fundamentales. Y, cuando ahora hablo de derechos fundamentales, me refiero a los que están reconocidos por la CE.

No obstante, incluso con la reforma de 2007 – que permite fundar la petición de nulidad en “cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE”-, y a pesar de lo apropiado que resulta el tratamiento de la nulidad por sus causas y sus efectos, el régimen del incidente de nulidad nunca podía ser aplicado para el cumplimiento de una sentencia del TEDH sin prescindir abiertamente – sería atrevido hablar de adaptar- de elementos esenciales de su régimen jurídico, como la competencia, la causa y el plazo para formular la petición.

En ninguno de los casos en los que, dándole o no ese nombre, se utilizó este instrumento se consiguió, sólo con ello, que una sentencia del TEDH fuera cumplida con la anulación de la resolución del

<sup>7</sup> Hay ciertas nulidades procesales que la parte solo puede conocer después de que haya sido dictada la resolución firme del correspondiente proceso. Hasta cierto momento, el Derecho español no regulaba un medio de impugnación para plantear esas nulidades ante los tribunales ordinarios, de modo que el amparo ante el Tribunal Constitucional acababa por ser el único medio para denunciarlas, con fundamento en la violación del derecho fundamental a la no indefensión. Para ampliar el campo en el que los tribunales ordinarios pudieran tutelar el derecho a la no indefensión, el TC extendió al máximo el significado de “resolución que ponga fin al proceso”. No obstante, la escasa regulación legal hacía particularmente inseguro el régimen de este medio de impugnación.

tribunal interno.

En el caso que acabó por ser resuelto por la STC (Pleno) núm. 245/1991, de 16 de diciembre, los demandantes – dos de los cuales seguían cumpliendo condena de pena privativa de libertad-, invocando la sentencia del TEDH que había declarado violado su derecho a un juicio justo, pidieron a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que había dictado la sentencia tras el juicio oral, que declarara su nulidad. Tras diversas vicisitudes – incluidas decisiones cambiantes sobre la suspensión o no de la ejecución de la pena, con o sin restricciones adicionales de libertad- la Audiencia Nacional defirió el pronunciamiento sobre la petición de nulidad a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Ésta denegó declarar la nulidad porque el ordenamiento español no tenía previsto un instrumento que habilitara a los tribunales para hacer esa declaración por la causa invocada. En el Fj 5º de la STC 245/1991, el TC reconoció que el pronunciamiento de la nulidad de actuaciones no le estaba permitido al Tribunal Supremo – tal como este tribunal había argumentado-, ni a otros órganos judiciales ordinarios, por imperativo legal en supuestos como el planteado.

En el caso de la STS (Sala de lo Civil) de 20 de noviembre de 1996 se pidió a la Sala la nulidad de la sentencia sobre el fondo que esa misma Sala había dictado tras estimar un recurso de casación, porque en esa sentencia el TS había desestimado la demanda sin realizar ningún examen de una defensa que la demandada había formulado oportunamente. Este defecto determinó que el TEDH declarara violado el derecho a que la causa sea oída y el tribunal decida sobre el litigio (art. 6.1 CEDH) en lo que se basa la actual petición de nulidad. El TS la desestimó porque no había en la ley ningún instrumento que le apoderara para hacer tal declaración.

En dos asuntos se intentó utilizar el incidente de nulidad de actuaciones en la configuración normativa más clara que recibió con la primera reforma del art. 240 LOPJ.

El Auto del TS (Sala de lo Militar) de 9 de diciembre de 2002, se ocupa de una petición de nulidad de sentencias dictadas por el Tribunal Militar Central y la propia Sala del TS en casación, por la vía prevista en el art. 240.3 LOPJ y con fundamento en que el TEDH había declarado violado, por una defectuosa composición del tribunal del juicio, el derecho a que la causa sea oída por un juez imparcial. El TS destaca que la vía elegida abre una nueva posibilidad para el cumplimiento de las sentencias del TEDH, pero, en definitiva, concluye que esa posibilidad no es útil. Por un lado, la lesión denunciada no es subsumible en las causas que, según la reforma, podían basar la nulidad – indefensión, incongruencia-. Por otra parte, el hecho causante de la lesión ya había sido conocido, planteado y resuelto en los procesos internos.

En el caso del ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 27 de abril de 2005, el reclamante pide la declaración de nulidad del auto de inadmisión de un recurso de casación, con base en una sentencia del TEDH que había declarado lesiva de los derechos reconocidos por el art. 6.1 CEDH la resolución de inadmisión del recurso por su formalismo y rigorismo. Para este caso la reforma del art. 240.3 LOPJ ofrecía un dato favorable: la nulidad no solo puede pedirse de sentencias firmes, sino también de resoluciones firmes que pongan fin al proceso, como la del caso. No obstante, subsistían los dos obstáculos que condujeron a la desestimación en el caso mencionado antes. Ni la lesión declarada por el TEDH era de las que legalmente pueden fundar el incidente de nulidad, ni los hechos que la causaron habían sido ignorados en los procesos internos.

La reforma de 2007 en los arts. 240 y 241 LOPJ, que extendía el acceso al incidente de nulidad a la vulneración de todos los derechos fundamentales de la CE, parecía abrir nuevas perspectivas para la solución del problema que nos ocupa.

En el caso considerado por el ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 de mayo de 2013 se pone de manifiesto, tanto esa novedad, como el obstáculo esencial subsistente. El demandante de nulidad ante la Sala del TS impugnaba una sentencia de éste que había denegado pronunciarse sobre el fondo de su recurso de casación por defectos del acto de preparación de ese recurso. Basaba su solicitud en una sentencia del TEDH que había declarado que esa resolución, por su formalismo, era lesiva de los derechos reconocidos en el art. 6.1 CEDH. Esta violación podía encuadrarse en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que, tras la reforma, podía fundar la petición de nulidad. A partir de ahí debía examinarse si la

solicitud de nulidad se había presentado en el plazo de veinte días desde el hecho causante de la lesión o de su conocimiento. En este punto, la motivación del ATS considerado opta por transitar un camino que había facilitado el propio reclamante: la solicitud de nulidad no era admisible porque fue presentada dos años después de que la persona que la formuló tuvo conocimiento de la sentencia del TEDH. Si la solicitud se hubiera presentado en el plazo legal de veinte días, el TS no hubiera podido eludir el problema de explicar por qué realizó el cómputo del plazo desde la notificación de la sentencia del TEDH, en vez de hacerlo, como requiere el art. 241.1, párrafo segundo LOPJ, desde que el hecho causante de la vulneración del derecho fundamental fue conocido, debatido y valorado en los procesos internos previos al acceso al TEDH.

### 3. La tercera vía explorada, con algún resultado: el “segundo” amparo ante el TC

Un tercer instrumento legal adaptado es el que podríamos llamar “segundo” amparo constitucional. La característica más singular de este intento es que, en algún caso, ha conducido a un estricto cumplimiento en sus propios términos de sentencias del TEDH.

El *leading case* que será reiteradamente invocado, a veces con éxito, en los asuntos posteriores, es el de la STC (Pleno) núm. 245/1991, de 16 de diciembre. El TEDH había declarado violados, de forma cualificada, derechos fundamentales de los acusados en un proceso penal que había concluido con imposición de condenas de privación de libertad, alguna de las cuales continuaba en ejecución. El TC había dictado la resolución que agotó los recursos internos; antes del acceso al TEDH había declarado no admisible el amparo interpuesto. Dictada por el TEDH la sentencia estimatoria de la demanda contra el Estado español, y después de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo hubieran declarado no poder modificar sus sentencias firmes por inexistencia de los instrumentos legales para hacerlo en cumplimiento de sentencias del TEDH, el TC consideró que debía estimar el amparo porque, por un lado, subsiste la violación del derecho a un juicio público con todas las garantías, puesto que las penas privativas de libertad aún están siendo ejecutadas, y porque, por otro lado, el TC, a diferencia de los tribunales ordinarios, no está sujeto al límite del art. 240 LOPJ, que prohíbe modificar sentencias firmes.

Sin profundizar, ahora, en el análisis de esta sentencia, sí que es importante resaltar una crítica insalvable a uno de sus argumentos nucleares que puso de manifiesto el voto particular del magistrado Gimeno Sendra, y que ha aflorado también en otros votos particulares de casos en que el TC ha debido ocuparse del cumplimiento de sentencias del TEDH. Es cierto que al TC no le vincula la prohibición de modificar las resoluciones firmes de los tribunales ordinarios, pero la cuestión en este caso es otra: si el TC puede prescindir de la cosa juzgada producida por el auto de inadmisión que dictó al examinar el primer amparo planteado en el caso, siendo así que la causa de inadmisión había consistido en un examen de fondo que concluyó en la manifiesta falta de contenido constitucional del amparo (motivo de discrepancia 5 del voto particular de Gimeno Sendra).

En resoluciones de inadmisión de amparos interpuestos por varios miembros de la familia Ruiz-Mateos, dictadas en 31 enero de 1994, el TC se enfrentaba con el cumplimiento de la STEDH de 23 de junio de 1993, que había declarado violado el derecho de aquellos a un juicio justo debido a las restricciones a las que se había sujetado su intervención en los procedimientos de una cuestión y de un recurso de inconstitucionalidad contra la ley que autorizó la expropiación de un grupo empresarial de titularidad de aquellas personas. En aquellas resoluciones el TC sí que enfatiza la inexistencia de medios legales que le habiliten para declarar la nulidad de sus sentencias que han producido cosa juzgada y rechaza aplicar los criterios de su sentencia 245/1991.

En relación con el caso Castillo Algar, resuelto por la STEDH de 28 de octubre de 1998, que declaró violado el derecho a ser juzgado por un tribunal con imparcialidad objetiva, porque magistrados que antes habían decretado el procesamiento después integraron el tribunal del juicio, el TC no admitió el amparo interpuesto antes del acceso al TEDH. Dictada sentencia por el TEDH, el TC tuvo oportunidad de conocer dos amparos relacionados con su cumplimiento. Un amparo directo no fue admitido porque, a diferencia del caso de la STC 245/1991, la pena privativa de libertad ya había sido ejecutada. Otro amparo se planteó al ser desestimada una demanda de revisión ante la Sala de lo Militar del TS, mediante la que se había intentado que la sentencia del TEDH eliminara la eficacia de la sentencia del tribunal interno. Este segundo amparo

también fue inadmitido con auto de examen anticipado del fondo en el que se reiteró la no aplicabilidad de los criterios de la STC 245/1991 y, además, se razonó que la desestimación de la revisión por falta de causa legal – el TEDH había declarado un defecto de composición del tribunal, no que el contenido de las sentencias dictadas estuviera viciado- no había lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva de quien intentó la revisión.

El cumplimiento de la STEDH de 25 de julio de 2002, que había declarado violado el derecho a ser juzgado por un tribunal con imparcialidad objetiva, se intentó, de entrada, con una petición de nulidad ante la Sala de lo Militar del TS, que fue desestimada por falta de concurrencia de causa legal. El recurso de amparo subsiguiente – segundo, tras el amparo que había precedido al acceso al TEDH, que había sido inadmitido por entender que los magistrados cuya imparcialidad se cuestionaba no habían realizado actos que exteriorizaran su opinión sobre la culpabilidad del acusado- fue desestimado por la STC 313/2005, de 12 de diciembre. La motivación no fue, ahora, la de que no subsistía una situación de privación de libertad, como en la STC 245/1991 – el reclamante había afirmado que los derechos fundamentales que seguían siendo lesionados eran los del acceso a funciones y cargos públicos y al honor-, sino que en la sentencia del TEDH no había base para concluir que la cuestionable imparcialidad de algún magistrado hubiera llegado a ser determinante de algún contenido incorrecto de la sentencia que condenó al reclamante.

En relación con el cumplimiento de la STEDH de 29 de febrero de 2000, que había declarado que un despido disciplinario de un trabajador de TVE había violado su derecho a la libertad de expresión y el principio de no discriminación, el TC había desestimado por sentencia el amparo previo al acceso al TEDH por entender que las declaraciones del reclamante no estaban amparadas por el derecho a la libertad de expresión. Dictada la sentencia del TEDH, y tras el intento fracasado de darle cumplimiento mediante una revisión ante la Sala de lo Social del TS, el reclamante interpuso de nuevo amparo, que fue desestimado porque, a diferencia del caso de la STC 245/1991, no subsistía una violación actual del derecho a la libertad de expresión, dado que el reclamante solicitó y obtuvo una satisfacción del daño moral adecuada a la desproporcionada sanción y a la situación laboral que tenía cuando fue despedido. También el Comité de Ministros aceptó que la sentencia se había cumplido. Tampoco el examen, en este amparo, de la desestimación de la revisión desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva condujo a la estimación, porque el TC considera que la interpretación del TS que le impide considerar concurrente una causa legal de revisión está motivada y fundada en Derecho, no siendo arbitraria, ni irrazonable, ni constitutiva de error patente. El voto particular (apartado 4) del magistrado Pérez Tremps muestra su disconformidad con la posibilidad de que, en el estado de la legislación, en algún caso, aún excepcional, pueda darse cumplimiento a las sentencias del TEDH, porque esto siempre implicaría desconocer, sin base legal, la cosa juzgada de las resoluciones del TC.

El cumplimiento de la STEDH de 8 de noviembre de 2007, que había declarado violado el derecho de acceso a un tribunal – el propio TC, ante el que se había interpuesto amparo- por una resolución del TC que declaró la inadmisión del amparo por falta de agotamiento de los recursos ante los tribunales ordinarios en un caso en que la resolución considerada lesiva del derecho fundamental (a la prueba pertinente) contenía la expresa mención de no ser recurrible, ponía a prueba hasta qué punto estaba dispuesto el TC a que la eficacia de las sentencias del TEDH afectara a la firmeza de sus resoluciones. En definitiva, el TC, tras recordar la inexistencia de instrumentos legales, no admitió el amparo que pretendía la nulidad del auto de inadmisión del primer amparo, porque el caso no era igual al de la STC 245/1991, por no subsistir lesión actual del derecho fundamental en cuanto que el TEDH declaró expresamente que no había existido violación del derecho a la prueba, ni a la presunción de inocencia, que eran las violaciones de derechos fundamentales que el reclamante planteaba en el segundo amparo.

#### **4. Las actuaciones subsiguientes a la sentencia del TEDH sobre el caso Del Rio Prada: de la eficacia de las sentencias del TEDH sobre el caso concreto que resuelven a la eficacia de su jurisprudencia respecto de casos iguales**

Un cuarto instrumento ha sido singular es muchos sentidos. Ha sido aplicado para el cumplimiento de la sentencia del TEDH en el caso Del Rio Prada. Es un instrumento diferente a los tres que hemos considerado. Ha sido utilizado con resultado positivo en muchos casos. Pero, sobre todo, su singularidad consiste en que ha

conducido a ampliar la eficacia interna de las sentencias del TEDH, permitiendo no solo dar cumplimiento a las concretas sentencias del Tribunal, sino dar eficacia a la jurisprudencia que las mismas contienen, mediante su aplicación por los tribunales nacionales a la resolución de casos iguales al resuelto por el TEDH, pero sobre los cuales éste no se ha pronunciado.

La sentencia del TEDH de 21 de octubre de 2013, en el caso Del Rio Prada, se ocupa de la duración concreta de una condena a privación de libertad en atención a la incidencia que debían tener en ella beneficios penitenciarios legalmente previstos y cuyas condiciones cumplía la persona privada de libertad. La liquidación de las condenas, que se había realizado teniendo en cuenta diversas sentencias dictadas entre 1993 y 2004 y situaciones penitenciarias constatadas, no fue aprobada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que ordenó que se practicara otra liquidación con arreglo a los criterios establecidos por la STS (Sala de lo Penal) 197/2006, de 28 de febrero, según la cual los beneficios penitenciarios en el caso de personas condenadas con arreglo al Código Penal de 1973 – como era el caso de Del Rio Prada- debían ser aplicados de un modo diferente al propuesto por el centro penitenciario, con la consecuencia de que el límite de cumplimiento de la pena pasaba a ser posterior al que resultaba de la propuesta de ese centro. El auto que estableció la liquidación de la Audiencia Nacional fue recurrido ante la misma, la desestimación de este recurso fue impugnada en amparo por violación del principio de igualdad (art. 14 CE), del derecho a la libertad (art. 17 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y a la legalidad penal (art. 25 CE), pero el TC no admitió el amparo por falta de trascendencia constitucional de la queja.

La sentencia del TEDH declaró violado el derecho a una pena establecida por la ley con anterioridad al delito (art. 7 CEDH), el derecho a la libertad desde que la pena debió ser considerada cumplida (art. 5.1 CEDH), concluyendo que el Estado debía garantizar la puesta en libertad de la persona afectada en el plazo más breve posible.

Al día siguiente a la publicación de la sentencia del TEDH, la Sala de lo Penal de la AN, de oficio, dictó auto ordenando la inmediata puesta en libertad de Del Rio Prada en cumplimiento de la sentencia del TEDH, que, según declara la Sala, había dejado sin efecto las previas resoluciones de la AN en las que se sustentaba la continuación del cumplimiento de la pena. Las razones básicas de la resolución son dos: una – derivada de la STC 245/1991- consiste en que al subsistir, como era el caso, la privación de libertad por violación del principio de legalidad penal, la violación debe ser reparada porque, en su defecto, acabaría por imponerla el TC al conocer de un amparo subsiguiente; la otra razón es específica para la clase de resolución causante de la violación, pues, al haber sido dictada en un proceso de ejecución de penas privativas de libertad, comparte su carácter “por naturaleza dinámico y en evolución”, dependiente de diversas circunstancias que surgen durante el cumplimiento de la pena, lo que minimiza el obstáculo que podía significar la cosa juzgada como efecto jurídico que fuera necesario eliminar.

La singularidad de este instrumento respecto de los que hemos mencionado en los apartados II.1 y II.2 consiste, principalmente, en que:

1º) No es una adaptación de la revisión, porque la resolución no se pide de, ni se adopta por, la Sala de lo Penal del TS, ni la impugnación – cuando existe y no hay actuación de oficio- no se dirige contra sentencias firmes, sino contra resoluciones que revisten otra forma y son dictadas durante la ejecución de la sentencia. Estas resoluciones son del tribunal sentenciador y él las revoca de oficio o se impugnan ante él.

2º) Tampoco es un ajuste del incidente de nulidad posterior a resolución firme, porque su finalidad y su efecto no es la declaración de nulidad de una resolución, para que pueda dictarse otra nueva que proceda según hechos y Derecho, sino exactamente la reforma del contenido de la resolución impugnada para ajustar ese contenido a lo dispuesto por la sentencia del TEDH.

3º) Se dice que, específicamente en estos casos, la eficacia de reformar el contenido de la resolución lesiva del derecho fundamental estaría facilitada por la variabilidad que caracteriza a las resoluciones que se dictan a lo largo del proceso de ejecución de penas privativas de libertad. No obstante, como se argumenta coherentemente en el voto particular del magistrado Del Moral a la STS (Sala de lo Penal) núm. 1000/2013, de 7

de febrero, la variabilidad a la que se alude lo es en función de que hayan concurrido nuevas circunstancias fácticas, no porque han sobrevenido “nuevos argumentos jurídicos o una reflexión jurídica novedosa que se considera más atinada”.

La singularidad más sorprendente del expeditivo cumplimiento por los tribunales internos de la STEDH en el caso Del Rio Prada nolo fue el nada problematizado instrumento que se utilizó con total éxito en el caso concreto, sino que la sentencia mencionada desencadenó una serie de impugnaciones contra resoluciones de liquidación de condena respecto de casos que se afirmaban iguales a los de Del Rio Prada y realizadas con arreglo a los mismos criterios que el TEDH declaró lesivos del principio de legalidad penal cuando se aplicaron a la liquidación de la condena de Del Rio Prada. El problema de la eficacia en el ordenamiento español de las sentencias del TEDH experimentó, con ello, una transformación esencial. Había dejado de ser solo el problema de dar cumplimiento – y cómo hacerlo- a una concreta sentencia del Tribunal, para abrir paso a la posibilidad de que la jurisprudencia del TEDH fundamentara la reforma de resoluciones de tribunales españoles que no habían sido – o no habían sido aún- examinadas por el TEDH y que, consiguientemente, no habían sido consideradas por él como directa o indirectamente lesivas de un derecho fundamental. A título de ejemplo pueden mencionarse el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 62/2013, de 25 de octubre y el AAP Barcelona (Sección 5ª) de 24 de octubre de 2013. Y, muy especialmente, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 12 de noviembre de 2013 que, en previsión de una serie de solicitudes de igual contenido a las antes mencionadas, determinó los supuestos y el procedimiento para reformar las resoluciones de acumulación y liquidación de condenas dictadas con anterioridad a la sentencia del TS que estableció la llamada “doctrina Parot”, declarada lesiva del principio de legalidad penal por el TEDH en el caso Del Rio Prada. Siguiendo los criterios de ese acuerdo fueron resueltos recursos de casación en casos relevantes como, por ejemplo, los de la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 1000/2013, de 7 de febrero, y de la STS (Sala de lo Penal) núm. 919/2013, de 4 de diciembre.

Esta eficacia de la jurisprudencia del TEDH respecto de resoluciones jurisdiccionales internas sobre casos afirmados como iguales a otro sentenciado por el TEDH ya había sido invocada, sin éxito, a partir de las declaraciones del TEDH en el caso Dacosta Silva, en el sentido de que la reserva del Estado español respecto del régimen disciplinario militar no amparaba cualquier aplicación del mismo a los miembros de la Guardia Civil y, consiguientemente, el Estado debía ser considerado responsable de algunas aplicaciones de ese régimen lesivas de derechos fundamentales. Pueden verse el ATS (Sala especial del art. 61 LOPJ) 10 de febrero de 2015, y el ATS, de la misma Sala, núm. 9/2015, de 6 de noviembre. La falta de éxito de los intentos en estos casos se debe, probablemente, a que la igualdad de los elementos relevantes en los casos en juego no era tan intensa y precisa como en los casos afectados por la STEDH en el caso Del Rio Prada, y, también – por lo menos en la segunda resolución- a que ya habían entrado en vigor las reformas de 2015 que, como veremos, excluyen que la jurisprudencia de las sentencias del TEDH tenga la eficacia que se le reconoció en relación con el caso Del Rio Prada.

### III. LA OPCIÓN LEGISLATIVA DE LAS REFORMAS DE 2015: UNA ADAPTACIÓN DEL JUICIO DE REVISIÓN

Todas las resoluciones de los tribunales que tuvieron que ocuparse de peticiones de cumplimiento de sentencias del TEDH tuvieron que afrontar el problema de la inexistencia de instrumentos legales específicos para llevarla a cabo e incluso instaron al legislador a establecerlos.

En algunos casos, todos ellos encuadrados en el área -más sensible- del Derecho penal, los tribunales se aventuraron a ir más allá y llenaron el vacío legal de un modo que consideraron justo. Recuerdo el “segundo amparo” ante el TC y el tratamiento que dio la Audiencia Nacional, otros tribunales de instancia y la Sala de lo Penal del TS a las impugnacionessubsiguientes a la STEDH en el caso Del Rio Prada.

La reacción activista más sorprendente fue la de la Sala de lo Penal del TS que, tras haber establecido con una convincente y reiterada doctrina jurisprudencial, que la revisión tal como estaba regulada no podía ser la

vía, acordó, en Pleno no jurisdiccional de 21 de octubre de 2014, que: “En tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 LECrim cumple este cometido”. Así, sin mayor complemento justificativo, a pesar de contradecir su jurisprudencia reiterada. Con arreglo a ese criterio, admitió y estimó demandas de revisión fundadas en sentencias estimatorias del TEDH.<sup>8</sup>

No sabría decir si esta toma de postura del TS orientó la opción legislativa o si fue la orientación de los trabajos pre-legislativos lo que animó al TS a dar un paso tan insólito.<sup>9</sup> El hecho es que el legislador optó por adaptar un medio de impugnación tradicional, el juicio de revisión, como instrumento específico para dar cumplimiento a las sentencias del TEDH. Con ese fin, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, introdujo un nuevo artículo en la LOPJ, el art. 5bis, autorizando la revisión con esa finalidad en todos los órdenes jurisdiccionales, y mediante la disposición final 4ª de esa misma ley reformó los artículos 510, 511 y 512 de LEC para establecer normas especiales para la revisión fundada en esa causa, regulación que sirve como supletoria para el proceso contencioso-administrativo (art. 102.2 y 3 LRJCA) y para el proceso laboral (art. 236 LRJS). Por su parte, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, introdujo en el régimen de la revisión del proceso penal, en concreto en el art. 954 LECrim, las modificaciones que estimó necesarias para esa nueva funcionalidad de la revisión.

Los tres apartados siguientes tienen por objeto, el primero de ellos, exponer sintéticamente en qué ha consistido la adaptación de la revisión, y, el segundo y el tercero, la crítica de esa opción legislativa.

## 1. LAS ESPECIALIDADES DE LA REVISIÓN POR CAUSA DE SENTENCIAS DEL TEDH QUE ESTIMEN DEMANDAS CONTRA EL ESTADO ESPAÑOL

Las normas especiales con las que el legislador ha completado el régimen del juicio de revisión para que sea útil al objetivo perseguido son varias, aunque no todas ellas tienen la misma importancia. Las revisaré muy sintéticamente, con algún mayor detenimiento en las más problemáticas.

1º) En cuanto a las *resoluciones que pueden ser objeto de la impugnación*, ésta se podrá interponer no solo contra sentencias firmes, como en la regulación tradicional de la revisión, sino contra resoluciones judiciales firmes. Este ajuste era necesario porque no siempre es una sentencia que genere cosa juzgada material – sentencia firme sobre el objeto de un proceso de declaración- la resolución judicial causante de la violación del derecho fundamental que ha podido estimar el TEDH. Pueden serlo también resoluciones que han impedido el acceso al proceso, resoluciones que, en el desarrollo de la actividad procesal, han violado derechos fundamentales y resoluciones que han infringido esos derechos con ocasión de actividades judiciales ejecutivas. En cualquier caso, el requisito de la firmeza exige, en conjunción con el de agotamiento de recursos internos, que la resolución del tribunal español no sea impugnabile de otro modo dentro del ordenamiento estatal.<sup>10</sup>

2º) La *causal de revisión* es la innovación más importante. Consiste, en primer lugar, en la sentencia que ha dictado el TEDH declarando la violación de un derecho fundamental atribuible, directamente o por falta de protección, a una resolución firme de un tribunal español, y, adicionalmente, en que “la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

La primera parte de esta norma es la esencial para despejar el camino del cumplimiento de las

8 De acuerdo con el art. 264 LOPJ, los magistrados destinados a una Sala pueden reunirse en pleno no jurisdiccional para “la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales”, aunque, según esa misma disposición, tales acuerdos no vinculan a las formaciones de esa Sala que se constituyen legalmente para el ejercicio de potestad jurisdiccional en los diferentes procesos. Siendo cierto lo segundo, la realidad es que, de hecho, esos acuerdos son respetados en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. Concretamente, en la materia que tratamos, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional es invocado en resoluciones de autorización de la revisión – p.ej., ATS, Sala de lo Penal, 28 octubre 2014 y ATS, Sala de lo Penal, 5 noviembre 2014- y de estimación de la misma – p.ej., STS; Sala de lo Penal, 23 octubre 2015-.

9 Ayuda a entender esa posible interacción la cuidadosa información que aporta Mascarell Navarro, M. J., “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el juicio de revisión civil”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 45 (2018), págs. 29-33.

10 Mascarell Navarro, “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., págs. 34-35.



sentencias del TEDH a través de la revisión: la novedad relevante para que esta impugnación se admita es la propia sentencia, sin necesidad de tener que argumentar novedades imposibles o desconocimientos imposibles de los mismos hechos que, existentes, conocidos y valorados en los procedimientos internos anteriores al acceso al TEDH, este Tribunal ha declarado después lesivos de un derecho fundamental.<sup>11</sup> Se demuestra así el voluntarismo que encerraba la argumentación de la admisibilidad de la revisión antes de la reforma invocando la causal de hecho nuevo o de hecho desconocido. Lo único nuevo es la valoración jurídica del caso que ha realizado el TEDH.

El segundo componente de la norma es, en parte, evidente, y, en parte críptico. Volveremos sobre el mismo al examinar la reforma desde la perspectiva de la seguridad jurídica que se proponía mejorar.

3º) La *competencia para conocer de la impugnación* corresponde a la Sala del Tribunal Supremo del orden jurisdiccional que hubiera conocido del asunto antes de acceder al TEDH, aunque si fue juzgado por el orden civil cabe la posibilidad de que la competencia corresponda a la Sala de lo Civil de un Tribunal Superior de Justicia (art. 509 LEC en relación con el art. 73.1, b LOPJ).

Consecuentemente, la competencia no corresponderá a ningún órgano jurisdiccional de grado inferior, aunque ese órgano hubiera dictado la resolución que violó o no protegió el derecho fundamental y aunque la misma no fuera recurrible ante el TS.

La competencia tampoco corresponderá al TC, aunque la regla de agotamiento de recursos internos normalmente habrá determinado que el TC haya sido el último tribunal interno en haberse pronunciado – dado que tiene la competencia para proteger derechos fundamentales mediante el amparo- o, incluso, sea el único tribunal interno en haberlo hecho.<sup>12</sup> El TC solo tendrá oportunidad de conocer de un asunto en el que el TEDH haya dictado sentencia estimando una demanda contra el Estado español si se interpone amparo contra la resolución sobre la demanda de revisión que se haya interpuesto con base en tal sentencia.

4º) La *legitimación activa* para instar esta revisión se concede solo a “quien hubiera sido demandante ante el TEDH” (art. 954.3 LECrim, art. 511 LEC, al que remiten las demás leyes procesales).<sup>13</sup>

5º) El *plazo para instar la revisión* es de un año desde la firmeza de la sentencia del TEDH (art. 954.3 LECrim, art. 512 LEC, al que remiten las demás leyes procesales).

6º) Los *efectos de la estimación de la revisión interpuesta por esta causa* no han sido objeto de normas especiales. Esto no tendría importancia si no hubiera unas normas generales sobre los efectos de la estimación de la revisión cuya aplicación conducirá a resultados no siempre adecuados a la entidad de la revisión fundada en sentencia estimatoria del TEDH.

Específicamente, en los procesos civiles y asimilados, el efecto de la estimación será la anulación de la cosa juzgada, con la consiguiente libertad de las partes para usar “de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente” (art. 516.2 LEC), cuya sentencia, caso de realizarse tal nuevo eventual proceso, estará vinculada a las declaraciones contenidas en la sentencia de revisión.

En el proceso penal, la falta de una norma especial es particularmente llamativa porque, antes incluso de esta reforma de la revisión, el art. 958 LECrim establecía los efectos en función de la casual que hubiera sido estimada. Era, pues, esperable que la reforma de 2015 estableciera el efecto debido para una revisión fundada en una sentencia estimatoria del TEDH. Ni esto último se ha hecho, ni se ha reformado el art. 958 LECrim para adecuarlo a la nueva configuración de las demás causales de la revisión que también ha llevado a cabo la propia reforma de 2015. En principio, la letra del art. 958 LECrim conduce, a pesar de la diversidad de supuestos, a que el efecto de la estimación de la revisión sea la extinción de la eficacia de todo el proceso penal que se realizó y de la sentencia que le puso fin.

11 Garcíandía González, P. M., “Motivos de revisión penal: Análisis de la nueva configuración del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de 2015 y al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 39 (2016), pág. 26.

12 También llamando la atención sobre esto, Mascarell Navarro, “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., pág. 40.

13 Para un análisis detallado, Mascarell Navarro, “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., págs. 40-45.

Esta regulación inadecuada hará imprescindible un ajuste por vía jurisprudencial.<sup>14</sup>

## 2. LAS LECCIONES DE LA EXPERIENCIA QUE NO HAN SIDO ATENDIDAS

Al aprobar la regulación sintéticamente expuesta, y si ponemos el hito inicial en la STC 245/1991, el legislador ha tenido ante sí veinticinco años de experiencia respecto de los problemas de cumplimiento en España de las sentencias del TEDH. Ha podido considerar las características de los casos en los que se ha pedido el cumplimiento y las reflexiones manifestadas en múltiples resoluciones judiciales, en especial de los de más alto grado en el ordenamiento español.

En mi opinión, la demorada respuesta legislativa no ha sido acertada, en buena medida por desconocer esa experiencia previa, aunque también por otras razones.

1º) La opción por ajustar el juicio de revisión ha evitado el problema que se hubiera planteado en cuanto a la resolución impugnante si se hubiera realizado una simple remisión al régimen preexistente de la revisión. Lo ha hecho mediante el sencillo expediente de añadir la resolución judicial firme a la sentencia firme, que era la resolución impugnante en el régimen tradicional de la revisión. Es cierto que con esto el legislador revela ser consciente de que mantener la sola mención de la sentencia firme plantearía de nuevo obstáculos en muchos casos de cumplimiento de sentencias del TEDH. No obstante, esos obstáculos también se hubieran podido evitar optando por el incidente de nulidad de actuaciones posterior a resolución judicial firme que, como después veremos, es más adecuado a la eficacia jurídica necesaria para aquel cumplimiento y cuyo régimen ya identificaba de ese modo las resoluciones impugnables desde la reforma del art. 240 LOPJ en 1999. Esta solución hubiera evitado la innecesaria alteración de la estructura tradicional de la revisión.

2º) La segunda crítica a la opción legislativa por la revisión es más profunda.

No creo que en este trabajo haya llegado a considerar todos los casos en que ha estado en cuestión el cumplimiento en forma específica de sentencias del TEDH estimatorias de demandas contra el Estado español. Sí que he examinado los casos más importantes. De ese examen se deduce que en el sesenta por ciento de los casos la sentencia que ha de ser cumplida ha declarado como violado un derecho fundamental de carácter procesal (derecho a que la causa sea oída equitativamente, a que se decidan los litigios – en algunos casos, permitiendo el acceso a un recurso o a la ejecución judicial-, derecho a un juez imparcial), en pocos casos ha sido declarado violado un derecho fundamental “material” (derecho a la libertad, a la legalidad penal, a la libertad de expresión) o la declaración ha versado sobre la repercusión que la violación de un derecho fundamental material puede tener sobre el juicio de fondo en un asunto judicial (pruebas ilícitamente obtenidas por violación del secreto de las comunicaciones privadas o del derecho a la libertad de personas que han prestado declaración como testigos).

A la vista de esta realidad la opción por adaptar la revisión se revela inapropiada porque las causales de la ordenación tradicional de ese medio de impugnación consisten en vicios graves que repercuten sobre la justicia del juicio sobre el fondo en un proceso de declaración y que son descubiertos cuando la cosa juzgada ya ha sido constituida. De nuevo el incidente de nulidad de actuaciones posterior a resolución judicial firme parece ser una solución más apropiada porque, desde la reforma de 2007, la solicitud que inicia ese incidente puede ser fundada en la vulneración de cualquier derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 CE (art. 241.1 LOPJ) y consecuentemente incluye la vulneración tanto de derechos fundamentales “procesales” como “materiales”.

3º) Una tercera objeción está relacionada con las dos anteriores y tiene una especial gravedad. Poco antes (punto 6º del apartado III.1) he recordado que el efecto de una revisión estimada es la eliminación de la cosa juzgada, con la consecuencia de que un nuevo proceso será necesario para resolver el litigio o la causa penal que había cerrado una sentencia firme. Este efecto jurídico es absolutamente desproporcionado o estrictamente inadecuado para reparar una serie de violaciones de derechos fundamentales declaradas en sentencias

14 Muy crítico con esta parte de la reforma de 2015, Garcíandía González, “Motivos de revisión penal: Análisis de la nueva configuración del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de 2015”, cit., págs. 28, 31-32, 33.

del TEDH que requieren cumplimiento. En algunos casos basta con una nueva resolución sobre el fondo del asunto en la que se juzgue evitando la violación del derecho que ha declarado el TEDH, en otros casos basta dictar una nueva resolución que modifique resoluciones internas dictadas en procesos de ejecución y que no involucran temas de cosa juzgada, y en muchos casos será suficiente anular actuaciones procesales internas y retrotraerlas hasta el momento previo a la violación declarada del derecho fundamental, para que se proceda con respeto a ese derecho.

La formulación más abierta de los efectos de la estimación de un incidente de nulidad de actuaciones posterior a resolución firme – “Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido” (art. 241.2 LOPJ)- es, de nuevo, más apropiada para dar respuesta a las diferentes necesidades que pueda plantear el cumplimiento de una sentencia del TEDH.<sup>15</sup> La opción legislativa por la revisión conducirá, con seguridad, a que, ahora por vía interpretativa, se corrijan, cuando sea necesario por resultar excesivos y desproporcionados, los efectos legales de la estimación de la revisión.

4º) La opción legislativa por la revisión comporta que la competencia corresponda a las Salas del TS. Esto es desacertado en buena técnica jurídica e ineficiente y antieconómico para el funcionamiento del sistema interno de tutela judicial de los derechos fundamentales.

En cuanto a la perspectiva de la corrección jurídica, deben tenerse en cuenta las implicaciones del requisito del agotamiento de los recursos internos.

En primer lugar, de acuerdo con ese requisito, sobre cualquier violación de un derecho fundamental objeto de una demanda admisible ante el TEDH, la última resolución en el ordenamiento interno habrá sido o bien una sentencia del TC desestimando un amparo, bien otra resolución firme del TC no admitiendo el amparo por defectos procesales o por no estar justificada una decisión de fondo del TC por carecer el caso de especial relevancia constitucional (art. 50 LOTC).

En segundo lugar, es posible que la resolución que el TEDH haya considerado lesiva del derecho fundamental sea, precisamente, una resolución del TC, como fue el caso, por ejemplo, de la STEDH de 8 de noviembre de 2007, de cuyo cumplimiento trata el ATC núm. 119/2010, de 4 de octubre.

Consiguientemente, la cosa juzgada o la firmeza que habrán de ser anuladas por el TS son las producidas por sentencias y resoluciones del TC, por lo que es jurídicamente inconsistente atribuir el TS la potestad de anulación.

Desde la perspectiva de la eficiencia del sistema interno de tutela judicial de los derechos fundamentales, la solución adoptada tampoco parece apropiada. De entrada, parece artificial que, en favor de la misma, se argumente el carácter subsidiario del amparo, como hizo, por ejemplo, el voto particular del magistrado Leguina Villa a la STC 245/1991. Ese carácter del amparo ya habrá sido respetado al no admitirse o no estimarse el amparo que habrá sido interpuesto antes de presentar la demanda ante TEDH. Tras la sentencia del TEDH solo resta contrastar las diferentes valoraciones que ese tribunal y el TC han realizado sobre el derecho fundamental y su lesión.

Si preocupa la incidencia que pudiera tener de una solución como ésta sobre la carga del trabajo del TC, resulta obvio que no haber permitido una impugnación directa ante el TC (un acceso directo al amparo, tras una sentencia del TEDH que haya estimado la demanda en un caso en que el amparo fue inadmitido o desestimado) no impedirá que el asunto acceda al TC si el TS no admite o no estima la revisión. Simplemente se habrá demorado la oportunidad de que el TC, supremo en materia de garantías constitucionales, reexamine su juicio sobre el derecho fundamental y su lesión a la vista de la sentencia dictada por el TEDH.

No estoy en condiciones de afirmar, ni de valorar, que las razones para no haber establecido un acceso directo al TC hayan podido deberse a la intención de eludir la imagen de este tribunal como “ejecutor” de las sentencias del TEDH o posibles riesgos de “choques de trenes”, demasiado vistosos, entre ambos tribunales.

15 Las precedentes consideraciones coinciden con los datos aportados y con la valoración que realiza Mascarell Navarro en el cuidado trabajo “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., págs. 34-35, 45-48.

En cualquier caso, creo que hubiera sido un modo más eficiente de articular el “diálogo entre jurisdicciones”.

### 3. DECEPCIONES Y ALGUNA SORPRESA EN CUANTO AL OBJETIVO DE INCREMENTAR LA SEGURIDAD JURÍDICA

Dice la exposición de motivos de la LO 7/2015, refiriéndose al medio de impugnación que introduce, que con el mismo “se incrementa, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Constitución”.

Sólo en parte se puede compartir esa afirmación. La regulación deja abiertas muchas incógnitas y problemas respecto de la cuestión estricta del cumplimiento en España de las sentencias del TEDH. Lo único que deja claro, de modo contundente y en sentido negativo, es la solución de una cuestión distinta: la eficacia en España de la jurisprudencia del TEDH respecto de casos iguales a los que han sido objeto de sus sentencias. Explicaré estas dos afirmaciones.

Empiezo por la primera.

Algunas incógnitas y problemas ya los he apuntado. Pero, más en general, hay que atender a las siguientes consideraciones:

1º) En primer lugar, la posibilidad de utilizar esta revisión se describe de una forma sorprendente: se podrá interponer revisión si la violación del derecho fundamental declarada por el TEDH “no puede cesar de ningún modo que no sea mediante esta revisión”.

Después de veinticinco años esperando y requiriendo una respuesta del legislador, porque los tribunales reconocieron que, por vía jurisprudencial, no podían construir ninguna solución satisfactoria a partir de las normas vigentes, no parece muy acorde con las exigencias de la seguridad jurídica que el legislador responda como el oráculo de Delfos: el medio es la revisión, salvo que haya otras vías que no se encontraron en los veinticinco años anteriores.

2º) En segundo lugar, la causal de esta revisión incluye una restricción cuyo alcance es difícil de predecir. Y este es un defecto notable, si se tiene en cuenta que precisamente la seguridad jurídica consiste en hacer predecible la respuesta normativa.

Es necesario que “la violación (la del derecho fundamental declarada por el TEDH), por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

Se comprende bien que hay violaciones que, por el derecho afectado, la clase de lesión y el momento en que el asunto acaba siendo examinado y sentenciado por el TEDH, tienen carácter irreversible, de modo que una indemnización – una satisfacción equitativa- es la única tutela judicial posible, además de la declaración de haberse violado el derecho fundamental. Pienso, por ejemplo, en las violaciones del derecho a un proceso en un plazo razonable, del derecho de libertad de muy corta duración.

Es más difícil comprender, en cambio, que, si la situación lesiva del derecho fundamental subsiste y puede ser corregida restableciendo el disfrute del derecho violado, la consecución de este objetivo mediante la revisión dependa de la gravedad de la violación del derecho.<sup>16</sup>

En una primera aproximación a precisar el significado de esa exigencia se puede descartar que la misma haga referencia a los casos en que el tribunal interno – en España, el TS-, al revisar la sentencia interna en atención a la sentencia del TEDH, concluya que, aunque fueran suprimidos los elementos de la actividad estatal – en su caso, judicial- que el TEDH ha declarado lesivos de derechos fundamentales, la validez de esa actividad subsistiría total<sup>17</sup> o parcialmente.<sup>18</sup> Esta consideración no valora la gravedad de la violación del dere-

16 Coincido, pues, con la crítica que formula Mascarell Navarro, “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., págs. 37-39.

17 Por ejemplo, en los intentos de cumplimiento en España de la STEDH 18 febrero 2003 (caso Prado Bugallo c. España), el ATS 29 de abril de 2004, no autorizó la interposición de la revisión porque, aunque se suprimiera la prueba obtenida – según declaró la TEDH- mediante violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, la condena se sostenía sobre el resultado de otros medios de prueba.

18 Por ejemplo, en el caso tratado por el ATC 20 febrero 2017, el TS había estimado la revisión respecto de la condena por un delito, contenida en una

cho fundamental, sino si la misma es o no causal de los pronunciamientos y efectos jurídicos de la resolución judicial impugnada. En la medida en que no lo sea, la revisión no debe ser estimada.

Una vía para concretar, con seguridad, los casos que satisfacen ese estándar de “gravedad” es la de atender a las resoluciones de los tribunales internos que, a lo largo de los años de busca de soluciones a este problema de articulación de jurisdicción nacional y jurisdicción internacional, han acabado, incluso en pugna con las dificultades de anclaje normativo, por dar cumplimiento en forma específica a sentencias del TEDH, anulando resoluciones judiciales internas que ese Tribunal hubiera declarado lesivas de un derecho fundamental. La conclusión es que esa gravedad se concibe con un alcance muy restrictivo.

En una primera etapa, la más larga, que se extiende desde que se tomó conciencia del problema hasta los aledaños de su actual solución normativa, lo que se deduce de las resoluciones dictadas es que el estándar de persistencia y gravedad de la violación sólo se cumpliría en los casos en que subsistiera una situación de privación de libertad ordenada por las resoluciones internas que el TEDH ha declarado lesivas de un derecho fundamental. Así en el caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España, sobre el que hemos tratado en el apartado II.3 de este trabajo, y en el caso Del Rio Prada c. España, que hemos comentado en el apartado II.4.

En esta primera etapa, fracasó el intento de invocar la persistencia de la violación, si ésta no afectaba al derecho a la libertad, aunque sí a los derechos fundamentales al honor y a la permanencia en el ejercicio de funciones públicas en las condiciones legales, en un caso (Perote Pellón c. España, STEDH 25 julio 2002) en el que la carrera militar del demandante había quedado truncada por la condena penal y este efecto subsistía. Ciertamente que el TC, para desestimar el amparo que siguió a la sentencia del TEDH argumentó, adicionalmente, que el TEDH había afirmado que, aunque consideró violado el derecho a un juez imparcial, eso no implicó que la condena estuviera mal fundada.

También fracasó el intento de invocar que la falta de readmisión de un trabajador de RTVE, que había sido despedido a causa de unas declaraciones que el TEDH (STEDH 29 febrero 2000, caso Fuentes Bobo c. España) declaró amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión, implicaba persistencia de la violación de este derecho fundamental, así como de una situación discriminatoria. Igualmente, en este caso el TC (STC 197/2006) echó mano de argumentos complementarios, como que el TEDH había considerado el despido no como una sanción absolutamente injustificada, sino como una sanción desproporcionada a la gravedad de los hechos y había compensado esa desproporción con una indemnización que el propio reclamante había pedido.

Durante esta primera y larga etapa, las sentencias del TEDH que han declarado violados derechos fundamentales procesales y las peticiones de cumplimiento de sus sentencias sobre esos casos, nunca condujeron a que los tribunales internos anularan las actividades y las resoluciones judiciales internas por la sola razón de haberse violado tales derechos; sólo han llegado a anularlas (STEDH 6 diciembre 1988, caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España) cuando la violación había afectado al haz de derechos que integran la idea global de juicio justo y, además, había tenido como consecuencia una privación de libertad subsistente.

En una segunda etapa, cuyo inicio se sitúa en 2015, el TS ha ampliado las decisiones anulatorias más allá de los casos en los que la sentencia interna que el TEDH declara lesiva de un derecho fundamental es el título jurídico en el que se basa una persistente privación de la libertad, aunque sigue limitando tales pronunciamientos a casos en los que la violación de un derecho fundamental ha sido declarada respecto de actividades desarrolladas en procesos penales. En particular, el caso repetido ha sido el de las condenas dictadas en segunda instancia, como consecuencia de recursos de los acusadores, sin garantías de reproducción de la prueba testifical, de la declaración del acusado y de las posibilidades de confrontación entre testigos y acusados, cuando la condena en segunda instancia solo podía basarse en esas pruebas personales.<sup>19</sup>

sentencia de casación que el TEDH consideró lesiva del derecho fundamental a un proceso equitativo -en concreto, las exigencias de celebración de vista y audiencia al reo en orden a la valoración de su culpabilidad que, según doctrina del TEDH, han de preceder a cualquier condena *ex novo* en segunda instancia, en aras de garantizar la inmediación y la contradicción-, pero desestimó la revisión respecto de la condena por otro delito contenida en la misma sentencia, porque el TEDH no había considerado violado el derecho fundamental en la actividad procesal en la que se basó la condena por ese otro delito.

19 Las resoluciones representativas de esta orientación son las SSTs, Sala de lo Penal, 12 marzo 2015, 26 marzo 2015, 23 octubre 2015 y 24 febrero 2017.

Vuelvo al principio de este apartado, para referirme a la segunda afirmación que he hecho allí. La relativa a lo que las reformas de 2015 sí que han dejado claro.

Sintéticamente: el llamado efecto extensivo de la sentencia del TEDH que se produjo a partir de la sentencia del caso Del Rio Prada – sería más preciso calificarlo como la eficacia directa de la jurisprudencia de las sentencias del TEDH respecto de casos iguales- queda expresamente excluido por las reformas de 2015. Y la exclusión no se ha hecho inconscientemente,<sup>20</sup> ni se llega a la misma como conclusión de una complicada interpretación. En efecto, la ley deja claro que para pretender la revisión por la nueva causa sólo está activamente legitimado “quien hubiera sido demandante ante el TEDH”, no quien, sin haber obtenido una sentencia estimatoria de ese Tribunal, se halle, o sostenga hallarse, en una situación igual a quien la hubiera obtenido.

La limitación me parece justificada si se tienen en cuenta que semejante eficacia sólo la tienen en Derecho interno, y con restricciones, las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una norma legal, ni siquiera las sentencias que conceden amparo por violación de un derecho fundamental.

## BIBLIOGRAFÍA Y ACCESO A INFORMACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA MATERIA

Alcácer Guirao, R., Beladiez Rojo, M., Sánchez Tomás, J.M., (coord.), *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos*, Civitas, 2013; Alonso Furelos, J. M., “La doctrina «Parot» de nuestro Tribunal Supremo, retroactividad e irretroactividad de las normas y la condena al Estado español por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 12-7-2012”, *Revista de Derecho UNED*, 07/2013; Bujosa Vadell, L., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, 1997; Cuerda Riezu, A., *La doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes*, Iustel, 2014; Cámara Del Portillo, D., “La eficacia en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 07/1995; Escobar Hernández, C., “Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993 en el asunto Ruiz-Mateos c. España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 07/1993, Volumen 45; Fossas Espadaler, E., “Cosa interpretada” en derechos fundamentales: jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, 2008, núm. 82; Garciandía González, P. M., “Motivos de revisión penal: Análisis de la nueva configuración del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de 2015 y al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 39 (2016); Izquierdo Sans, C., “El carácter no ejecutivo de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (comentario a la STS, 1.ª, de 20 de noviembre de 1996)”, *Derecho privado y Constitución*, 1997, núm. 11; López Guerra, L., “El diálogo entre el tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 2013, vol. 32; Martín-Retortillo Baquer, L., “La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Derecho privado y Constitución*, 2003, núm. 17; Mascarell Navarro, M. J., “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el juicio de revisión civil”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 45 (2018); Morte Gómez, C., *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Tirant lo Blanch, 2004; Niño Estébanez, R., *La Ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Fe d'erratas, 2014; Ortells Ramos, M., “El juez español ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos y ante las sentencias del TEDH”, *Seminario sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, 1998; Ortells Ramos, M., “Legisladores, jueces y renovación del proceso penal en España (1978-2015)”, en *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Barcelona, 2016; Pérez Sola, N., “El régimen disciplinario de la Guardia Civil y su compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Dacosta Silva v. España”, *Revista de Derecho Político*, 01/2008; Ripol Carulla, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español: la incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, 2007; Ruiz Miguel, C., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*, Tecnos, 1997.

Acceso libre a textos normativos y jurisprudenciales citados: Legislación española: <http://boe.es/legislacion/codigos/>; Textos normativos del sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa: [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487\\_pointer](https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487_pointer); Resoluciones del TEDH: [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=#n14597620384884950241259\\_pointer](https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=#n14597620384884950241259_pointer); Resoluciones del Tribunal Constitucional español: <http://hj.tribunalconstitucional.es/>; Resoluciones de los tribunales ordinarios españoles: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

20 Sobre los intentos de que la reforma legal acogiera también esa eficacia de la jurisprudencia del TEDH Mascarell Navarro, “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., págs. 35-37; Garciandía González, “Motivos de revisión penal: Análisis de la nueva configuración del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de 2015”, cit., pág. 23.

# DÉCÉS DE DEUX GÉANTS BRÉSILIENS DE LA PROCÉDURE CIVILE

**Marcel Storme**

Président honoraire de l'Association internationale du droit judiciaire

Quando fui convidado a escrever uma mensagem para este livro póstumo, não hesitei por um momento. O Brasil está perto do nosso coração por várias razões.

A primeira esposa do meu cunhado embaixador Hubert De Schryver não era outra senão uma pianista brasileira de renome, Ophelia do Nascimento, que infelizmente morreu muito jovem.

A esposa da pessoa que escreveu o Código Judiciário belga nasceu em São Salvador da Bahia!

Deve-se ressaltar que nosso congresso mundial em (?) 2007 ocorreu exatamente em São Salvador da Bahia.

Finalmente, gostaria de adicionar os nomes de J. C. e Ada à lista de Gigantes em Direito Processual, que mencionei na época no Liber Amicorum Peter Gottwald.

C'est avec un tout grand plaisir que j'ai accepté d'écrire un message en honneur de ces deux collègues brésiliens, qui sont malheureusement décédés en 2017, ce qui signifie une perte majeure non seulement pour le Brésil, mais également pour le monde entier de la procédure être parfait... Em peinture il appartiendrait à l'école du pointillisme!

Je pense qu'il n'a manqué aucune rencontre internationale et qu'il était vraiment LE plus important commentateur du droit processuel brésilien.

Ce n'est que bien plus tard que j'ai eu l'honneur de rencontrer Ada... A l'occasion du Congrès au Mexique nous avons pu voyager ensemble après le Congrès et ainsi avoir l'opportunité de faire plus ample connaissance.

D'origine Napolitaine, elle n'a jamais perdu le sens d'une certaine intercontinentalité entre l'Amérique du Sud et l'Europe.

Tout ceci prouve que nous avons vraiment perdu en 2017 deux géants brésiliens de la procédure civile.

Et pour prouver que ce décès doit être considéré comme une perte internationale dans le domaine de la procédure civile je veux m'attarder à rappeler la valeur unique de ce que j'ai toujours qualifié de règle d'or.<sup>1</sup>

Dans le Code brésilien de 1973 l'article 244 déclare: «Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o jui considerará válido o ato se, realizado do outra modo, lhe alcançar a finalidade».

Originellement l'article 867 du code belge de 1967 déclarait: «L'omission ou l'irrégularité de la mention d'une formalité ne peut entraîner la nullité de la procédure s'il est établi, par les pièces de celle-ci, que cette formalité a été en réalité remplie». Ce fut déjà une amodiation des nullités en droit belge.

Mais en 1992 le législateur belge a modifié ledit article 867 et introduit la règle d'or: «L'omission ou l'irrégularité de la forme d'un acte,... ne peut entraîner la nullité, s'il est établi par les pieces de la procedure que l'acte a réalisé le but que la loi lui assigne...»

Ainsi le droit brésilien a pu jouer un role majeur dans la déformalisation du droit de la procedure.

<sup>1</sup> V. mon rapport au Congrès de l'Association internationale à Coimbra en 1991 sur l'Activisme du Juge.

Signalons que la règle a également fait son entrée dans plusieurs codes de la procédure. Il suffit de signaler l'art. 156 du Code italien: «La nullità non può mai essere pronunciata, si l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato».

Le même principe a aussi été intégré dans le projet européen d'harmonisation procédurale de la commission Storme.<sup>2</sup>

---

2 Le rapprochement...



# SULL'APPELLO INCIDENTALI DEL SOCCOMBENTE VIRTUALE SU QUESTIONI

Marcella Negri  
Professore Associato

1. Negli ultimi tempi le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno svolto un intenso lavoro interpretativo su snodi nevralgici della disciplina dell'appello civile, contribuendo così in maniera determinante a fissare la fisionomia che questa impugnazione esibisce allo stadio attuale della sua millenaria evoluzione. Nel giro di poco più di due anni, accompagnando e completando i frammentari e per vero non sempre provvidi interventi legislativi più recenti, il Supremo consesso ha infatti esercitato il suo magistero nomofilattico su molte disposizioni "cardine", ciascuna in maggiore o minore misura rivisitata da stratificate riscritture. Nella corona di pronunce spiccano quelle in tema di: grado di specificazione dei motivi di appello richiesto dal novellato art. 342 c.p.c.<sup>1</sup>; nozione di indispensabilità della prova nuova ammessa ai sensi dell'art. 345 c.p.c., nella versione anteriore alla riforma del 2012<sup>2</sup>; rapporti tra onere di appello incidentale e onere di riproposizione di domande ed eccezioni "non accolte"<sup>3</sup>. A queste deve aggiungersi l'ordinanza interlocutoria che sottopone alle Sezioni Unite, il cui responso è atteso a breve, la risalente questione del termine ultimo per la riproposizione *ex art. 346 c.p.c.*<sup>4</sup>

Tra queste pronunce, un rilievo invero centrale al fine di ricomporre i tasselli della disciplina dell'appello rivestono certamente quelle che si propongono di chiarire quali siano le forme ed i modi con cui l'appellato possa devolvere alla cognizione del giudice superiore le eccezioni (genericamente) non accolte, perché non decise ovvero perché decise in senso sfavorevole<sup>5</sup>. Come noto e come ampiamente sottolineato dai numerosi commenti, le Sezioni Unite sposano l'impostazione, che già in precedenza aveva trovato accoglienza presso una parte significativa della dottrina<sup>6</sup>, secondo cui il giudizio di appello esige che l'appellato, il quale voglia ottenere il riesame delle questioni risolte a suo sfavore, formuli una critica argomentata contro il loro rigetto, espresso o anche solo implicito, o contro l'illegittima pretermissione (denunciando in tal caso l'omessa

1 Cass., sez. un., 16.11.2017 n. 27199, in *Foro it.*, 3/2018, I, 937 ss., nota di Balena; in *Nuova giur. civ. comm.*, 4/2018, con nota di E. Italia. Sull'ordinanza di rimessione (Cass., sez. III, 5.4.2017 n. 8845), v. le osservazioni di Consolo in *Corr.giur.*, 2017, 1150 ss.

2 Cass., sez. un., 4.5.2017 n. 10790, in *Corr. giur.*, 11/2017, 1400 ss., con nota di Consolo-Godio.

3 Cass. sez. un., 12.5.2017 n. 11799, in *Corr. giur.*, 11/2017, 1400 ss., con nota di Consolo-Godio; in *Giusto proc. civ.*, 3/2017, 804 ss., con nota critica di Bianchi; in *Riv. dir. proc.*, 1/2018, 258 ss., con nota adesiva di Rascio. La pronuncia individua il discrimine tra onere di appello incidentale ed onere di riproposizione nella circostanza che l'eccezione sia stata oggetto in prime cure rispettivamente di decisione, espressa o implicita, oppure non sia stata esaminata in quanto legittimamente assorbita. In precedenza, nel riconoscere la sufficienza della riproposizione ai sensi dell'art. 346 c.p.c. per la devoluzione al giudizio di appello della domanda di garanzia ritualmente assorbita nel grado precedente, già Cass. sez. un., 19.4.2016 n. 7700 aveva articolato le linee fondamentali del ragionamento poi esplicitato dal successivo *arrêt* anche con riguardo al rapporto tra eccezioni respinte ed eccezioni assorbite (pt.5.6 della motivazione; la sentenza si può leggere in *Corr. giur.*, 7/2016, 968 ss. con nota di Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*). Le Sezioni Unite, con il citato dittico di pronunce, compongono così il contrasto denunciato dalla ord. interloc., avallando la strada che era stata già indicata da Cass. sez. un., 16.10.2008 n. 25246 (in *Giur. it.*, 2009, 2001 ss., con nota di Ronco), con riguardo alla questione di giurisdizione.

4 La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite da Cass., 7.12.2017 n. 29499, in *Corr. giur.*, 2018 2/230, con nota di Godio.

5 Cass. sez. un., 12.5.2017 n. 11799, cit., sulla quale si veda altresì il commento sostanzialmente adesivo di: Battaglia, *Appunti sui rapporti tra appello incidentale e mera riproposizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2/2018, 428 ss. In senso conforme, per la giurisdizione tributaria: Cass. sez. un., 12.9.2017 n. 21105. Cfr., in almeno apparente (dato che dalla motivazione non è dato evincere con sicurezza i fatti di causa) contrasto non consapevole, tacendo del tutto la motivazione sul recente approdo delle Sezioni Unite: Cass. sez. II, 29.1.2018 n. 2091.

6 Già concludevano, sia pure all'esito di percorsi argomentativi non del tutto coincidenti, per la necessità di appello incidentale onde devolvere al secondo giudice questioni risolte a sfavore dell'appellato: Poli, *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 332 ss., 334; Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, 243 ss., facendo soprattutto leva sul parallelismo tra soluzione di questioni in motivazione ovvero con sentenza non definitiva; Monteleone, *Limiti alla proponibilità di nuove eccezioni in appello*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 714 ss., 734; Grasso, *Le impugnazioni incidentali*, Milano, 1973, 86 ss. Analoga conclusione era attesa, pur rigettando l'argomento comune alla dottrina sopra richiamata ed incentrato in sostanza sull'identificazione della locuzione "parte di sentenza" ai sensi dell'art. 329 cpv. c.p.c. con "capo di questione" da: Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2012, 180 ss., 196 s., 202; Ronco, *L'onere dell'appello incidentale sulle questioni pregiudiziali di rito (come baluardo per la sopravvivenza della decisione di merito)*, in *Giur. it.*, 2009, 2001 ss., 2006. La contraria ed assai diffusa impostazione, favorevole alla riproposizione *ex art. 346 c.p.c.*, si trova esemplarmente delineata in: Attardi, *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, in *Giur. it.*, 1961, IV, 145 ss., 163; Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, 154 s.; Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 2017, II, 383ss.; Bianchi, *Riproposizione in appello delle eccezioni respinte da parte dell'appellato vittorioso in primo grado*, in *Giusto proc. civ.*, 3/2017, 805 ss., 812 s.

pronuncia e la violazione dell'art. 112 c.p.c.), proponendo dunque un appello incidentale nelle forme e nei termini di cui all'art. 343 c.p.c. In altre parole, anche sull'appellato grava un onere di espressa censura motivata, simmetrico a quello che l'art. 342 c.p.c. impone all'appellante, in ordine a tutte le eccezioni decise e respinte. L'ambito proprio della mera ed acritica riproposizione di domande ed eccezioni non accolte ai sensi dell'art. 346 c.p.c., si restringe quindi al caso del rituale e legittimo assorbimento in senso tecnico: si deve cioè trattare di domande proposte in cumulo condizionale e non decise per mancato verificarsi della condizione, alla quale era subordinata la loro decidibilità nel merito, ovvero di eccezioni semplicemente "accantonate" e sulle quali il primo giudice non ha preso posizione alcuna in quanto il loro esame si appalesava superfluo in ragione della soluzione data ad altre questioni "assorbenti".

Si tratta in definitiva di una soluzione, quella oggi con nettezza avallata dalle Sezioni Unite in ben due successive pronunce, che, pur scontando il fattore di incertezza introdotto dalla predicata equiparazione tra rigetto esplicito ed implicito di una eccezione e dalla conseguente necessità di affinare i sempre insicuri criteri distintivi tra silenzio-assorbimento e silenzio-rigetto<sup>7</sup>, si inserisce armonicamente nella logica della cd. *revisio prioris instantiae*, alla quale corrisponde un appello non solo chiuso all'ingresso di nuovo materiale di causa, ma altresì privo di effetto devolutivo integrale ed automatico pur all'interno del capo di domanda oggetto dell'iniziativa dell'impugnante principale. La logica del controllo, contrapposta a quella della rinnovazione completa del giudizio, infatti esige, naturalmente là dove possibile e quindi là dove una previa decisione esista, che la parte interessata a riportare all'attenzione del secondo giudice una questione già risolta si assuma – secondo un imperativo di auto-responsabilità – l'onere di formulare una critica argomentata alla prima pronuncia. Infine, ma non per ultimo, bisogna riconoscere che la soluzione oggi preferita presenta il pregio della semplicità e linearità, almeno se raffrontata alla contrapposta tesi che – muovendo dalla ricerca di una soccombenza "materiale" e di un interesse ad impugnare inteso come interesse conseguire una maggiore utilità, rispetto alla sentenza gravata – fa leva invece sulla "(non) indifferenza utilitaristica"<sup>8</sup> di rigetto e mancato esame ovvero sulla "(non) equipollenza" tra eccezioni (che sola avrebbe giustificato in capo al vincitore pratico un interesse ad impugnare in via incidentale per conseguire una decisione ancora più favorevole della prima in ragione del "motivo portante" del rigetto<sup>9</sup>): concetti, questi ultimi, di cui, nonostante abbiano alle spalle un cospicuo retroterra di riflessioni dottrinali, non è agevole fornire una definizione sufficientemente univoca e quindi *operativamente* sicura al fine di valutare se sussista o meno un onere di impugnazione.

In questa sede, però, più che esporre la propria personale valutazione in merito alla persuasività o desiderabilità dell'attuale approdo giurisprudenziale, interessa soprattutto indagare una delle sue potenziali implicazioni, che è rimasta in ombra e non trova chiare indicazioni nel *vademecum* che i giudici di legittimità

7 Nel senso che sia questo il passaggio meno soddisfacente del principio sancito dalle Sezioni Unite: Consolo, in Consolo-Godio, *Un ambo delle Sezioni Unite sull'art. 345 (commi 2 e 3): le prove nuove ammissibili perché indispensabili (per la doverosa ricerca della verità materiale) e le eccezioni (già svolte) rilevabili d'ufficio*, in *Corr. giur.*, 2017, 1416 s.; Rascio, *Impugnazione e riproposizione ex art. 346 c.p.c. al vaglio delle Sezioni unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 265 ss., 272. Si tralasciano qui le sterminate indicazioni bibliografiche sulla discutibilissima nozione di cd. giudicato implicito su questioni di rito (prima tra tutte quella di giurisdizione, secondo la prospettiva inaugurata da Cass., sez. un., 9.10.2008 n. 24883) ovvero di merito (ed il pensiero corre all'improprio uso che di tale sintagma fanno le celeberrime Cass. sez. un., 2014 n. 2642 e 2643 con riguardo alla questione di nullità contrattuale, della quale peraltro ribadiscono la perdurante rilevanza officiosa nel grado successivo in assenza di riferimenti espressi nella motivazione della sentenza gravata) e ci si limita solo a rilevare che, con riguardo in specie alle questioni pregiudiziali di rito diverse da quella di giurisdizione appare tuttora assai incerto se davvero, decisa nel merito la causa in primo o secondo grado senza esplicitamente affrontare il tema della decidibilità nel merito, in assenza di iniziative della parte si formi una preclusione interna che impedisca il rilievo officioso di qualsiasi questione impediante (lo esclude, criticando l'*obiter dictum* contenuto nel § 9.4.6 di Cass. 1179/2017: Consolo, *op. ult. cit.*, 1417; Id., *Il caso della soccombenza sulla giurisdizione fra struttura intima oggettuale del processo e dibattito odierno sulle tentazioni babeliche delle corti*, in *Riv. dir. proc.*, 6/2017, 1562 ss., ove anche si argomenta nel senso della perdurante rilevanza officiosa, non solo in caso di silenzio ma pure a fronte di espressa decisione di una questione pregiudiziale di rito cd. "fondante" e principalmente nei casi che potrebbero essere ricondotti all'art. 161 co. 2 c.p.c.). Con specifico riguardo alle decisioni "implicite", e segnatamente a quella sulla giurisdizione, solleva dubbi sulla configurabilità di un onere di appello incidentale: Pacilli, *Rilievi critici ed interrogativi sull'onere di impugnazione condizionata della parte vittoriosa nel merito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1249 ss., 1256, secondo il quale, in difetto di soccombenza "anche solo potenziale", l'appellato totalmente vincitore nel merito non potrebbe vedersi gravato dell'onere di criticare una decisione che non c'è.

8 Insiste sulla necessità che l'appello incidentale sia sorretto da una soccombenza "materiale" e da un interesse ad impugnare, ravvisabile solo là dove l'accoglimento dell'una ovvero dell'altra eccezione offra al convenuto utilità diverse: Tedoldi, *L'onere di appello incidentale nel processo civile*, in *Giur. it.*, 2001, 1301 ss., 1304, 1310, 1313 s.; Tedoldi, *L'appello civile*, Torino, 2016, 65 s., dove però l'A. prende atto dell'ormai radicalmente mutato clima giurisprudenziale.

9 La prospettiva è indagata, come ipotesi di lavoro, da Consolo (*Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2017, 493 s.), il quale osserva che, muovendo dall'idea che l'appello incidentale si correli solo all'interesse ad impugnare per ottenere una decisione ancor più favorevole, questo interesse potrebbe a rigore sussistere solo in caso di rigetto di eccezioni "non equipollenti". L'Autore tuttavia, e non da oggi, finisce per accordare la sua preferenza alla più semplificata lettura oggi fatta propria dalle Sezioni Unite (Consolo, *op. ult. cit.*, 496 s.; id., *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesiva) su riproposizione e appello incidentale*, cit., 983). La distinzione tra eccezioni equipollenti e non viene ulteriormente rivitalizzata, in diretta critica all'orientamento giurisprudenziale, da: Muroli, *Critica alla figura dell'appello incidentale condizionato su questioni*, in *Giusto proc. civ.*, 2/2017, 401 ss., 411, 419 ss..

hanno inteso approntare per le parti appellate e specialmente per l'appellato vincitore pratico ma soccombente virtuale su questione <sup>10</sup>.

Ci si riferisce al dubbio se la questione, preliminare di rito o pregiudiziale di merito, devoluta al giudice di seconde cure dall'appello incidentale del vincitore possa o meno essere esaminata e decisa con priorità rispetto a quella censurata dall'appellante principale ovvero se l'esame di tale questione possa o addirittura debba necessariamente essere subordinato alla previa valutazione di fondatezza dell'appello principale.

2. L'attuale assetto – nel riconoscere all'art. 343 c.p.c. un ambito applicativo assai ampliato, rispetto alla impostazione tradizionale e nella pratica forse prevalente almeno fino al tramonto dello scorso millennio, a tutto discapito di quello assai ridotto che residua all'art. 346 c.p.c. – rilancia con forza il quesito circa la possibilità ovvero addirittura l'infedeltà dell'esame prioritario dell'appello principale rispetto a quello dell'appello incidentale su questione preliminare di merito o pregiudiziale di rito. Non si può infatti eludere la questione se l'appello incidentale del soccombente virtuale debba o almeno possa essere proposto *in via condizionata* all'accoglimento o alla fondatezza dell'appello principale <sup>11</sup>, con tutto quanto ne consegue in termini di alterazione dell'ordine logico o naturale di esame delle questioni.

Il tema del carattere condizionato dell'impugnazione incidentale proposta dal soccombente virtuale su questione di rito o di merito è un *topos* frequentatissimo se ci si sofferma sul ricorso per cassazione, mentre l'attenzione della dottrina appare assai più discontinua e sporadica sul versante del giudizio di appello.

Ciò non stupisce, posto che sinora il tema è stato di fatto oscurato dalla *querelle* sulla stessa esistenza di un potere ed onere di appello incidentale in ordine alle eccezioni non accolte e finiva, in ragione della prevalenza generalmente accordata alla tecnica della riproposizione mera, per essere confinato ad ipotesi relativamente marginali <sup>12</sup>. Peraltro, anche la dottrina che si colloca in tale prospettiva, nei casi residuali in cui comunque ammette un onere di appello incidentale in capo al *vincitore pratico* – e segnatamente nelle ipotesi di: impugnazione, a scioglimento della riserva di gravame a suo tempo interposta, della sentenza non definitiva su questione, nonché di rigetto della domanda proposta in cumulo alternativo <sup>13</sup> - quasi altrettanto pacificamente finisce per riconoscere a tale appello un carattere condizionato al successo di quello principale.

Il silenzio serbato sul punto dalle Sezioni Unite sollecita quindi inevitabilmente una più puntuale riflessione <sup>14</sup>, che si emancipi dalla tentazione di trarre troppo meccaniche conclusioni, fondate su equivalenze solo apparenti e nella sostanza mistificatorie tra la posizione dell'appellato e quella del resistente in cassazione. Ciò che ci si propone qui di indagare, infatti, è se l'appello incidentale del vincitore in prime cure debba necessariamente essere concepito in termini omologhi alla corrispondente iniziativa del soccombente virtuale resistente in cassazione e quindi debba o possa atteggiarsi, sempre o almeno in talune ipotesi, come “gravame

10 Sulla nozione di cd. soccombenza “virtuale” o “teorica” si rinvia per tutti a: Grasso, *op. cit.*, 49 s.; Salvaneschi, *op. cit.*, 125 ss., facendone il caso emblematico di impugnazione dissociata da una soccombenza formale (i.e. sulla domanda). Si rammenta qui che le Sezioni Unite (20.10.2016 n. 21260, in *Corr. giur.*, 2/2017, 257 ss. con nota di Consolo; in *Giusto proc. civ.*, 3/2017, con nota di Fornaciari; in *Riv. dir. proc.* 3/2017 con nota di Ruffini) sono intervenute di recente anche sulle condizioni per la decidibilità nel merito della impugnazione (principale) con una pronuncia che, al di là della specifica questione cui si indirizza il principio di diritto (l'impugnazione dell'attore soccombente nel merito sulla questione di giurisdizione), contiene in motivazione spunti di rilievo più generale in ordine alla nozione di soccombenza ed ai suoi tormentati rapporti con quella di “interesse ad impugnare”.

11 Segnala chiaramente il problema: Rascio, *Impugnazione e riproposizione ex art. 346 c.p.c. al vaglio delle Sezioni unite*, cit., 273.

12 Esemplari in questo senso, ammettendo un onere di appello incidentale del vincitore solo in ordine a sentenze non definitive su questioni preliminari o pregiudiziali, nonché in relazione a domande condizionali assorbite: Attardi, *Note sull'effetto devolutivo dell'appello*, cit., 159 ss.; Id., *Limiti di applicazione del gravame incidentale tardivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 173 ss., 178 s.; Salvaneschi, *op. cit.*, 1990, 77 ss. Secondo Tedoldi, *L'onere di appello incidentale nel processo civile*, cit., 1315, l'appello incidentale (condizionato) del vincitore resterebbe confinato ai soli casi della sentenza non definitiva su questione e del rigetto della domanda di garanzia in ipotesi di rigetto della domanda principale. Come già rammentato, le Sezioni Unite hanno definitivamente chiarito che per le domande subordinate assorbite, come tipicamente quella di garanzia in ipotesi di rigetto della principale, è sufficiente la mera riproposizione (in questo senso: Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, 792 ss.; Tedoldi, *op.ult. cit.*, 1312).

13 Sull'appello incidentale dell'attore che veda accolta una delle domande proposte in cumulo alternativo e respinta l'altra: Consolo, *Breve riflessione esemplificativa*, cit., 980; Id., *Il cumulo condizionale di domande*, cit., 801 nota 200; Salvaneschi, *op. cit.*, 113; Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., 179; Poli, *La devoluzione di domande e questioni in appello nell'interesse della parte vittoriosa nel merito*, cit., 334; *contra*, reputando sufficiente la mera riproposizione ex art. 346 c.p.c.: Tedoldi, *op. ult. cit.*, 1312.

14 Un accenno *per incidens* al carattere condizionato dell'impugnazione del vincitore, e tra l'altro proprio nell'ipotesi più discussa, emerge tuttavia dalla motivazione di Cass., sez. un., 2016 n. 21260, cit., § 10.4 in fine: “il vincitore pratico della causa, se non ha interesse a impugnare per primo il capo della giurisdizione (...) ha tuttavia interesse ad impugnare dopo e per effetto della impugnazione principale sul merito da parte del soccombente pratico e così in via incidentale condizionata per il caso del suo accoglimento”. Critico sul punto Consolo, *Considerazioni sistematiche sulla n. 21260. Il “vecchio” rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inattività dell'inerziale richiamo della figura dell'abuso del processo*, in *Corr. giur.*, 2/2017, 257 ss., 273.

condizionato”. Anticipando le conclusioni, si crede che sussistano ottimi argomenti per negarlo<sup>15</sup>.

3. A prima vista, l'attuale orientamento del Supremo Collegio parrebbe pregiudicare inevitabilmente la conclusione. Mentre, accedendo alla soluzione oggi disattesa e cioè quella che faceva leva sulla riproposizione ai sensi dell'art. 346 c.p.c., sarebbe stato quasi ovvio desumerne l'immediato riemergere dinanzi al secondo giudice, e nell'ordine naturale loro proprio, delle eccezioni in primo grado respinte e poi diligentemente riproposte<sup>16</sup>; la tecnica dell'appello incidentale – traendo con sé l'esigenza che il giudice superiore valuti in primo luogo l'ammissibilità della iniziativa impugnatoria e quindi l'attualità della soccombenza o, meglio, dell'interesse ad impugnare che si concretizza solo con il successo dell'attacco sferrato in via principale dall'avversario – parrebbe portare invece con altrettanta immediatezza a concludere nel senso del condizionamento *de jure*, sulla falsariga di quanto la Suprema Corte ammette oggi (allo stato attuale di una oscillazione interpretativa mai davvero esaurita) per il ricorso incidentale in cassazione<sup>17</sup>.

In effetti, giurisprudenza e dottrina prevalenti tendono a trattare unitariamente il tema delle impugnazioni incidentali del vincitore o quantomeno ad affrontarle sulla base di un nucleo argomentativo comune. La scarsa giurisprudenza edita, quando non si limita a riconoscere una generica facoltà di ammissibile condizionamento volontario, non fa che reiterare meccanicamente ed estendere all'appello i principi enunciati in ordine al ricorso incidentale del vincitore<sup>18</sup>. Merita peraltro sottolineare – ed il dettaglio è, come emergerà più avanti, tutt'altro che irrilevante – la circostanza che tali pronunce si riferiscono a casi in cui oggetto dell'appello incidentale era una questione preliminare di *merito*, e non già invece una questione pregiudiziale di rito, oppure, ed anzi assai più di frequente, a casi in cui l'appello incidentale verteva sulla domanda di garanzia in prime cure assorbita per rigetto della domanda principale. Già attenta dottrina ha osservato<sup>19</sup> che il condizionamento si trova così avallato soprattutto là dove non esiste un necessario ordine logico di esame delle questioni (quelle preliminari di merito) ovvero quando quel condizionamento corrisponde in realtà a quello già volontariamente imposto dalla parte in prime cure, come nel caso della domanda subordinata di garanzia.

Anche la dottrina dal canto suo ha *per lo più* impostato il problema in termini unitari, giungendo così alla conclusione che anche nelle ipotesi, più o meno residuali a seconda delle preferenze dell'interprete, in cui si impone l'onere di appello incidentale *ex art.* 343 c.p.c. allora tale appello – così come il suo corrispettivo nel giudizio di cassazione – può<sup>20</sup> ovvero, e più precisamente, deve essere svolto in via condizionata<sup>21</sup>, sulla scorta di considerazioni attinenti alla sussistenza delle condizioni minime affinché la parte possa ammissibilmente proporre una impugnazione, non importa se in appello o in cassazione, ed

15 Ci si propone quindi di sviluppare ed approfondire l'accento contenuto nel nostro *Gli effetti dell'estinzione nell'arco dei vari gradi del processo*, Torino, 2017, 198 nota 121. In quella sede, il dubbio circa il carattere condizionato (all'accoglimento o alla fondatezza di quello principale) dell'appello incidentale del vincitore poteva essere lasciato sostanzialmente aperto, dato che qualunque fosse la soluzione prescelta, in ogni caso – come si evidenzierà meglio oltre – l'iniziativa del vincitore manterrebbe un carattere strettamente dipendente rispetto alla decidibilità nel merito dell'appello principale, risultando quindi sempre travolto dalla chiusura in rito o dalla estinzione di questa, che era quanto appunto in quella sede premeva acclarare.

16 Nel senso che la riproposizione *ex art.* 346 c.p.c. *a fortiori* conduce alla riemersione contestuale ed al rispetto dell'ordine naturale: Turrone, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, 144.

17 Sul perfetto parallelismo con il ricorso per cassazione: Poli, *L'evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione alla luce delle recenti riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 125 ss., 135 nota 13; e già Id., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, 522. In termini analoghi, benché con toni rassegnati, si esprime oggi, alla luce della riscrittura dell'art. 342 c.p.c. e degli orientamenti dominanti nella giurisprudenza anche: Tedoldi, *L'appello civile*, cit., 66 s., 68.

18 Solo sporadica è l'emersione del tema dell'appello incidentale condizionato su questione. In alcuni casi si tratta di incisi del tutto generici, come in: Cass. 20.3.2017 n. 7050, che accenna ad un onere di appello incidentale “eventualmente condizionato” su eccezioni respinte; Cass. 2.10.2000 n. 13001 che si limita a riconoscere che la parte può volontariamente subordinare il proprio appello incidentale su questioni alla condizione dell'accoglimento di quella avversaria. In altri, il principio è sancito a chiare lettere e con esplicito richiamo degli argomenti spendibili per il ricorso per cassazione: Cass. 19.3.2018 n. 6716; id., 1.3.2016 n. 4047; id., 23.9.2004 n. 1912, ove si legge che il principio, riaffermato a partire da Cass., sez. un., n. 2559/2009, del condizionamento *ex lege* del ricorso incidentale “è applicabile anche all'appello”. In tutti questi casi, peraltro, si trattava di un appello incidentale su questione preliminare di *merito*. Una serie assai più nutrita di precedenti, anteriori al Cass. sez. un. n. 7700/2016 che ha riportato l'ipotesi nell'alveo dell'art. 346 c.p.c., riconosce il carattere condizionato dell'appello incidentale relativo alla domanda di garanzia in prime cure “assorbita o respinta” per rigetto di quella principale (*ex multis*: Cass. 17.6.2013 n. 15107; Cass., 29.9.2004 n. 19145, id., 4.2.2004 n. 2061; id., 10.11.1997 n. 11060; 15.3.1995 n. 2992). Frequente è l'affermazione del carattere condizionato dell'appello incidentale su questioni pregiudiziali o preliminari anche nel contesto del giudizio amministrativo; *ex multis*: Cons. di Stato, 3.3.2016 n. 882; id., 23.3.2015 n. 1596; id., 2.3.2009 n. 1154. Per considerazioni critiche sull'orientamento giurisprudenziale e più in generale sul carattere condizionato dell'impugnazione del vincitore: Squazzoni, *Qualche perplessità sulla natura condizionata dell'appello incidentale su questioni di rito*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2016, 299 ss.

19 Ronco, *op. cit.*, 2007.

20 Poli, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., 522, esplicitamente nel segno della identità strutturale dei due mezzi di impugnazione.

21 Nel senso che si tratti di una *condicio juris*, indipendente dalla volontà della parte, *ex multis*: Salvaneschi, *op. cit.*, 124; Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., 545, il quale peraltro precisava che la necessaria subordinazione dell'esame non riguarda le questioni rilevabili *ex officio* pur in assenza di specifica impugnazione; Grasso, *op. cit.*, 56; Chiarloni, *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, Milano, 1969, 123 s.

ottenere l'esame nel merito<sup>22</sup>. Il ragionamento, ben noto, è in sintesi il seguente: al giudice di seconde cure si impone, come ad ogni altro, l'esame prioritario delle condizioni del suo potere-dovere di decidere nel merito dell'istanza; nei gradi successivi al primo, dunque, il giudice deve in primo luogo valutare l'ammissibilità dell'impugnazione e così l'esistenza delle condizioni che legittimano la proposizione e l'esame dell'impugnazione, sia principale che incidentale. Il vincitore nel merito, che si sia visto respingere una difesa, se non può impugnare in via principale perché non è soccombente né vi avrebbe interesse, può farlo in via incidentale quando la sua vittoria sia minacciata dall'altrui impugnazione. Tale situazione non è tuttavia di per se stessa sufficiente ad integrare il requisito minimo (*i.e.* una soccombente attuale ed un attuale interesse alla modifica della sentenza) perché il giudice possa scendere a valutare la fondatezza o meno del gravame incidentale, fino a che quella minaccia non sia divenuta concreta con l'accoglimento o almeno la delibazione di fondatezza<sup>23</sup> della impugnazione avversaria<sup>24</sup>.

Specularmente, chi nega cittadinanza all'appello incidentale condizionato, per solito conclude negativamente anche in ordine al suo parente prossimo, cioè il ricorso incidentale del vincitore, facendo essenzialmente leva: sull'inderogabilità dell'ordine logico rito/merito nonché, con riguardo alle questioni preliminari di merito, sull'esigenza di preservare il cd. primato della ragione più liquida; ed osservando inoltre che l'interesse ad impugnare ed a veder accolta tale impugnazione incidentale si ricollegano *direttamente* alla nuova situazione determinata dall'attacco sferrato dal soccombente pratico<sup>25</sup>.

Da quanto sopra, chi condivida le linee di fondo della teorica della impugnazione incidentale *ex lege* condizionata potrebbe essere indotto ad inferire che l'imposizione dell'onere di appello incidentale in capo al soccombente virtuale comporti inevitabilmente quella alterazione dell'ordine naturale di esame delle questioni che, già disputato in cassazione, si ambienta ancor peggio nel seno del giudizio di appello<sup>26</sup>.

Da qui potrebbe nascere anche la tentazione di negare la stessa premessa, cioè appunto l'onere di appello incidentale, così da scongiurare *in apicibus* l'innaturale alterazione del *normale* rapporto del giudice di appello con il materiale di causa<sup>27</sup>. La conclusione sarebbe tuttavia affrettata.

Occorre considerare che non sussiste affatto un nesso rigido di reciproca implicazione tra onere di appello incidentale in capo al soccombente virtuale, necessità di sua proposizione in via condizionata ed alterazione dell'ordine logico/naturale dell'esame delle questioni.

22 Per tutti: Chiarloni, *op. ult. cit.*, 19 ss., 133 ss., 229 ss.; Grasso, *op. cit.*, 53 ss.; Consolo, *op. ult. cit.*, 542 ss.; Salvaneschi, *op. cit.*, 121 ss. In questo medesimo ordine di idee (ma v. oltre sull'evoluzione del suo pensiero): Attardi, *Limiti di applicazione del gravame incidentale tardivo*, *cit.*, 181. Per ulteriori riferimenti, si rinvia a: Baccaglioni, *Ricorso incidentale subordinato e questioni pregiudiziali di rito*, in *Corr. giur.*, 2009, 1007 ss.; Benigni, *Accordi preventivi di rinuncia alle impugnazioni e ricorso incidentale condizionato*, in *Giur. it.* 2014, I, 80.

23 Ci si riferisce alla tesi, formulata con riguardo al giudizio di cassazione e specialmente per i ricorsi incidentali su questioni di rito, che subordina l'esame di questo (non già all'accoglimento, cui conseguirebbe la cassazione di regola con rinvio, della sentenza viziata) bensì alla mera delibazione di fondatezza del ricorso principale (Attardi, *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 289 ss., 295).

24 Infatti, esaminata per prima ed accolta l'impugnazione incidentale del vincitore, questi non conseguirebbe un risultato per lui più utile rispetto a quello già conseguito mercé la sentenza impugnata: quindi solo dopo l'accoglimento di questa sorge un interesse attuale all'accoglimento della impugnazione incidentale. Secondo Grasso, *op. cit.*, 54 s., si deve distinguere tra interesse a proporre l'impugnazione incidentale, che sarebbe già attuale con la proposizione dell'impugnazione avversaria, ed inattualità del pregiudizio che "resta virtuale fino a quando sia accolta l'impugnazione principale". Proprio la mancanza di attualità del pregiudizio, che si concretizza con l'attualizzarsi di una soccombente pratica in capo all'appellato, impone la subordinazione dell'esame dell'impugnazione incidentale al successo di quella principale (Grasso, *op. loc. ult. cit.*; Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, *cit.*, 255). Critico nei confronti della costruzione di Grasso: Turrone, *op. cit.*, 143 s., il quale osserva che non avrebbe senso prospettare un potere di impugnare disgiunto da quello di ottenere l'esame nel merito del gravame e distinguere tra interesse a proporre l'impugnazione ed inattualità del pregiudizio.

25 Così, in termini del tutto generali, sottolineando che l'interesse ad impugnare (che include anche quello all'esame nel merito dell'impugnazione) sorge nel soccombente virtuale già per effetto del mero rischio di perdere la propria vittoria, innescato dall'altrui impugnazione senza che sia necessario attendere altresì l'accoglimento: Luiso, *Diritto processuale civile*, *cit.*, 409, 451, 466; Turrone, *op. cit.*, 141 s., con riguardo alle questioni di rito. Esclude in generale, sia per l'appello sia per la cassazione, la postergazione dell'esame sulle questioni di rito oggetto dell'impugnazione incidentale: Brunialti, *Soccombente (teorica) su questioni, tra riproposizione dell'eccezione ed appello incidentale*, in *Giusto proc. civ.*, 3/2010, 851 ss., 855. Con specifico riguardo al ricorso per cassazione, in senso contrario al condizionamento sia quando conduca ad alterare l'ordine rito/merito sia quando finisca per imporre un ordine nderogabile di esame all'interno delle questioni di merito, che ostacolerebbe le economie realizzabili con una decisione sostitutiva *ex art. 384 c.p.c.*, si veda oggi: Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *cit.*, 592 s., salvo solo il caso in cui una espressa graduazione delle difese nel merito fosse stata già articolata dalla parte nei gradi di merito.

26 Nel senso che l'appello incidentale del vincitore possa "eventualmente" atteggiarsi come condizionato alla fondatezza di quello principale, in sostanza nelle stesse situazioni in cui lo sarebbe un ricorso incidentale per cassazione: Tedoldi, *L'appello civile*, *cit.*, 68, 111 ss., § 11; Poli, *L'evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione*, *cit.*, 135 nota 13.

27 Si veda, con esiti ed argomenti opposti e speculari a quelli sviluppati da Poli: Muroli, *Critica alla figura dell'appello incidentale condizionato su questioni*, *cit.*, 411 ss., 415. L'Autrice in definitiva muove dall'assunto che il carattere condizionato dell'appello incidentale su questioni sia una conclusione obbligata e scontata, ma che, essendo tale condizionamento incompatibile con la struttura e l'oggetto del giudizio di appello, non resti altra logica soluzione se non quella di confutare la premessa, cioè la stessa esistenza e predicabilità alla luce dell'art. 343 c.p.c. di un onere di appello incidentale in ordine alle eccezioni "equipollenti".

È dunque opportuno sgombrare il campo da alcuni equivoci.

Da un lato, si deve ammettere che l'attentato all'ordine logico di esame delle questioni, ed in particolare a quello indefettibile rito/merito, non può dirsi con sicurezza scongiurato per effetto della derubricazione dell'iniziativa, da una ad alto tasso formale ad una meno impegnativa, richiesta all'appellato per devolvere al giudice di seconde cure tali questioni: anche nella prospettiva della mera riproposizione, è stata autorevolmente sostenuta l'esigenza che il riesame della questione pregiudiziale di rito riproposta dal soccombente virtuale dovesse necessariamente essere subordinato all'accertamento della fondatezza del gravame principale, suggerendosi così l'indifferenza *ai fini qui in esame* della tecnica processuale di riemersione della questione<sup>28</sup>.

Dall'altro lato, e soprattutto, non è affatto scontato che l'argomento centrale, che sta alla base della teorica del condizionamento *ex lege*, e cioè l'attualizzarsi della soccombenza virtuale solo con l'effettiva perdita della vittoria garantita dalla pronuncia resa nel grado precedente, sia suscettibile di riproporsi identico per l'appello e per la cassazione.

Merita infatti di essere attentamente considerata l'intuizione che l'impugnazione, necessariamente incidentale, del vincitore pratico ma soccombente su questione, si comporti diversamente a seconda della diversa struttura dei mezzi di impugnazione coinvolti.

4. Prima di approfondire il discorso lungo il binario sopra tracciato, va fatta qui una precisazione fondamentale, onde dissipare un'ulteriore ed assai pericolosa fonte di fraintendimento.

L'idea che possano *de plano* estendersi all'appello incidentale i medesimi argomenti spesi per giustificare la subordinazione del ricorso incidentale, infatti, troverebbe una giustificazione granitica e difficilmente disputabile *se fosse vera* la tesi secondo la quale i due rimedi impugnatori sarebbero ormai divenuti sostanzialmente sovrapponibili e sarebbero costruiti entrambi come impugnazioni rescindenti il cui oggetto è sempre, in prima battuta, la sentenza e quindi la verifica degli errori che essa esibisce e solo secondariamente e mediatamente il diritto sostanziale oggetto della domanda<sup>29</sup>.

Se davvero il sopra lumeggiato approdo delle Sezioni Unite avesse disvelato la *reductio ad unitatem* di appello e cassazione, allora inevitabile sarebbe applicare indifferentemente all'uno ed all'altro gli argomenti pro o contro il condizionamento dell'impugnazione del vincitore alla fondatezza o all'accoglimento della impugnazione principale.

E' chiaro che solo *non* avallando una tale assimilazione resta aperta la possibilità di giungere a conclusioni diverse nei due casi.

Fermo che non è questa la sede per svolgere un compiuto confronto con la tesi dottrinale sopra evocata, si può e si deve comunque ribadire che l'attuale assetto del giudizio di appello resta ben lungi dalla struttura rescindente propria del giudizio in cassazione<sup>30</sup>.

Se è vero che l'appello ha oggi, ma in realtà da lungo tempo ormai, perduto l'idoneità a devolvere automaticamente ed integralmente il materiale di causa dal primo al secondo grado di giudizio; se è vero inoltre che il carattere di *revisio prioris instantiae* e la necessità di un confronto critico ed argomentato con la decisione di prime cure, oltre la manifestazione della volontà di non accettarla, rappresenta oggi un connotato innegabile del giudizio di secondo grado; se pure tutto ciò è vero, tanto ancora non autorizza

28 In questo senso, si veda soprattutto: Chiarloni, *L'impugnazione incidentale nel processo civile*, cit., 231, il quale infatti conclude che la riproposizione ex art. 346 c.p.c. di un'eccezione pregiudiziale di rito già respinta in prime cure, in quanto mira ad un esito, il rigetto in rito, meno favorevole di quello già incassato dal convenuto vittorioso, avverrà anch'essa in via condizionata (mentre altrettanto non varrebbe per le eccezioni di merito, dato che qui non la sostituzione della motivazione del rigetto sarebbe di regola indifferente per il convenuto). Che il problema del condizionamento dell'esame della questione risolta a sfavore dell'appellato sia in realtà indipendente dalla tecnica processuale di riemersione di tale questione, riconoscono anche: Balena, *op. cit.*, 394 s.; Turroni, *op. cit.*, 137 s.

29 Nel senso che "ormai è un ricordo la concezione dell'appello come giudizio in cui il giudice di secondo grado, una volta proposto l'appello, pronuncia immediatamente e direttamente sulla domanda già oggetto del giudizio di primo grado": Poli, *L'evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione*, cit., 130; Id., *Il nuovo giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 120 ss.; Id., *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, *Riv. dir. proc.*, 2010, 48 ss. La quasi completa assimilazione di appello e cassazione, quanto all'oggetto dei due giudizi, era stata già delineata dall'A. nella monografia del 2002 (*I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., 584 ss.).

30 Ci si permette di rinviare alle considerazioni svolte in: *Gli effetti dell'estinzione nell'arco dei vari gradi del processo*, cit., 25 ss., nonché 33 ss., con riguardo alle sorti della sentenza di condanna di prime cure in ipotesi di sua "conferma" con sentenza di appello successivamente cassata con rinvio.

a desumere che l'appello abbia per via smarrito anche il suo tratto più qualificante, cioè il carattere di impugnazione sostitutiva idonea, nei limiti di quanto ritualmente devoluto, a riprodurre immediatamente e *direttamente* innanzi al giudice di seconde cure l'oggetto della domanda originaria. Tale tratto caratteristico trova infatti un inequivocabile *riconoscimento positivo* nell'art. 359 c.p.c., là dove prescrive che la sentenza conclusiva del giudizio di appello abbia potenzialmente la medesima latitudine di contenuti già prevista per il giudizio di prime cure, senza prevedere, come invece si ricava dagli artt. 382, 383 e 384 c.p.c. per il giudizio di cassazione, decisioni il cui contenuto sia limitato al riscontro della fondatezza o infondatezza dei motivi di censura e quindi al mero rigetto del gravame, e salvo solo il caso della declaratoria di inammissibilità o improcedibilità del gravame. Il carattere immediatamente ed irreversibilmente sostitutivo della sentenza di appello, del resto è chiaramente presupposto altresì dall'art. 393 c.p.c., oltre che dagli artt. 336 e 338 c.p.c.

La *vigente* disciplina positiva del giudizio di appello, se riguardata *nel suo complesso*, non consente dunque all'interprete di introdurre nello schema un previo momento rescindente. In particolare, la specificazione dei motivi, necessaria a pena di inammissibilità dall'art. 342 c.p.c., serve essenzialmente ad individuare e delimitare, esplicitando le ragioni del dissenso rispetto alla prima soluzione, le questioni devolute al secondo giudice, ma non incide di per se stessa sull'oggetto del giudizio che a questi è demandato: un giudizio il cui oggetto resta immediatamente e direttamente il diritto fatto valere con la domanda originaria e non si concentra invece in prima battuta sulla sentenza e sul riscontro degli errori censurati con i motivi di impugnazione, la cui funzione, quindi resta tuttora ben distinta da quella svolta dai motivi di ricorso per cassazione<sup>31</sup>. Ne segue che il giudice di appello procederà alla trattazione del materiale di causa, nei limiti del devoluto e del nuovo ammissibilmente introducibile, negli stessi termini e con gli stessi poteri del giudice di prime cure, trovando applicazione pur in secondo grado gli artt. 187 c.p.c. e 279 c.p.c.<sup>32</sup>.

Rispetto a questo quadro, a chi scrive non pare affatto che implicazioni diverse possano discendere dalla necessità, oggi riconosciuta dalle Sezioni Unite, che l'iniziativa della parte appellata, ai fini della riermersione in appello di questioni già decise nel grado precedente a proprio sfavore, assuma la consistenza formale dell'appello incidentale anziché quella della riproposizione acritica. Solo a prima vista l'esigenza che ciascuna questione già decisa a sfavore della parte (appellante ovvero appellata) venga motivatamente censurata dall'interessato potrebbe indurre a reputare che il giudice di appello sia chiamato a decidere non sulla domanda originaria, sibbene e direttamente sulle singole questioni censurate. Vero è piuttosto che si tratta, in sostanza, di un problema attinente al solo profilo delle *tecniche di devoluzione* delle questioni (micro-capi) all'interno del macro-capo di domanda sul quale il giudice è chiamato comunque a decidere. L'alternativa tra riproposizione acritica e riproposizione argomentata non interessa quindi l'oggetto del giudizio di appello, bensì solo le forme procedurali per la perimetrazione dell'ambito della *cognitio* del giudice di seconde cure<sup>33</sup>.

Si può dunque concludere nel senso che l'imposizione all'appellato, che voglia ottenere il riesame di questioni già risolte a suo sfavore, di un onere di iniziativa connotato da forme e termini più stringenti, ed omologhi rispetto a quelli che valgono per l'appellante, meglio risponde a quella esigenza di progressiva rastremazione del materiale di causa già da tempo messa a fuoco dalla dottrina ed alla necessità che ogni errore del primo giudice sia censurato mediante una argomentazione critica<sup>34</sup>. Tale onere non trascina affatto indefettibilmente con sé impegnativi corollari sistematici in ordine all'oggetto del giudizio di appello ed alla funzione dei motivi specifici di cui all'art. 342 c.p.c. (come le stesse Sezioni Unite riconoscono in un passaggio della pronuncia che chiarisce quale sia il contenuto richiesto a pena di inammissibilità per

31 Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., 479, 550.

32 Si veda altresì: Muroni, *op. cit.*, 416 ss. la cui difesa del carattere sostitutivo dell'appello si condivide qui pienamente, pur con la fondamentale precisazione che nulla cambia in tale rispetto l'ampliarsi dell'ambito di applicazione dell'art. 343 c.p.c.

33 Per la conclusione che il giudizio di appello resta un giudizio sostitutivo "sullo stesso oggetto" della domanda originaria, pur esigendo da parte sia dell'appellante che dell'appellato una censura critica delle singole questioni risolte in motivazione a danno della parte interessata al riesame: Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., 66 ss.

34 Vedi peraltro nel senso che altrettanto avrebbe potuto ricavarsi in via di interpretazione dell'art. 346 c.p.c. (cioè specificando le modalità ed i tempi della riproposizione) "senza necessità di ricorrere ad un istituto (l'impugnazione incidentale) la cui complessiva disciplina non si attaglia al caso in esame": Bianchi, *op. cit.*, 821 s., testo e nota 43.

l'atto di appello<sup>35</sup>), né per vero in ordine alla inesauribile disputa intorno al significato da attribuire alla espressione "parte di sentenza" ai fini dell'art. 329 cpv.<sup>36</sup> Infatti, la ricerca della "minima unità impugnabile", o meglio della "unità elementare" in cui la sentenza può essere scomposta ai fini della riproposizione critica nel grado successivo, non può confondersi con quella della "minima unità suscettibile di passaggio in giudicato", se non attribuendo alla nozione di giudicato significati molto diversi: il cd. giudicato "interno" che si cristallizza sulla soluzione di una questione preliminare o pregiudiziale<sup>37</sup> per mancata impugnazione si riduce infatti a null'altro che una preclusione endo-processuale al riesame della questione già decisa<sup>38</sup>, di per se stessa estranea all'ambito in cui opera l'art. 329 cpv. c.p.c.

5. Sgombrato il campo da fallaci assimilazioni così come dalla tentazione di aggirarlo a piè pari, l'interprete può dunque confrontarsi a mente sgombra con il problema, ormai ineludibile, della possibilità di un condizionamento dell'appello incidentale rispetto all'esito di quello principale.

Come già anticipato, vi sono buone ragioni per tenere fermo l'onere di appello incidentale del vincitore e nel contempo escluderne, di regola, il condizionamento e quindi la subordinazione all'accoglimento dell'appello principale. A tale approdo del resto era giunta la riflessione di un indimenticato Maestro, all'esito di un lungo confronto con il tema delle impugnazioni incidentali del vincitore<sup>39</sup>.

Per giungere a tale risultato non è in realtà neppure necessario porre in discussione l'orientamento attualmente seguito dalla Cassazione con riguardo al solo apparentemente sovrapponibile problema posto dal ricorso incidentale del vincitore pratico ma soccombente su questione. Indipendentemente dal grado di persuasività che si ritenga di riconoscere a tale orientamento<sup>40</sup>, infatti, le motivazioni che lo sostengono mal si adattano al diverso ambiente del giudizio di appello.

Se, come tuttora deve riconoscersi, l'appello resta una impugnazione sostitutiva il cui oggetto coincide con quello della domanda proposta in prime cure e la cui struttura consente al giudice di appello di accedere immediatamente e direttamente all'esame nel merito di tale domanda, sia pure per il tramite delle sole

35 Cass., sez. un., 16.11.2017 n. 27199, *cit.*, § 5.1, ove si legge che "la riforma del 2012 non ha trasformato, come alcuni hanno ipotizzato, l'appello in un mezzo di impugnazione a critica vincolata. L'appello è rimasto una *revisio prioris instantiae* ed i giudici di secondo grado sono chiamati in tale sede ad esercitare tutti i poteri tipici di un giudizio di merito, se del caso svolgendo la necessaria attività istruttoria, senza trasformare l'appello in un anticipato ricorso per cassazione" (corsivo nostro).

36 Accenti diversi risuonano nelle argomentazioni dei giudici di legittimità. Così: Cass., sez. un., n. 11799/2017, *cit.*, § 9.2.2, giustificando proprio *alla luce dell'art. 329 cpv. c.p.c.* l'onere di appello incidentale onde evitare il consolidarsi di un giudicato interno sulle questioni decise in senso sfavorevole alla parte ma non riproposte tramite appello incidentale. Vedi anche: Cass., sez. un., n. 21260/2016 *cit.*, che attribuisce dignità di "capo autonomo", sul quale parametrare la soccombenza formale, alla questione di giurisdizione, pervenendo così ad escludere per difetto di soccombenza sul relativo "capo" che l'attore soccombente nel merito possa impugnare sulla giurisdizione.

37 Per la precisazione che le questioni pregiudiziali di rito, prive di autonomia rispetto al capo di merito cui accedono, dovrebbero a rigore sempre, soprattutto se davvero "fondanti", riemergere insieme con quello e quindi mantere intatta la loro rilevanza officiosa in ogni stato e grado del giudizio, salva diversa volontà di legge: Consolo *Considerazioni sistematiche sulla n. 21260, cit.*, 273; Id., *Il caso della soccombenza sulla giurisdizione ...*, *cit.*, 1568 s., 1576 s.; id., *Un ambo delle Sezioni Unite sull'art. 345, cit.*, 1417. Più in generale, nega *tout court* cittadinanza al fenomeno del cd. giudicato interno: Bianchi, *op. cit.*, 812 s.

38 Il fenomeno della formazione progressiva della decisione, per effetto della stabilizzazione delle decisioni su questioni non ritualmente censurate, non ha in realtà nulla a che fare con l'art. 329 cpv. c.p.c., che ha unicamente riguardo a statuizioni suscettibili di giudicato sostanziale ai sensi dell'art. 2909 c.c. (Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *cit.*, 483, 442; id., *Il cumulo condizionale di domande, cit.*, I, 254 nota 207; De Cristofaro, *Inammissibilità, appello senza motivi ed ampiezza dell'effetto devolutivo*, in *Corr. giur.*, 2000, 758 s.). In senso contrario, pur tenendo ben ferma la distinzione tra giudicato interno su mere questioni e giudicato sostanziale, riconducono all'acquiescenza impropria anche la preclusione di questioni già decise e non specificamente impugate: Rascio, *op. ult. cit.*, 247 s.; Poli, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie, cit.*, 398, 423 s., 515 ss., 519; Grasso, *op. cit.*, 92; Battaglia, *op. cit.*, 443).

39 Ci si riferisce a: Attardi, *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 289 ss. In questo contributo, l'Autore affina il concetto di impugnazione incidentale del vincitore, intesa quale impugnazione "condizionata" l'interesse alla cui proposizione sorge solo con l'avversaria impugnazione principale e che perciò non è riconducibile all'art. 334 c.p.c. (vedi già: Attardi, *Limiti di applicazione del gravame incidentale tardivo, cit.*, 178 s.), introducendo una fondamentale distinzione tra appello e cassazione. In appello, l'impugnazione del vincitore, pur restando sempre strettamente dipendente dall'esaminabilità di quella principale e quindi destinata a cadere in caso di sua inammissibilità/improcedibilità ovvero estinzione, non si pone altresì come condizionata al suo accoglimento e quindi non comporta alcuna innaturale alterazione nell'ordine di trattazione delle questioni. L'intuizione fondamentale della estraneità dell'impugnazione incidentale del vincitore rispetto all'art. 334 c.p.c., è oggi ripresa, sia pur ad altri fini rispetto a quelli che qui interessano, da: Merlin, *Inscindibilità dei giudizi e riproposizione di domande fra litisconsorti nelle fasi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1290 ss., 1317 s.

40 Il cui maggior difetto, si è osservato, sarebbe la mancanza di gradazioni ed adattamenti, a seconda del tipo di questioni oggetto del ricorso incidentale: Consolo, *Travagli "costituzionalmente orientati" delle sezioni unite sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.*, 5/2009, 1141ss., 1157, avanzando dubbi sull'insuperabilità dell'argomento fondato sulla carenza di soccombenza attuale; Panzarola, *Sul condizionamento de jure del ricorso incidentale per cassazione del vincitore nel merito*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 188 ss. In particolare, il condizionamento del gravame sul rito dovrebbe essere sempre respinto per l'inaccettabile l'alterazione dell'ordine rito-merito che ne conseguirebbe (Consolo, *Considerazioni sistematiche sulla n. 21260, cit.*, 273), mentre di un condizionamento *souple* (alla delibazione di fondatezza cioè) potrebbe tutt'al più discorrersi per le questioni preliminari di merito, quando ciò tuttavia non impedisca alla Corte di definire rapidamente la controversia con una pronuncia sostitutiva. Per una ricapitolazione e rivisitazione critica degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, v. da ultimo e dalla prospettiva del processo amministrativo: Squazzoni, *Qualche perplessità sulla natura condizionata dell'appello incidentale su questioni di rito, cit.*, 323 s.



questioni ritualmente devolute al suo esame, allora la situazione in cui versa il vincitore pratico e appellante incidentale è ben diversa da quella in cui si trova il ricorrente incidentale per cassazione, la cui iniziativa si inserisce all'interno di un giudizio connotato dalla strutturale priorità logica (e di regola anche cronologica) di un momento rescindente<sup>41</sup>.

Affinché l'impugnazione incidentale del vincitore possa essere esaminata nel merito occorre che il vincitore vi abbia interesse; tale interesse si attualizza solo quando si profili il concreto rischio di perdere l'utilità già acquisita, ciò che appunto si determina quando vengano in essere le condizioni per la riapertura della trattazione sul merito della domanda originaria e quindi si profili la concreta possibilità che venga adottata una nuova e diversa decisione sulla domanda originaria<sup>42</sup>. Nel contesto del ricorso per cassazione, la riapertura della trattazione presuppone l'accertamento del vizio denunciato con il ricorso principale ed il conseguente annullamento della sentenza (di regola, alla luce del tenore testuale dell'art. 384 c.p.c., con rinvio). Per questa ragione, è quantomeno plausibile ritenere che prima di tale momento l'interesse all'esame nel merito del ricorso incidentale non sussista e che perciò il giudice di legittimità non possa procedere all'esame prioritario del ricorso incidentale<sup>43</sup>, anche quando questo abbia ad oggetto una questione *litis ingressus impediens*.

Altrettanto non può ripetersi, invece, nel contesto del giudizio di appello.

La riapertura della trattazione innanzi al giudice dell'appello, infatti, è immediata e senza diaframmi; proposto appello principale, il giudice di seconde cure è chiamato direttamente a riesaminare il merito della causa per il tramite delle questioni devolute con i motivi specifici di appello o comunque ritualmente devolute alla sua cognizione, per decidere direttamente sulla domanda originaria negli stessi termini in cui già lo aveva fatto il primo giudice e con poteri del tutto analoghi, incluso quello di rilievo *ex officio* di questioni, di rito ma pure di merito, non ancora espressamente decise. Se, quindi, proposto appello principale e così riaperta immediatamente la fase di riesame della controversia, il concreto rischio di una riforma della sentenza a danno del vincitore è subito incombente (e non mediato dalla necessità di eliminazione della sentenza in quanto viziata, prima di poter accedere al riesame del merito nella fase rescissoria), l'interesse all'esame dell'appello incidentale avente ad oggetto una questione pregiudiziale o preliminare non abbisogna di altro. In altri termini, l'immediata riapertura della trattazione implica che le parti possano subito avvalersi di tutte le difese che già avevano articolato in prime cure: anche di quelle che, già respinte dal primo giudice, vengono sottoposte mediante appello incidentale al riesame del secondo. L'iniziativa del soccombente virtuale resta, in un certo senso, condizionata, ma non già all'accoglimento o alla fondatezza della impugnazione avversaria, bensì solo alla *decidibilità nel merito* di quest'ultima: nel senso che l'appello incidentale del vincitore viene travolto da qualsiasi impedimento – per inammissibilità, improcedibilità ovvero estinzione – all'esame di quello principale<sup>44</sup>.

Ove l'appello principale sia idoneo ad aprire il secondo grado di giudizio, manca però qualsiasi ragione valida per obbligare il giudice di seconde cure ad alterare l'ordine logico di esame delle questioni ed in particolare la necessaria priorità delle questioni attinenti all'ammissibilità della domanda rispetto a quelle attinenti alla

41 Attardi, *Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, cit., 292. Lo spunto è ripreso, proprio sottolineando l'elemento differenziale introdotto, rispetto alla dicotomia rescindente/rescissorio caratteristica del giudizio di cassazione, dal carattere sostitutivo dell'appello e dalla conseguente riapertura immediata della trattazione sulle questioni ritualmente devolute, da: Rascio, *op. ult. cit.*, 258 ss., 325 ss.; id., *Impugnazione e riproposizione*, cit., 273; Ronco, *op. cit.*, 2007; Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 2017, 394 ss.

42 E' questa la ragione per la quale non mi sembra cogliere pienamente nel segno il rilievo di Turrone (*op. cit.*, 141 in nota 79; analogamente: Pacilli, *Rilievi critici ed interrogativi sull'onere di impugnazione condizionata della parte vittoriosa nel merito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1249 ss., 1259), là dove osserva che "se non si confuta l'idea che la decisione sulla fondatezza dell'appello principale costituisce "condizione dell'azione" per l'appello incidentale, a nulla vale il richiamo alla natura sostitutiva dell'appello".

43 Non sarebbe un'obiezione dirimente quella, pur suggestiva, secondo cui se davvero l'interesse ad impugnare del vincitore nascesse solo dal successo dell'altrui ricorso principale, allora non dovrebbe neppure essere possibile proporre il ricorso incidentale, ancorché subordinandone l'esame alla fondatezza di quello avversario (Turrone, *op. cit.*, 142). Si potrebbe replicare che, posto che le regole del giudizio di impugnazione ed in particolare gli artt. 333, 340, 361 c.p.c. vogliono che l'impugnazione incidentale sia proposta *in limine litis*, il vincitore, prospetticamente interessato a censurare la questione risolta a suo sfavore, non potrebbe certo attendere l'esame del ricorso principale per poi proporre il proprio: onde, se non lo si voglia privare del potere di avvalersi di tutte le sue difese in fase di gravame, non resta, appunto, che ammetterne la proposizione (prima ancora che si concretizzi un interesse attuale, ma) in via condizionata (così: Attardi, *Limiti di applicazione del gravame incidentale tardivo*, cit., 181).

44 La sussistenza di un nesso ben più stretto rispetto a quello delineato dall'art. 334 cpv. tra l'impugnazione (necessariamente) incidentale del vincitore, soccombente virtuale, e la decidibilità nel merito della impugnazione principale di controparte è ribadita da Attardi (*Sulle impugnazioni incidentali condizionate*, cit., 292) anche con riguardo all'appello, nonostante egli escluda per le ragioni sopra viste che si possa parlare di impugnazione condizionata nello stesso senso comunemente predicato per il ricorso incidentale per cassazione.

sua fondatezza<sup>45</sup> ovvero per impedirgli di realizzare l'economia processuale consentita dall'esame prioritario della questione di merito che si presenti "più liquida"<sup>46</sup>. Scartata dunque l'indefettibile subordinazione *ex lege*, nemmeno si vede per quale ragione si dovrebbe attribuire al convenuto soccombente virtuale la facoltà di imporre *volontariamente* al giudice un ordine di trattazione diverso da quello naturale, se non nei ristretti limiti in cui tale imposizione sarebbe stata possibile anche in prime cure<sup>47</sup>.

Escluso categoricamente che si possa obbligare il giudice ad esaminare i profili di rito solo dopo quelli attinenti alla fondatezza della domanda, il potere dispositivo della parte potrebbe esercitarsi tutt'al più nel senso di comprimere il ricorso del giudice alla tecnica del "primato della ragione più liquida" e quindi unicamente con riguardo ai rapporti tra le varie difese di merito articolate in prime cure<sup>48</sup>. Alla stregua di quest'ultima considerazione, il potere di condizionamento *volontario* che la parte potrebbe ammissibilmente esercitare *in appello* si presenta allora semplicemente come il riflesso di quel medesimo potere di condizionamento già esercitabile dalla stessa in prime cure mediante la vincolante graduazione – evidentemente solo là dove consentita, in ragione di un interesse qualificato che a sua volta presuppone la diversa utilità della sentenza di rigetto a secondo del suo motivo portante<sup>49</sup> – delle eccezioni di merito<sup>50</sup>. In definitiva, si tratterebbe di una condizione apposta all'esame, prioritario o meno, della questione riproposta con l'appello incidentale.

L'ammissibile graduazione delle allegazioni introduce scenari interessanti, che in questa sede possono essere solo tratteggiati sommariamente. Quando il convenuto abbia in primo grado effettivamente proposto le sue difese in un certo ordine di preferenza, si può presentare il caso in cui il rigetto della domanda avversaria discenda dall'accoglimento dell'eccezione svolta solo in via subordinata. In tali ipotesi, sia che l'eccezione di merito svolta in via prioritaria fosse stata esaminata e respinta, sia che essa fosse stata indebitamente accantonata, la parte che non intenda abbandonare quell'ordine di esame volontariamente impresso, una volta ricevuta la notifica dell'impugnazione della controparte, ha certamente l'onere di proporre appello incidentale<sup>51</sup>, nel secondo caso censurando la violazione dell'art. 112 c.p.c. e richiedendo che in appello l'esame delle questioni di merito avvenga secondo la sequenza preferita e dal primo giudice violata<sup>52</sup>. Se, in ragione dell'espressa preferenza imposta all'esame delle sue difese, si ammettesse che il convenuto vittorioso nel merito, ma che abbia vista respinta o indebitamente pretermessa la sua allegazione prioritaria, possa anche prendere *per primo* l'iniziativa di impugnare la sentenza al fine di ottenere in secondo grado una maggiore utilità<sup>53</sup>; allora, quando quello stesso convenuto sia stato prevenuto dall'impugnazione della controparte praticamente soccombente, il suo appello incidentale, in quanto sorretto da un autonomo

45 Attardi, *op. ult. cit.*, 292; Rascio, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., 325 s. Il carattere condizionato dell'appello incidentale, limitatamente però alle questioni pregiudiziali di rito, viene con nettezza escluso anche da: Rinaldi, *Sulla ammissibilità dell'appello incidentale condizionato*, in *www.judicium.it*, § 3; nonché, Brunialti, *op. cit.*, 855, invocando però quella simmetria tra cassazione ed appello che qui si nega.

46 Attardi, *op. loc. ult. cit.* Esclude il condizionamento *ex lege* anche: Rascio, *op. ult. cit.*, 259.

47 Sulla radicale irrilevanza della volontà della parte, che mai potrebbe imporre al giudice del gravame un ordine di esame diverso da quello naturale, e con la sola eccezione dei casi in cui si tratti di "questioni che anche in primo grado la parte poteva fare affrontare dal giudice in un certo ordine": Luiso, voce *Appello*, in *Digesto disc. priv.*, I, Torino, 1987, rist. 1994, 386.

48 L'analisi dell'appello incidentale su domande *rigettate* esula dall'oggetto delle riflessioni svolte in queste pagine, anche perché l'unica ipotesi in cui può parlarsi di piena vittoria nel merito pur in presenza del rigetto di una delle domande proposte è quello dell'attore che abbia proposto domande incompatibili in cumulo *alternativo* (in argomento, v. sopra nota 12).

49 L'ammissibilità della graduazione delle difese di merito, in quanto sorretta da un interesse meritevole da ravvisarsi nelle possibili ricadute extra-processuali del motivo del rigetto, è esplicitamente riconosciuta da: Cass. sez. un., n. 11799/2017, cit., § 9.3.3. Sui limiti di ammissibile imposizione volontaria di un vincolante ordine di esame delle questioni di merito: Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., 521 ss.; Salvaneschi, *op. cit.*, 146 ss.; Menchini, *L'ordine di decisione delle questioni di merito in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 975 ss.

50 Così, impostando il problema in termini di condizione dalla parte volontariamente imposta all'ordine con cui il giudice di appello può procedere all'esame delle questioni di merito: Rascio, *op. ult. cit.*, 260 s.

51 Secondo Cass n. 11799/2017, cit., § 9.4.4, nel caso in cui il giudice di prime cure abbia respinto la domanda *senza esaminare* (né espressamente né implicitamente) l'eccezione proposta dal convenuto in via prioritaria, e quindi abbia disatteso la richiesta di esame prioritario, allora "se il convenuto intende mantenere la richiesta di graduazione è necessario che egli proponga appello incidentale, mentre se si limita a riproporre l'eccezione la conseguenza è che detta richiesta (si intenda: di esame prioritario) è abbandonata ai sensi dell'art. 329 cpv." (il corsivo tra parentesi è nostro).

52 Nel senso che solo quando il convenuto già avesse "espressamente posto un vincolo di subordinazione alle eccezioni svolte", allora sia il rigetto della eccezione svolta in via principale, sia il suo assorbimento in violazione di tale vincolo dovranno essere censurati con appello incidentale: Consolo, *Breve riflessione esemplificativa (oltre che quasi totalmente adesive) su riproposizione e appello incidentale*, cit., 983.

53 Diversamente dal caso in cui le difese fossero state svolte in via concorrente, infatti, quando il convenuto ottenga il rigetto della domanda dell'attore in ragione dell'accoglimento di un'eccezione proposta solo in via subordinata, questi viene a trovarsi in una situazione di soccombenza cd. "sostanziale" che dovrebbe legittimarlo già all'impugnazione in via principale (per tutti: Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., 492 s., 499; Salvaneschi, *op. cit.*, 152 s.; Menchini, *op. cit.*, 1011 ss., il quale peraltro segue una lettura dell'art. 346 c.p.c. diversa da quella presupposta nel testo).

interesse, non potrebbe dirsi condizionato: né alla fondatezza<sup>54</sup>, ma a ben vedere nemmeno alla stessa esaminabilità nel merito del gravame principale. Anche nella situazione descritta, peraltro, l'iniziativa del convenuto mira a riportare dinanzi al giudice di appello l'eccezione in prime cure respinta o indebitamente tralasciata, secondo la medesima graduazione e quindi secondo il vincolante ordine di esame già articolato in primo grado, comprimendo così il potere del giudice di selezionare la questione "più liquida" secondo un criterio di economia strettamente endo-processuale.

L'appello incidentale del vincitore che censuri la decisione sfavorevole di una questione pregiudiziale di rito dovrà invece sempre e necessariamente essere deciso con priorità rispetto all'appello principale del soccombente pratico: per meglio dire, anzi, l'ordine di esame e decisione delle questioni devolute al giudice di appello sarà quello indefettibilmente imposto dall'art. 276 c.p.c., restando l'eventuale manifestazione di una diversa volontà del tutto inoperante.

Resta da considerare se la condizione eventualmente ed *inammissibilmente* apposta dall'appellante incidentale renda inammissibile anche il gravame, con la conseguenza che il giudice di seconde cure non potrebbe riesaminare la questione pregiudiziale o preliminarmente così irritualmente devoluta<sup>55</sup>.

A sostegno di questa impostazione milita la considerazione che in effetti il convenuto praticamente vincitore con una simile iniziativa non avrebbe affatto inteso devolvere sempre e comunque la questione a riesame, ma solamente proporre un "*appel precaution*", così che – non potendo operare la condizione – farebbe difetto una piena volontà gravatoria. Ciononostante, la soluzione preferibile sembra comunque quella che, lasciando intatta l'efficacia dell'appello incidentale, confina l'inammissibilità alla condizione illegittimamente apposta (*vitiatur se non vitiat*)<sup>56</sup>, così come in tutte le ipotesi in cui le parti tentino, fuori dai casi in cui ne abbiano la facoltà, di imporre al giudice un ordine di esame delle questioni diverso da quello naturale: dovendosi ritenere che la graduazione delle difese, se ingiustificata ed inammissibile, non privi di effetto l'allegazione difensiva. Conclusione questa che si impone *a fortiori* quando l'appello incidentale (inammissibilmente assoggettato a condizione, nel tentativo di impedirne l'esame prioritario) abbia ad oggetto questioni pregiudiziali di rito cd. "fondanti", cioè rientranti in quel novero di presupposti processuali la cui carenza il giudice dovrebbe poter *sempre* rilevare *ex officio* in ogni stato e grado del processo<sup>57</sup>.

54 Muroi, *op. cit.*, 419 ss., osservando che in caso di rigetto o assorbimento (anche indipendentemente, par di capire, dalla espressa manifestazione di una volontà di esame prioritario) di eccezione "non equipollente", il motivo di rigetto della domanda sarebbe già di per sé idoneo a generare un interesse ad impugnare *in via principale* e quindi autonomo, così che l'appello contro tale rigetto e volto a stimolare un mutamento della motivazione, se proposto in via incidentale non potrebbe in ogni caso considerarsi condizionato rispetto alla fondatezza dell'appello principale avversario.

55 Così: Ronco, *op. cit.*, 2008, argomentando dall'art. 1354 c.c.

56 Così in effetti concludeva, nell'escludere la possibilità di subordinare l'esame del ricorso incidentale sul rito: Cass., 23.5.2001 n. 212, in *Giur. it.*, 2001, 1580 ss., con nota di Chiarloni; in *Corr. giur.*, 2001, 1473 ss., con nostra nota.

57 Come sottolinea: Consolo, *Considerazioni sistematiche sulla n. 2126*, cit., 273.

# CULTURA DEL PROCESSO E OBBLIGO DI VERITÀ DELLE PARTI

Marco Gradi<sup>1</sup>

Sommario: 1. Divergenze fra sistemi giuridici e modelli di chiarificazione processuale. – 2. Radici culturali ed etiche dell'obbligo di verità delle parti. – 3. Movimenti di convergenza e futuro del processo civile.

## DIVERGENZE FRA SISTEMI GIURIDICI E MODELLI DI CHIARIFICAZIONE PROCESSUALE

L'approccio al complesso problema dell'obbligo di verità delle parti <sup>(2)</sup> è assai variegato nell'odierno panorama comparatistico del processo civile <sup>(3)</sup>: vi sono ordinamenti dotati di una disciplina strutturata degli obblighi di comportamento processuale e sistemi nei quali, invece, l'interprete è posto dinanzi ad una normativa frammentata e disorganica della materia, tale da generare numerose incertezze e contrasti interpretativi in merito all'effettiva esistenza e al contenuto dell'obbligo in discorso. In ogni caso, però, non risultano leggi processuali civili che abbiano legittimato in un testo normativo un ipotetico *diritto di mentire* delle parti <sup>(4)</sup>.

Alla luce di questa non secondaria precisazione, gli ordinamenti possono essere classificati in cinque categorie, che – a titolo convenzionale – possono essere descritti come «modello agnostico», «modello spurio», «modello cooperativo», «modello informativo» e «modello esplorativo», secondo una scala semantica che va dal minimo al massimo sacrificio imposto in modo esplicito dal legislatore alla libertà di ciascuno dei litiganti, al cui aumento è associato, correlativamente, un crescente riconoscimento del diritto all'informazione e del diritto alla prova della parte avversaria.

Il primo di questi modelli si riscontra nei sistemi processuali dei paesi dell'Europa meridionale e può essere efficacemente definito come «agnostico» perché il legislatore non ha dettato alcuna disposizione specifica in merito all'obbligo di verità nel processo, così lasciando «all'interprete l'intera responsabilità delle sue costruzioni» <sup>(5)</sup>. Fra questi, va innanzitutto menzionato il caso della Spagna, laddove non è espressamente

1 Dottore di ricerca (Ph.D.) in Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Roma «La Sapienza»; Ricercatore di Diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Messina; Professore incaricato dell'insegnamento di Diritto dell'arbitrato e di *Comparative Civil Procedure* nell'Università degli Studi di Messina; Avvocato nel Foro di Pistoia.

2 Con questa espressione si intende convenzionalmente un obbligo processuale di comportamento formato da tre componenti: a) il *divieto di menzogna* (*Lügenverbot*), che implica soltanto un obbligo dal contenuto negativo (non mentire) e che è spesso indicato dalla dottrina come obbligo di verità in senso stretto (*Wahrheitspflicht*, *dever de veracidade*, *deber de veracidad*); b) l'*obbligo di completezza* (*Vollständigkeitspflicht*, *dever de completude*, *deber de completitud*), che implica l'obbligo di non tacere circostanze di fatto la cui omissione altera la verità della rappresentazione, ossia soltanto divieto di reticenza; c) l'*obbligo di chiarificazione* (*Aufklärungspflicht*), che consiste nell'obbligo di spiegare l'effettivo andamento della vicenda storica oggetto della lite, che risulta essenziale nel caso di asimmetria informativa fra le parti e che è indicato in dottrina anche come obbligo di collaborazione finalizzato al chiarimento dei fatti (*Mitwirkungspflicht*, *obligation de collaborer a la manifestation de la vérité*, *dever de cooperação para a descoberta da verdade*, *deber de cooperación*); in proposito, v. l'analisi strutturale da me compiuta in M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, p. 311 ss.; e già in Id., *Comportamento dei litiganti e accertamento dei fatti nel processo civile. Premessa allo studio dell'obbligo di verità delle parti*, Messina, 2016, p. 103 ss.

3 Per un esame comparatistico del tema, v. R. Vervrek, *Fact-Finding in Civil Litigation*, Antwerp-Oxford-Portland, 2010, p. 185 ss.; nonché i contributi raccolti nel volume *The Law of Evidence in the European Union. Das Beweisrecht in Der Europäischen Union. Le droit de la preuve dans l'Union européenne*, a cura di J.M. Lebre de Freitas, The Hague, 2004, p. 1 ss.; e quelli nel volume *Truth and Efficiency in Civil Litigation. Fundamental Aspects of Fact-finding and Evidence-taking in a Comparative Context*, a cura di C.H. van Ree e A. Uzelac, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, p. 1 ss.; V. Ansanelli, *Problemi di preparazione e trattazione delle controversie civili*, in A. Dondi, V. Ansanelli, P. Comoglio, *Processo civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2015, p. 145 ss.; nonché, *si vis*, M. Gradi, *The Right of Access to Information and Evidence and the Duty of Truthful Disclosure of Parties in Comparative Perspective*, in *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, a cura di L. Cadiet, B. Hess e M. Requejo Isidro, Baden-Baden, 2015, p. 93 ss.; e, assai dettagliatamente, M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 145 ss.

4 Per un analogo rilievo, v. E. Couture, *El deber de las partes de decir la verdad*, in Id., *Estudios de derecho procesal*, 3ª ed., Buenos Aires, 1989, p. 250 s., il quale nota come, nelle relazioni che accompagnano quasi tutti i codici processuali, sia assolutamente comune l'affermazione che il processo serve a raggiungere la giustizia.

5 Come avviene ogni qual volta il legislatore ometta di prendere una esplicita posizione su di un problema: così, con riferimento al diverso contesto dell'intervento dei terzi nel giudizio arbitrale, ma con osservazione sicuramente valida più in generale, E.F. Ricci, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 678.

previsto né un divieto di bugia processuale e di alterazione dei fatti mediante omissioni maliziose, che è parzialmente ricavato dal *principio de la buena fe procesal* soltanto da una parte degli interpreti <sup>(6)</sup>, né tantomeno un obbligo di collaborazione a carico delle parti, il quale viene invece additato dalla maggioranza della dottrina come illogico e irragionevole <sup>(7)</sup>.

La situazione normativa italiana non è dissimile, in quanto nel codice di procedura civile è soltanto contemplato l'obbligo delle parti di comportarsi con lealtà e probità. Svalutando questa disposizione di legge, la dottrina prevalente nega che i litiganti possano essere obbligati *contra se* a collaborare all'accertamento dei fatti, giungendo inoltre ad affermare che le parti abbiano addirittura una «lecita possibilità di mentire» nel processo <sup>(8)</sup>.

La lontananza ideologica con i paesi di *common law* è quindi assolutamente evidente: questi ultimi – al contrario – riconoscono espressamente obblighi di informazione veritiera e completa a carico dei litiganti <sup>(9)</sup>, assistiti da sanzioni piuttosto incisive <sup>(10)</sup>. Tuttavia, il processo civile dei paesi anglosassoni non può essere ridotto ad un paradigma unitario; occorre infatti distinguere fra il modello «informativo» tipico del processo inglese, nel quale l'oggetto dell'obbligo di *disclosure* è ragionevolmente limitato alle informazioni collegate con il *thema decidendum* della causa, e il modello «esplorativo» proprio del processo degli Stati Uniti, ispirato invece alla logica della ricerca e della scoperta (*investigation and discovery*), così risultando ben più invasivo per l'avversario tenuto a collaborare <sup>(11)</sup>.

In una posizione del tutto peculiare, che può essere definita «spuria», si collocano invece i paesi appartenenti all'area germanica, nei quali alla previsione di una generale obbligazione dal contenuto sostanzialmente negativo (*Wahrheitspflicht*) è sì associato un divieto di omissione dei fatti la cui mancanza si risolve in una falsità della dichiarazione (*Vollständigkeitspflicht*), ma non anche un altrettanto sicuro riconoscimento, sul piano legislativo, dell'obbligo positivo di chiarificazione (*Aufklärungspflicht*). In particolare, il sistema tedesco – pur vietando la menzogna e la reticenza delle parti in giudizio – resta tuttora fedele al tradizionale principio *nemo tenetur edere contra se*: è infatti ancora assai diffusa l'affermazione secondo la quale non esisterebbe un generale obbligo delle parti di fornire all'avversario le informazioni e le prove necessarie per la decisione della causa <sup>(12)</sup>.

6 Secondo la dottrina spagnola più progressista, il principio della buona fede vieterebbe la menzogna, ma non l'omissione di fatti a sé sfavorevoli: così J. Picó i Junoy, *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, 2003, p. 131 ss., spec. p. 140, il quale ha ribadito la propria tesi anche in Id., *El principio de la buena fe procesal*, 2ª ed., Barcelona, 2013, p. 146 ss., spec. p. 156 s.

7 V. soprattutto J. Montero Aroca, *Sobre el mito autoritario de la «buena fe procesal»*, in *Proceso civil e ideologia. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, a cura dello stesso J. Montero Aroca, Valencia, 2006, p. 352, secondo il quale dal principio della buona fede processuale non è possibile dedurre che le parti siano obbligate a collaborare all'accertamento del vero contro il proprio interesse.

8 È questa, anche di recente, la posizione di C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 11ª ed., Torino, 2017, vol. II, p. 338 s., dal quale è tratta l'espressione riportata fra virgolette nel testo; per la negazione di qualsiasi forma di obbligo di verità delle parti, ritenuto contrastante con i principi fondamentali del processo civile, v. anche G. Scarselli, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 102 ss., spec. p. 118 ss., nonché C. Furno, *Contributo alla dottrina delle prove legali*, Padova, 1940, p. 46 ss.; A. Attardi, *La revocazione*, Padova, 1959, p. 140 ss.; G. Verde, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 593 s.; S. La China, *Diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1991, p. 455 ss., spec. p. 457; E. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 8ª ed., Padova, 1996, p. 359; L. Dittrich, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, p. 130 s.; M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009, pp. 43 ss., 170 ss.; G. Monteleone, *Manuale di diritto processuale civile*, 7ª ed., Padova, 2015, vol. I, p. 682.

Per un'analisi critica della tradizionale opinione della dottrina italiana, mi permetto però di rinviare a M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 575 ss., spec. p. 711 ss., dove ho sostenuto l'idea che nel sistema processuale italiano sia possibile riconoscere l'obbligo di verità delle parti nelle sue componenti del divieto di menzogna e dell'obbligo di completezza, ma anche in quella dell'obbligo di chiarificazione; in senso parzialmente conforme, *id est* per il riconoscimento soltanto del divieto di menzogna e dell'obbligo di completezza delle parti, v. anche M. Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria dell'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962, vol. I, p. 377 ss., spec. p. 384 ss.; A. Carratta, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 491 ss.; F. Danovi, *Il linguaggio del processo*, Milano, 2018, p. 151 ss., spec. p. 165 s.; ed anche, *si vis*, M. Gradi, *Il divieto di menzogna e di reticenza delle parti nel processo civile*, in *Dir. e formaz.*, 2009, p. 793 ss.; Id., *Il divieto di menzogna e di reticenza processuale delle parti nella dottrina e nella giurisprudenza italiana, in Teoria do processo. Panorama doutrinário mundial*, a cura di Fredie Didier Jr., vol. II, Salvador, 2010, p. 645 ss.; Id., *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in *Lo Sguardo*, vol. 8, 2012, p. 95 ss.; Id., *Omessa indicazione di fatti decisivi e violazione dell'obbligo di lealtà processuale*, in *Foro it.*, 2015, III, c. 193 ss.

9 Mi riferisco agli obblighi a carico delle parti nella fase di *pre-trial disclosure* nel processo inglese, sulla quale v. H. Malek, P. Matthews, *Disclosure*, 5ª ed., London, 2017, p. 1 ss.; e agli obblighi di cooperazione dei litiganti nella procedura di *pre-trial discovery* nel processo civile federale degli Stati Uniti, sui cui v. R.S. Haydock, D.F. Herr, *Discovery Practice*, 8ª ed., New York, 2016, capp. 1 ss.

10 Notevoli sono, a questo riguardo, le *contempt sanctions* che il giudice inglese e quello americano possono comminare nei confronti della parte che si rifiuta di adempiere l'obbligo di fornire informazioni e prove al suo avversario nell'ambito, rispettivamente, della fase di *disclosure* e della procedura di *discovery*: per ampi riferimenti, v. M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 207 ss.

11 Tanto che la stessa dottrina americana, fra cui da ultimo G. Sheperd, *Failed Experiment: Twombly, Iqbal, and Why Broad Pretrial Discovery Should Be Further Eliminate*, in *Indiana Law Rev.*, vol. 49, 2016, p. 465 ss., ne rileva i pericoli e le criticità; il carattere indagatorio dei *discovery devices* era stato invece esaltato, prima del cambio di paradigma avvenuto con le *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938, da E.R. Sunderland, *Scope and Method of Discovery Before Trial*, in *Yale Law J.*, vol. 42, 1933, p. 863 ss.

12 Fra le formulazioni più incisive di questa idea, v. B. Hess, *Abuse of Procedure in Germany and Austria, Abuse of Procedural Rights: Comparative standard of procedural fairness*, a cura di M. Taruffo, *The Hague et al.*, 1999, p. 169. Come è noto, la migliore dottrina tedesca ha tuttavia cercato

Si è parlato, in proposito, anche di *discoveryphobie* <sup>(13)</sup>, ma la contrapposizione appare impropria perché l'eventuale riconoscimento di un obbligo di chiarificazione a carico delle parti non implica necessariamente la supina accettazione di un diritto di investigazione e di spionaggio in favore dell'avversario, come dimostrano tanto le differenze fra il processo inglese e il processo americano, quanto gli stessi ripensamenti che, in tempi recenti, stanno attraversando quest'ultimo sistema <sup>(14)</sup>.

Si consideri inoltre che l'antica tradizione ideologica improntata al diritto delle parti di *non edere contra se* è stata ormai seriamente intaccata in alcuni paesi di *civil law*, fra i quali spiccano i casi della Francia, della Svizzera, del Portogallo e del Brasile, per i quali si può parlare di modello «cooperativo» di chiarificazione processuale <sup>(15)</sup>, che presenta due tratti salienti: da un lato, gli obblighi di collaborazione delle parti sono intesi come doveri di comportamento nell'ambito dell'istruzione probatoria che si compie dinnanzi al giudice, non invece come obblighi di informazione fra le parti nella fase *pre-trial*; dall'altro lato, l'estensione degli stessi è ben più limitata rispetto ai sistemi anglosassoni, rispetto ai quali vi è anche un approccio sanzionatorio indubbiamente più tenue ed indulgente <sup>(16)</sup>.

## RADICI CULTURALI ED ETICHE DELL'OBBLIGO DI VERITÀ DELLE PARTI

Come è stato osservato da Claudio Consolo, le divergenze di approccio e di contenuti in relazione ai vari aspetti dell'obbligo di verità delle parti paiono derivare da profonde ragioni di carattere culturale e religioso <sup>(17)</sup>. Si tratta di un'idea che trova consonanti rilievi in Alessandro Pekelis, secondo il quale mentre i sistemi di *common law* hanno un carattere spiccatamente moralistico, la filosofia dei paesi di *civil law* lascia le questioni di coscienza al «tribunale della morale», disciplinando sotto il profilo giuridico soltanto i comportamenti esterni all'uomo <sup>(18)</sup>.

Entrambi riconoscono inoltre la speciale posizione assunta – fra i sistemi di *civil law* – dalla Germania, che è stata sicuramente influenzata dalle ideologie politiche e dalle tecniche giuridiche dei paesi latini dell'Europa continentale, ma che al tempo stesso ha mantenuto «*too many old Teutonic institutions and attitudes*» tali da escludere un contrasto eccessivamente marcato con i sistemi di *common law* <sup>(19)</sup>. Ciò

di ribaltare questa concezione: v., in particolare, la costruzione ancora attuale di R. Stürner, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen, 1976, p. 9 ss., che però è stata respinta dalla giurisprudenza e dalla prevalente dottrina tedesca.

A diverse conclusioni si è invece giunti in Austria, laddove – pur mancando un riconoscimento esplicito della *Aufklärungspflicht* delle parti – la dottrina si è mostrata più incline a ricavare l'esistenza di un tale obbligo dalla norme processuali e dai principi ispiratori del codice: si consideri la posizione di J. RASSI, *Die Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten der nicht beweiserisikobelasteten Partei im Zivilprozess aus österreichischer Sicht*, in *ZZP*, vol. 121, 2008, p. 165 ss., che costruisce l'obbligo austriaco di chiarificazione delle parti ricorrendo ad un approccio molto simile a quello di Stürner.

13 Per l'uso di questa espressione al fine di descrivere l'approccio tedesco al problema, v. A. Stadler, *Inquisitionsmaxime und Sachverhaltsaufklärung*, in *Festschrift für Kostas E. Beys*, Athen, 2003, vol. II, p. 1627.

14 Mi riferisco al fenomeno della riduzione delle informazioni *discoverable* alla luce del principio di proporzionalità, soprattutto dopo gli *Amendments* del 2015; nonché all'*overruling* della Suprema Corte degli Stati Uniti nei casi *Twombly* e *Iqbal*, con i quali è stato ampliato il livello di specificità dei *pleadings* iniziali, con la conseguenza di rendere meno agevole l'accesso alla procedura di *discovery*: per ampi rilievi in proposito, v. M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 221 ss.

15 Questa espressione è oggi di uso comune nella dottrina brasiliana: v., ad esempio, F. Didier Jr., *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*, in *RePro*, n. 198, 2011, p. 213 ss.; D. Mitidiero, *Colaboração no processo civil*, 3ª ed., São Paulo, 2015, p. 97 ss.; R. Stefanini Aulio, *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC*, Salvador, 2017, p. 55 ss.

16 Come si è rilevato in M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 170 ss., negli ordinamenti di *civil law* non è attribuito al giudice il c.d. *contempt power* proprio del giudice inglese e del giudice americano, ma di regola al rifiuto della parte di collaborare sono associate soltanto sanzioni di carattere probatorio. In Svizzera, questa è l'unica conseguenza della *non-compliance* processuale dei litiganti; in Francia, alle sanzioni probatorie si unisce la misura coercitiva indiretta dell'*astreinte*; in Portogallo e in Brasile, si ricorre anche all'attuazione forzata dell'obbligo di consegna dei documenti, alla condanna al risarcimento dei danni e alla comminazione di multe processuali, che però non sono ancora paragonabili alle *contempt sanctions* anglosassoni.

17 Questa idea è stata sviluppata dall'a. in C. Consolo, *Il diritto processuale civile e la sua universalità nobilmente servente*, in Id., *Passaggiate e passacaglie sul confine fra diritto civile e processuale*, a cura di F. Godio, Assago, 2016, p. 529 ss., spec. p. 542 ss., dove si afferma che il dovere processuale di verità delle parti è stato maggiormente sentito negli ordinamenti giuridici legati all'etica protestante.

18 Per l'esposizione di questa opinione, v. A.H. Pekelis, *Legal Techniques and Political Ideologies: A Comparative Study*, in *Michigan Law Rev.*, vol. 41, 1943, p. 665 ss., spec. p. 677. Il tema del rapporto fra la cultura dei popoli e il diritto processuale civile è ovviamente oggetto, per il suo naturale fascino, di una letteratura sterminata sotto molteplici aspetti: v., in particolare, M. Cappelletti, *Social and Political Aspects of Civil Procedure: Reforms and Trends in Western and Eastern Europe*, in *Mich. Law Rev.*, vol. 69, 1971, p. 847 ss.; W.L.F. Felstiner, *Influences of Social Organization on Dispute Processing*, in *Law & Society Rev.*, vol. 9, 1974, p. 63 ss.; R.L. Abel, *A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society*, in *Law & Society Rev.*, 1974, p. 217 ss.; M.J. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, 1986, nella trad. a cura di A. Giussani e F. Rota, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, pp. 38 ss., 49 ss.; Id., *Rational and Irrational Proof Revisited*, in *Cardozo J. Int. & Comp. Law*, vol. 5, 1997, p. 25 ss.; O. Chase, *Law, Culture, and Ritual. Disputing Systems in Cross-cultural Context*, New York-London, 2005, pp. 1 ss., 47 ss.; nonché M. Taruffo, *Transcultural Dimensions of Civil Justice*, in *Comp. Law Rev.*, vol. 23, 2000, p. 1 ss.; Id., *Cultura e processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, p. 63 ss.

19 Così si esprime A.H. Pekelis, *Legal Techniques and Political Ideologies*, cit., p. 666, il quale ritiene pertanto che, se si prende il sistema tedesco come modello dei paesi di *civil law*, il confronto con i sistemi di *common law* conduce ovviamente a risultati differenti.

trova conferma proprio dall'angolo visuale dell'obbligo di verità delle parti, in relazione al quale il diritto processuale tedesco presenta infatti una disciplina intermedia che sarebbe altrimenti difficilmente comprensibile<sup>(20)</sup>.

Questa ricostruzione lascia parzialmente in ombra i paesi di *civil law* nei quali si stanno diffondendo limitati obblighi di collaborazione processuale<sup>(21)</sup>, ma contiene un'intuizione assai preziosa per la comprensione delle radici del fenomeno: come ha osservato anche Sergio Chiarloni, infatti, è indubbio che «l'amore per la verità [sia] assai intenso nella società e nella cultura anglosassone. Di più che nel continente, almeno nel Sud»; anche per l'autore, inoltre, le ragioni di questa differenza sono da ricercarsi «nella religione, che vede contrapposto il rigore protestante all'indulgenza cattolica e all'inclinazione al compromesso dei suoi esponenti»<sup>(22)</sup>.

L'approccio dei sistemi anglosassoni al problema della ricerca della verità nel processo è peraltro ben più complesso, perché sembra combinare elementi in apparente contraddizione fra loro: da un lato, infatti, si riscontra un'ancestrale avversione nei confronti dei poteri di *fact-gathering* del giudice, i quali sono tradizionalmente riservati alle parti secondo una logica *adversarial*<sup>(23)</sup>; dall'altro lato, però, vi è sempre stata una particolare attenzione per gli obblighi di *disclosure* a carico dei litiganti: ne è derivato un sistema composito nel quale l'accertamento dei fatti è stato considerato un compito dei litiganti, *rectius* dei loro avvocati, i quali si devono però confrontare nel contesto argomentativo del processo in maniera leale<sup>(24)</sup>.

Sotto quest'ultimo profilo, si è sottolineato come gli obblighi processuali di collaborazione delle parti trovino la propria fonte nella componente ecclesiastica delle *Courts of Chancery* inglesi che elaborarono il moderno sistema di *discovery*<sup>(25)</sup>, ma anche nella specialità dell'etica protestante che, come ha insegnato Max Weber, ha esercitato una grande influenza sull'elaborazione della cultura capitalista inglese, portando ed esaltare il ruolo dell'individuo nella comunità di appartenenza e della correttezza del suo comportamento in tale contesto<sup>(26)</sup>.

Non è quindi parso azzardato ritenere che questo fondamento etico e religioso si sia rovesciato anche nella logica del processo inglese, in termini di obblighi di *disclosure* a carico dei litiganti<sup>(27)</sup>. E si è altresì affermato che questo paradigma di comportamento è stato ancora più accentuato nel sistema giuridico

20 Rileva puntualmente questa particolarità del sistema tedesco anche C. Consolo, *Il diritto processuale civile e la sua universalità nobilmente servente*, cit., p. 546, nota 16, osservando che, per ragioni storiche, la Germania è un paese «a macchia di leopardo».

21 Sui quali v. più dettagliatamente *infra*, § 3.

22 Così S. Chiarloni, *La verità presa sul serio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 706, il quale osserva condivisibilmente che tale atteggiamento culturale abbia riflessi non solo sul diritto, ma anche sulla politica: nei paesi anglosassoni «le falsificazioni propagandistiche non sono tollerate e fanno cadere in disgrazia chi cerca di accreditarle, a differenza del populismo parolai che tanti disastri ha combinato nella storia del continente»; in senso analogo, v. anche A. Sereni, *Aspetti del processo civile negli Stati Uniti*, Milano, 1954, p. 108, il quale osserva che fra Europa continentale e Stati Uniti vi è «una differenza di mentalità, influenzata in larga misura da concezioni religiose: nel Protestante il senso dell'intimità della persona è assai meno vivo che nell'europeo latino-cattolico».

23 Come osserva magistralmente M.S. Damaška, *I volti della giustizia e del potere*, cit., pp. 97 ss., 231 ss., 281 ss., l'organizzazione dello stato ha influenzato il modo di concepire il ruolo del giudice nel processo: in uno stato attivo (definito anche gerarchico), è naturale riconoscere al giudice poteri probatori finalizzati all'accertamento dei fatti; viceversa, nello stato passivo (definito anche paritario), il potere di introdurre il materiale probatorio nel processo spetta soltanto alle parti.

Non si deve peraltro confondere questo aspetto con la tendenza dei processi di *common law*, manifestatasi esponenzialmente in tempi recenti, ad accrescere i poteri di direzione del processo, soprattutto in tema di gestione efficiente dello stesso. È pur vero che queste riforme hanno messo in discussione il carattere *adversarial* del processo di *common law*, intaccando il mito del «giudice passivo», come osserva dubitativamente N. Andrews, *The Pursuit of the Truth in the Modern English Civil Proceedings*, in *ZZPInt*, 2003, vol. 8, p. 74 s.; ma il potere del giudice ai fini della ricerca e della introduzione delle prove nel processo, che costituisce un aspetto assolutamente differente, resta assai circoscritto nei paesi di *common law*.

24 In senso conforme, v. anche L.P. Comoglio, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, p. 128 s., il quale osserva che l'*adversary system*, è «proiezione ed espressione dei più importanti valori culturali ed etico-religiosi della società inglese, rispecchiando fedelmente i caratteri di indipendenza, di libertà, di coscienza civica e di *fair play*, che le sono atavicamente connaturati»; nella dottrina inglese, v. inoltre J. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, London, 1987, p. 15 ss.

25 Come ricorda G. Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence*, 10ª ed., aggiornata da I.F. Redfield, Boston, 1870, vol. II, § 1480 ss., è proprio nella *equitable jurisdiction* delle *Courts of Chancery* che si sviluppa il sistema di *discovery*, poi esteso anche alle corti di *common law* a seguito della riunificazione realizzata con il *Supreme Court of Judicature Act* del 1873. Va tuttavia precisato che le *Courts of Chancery* non erano corti ecclesiastiche, ma fino al 1529 il *Lord Chancellor* era un alto dignitario ecclesiastico: v. A.H. Pekelis, *Legal Techniques and Political Ideologies*, cit., p. 677, il quale osserva come tale organo giurisdizionale avesse il dichiarato intento di occuparsi della «*conscience of the party*».

26 Il discorso del sociologo tedesco è volto soprattutto a delineare l'influenza delle idee religiose di Lutero e di Calvino sulla concezione del capitalismo inglese, ma l'idea è foriera di ulteriori e gravide implicazioni: v. M. Weber, *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, Tübingen, 1904, nella trad. it., *l'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Milano, 1993, p. 55 ss.; v. anche R.H. Tawney, *Religion and the Rise of Capitalism*, London, 1926, p. 1 ss.; K. Fullerton, M. Weber, *Calvinism and Capitalism*, Cambridge (Mass.), 1928, p. 1 ss.

27 Per questa idea, v. A.H. Pekelis, *Legal Techniques and Political Ideologies*, cit., p. 666.

degli Stati Uniti<sup>(28)</sup>, la cui matrice storica si rinviene nel puritanesimo più estremo<sup>(29)</sup>: ciò ha formato, assai probabilmente, un *habitat* culturale favorevole ad estendere gli obblighi di collaborazione processuale ben oltre i limiti del sistema inglese.

Tanto in Inghilterra quanto negli Stati Uniti, è inoltre apparso logico rendere effettivi questi doveri di cooperazione mediante un potente sistema sanzionatorio e, in particolare, con lo strumento del *contempt of court*<sup>(30)</sup>. Lo scopo di questo mezzo non è tanto quello di punire la parte che abbia violato un ordine giudiziale (*quia peccatum est*), quanto piuttosto di spingerla ad adempiere, a rispettare quell'ordine giudiziale, ritenuto necessario per il corretto svolgimento del processo (*ut agitur*)<sup>(31)</sup>.

In ciò si ravvisa soprattutto, se non addirittura esclusivamente, la necessità di proteggere la parte che ha diritto all'informazione, come dimostra il fatto che il potere del giudice è finalizzato a garantire lo scambio di informazioni che si svolge direttamente fra le parti (*inter-party discovery*) e fuori delle aule del tribunale (*out-of-court discovery*)<sup>(32)</sup>. È insomma tutt'altro che trascurabile il fatto che, adempiendo all'ordine giudiziale, la parte obbligata fornisca la risposta o il documento al suo avversario, non al magistrato<sup>(33)</sup>.

Si può, a questo punto, cogliere più a fondo la cultura dei sistemi anglosassoni, ispirata ai principi di libertà, individualismo e *laissez-faire*<sup>(34)</sup>, che si riflettono in modo assai significativo sulla struttura del processo civile. La forte avversione nei confronti dell'autorità statale, soprattutto negli Stati Uniti, spinge a costruire un modello di processo basato sul c.d. «individualismo competitivo», rimettendo alle parti il compito di introdurre in giudizio il materiale probatorio (*party control in fact-gathering*)<sup>(35)</sup>.

La collaborazione reciproca fra le parti, non fra le parti e il giudice, si pone però come limite necessario di questa competizione, sia per antiche ascendenze di carattere religioso, che impongono la fedeltà al gruppo di appartenenza<sup>(36)</sup>, sia per un'ulteriore componente della cultura anglosassone, più laica ma altrettanto pregnante: l'egalitarismo che, almeno sulla carta, impone di offrire a tutti le medesime opportunità<sup>(37)</sup>. È

28 A testimonianza di questa cultura della verità, si ricordi che Bill Clinton, quando era Presidente degli Stati Uniti, fu sanzionato per aver risposto nel corso di un processo in maniera ambigua, tale da essere considerata falsa, nell'ambito di una deposizione: il Presidente affermò di non avere avuto una «relazione sessuale» con la sua stagista, mentre invece vi erano stati – come è noto alle cronache – rapporti intimi, sia pure non completi; messo di fronte a questa verità, il Presidente cercò allora di giustificarsi affermando di avere inteso il concetto «rapporti sessuali» come limitato ai soli «rapporti sessuali completi»; per questa equivocazione fu quindi sottoposto ad una procedura di *impeachment* presidenziale, dalla quale scampò a stretta maggioranza, in una vicenda che fece comunque grande scalpore; nel procedimento civile fu però sanzionato come mentitore con un *civil contempt* e sospeso per quattro dall'esercizio della professione di avvocato: v. *Jones v. Clinton*, 36 *F.Supp.2d* 1118 (*E.D. Ark.* 1999). Sulla vicenda, in una prospettiva storico-politica, v. D.H. Erskine, *The Trial of Queen Caroline and the Impeachment of President Clinton: Law as a Weapon for Political Reform*, in *Wash. Un. Global Studies Law Rev.*, vol. 7, 2008, p. 1 ss.

29 Come osserva C. Consolo, *Il diritto processuale civile e la sua universalità nobilmente servente*, cit., p. 557, gli Stati Uniti costituiscono un paese «nato sul ceppo anglosassone del puritanesimo (ad anzi, del puritanesimo esasperato, poiché erano gli 'estremisti' a migrare)», anche se oggi «più della metà della popolazione [...] non ha più nulla in comune con quelle radici, ed è ben lontana da quell'imprinting sia ideologico sia etico di parzialità». Per l'influenza del puritanesimo sul sistema giuridico degli Stati Uniti, v. R. Pound, *Puritanism and the Common Law*, in *Kan. St. Bar Ass. Proc.*, vol. 27, 1910, p. 45 ss.; Id., *The Spirit of Common Law*, Francetown (New Hamp.), 1921, p. 32 ss.; e, più di recente, l'ampia e documentata ricostruzione di W.E. Nelson, *The Common Law in Colonial America*, voll. I-III, Oxford, 2008-2016.

30 Per il collegamento fra questo istituto e il carattere moralistico dei sistemi giuridici di *common law*, v., in particolare, N. Kyriakides, *Contempt of Court as a Sanction for Non-compliance with EU-wide Court Orders, in Europe in Crisis. Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in Honour of Nestor Courakis*, Athens, 2017, vol. II, p. 441 ss.

31 A.H. Pekelis, *Legal Techniques and Political Ideologies*, cit., p. 668 s., sintetizza efficacemente questa concezione osservando che, per i giuristi di *common law*, «we are faced here with so-called civil contempt; there is no punishment involved, the proceeding is not a criminal one [...]. Nothing mysterious about it!». Più di recente, v. A. Zuckermann, *Compliance with Process Obligations and Fair Trial*, in *The Future of Transnational Civil Litigation*, a cura di M. Adenas, N. Andrews e R. Nazzini, London, 2004, p. 128, il quale osserva come sia assolutamente ovvio che il processo non possa raggiungere risultati soddisfacenti se i litiganti non rispettano le regole: di conseguenza, «[t]he realities of litigation are shaped by the way that the courts enforce the rules».

32 Per l'utilizzo di queste significative espressioni, idonee ad identificare le coordinate concettuali dell'istituto, v. rispettivamente M.R. Damaška, *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments*, in *Am. J. Comp. Law*, vol. 45, 1997, p. 843; e O. Chase, *Law, Culture, and Ritual*, cit., p. 59, il quale usa in alternativa il termine di «party-controlled discovery» per indicare lo scambio di informazioni fra le parti. Si può anche parlare di «adversarial discovery», come fa ad esempio S. Dodson, *New Pleading in the Twenty-First Century. Slamming the Federal Courthouse Doors?*, Oxford-New York, 2013, p. 155.

33 Come avverte A.H. Pekelis, *Legal Techniques and Political Ideologies*, cit., p. 669, si compirebbe quindi una grave manipolazione del significato del *contempt power* attribuito al giudice anglosassone se lo si volesse leggere con gli occhi europei, così snaturandone la portata.

34 Per il rilievo di questi elementi della cultura americana, v., in particolare, S.M. Lipset, *American exceptionalism. A double-edged sword*, New York-London, 1996, p. 31.

35 Per una chiara esposizione di questo concetto, v. O. Chase, *Law, Culture, and Ritual*, cit., p. 58 ss.

36 Come osserva puntualmente A.H. Pekelis, *Legal Techniques and Political Ideologies*, cit., pp. 681, 686, richiamando anche il pensiero di C.W. Eliot, *The Conflict between Individualism and Collectivism in a Democracy*, New York, 1910, pp. 7 s., 31, 91; e di F.J. Turner, *The Frontier in American History*, New York, 1920, p. 258 ss., i quali – pur enfatizzando il carattere individualista dei primi coloni americani – sottolineano al tempo stesso l'importanza per gli stessi della famiglia, del gruppo di appartenenza, della propria città.

37 V. ancora S.M. Lipset, *American exceptionalism*, cit., p. 31, il quale inserisce anche questo principio fra i fondamenti della cultura americana; nello stesso senso, v. H. Jacob, *Courts and Politics in the United States*, in *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, New Haven-London, 1996, p. 16 ss., spec. p. 28.



in tale idea che, con riferimento al microcosmo del processo, riposa il senso più profondo dell'obbligo di cooperazione fra le parti nella fase di *pre-trial discovery*.

L'elaborazione di questo risultato non è stata peraltro indolore, perché è evidente che proprio l'atteggiamento individualistico e competitivo, da cui tutto il discorso prende le mosse, offre un'innegabile resistenza all'obbligo di una parte di favorire il suo avversario processuale, perché ciò si risolve, in qualche modo, in una intrusione<sup>(38)</sup>. Tuttavia, come ha giustamente osservato Oscar Chase, è data prevalenza all'istanza individualistica di chi agisce, chiedendo una informazione necessaria per la tutela dei suoi diritti, rispetto a quella di chi invece si difende passivamente<sup>(39)</sup>.

In tutto questo si intravede anche una finalità «sociale», la cui realizzazione non è però rimessa alla mano pubblica dello stato, bensì alla biunivoca collaborazione delle parti<sup>(40)</sup>. La procedura di *pre-trial discovery*, nel favorire il raggiungimento della verità mediante il contributo dei litiganti, funziona infatti anche come strumento di *private enforcement* dei diritti con effetti benefici su tutta la collettività<sup>(41)</sup>.

Questa forma di collettivismo latente, sia pure mascherato da individualismo competitivo<sup>(42)</sup>, spiega in qualche modo l'ammirazione di Franz Klein – che altrimenti sarebbe stata paradossale – per il sistema di *discovery* mediante il contributo delle parti<sup>(43)</sup>. Ricorrendo ad una immagine assai efficace, il giurista austriaco affermava che il processo non può essere concepito come una guerra senza l'aiuto della Croce rossa («*Krieg ohne rotes Kreuz*»), **osservando anche come il sistema processuale all'epoca vigente in Austria non contemplasse, a differenza di quello inglese, la possibilità di chiedere alle parti informazioni sui fatti della causa**<sup>(44)</sup>.

C'era però in questo collegamento un punto di vista totalmente nuovo, tale da deviare, pur nell'apparente continuità di quel pensiero, anche l'idea di Jhering secondo la quale «ognuno è un lottatore nato, per il diritto, nell'interesse della comunità»<sup>(45)</sup>. Si è infatti dinnanzi ad uno stravolgimento di senso perché, nella costruzione «sociale» di Klein, il potere di interrogazione viene affidato al giudice, sulla base dell'idea che lo

38 Il rilievo è di S. Subrin, *Fishing Expeditions Allowed: the Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, in *Boston Coll. Law Rev.*, vol. 39, 1998, p. 695.

39 O. Chase, *Law, Culture, and Ritual*, cit., p. 61.

40 Tuttavia, nella dottrina nordamericana, si è anche dubitato della capacità dello scontro competitivo fra le parti di consentire il raggiungimento della verità: per una classica critica nei confronti della c.d. «*sporting theory of justice*», v. R. Pound, *The Causes of Populare Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *A.B.A. Reports*, vol. 29, 1906, p. 395 ss., il quale però scriveva nel sistema processuale degli Stati Uniti prima della *discovery revolution* introdotta con le *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938; e, per una critica anche successiva rispetto all'introduzione dei *discovery devices*, v. M.E. Frankel, *The Search for Truth: an Umpireal View*, in *Un. Penn. Law Rev.*, vol. 123, 1975, p. 1031 ss., spec. p. 1041, il quale ammette che «[*liberalized discovery has helped, though the struggles over that [...] highlight the hardy evils of adversary management*]. Il problema – un vero e proprio classico *topos* processuale – è assai dibattuto in tutti gli ordinamenti giuridici, come si è già osservato *supra*, cap. II, § 6; è però evidente che l'obbligo di collaborazione delle parti offre uno strumento per limitare il vorace desiderio di ciascuna delle parti di prevalere sull'altra, regolando il loro reciproco scambio di informazioni nel processo.

41 In proposito, v. ampiamente C. Tobias, *Public Law Litigation and the Federal Rules of Civil Procedure*, in *Cornell Law Rev.*, vol. 74, 1989, p. 270 ss., spec. p. 274 ss.; C.T. Bogus, *Why Lawsuit are Good for America: Disciplined Democracy, Big Business and the Common Law*, New York, 2001, p. 141 ss.; R.A. Kagan, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Cambridge (Mass.), 2001, p. 229 ss.; P.D. Carrington, *The American Tradition of Private Law Enforcement*, in *German Law J.*, vol. 5, 2004, p. 1413 ss.; ed ancora O. Chase, *Law, Culture, and Ritual*, cit., p. 62, il quale rileva che attraverso la procedura di *party-controlled discovery* è **più facilmente possibile raggiungere la verità, così promuovendo il «social welfare in general»**.

42 Assai significativo in proposito è quanto affermato da M. Ascoli, *Intelligence in Politics*, New York, 1936, p. 199, secondo il quale «[*t]hings are so well arranged in America that the strict allegiance to collective behaviour is called individualism*».

43 Verso la fine del XIX secolo, ossia al tempo in cui il famoso giurista austriaco costruiva la sua visione del processo, il modello di *discovery* di riferimento era quello inglese, regolato dalle *Rules of Supreme Court* del 1883: al riguardo, in una prospettiva storica, v. H. Malek, P. Matthews, *Disclosure*, 5ª ed., cit., p. 8 ss.

44 V., in particolare, F. Klein, *Pro futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprocessreform in Oesterreich*, Leipzig, 1891, p. 39 ss., spec. p. 41, ove si legge, con riferimento al processo inglese, che: «*Die Parteien können da über alle sie interessierenden Gegenstände des Processes, oder genauer gesagt, über alle das Recht des Fragenden betreffende Umstände an einander Frage stellen (interrogatories, discovery by interrogatories). [...] Die englischen Rechtsanschauung nimmt es mit dieser Mittheilungspflicht so streng als möglich, das zeigen deren Sanktionen*».

45 Così si era espresso R. von Jhering, *Der Zweck im Recht*. Breitkopf & Härtel, Leipzig 1877-1883, nella trad. it. a cura di M.G. Losano, *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972, p. 125 s.; per l'elaborazione di questa idea v. già Id., *Der Kampf um's Recht*, Wien, 1973, nella trad. it. a cura di R. Mariano, *La lotta pel diritto*, Milano-Napoli, 1875, pp. 150 ss., 180 ss., il quale osserva che la lotta per il diritto è «un dovere della persona verso se stessa», ma anche «un dovere verso la comunanza». Per il rilievo dell'influenza della concezione jheringiana del diritto sul pensiero giuridico di Klein, v., in particolare, A. Chizzini, *Contraddittorio, principio dispositivo e poteri del giudice nelle trasformazioni del diritto processuale civile*, in *Jus*, 2012, p. 474 s.; sulla concezione processuale di Franz Klein, v. anche gli studi di P. Böhm, *Zu den rechtstheoretischen Grundlagen der Rechtspolitik Franz Kleins*, in *Forschungsband Franz Klein (1854-1926). Leben und Wirken*, a cura di H. Hofmeister, 1988, p. 191 ss.; C. Consolo, *Il duplice volto della «buona» giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, in *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe (1895)*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, cit., sez. I, vol. VIII, Milano, 2004, p. XXXVII ss.; N. Picardi, *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein*, in *Giusto processo civ.*, 2011, p. 1067 ss.; A. Chizzini, *Franz Klein e i Padres della procedura civile in Italia*, in *Giusto processo civ.*, 2011, p. 739 ss.; N. Trocker, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in *Giusto processo civ.*, 2012, p. 31 ss.

stato non può rimanere indifferente rispetto alla soluzione del conflitto economico che si decide nel processo civile: siamo così di fronte alla giustificazione – chiaramente contraria al liberalismo anglosassone – dell'intervento diretto dello stato nella struttura economica anche quando la questione dell'attribuzione dei beni assurge al livello della controversia giuridica <sup>(46)</sup>.

Non è un caso che lo stesso Klein, nella classificazione dei modelli processuali, accosti il sistema da lui ideato al processo prussiano del XVIII secolo <sup>(47)</sup>, così segnando una netta discontinuità tanto con la struttura liberale del processo napoleonico quanto con la *Civilprozessordnung* tedesca del 1877, che invece limitavano i poteri del giudice, lasciando alle parti il compito di introdurre nel processo il materiale probatorio, ciascuno nel proprio interesse, ma senza poter contare sull'ausilio dell'avversario <sup>(48)</sup>.

L'idea kleiniana dell'intervento statale nel processo civile è fondata in modo originale sull'interesse della tutela della collettività, non sull'affermazione dell'apparato e del potere dell'istituzione statale, ma tanto l'una quanto l'altra ideologia finiscono per dare una giustificazione teorica ai poteri del giudice; di conseguenza, l'obbligo di verità delle parti è stato coerentemente concepito come un obbligo verso il magistrato che incarna l'interesse della collettività oppure quello dello stato come istituzione.

Questo collegamento, che in Inghilterra e negli Stati Uniti è sempre stato felicemente negato, deve invece essere apparso quasi necessario nella tradizione del processo liberale dell'Europa continentale, che da un lato ha escluso la possibilità di concepire un obbligo di verità delle parti in favore del giudice e dall'altro – come obnubilata da quella distorta visione – ha finito per trascurare la c.d. *inter-party discovery*, come osserva assai acutamente Mjrian Damaška <sup>(49)</sup>.

Confinando il problema alla sola prospettiva del giudice, l'obbligo di verità delle parti è stato quindi oggetto di un atteggiamento culturale di preoccupazione e di sospetto: si è temuto il pericolo della tortura morale, dell'inquisizione giudiziaria a scapito della libertà e della coscienza delle parti <sup>(50)</sup>. Allo stesso medo, il *contempt of court* è stato considerato, nell'Europa continentale, un «*tyrannical device*» in mano al giudice, tanto che il tentativo di costruire in Francia una dottrina dei poteri sanzionatori del giudice non ha avuto alcuna fortuna <sup>(51)</sup>. Il processo francese, più cautamente, ha ammesso il c.d. *astreinte*, che però non opera *in personam*, come invece fa il *contempt of court* anglosassone <sup>(52)</sup>.

Al tempo stesso, le leggi processuali dell'Europa continentale non sono mai giunte al punto di rottura di dichiarare legittima la menzogna processuale, ma la stessa è sempre stata sanzionata con scarso rigore, oppure è stata confinata nello spazio extra-giuridico della morale. Sul piano etico, peraltro, la tradizione cattolica ha sempre tollerato e giustificato l'incompletezza e l'ambiguità di fronte al pericolo di un esercizio arbitrario del potere dell'autorità <sup>(53)</sup>.

Lo stesso Sant'Agostino, nel condannare duramente la menzogna come peccato, si pose però il problema – che poi ebbe una risposta irragionevole in Kant – dell'uomo onesto interrogato dall'autorità sul luogo dove si nasconde un uomo che si sa innocente, ma che la forza di polizia vuole catturare ed uccidere: ebbene, in questo caso, il filosofo cristiano suggerisce di rispondere con un diversivo semantico che non violi il divieto

46 Per un più approfondito esame, v. C. Consolo, *Il duplice volto della «buona» giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, in *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe (1895)*, in *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, sez. I, vol. VIII, Milano, 2004, p. XXXVII ss.

47 La classificazione dei modelli processuali è esposta in F. Klein, F. Engel, *Der Zivilprozess des Österreichs*, Mannheim, 1927, p. 187, distinguendo fra modelli che prendono come punto di riferimento i singoli individui e la loro tutela (processo comune, processo napoleonico e processo francese), modelli invece prendono come punto di partenza l'istituzione di governo (processo romano tardo imperiale e processo giustiniano) e, infine, modelli che si fondano sulla tutela della collettività (*Corpus Juris Fridericianum* e *Zivilprozessordnung* austriaca del 1895).

48 Per l'esame dell'obbligo di verità delle parti in prospettiva storica, rinvio a M. Gradi, *Storia dell'obbligo di verità delle parti*, in *RePro*, n. 275, 2018, p. 465 ss.

49 M.R. Damaška, *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants*, cit., p. 843.

50 L'espressione più chiara di questo timore si ha in P. Calamandrei, *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiovenda*, Padova, 1927, p. 131 ss., ora anche in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 145 ss.

51 In tal senso, v. A. Esmein, *L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes*, in *Riv. trim. dr. civ.*, 1903, p. 33 ss.

52 In proposito, v. A. Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, p. 73 s.; B. Ficcarelli, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004, p. 108 ss.

53 Per una ricchissima ed affascinante ricostruzione, v. A. Tagliapietra, *Filosofia della bugia. Figure della menzogna nella storia del pensiero occidentale*, Milano, 2001, p. 224 ss., spec. p. 244 ss., che rileva gli sforzi dei filosofi cristiani per cercare di conciliare i doveri dell'uomo onesto con l'epoca di persecuzioni, violenze ed inquisizioni del medioevo.

di mentire, ma che al contempo non sveli la risposta<sup>(54)</sup>.

Anche San Tommaso D'Aquino, pur inserendosi nel solco agostiniano della condanna alla bugia, afferma però che – in caso di necessità – «è lecito nascondere prudentemente la verità con qualche scusa» (*licet tamen veritatem occultare prudenter sub aliqua dissimulazione*)<sup>(55)</sup>, secondo un'idea che verrà poi sviluppata anche da Tommaso Accetto, per il quale l'occultamento della verità, mediante un «velo di tenebre oneste» tale da dissimulare ciò che è, è un'arma virtuosa a disposizione del giusto per sfuggire alle oppressioni dei potenti<sup>(56)</sup>.

Quanto alla forma dell'espedito verbale idoneo a non svelare la verità a chi la pretenda ingiustamente, un fondamentale contributo si rinviene nelle raffinatezze gesuitiche, che non a caso vengono elaborate proprio nel periodo dell'inquisizione spagnola: si affermano così i concetti della *aequivocatio*, della *restrictio* e della *amphibolia* del discorso, sostenendo che ciò che è incompleto o ambiguo non può considerarsi falso<sup>(57)</sup>.

C'è in tutto questo un nobile tentativo di difendersi dal potere costituito, la necessità di tutelare la propria persona nei casi più gravi, ossia quando vi è il rischio di una persecuzione. È quindi assai probabile che questa giustificazione morale e filosofica del silenzio e dell'ambiguità abbia offerto l'ambiente ideale per la diffusione dell'idea, a mio avviso più che ragionevole, che anche nel processo civile la parte non sia tenuta a collaborare *con il giudice* ai fini della ricerca della verità contro il proprio interesse, ossia alla giustificazione – in un processo ispirato al principio dell'investigazione *ex officio* dei fatti – del diritto di non *edere contra se* di fronte al potere dell'autorità giudiziaria.

L'obbligo delle parti di dire la verità nel processo non implica però la supina accettazione del principio della ricerca officiosa della verità, in quanto, anche nei sistemi processuali di *civil law*, tale obbligo può essere depurato da inquietanti connotazioni di carattere ideologico, per essere concepito – in una visione sicuramente più moderna – come un obbligo reciproco e privato fra le parti finalizzato al pieno esercizio del diritto di azione e di difesa di ciascuno dei litiganti<sup>(58)</sup>.

## MOVIMENTI DI CONVERGENZA E FUTURO DEL PROCESSO CIVILE

Le radici storico-culturali dei sistemi giuridici, di cui si è appena dato conto, hanno inevitabilmente condotto ad indubbie differenze nelle discipline processuali dei diversi paesi in merito all'obbligo delle parti di collaborare all'accertamento della verità, le quali non devono però essere sovrastimate, anche perché – soprattutto negli ultimi decenni – si assiste a movimenti di lenta ma significativa convergenza in materia<sup>(59)</sup>, i quali si inseriscono nell'ambito del più generale fenomeno di contaminazione fra ordinamenti giuridici, che è il frutto della globalizzazione in campo giuridico<sup>(60)</sup>.

**È ormai nota la** tendenza inglese e anche quella nordamericana a contenere gli eccessi dei *surplus* di flussi informativi soprattutto mediante il ricorso dalla duttile clausola della proporzionalità, ma anche grazie al controllo preventivo di tipo manageriale del giudice, finalizzato a prevenire le storture informative di un sistema processuale altrimenti rimesso ai reciproci e sfrenati egoismi dei litiganti. A ciò si aggiunge che anche

54 Tale questione è trattata in Sant'Agostino, *De mendacio*, XIII, 22-24, secondo il quale allarichiesta di precisare se il ricercato è in un certo posto, occorre rispondere «so dov'è ma non te lo farò mai vedere», che è da ritenersi risposta giusta e lodevole. Si noti anche la finezza dell'espedito linguistico, che evita anche il rischio che dal mero silenzio dell'interrogato rispetto ad una domanda circostanziata l'autorità possa capire se l'uomo innocente si trova in un dato posto. Viceversa, per I. Kant, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, in *Berlinische Blätter*, 1797, p. 301 ss., nella trad. it., *Su un presunto diritto di mentire per amore dell'umanità*, in *Il diritto di mentire*, a cura di S. Mori Carmignani, Bagno a Ripoli, 2008, p. 33 ss., spec. p. 37 ss., anche in tal caso, si dovrebbe rispondere in modo veritiero per «amore dell'umanità».

55 S. Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, II, II, q. 110, a. 3 ad 4.

56 T. Accetto, *Della dissimulazione onesta*, Napoli, 1641, che consulto nella rist., Torino, 2005, p. 13 ss.

57 Si tratta dei contributi offerti, a partire dal Cinquecento, dai gesuiti spagnoli, fra cui si distinguono Francisco Suarez e Francisco Toledo, citati in A. Tagliapietra, *Filosofia della bugia*, cit., p. 280.

58 Come ho cercato di dimostrare in M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 575 ss.

59 Per il rilievo di una convergenza globale in materia di *discovery*, v. N. Trocker, V. Varano, *Concluding Remarks*, in *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, a cura di N. Trocker e V. Varano, Torino, 2005, p. 255 ss.; N. Trocker, *On the Convergence of Procedural Systems: Are Europeans discovering U.S. Discovery?*, in *Festschrift für Konstantinos D. Kerameus*, Athens, 2009, p. 1433 ss.; Id., *Le riforme del processo civile in Europa: il ravvicinamento dei sistemi*, in Id., *La formazione del diritto processuale europeo. Studi*, Torino, 2011, p. 307 ss., spec. p. 325 ss.; per l'avvicinamento dei sistemi giuridici in materia di diritto probatorio, v. inoltre già V. Denti, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 31 ss.; Id., *Armonizzazione e diritto alla prova*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 673 ss.

60 In proposito, v. gli scritti raccolti in *Due iceberg a confronto: le derive del common law e civil law*, a cura di F. Carpi, Milano, 2009, p. 1 ss.; e in *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, a cura di O.G. Chase e J. Walker, Markham (Ontario), 2010, p. 1 ss.

nei paesi di *civil law* si stanno diffondendo limitati obblighi di collaborazione a carico delle parti. Emblematici di questa propensione sono i casi della Francia, del Portogallo e del Brasile, che con alcune significative riforme processuali – a partire dagli anni Settanta del secolo scorso <sup>(61)</sup> – hanno gradualmente introdotto nei propri sistemi processuali un principio di collaborazione, così rinnegando chiaramente il diritto a *non edere contra se*. Sotto il profilo ideologico, si riscontra però una diversa sensibilità in questi paesi: mentre nei paesi di lingua portoghese prevale nettamente la tensione pubblicistica, in Francia domina invece l'idea che l'*obligation de collaborer* di una parte sia il necessario completamento del *droit à la preuve* dell'altra <sup>(62)</sup>. Ad ogni modo, l'idea della cooperazione delle parti nel processo è ormai entrata nel bagaglio concettuale dei processualisti di *civil law*, come dimostra anche la più recente riforma svizzera, con la quale è stato introdotto un ragionevole obbligo di cooperazione processuale a carico dei litiganti <sup>(63)</sup>.

Questa tendenza si pone peraltro in felice combinazione con gli altri *global trends* che stanno interessando il processo civile nella prospettiva comparatistica: quello di una maggiore definizione sotto il profilo fattuale dell'atto introduttivo del giudizio, che si sta diffondendo anche nel sistema statunitense <sup>(64)</sup>, e quello dell'accrescimento dei poteri manageriali del giudice al fine di garantire un ordinato ed efficiente svolgimento del processo <sup>(65)</sup>. Questi due aspetti si accordano perfettamente con il principio della collaborazione limitata fra le parti, perché – da un lato – permettono di meglio focalizzare le esigenze probatorie, parametrando ad un oggetto processuale più definito, e – dall'altro – consentono di prevenire gli abusi delle richieste informative che l'egoismo e la libertà dei litiganti porterebbero altrimenti a livelli intollerabili <sup>(66)</sup>.

La ricerca di una soluzione equilibrata al problema dell'obbligo di collaborazione delle parti, così come al connesso tema del divieto di menzogna e di reticenza dei litiganti e dei loro avvocati, non è certamente priva di insidie e di difficoltà, ma appare senza alcun dubbio preferibile alle due soluzioni più estreme, ossia all'accettazione di un *diritto assoluto alla menzogna e all'opacità*, oppure – in modo esattamente contrapposto – di un *obbligo incondizionato di trasparenza e di candore processuale*. La sfida del futuro non è dunque quella di difendere anacronisticamente i più sfrenati radicalismi, di cui l'esperienza e la storia hanno mostrato l'inefficienza e l'irragionevolezza, bensì quella di costruire un obbligo di verità adeguato ad un processo moderno che aspiri ad offrire una tutela effettiva dei diritti <sup>(67)</sup>.

61 Il principio di collaborazione è stato infatti inserito nel sistema francese con le riforme del 1975; di poco antecedente è il codice brasiliano del 1973, il quale già conteneva un obbligo di collaborazione delle parti ai fini della scoperta delle verità; il nuovo *código brasileiro* del 2015 ha ribadito tale dovere, facendone un principio ancora più generale; il codice portoghese del 1961 conteneva un obbligo di collaborazione delle parti in forma ancora embrionale, il quale fu notevolmente implementato con le riforme del 1995 e 1996; il nuovo codice lusitano del 2013 ha ulteriormente accentuato questo fenomeno, trasferendo la disciplina della collaborazione processuale nei primi articoli programmatici del codice: per ampie informazioni al riguardo, v. M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., pp. 173 ss., 182 ss.

62 Per il collegamento fra il diritto alla prova e l'obbligo di collaborazione reciproca fra le parti «posto sotto il vigilante controllo del giudice», v. N. Trocker, *Le riforme del processo civile in Europa*, cit., p. 326.

63 Il recente codice svizzero, che ha codificato espressamente l'obbligo di cooperazione processuale delle parti per tutti gli stati cantonali, è del 2010: per ampie informazioni al riguardo, v. L.P. Comoglio, *Principi e garanzie fondamentali nel nuovo processo civile elvetico*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 652 ss.

64 In proposito, v. ampiamente S. Dalla Bontà, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione. Premesse teorico-ricostruttive*, Napoli, 2018, p. 165 ss.

65 Per un'analoga valutazione, v. S. Dodson, J.M. Klebba, *Global Civil Procedure Trends in the Twenty-First Century*, in *Boston Coll. Int. & Comp. Law Rev.*, vol. 34, 2011, p. 1 ss.

66 Come si è verificato nel processo civile degli Stati Uniti, laddove si è infatti posto il grave problema del c.d. *abuse of discovery*: in proposito, v. i classici studi di M. Pollack, *Discovery: Its Abuse and Corrections*, in *F.R.D.*, vol. 80, 1978, p. 219 ss.; D.L. Shapiro, *Some Problems of Discovery in an Adversary System*, in *Minn. Law Rev.*, vol. 63, 1979, p. 1055 ss.; W.D. Brazil, *Civil Discovery: Lawyers' Views of Its Effectiveness, Its Principal Problems and Abuses*, in *Am. Bar Foundation Research J.*, vol. 5, 1980, p. 787 ss.; e, ancora di recente, D.R. Hague, *Fraud on the Court and Abusive Discovery*, in *Nevada Law Rev.*, vol. 16, 2016, p. 707 ss.

67 È questa la prospettiva da me percorsa, con riferimento al sistema del processo civile italiano, in M. Gradi, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 711 ss.

# LE OPPOSIZIONI DI MERITO E DI RITO DEL DEBITORE NEL DIRITTO ITALIANO E NEL DIRITTO BRASILIANO\*

**Massimo Cirulli**

Professore straordinario di Diritto dell'esecuzione civile  
nell'Università telematica "Pegaso"

## ABSTRACT

Il contributo ravvisa un interesse legittimo di diritto privato nella situazione soggettiva protetta dall'opposizione di rito, sottoposta ad un termine di decadenza, il cui decorso produce il consolidamento dell'atto. Invece con l'opposizione di merito il debitore agisce a tutela di un diritto soggettivo; peraltro, non si tratta di un rimedio esclusivo, potendo il soggetto passivo contestare il credito in un autonomo processo di cognizione, coevo o successivo all'esecuzione forzata, che ha funzione satisfattiva e non dichiarativa. Queste conclusioni, tratte dal sistema italiano, sono estensibili a quello brasiliano, nel quale, nonostante l'unicità del mezzo esperibile dal debitore, coesistono doglianze di rito e di merito.

*The essay recognizes a legitimate interest of private law in the subjective situation protected by the opposition of rite, subject to a term of forfeiture, upon expiry of which the consolidation of the act is produced. Instead, with the opposition of merit, the debtor acts to protect a subjective right; moreover, this is not an exclusive remedy, since the debtor can challenge the claim in an autonomous process of cognition, coeval or subsequent to the forced execution, which has a satisfactory and non-declarative function. These conclusions, drawn from the Italian system, are extensible to the Brazilian one, in which, despite the uniqueness of the medium that can be experienced by the debtor, ritual and merit rights coexist.*

SOMMARIO: 1. Oggetto e finalità dell'indagine. – 2. Premesse definitorie. – 3. Correlazione tra diritto potestativo ed interesse legittimo. – 4. L'interesse legittimo nell'opposizione agli atti esecutivi. – 5. L'interesse legittimo nell'opposizione all'esecuzione. – 6. *Segue*: critica. – 7. Opposizioni di merito ed opposizioni di rito.

1. *Oggetto e finalità dell'indagine.* – Nell'ordinamento giuridico italiano la dicotomia opposizione all'esecuzione – opposizione agli atti esecutivi sembra riprodurre quella, elaborata dai cultori del diritto amministrativo, fra carenza di potere e cattivo uso del potere, corrispondente, avuto riguardo alle situazioni sostanziali rispettivamente tutelabili in sede contenziosa, a quella fra diritto soggettivo ed interesse legittimo. Non può infatti sfuggire l'analogia tra l'opposizione ex art. 615 c.p.c.<sup>1</sup> – con la quale il debitore può, secondo la nota definizione di Carnelutti, denunciare l'ingiustizia dell'esecuzione senza titolo o contro il titolo (se il diritto è illiquido od inesigibile) od anche oltre il titolo (quando l'obbligo sia stato estinto o risulti impedito da fatti posteriori alla formazione del titolo<sup>2</sup>) – e la carenza del potere espropriativo in capo alla pubblica amministrazione, che occupi ed irreversibilmente trasformi un bene privato in assenza di valida dichiarazione di pubblica utilità ovvero quando la dichiarazione sia divenuta inefficace o sia stata annullata: la c.d. occupazione usurpativa non è riconducibile all'esercizio di un potere amministrativo, integrando un'ipotesi di carenza di potere, contro la quale il privato può insorgere dinanzi al giudice ordinario<sup>3</sup>. Anche il creditore che procede *in executivis* pur essendo sprovvisto di titolo esecutivo valido ed efficace agisce in carenza di

1 (\*) Il saggio è destinato agli Scritti in onore di Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira. Nel presente contributo il codice di procedura civile italiano è citato in forma abbreviata con l'acronimo c.p.c.; il codice di procedura civile brasiliano con la sigla alfanumerica c.p.c. 2015.

2 CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano* 5, III, Roma, 1956, 97.

3 Giurisprudenza consolidata: v., da ultimo, Cass. s.u. 23 marzo 2015, n. 5744.

potere, ledendo il diritto del debitore a non subire l'esecuzione ingiusta, che diviene fonte di responsabilità a carico del procedente.

Come l'interesse del privato di fronte al provvedimento amministrativo viziato da incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge era – secondo una classica definizione – occasionalmente protetto (nel senso che meritava tutela giurisdizionale se ed in quanto corrispondesse all'interesse pubblico al corretto esercizio della funzione amministrativa), così la sindacabilità degli atti esecutivi potrebbe ritenersi ammessa più nell'interesse pubblico al rituale esercizio dell'azione che nell'interesse del debitore alla caducazione del processo. L'onere dell'impugnazione dell'atto entro un termine perentorio (che, fino alla riforma del 2005, era di appena cinque giorni) è infatti funzionale alla sanatoria della nullità, se l'opposizione non viene tempestivamente proposta, ovvero alla sostituzione dell'atto nullo con altro valido, affinché il processo esecutivo, emendato dal vizio che lo affligge, possa proseguire e concludersi con la soddisfazione dell'interesse materiale del creditore.

Redenti per primo ha qualificato la situazione soggettiva dedotta in giudizio con l'opposizione ex art. 617 c.p.c. in termini di interesse legittimo, in quanto è nel sistema della legge che il debitore “non sia tenuto a subire l'esecuzione, se non nei modi, nelle forme e col rispetto delle competenze prescritte dalla legge medesima”<sup>4</sup>. Dalla premessa che il fondamento logico del potere di valutazione circa la congruenza dell'atto esecutivo da parte del giudice dell'opposizione di rito è da rinvenire nella soggezione del debitore all'attività discrezionale degli organi esecutivi, si è tratto che tale sindacato, più che un riesame di merito, va inteso “in maniera assai simile a quel controllo di legittimità per eccesso di potere di cui si suole parlare a proposito del controllo degli atti amministrativi”<sup>5</sup>. Di una situazione affine all'interesse legittimo sarebbero titolari non soltanto i terzi destinatari di atti esecutivi (sul rilievo che oggetto immediato della tutela sarebbe la legalità dell'atto e soltanto mediatamente ne risulterebbe protetto l'interesse del terzo<sup>6</sup>), ma anche le parti, “le quali non vantano neppure esse un diritto soggettivo, che possano dedurre ad oggetto dell'opposizione di rito”, sia l'atto processualmente illegittimo o soltanto incongruo od inopportuno<sup>7</sup>. Con specifico riferimento ai rimedi esperibili contro l'esecuzione esattoriale (nel sistema del testo unico delle leggi sulle imposte dirette di cui al d.P.R. 29 gennaio 1958, n. 645), si è affermato che il debitore fa valere un diritto soggettivo soltanto quando contesta la sussistenza del credito iscritto a ruolo, mentre se lamenta la violazione di regole sull'ordine e sulla forma degli atti fa valere un interesse legittimo, mediante uno strumento processuale analogo all'opposizione agli atti esecutivi<sup>8</sup>. E, in termini generali, si è pure osservato come la natura di mero interesse legittimo della situazione sostanziale fatta valere dal debitore (tenuto a subire l'esecuzione, ma soltanto se ed in quanto gli atti delle parti, dell'ufficio o del giudice siano perfettamente regolari e quindi conformi al paradigma legislativo, e ciò secondo una concezione riduttiva – giustamente rifiutata – dell'istituto, configurato come rimedio concesso al solo esecutato) sarebbe stata compatibile con la prevista inoppugnabilità della sentenza resa sull'opposizione ex art. 617 c.p.c., poichè quando si controverte di diritti soggettivi sono previste opposizioni che introducono un processo di cognizione, caratterizzato dal doppio grado, mentre se è denunciata la lesione di un interesse legittimo il processo può essere definito con sentenza inappellabile<sup>9</sup> (potendo tuttavia obiettarsi che il principio del doppio grado di giurisdizione è costituzionalmente garantito proprio e soltanto nel processo amministrativo, nel quale si controverte di interessi legittimi).

Rifiutato qualunque apriorismo concettuale, si tratta di verificare se la situazione soggettiva dedotta in giudizio assuma, nell'opposizione agli atti esecutivi ed in quella all'esecuzione (il terzo agendo a tutela del diritto vantato sui beni pignorati), natura di diritto soggettivo o di interesse legittimo. La questione non ha rilevanza meramente dogmatica (chè altrimenti peccherebbe di astrattezza), in quanto, pur non incidendo

4 REDENTI, *Diritto processuale civile* 2, III, Milano, 1957, 320.

5 MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, 1955, 475, nota 115.

6 DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, 264. Peraltro l'A. riconosce che “la ratio dell'istituto non consente di ammettere, in via generale, un interesse legittimo dei terzi, avente per oggetto la legalità degli atti esecutivi, e quindi tutelato attraverso la loro possibile impugnazione o invalidazione”; pertanto, il terzo detentore di cose delle quali il debitore può direttamente disporre non può contestare la legittimità processuale del pignoramento, adducendo l'assenza del provvedimento di autorizzazione ex art. 513, 3° comma, c.p.c., essendogli concesso di opporsi all'esecuzione solo se affermi leso un suo diritto sui beni pignorati (*op. cit.*, 265).

7 TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, Milano, 1961, 299, nota 399.

8 BATISTONI FERRARA, *I mezzi di difesa contro l'esecuzione esattoriale e la Costituzione*, in *Riv. trim.*, 1968, 999.

9 ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, 13.

sulla devoluzione al giudice ordinario di entrambi i rimedi (talchè alla diade diritto-interesse non corrisponde, nella specie, quella tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa), contribuisce a definire l'oggetto del processo e la natura della sentenza che lo definisce.

L'indagine non può essere tacciata di concettualismo neppure in un ordinamento, come quello brasiliano, caratterizzato dalla giurisdizione unica: la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, se non rileva ai fini dell'individuazione del giudice munito della *potestas iudicandi*, fornisce nondimeno un utile criterio distintivo tra opposizioni di merito ed opposizioni di rito (o di forma o d'ordine), assente anche nel nuovo codice di rito civile del 2015, che al pari di quello antecedente del 1973 attribuisce al soggetto passivo un unico strumento di tutela contro l'esecuzione sostanzialmente illegittima o processualmente ingiusta, fondata su titolo giudiziale o stragiudiziale (artt. 525 e 917 c.p.c. 2015).

2. *Premesse definitorie.* – Per non incorrere in pericolosi equivoci lessicali, giova richiamare, a mò di premessa definitoria, la (*rectius*, una) classificazione delle situazioni giuridiche soggettive<sup>10</sup>. Il diritto soggettivo è l'unica situazione di vantaggio attiva: è facoltà di agire per il soddisfacimento di un interesse (“la tensione della volontà verso un bene”<sup>11</sup>) protetto da una norma giuridica (*agere licere*); il suo contenuto è formato da facoltà: di godere della cosa e disporre del diritto (diritti reali); di pretendere dal debitore l'esecuzione della prestazione dovuta (diritti di credito); di provocare unilateralmente una modificazione nella sfera giuridica altrui (diritti potestativi)<sup>12</sup>.

Ai fini del presente contributo – con il quale si intende onorare la memoria di due Maestri del diritto processuale brasiliano – interessa soprattutto la figura del diritto potestativo<sup>13</sup>, alla quale appartiene il potere del creditore di promuovere l'espropriazione forzata (art. 2910 c.c.)<sup>14</sup>: potere di natura processuale, che si fonda sul titolo esecutivo ed integra l'azione esecutiva, mediante la quale viene attuata la responsabilità patrimoniale<sup>15</sup>

10 Seguo la sistematica tradizionale dei civilisti, pur rilevando che, ad avviso di un autorevole processualista, l'unica situazione soggettiva è il dovere, mentre le altre categorie (diritti, facoltà, soggezioni, oneri) costituiscono “pseudosituazioni” (TAVORMINA, *Il processo come esecuzione forzata*, Napoli, 2003, 1). La norma giuridica, secondo la tesi in rassegna, istituisce esclusivamente doveri, che si sostanziano nell'imposizione di un comportamento a carico di un soggetto determinato, tenuto alla prestazione (come nel rapporto obbligatorio), o della generalità dei consociati, che devono astenersi dall'ingerenza nella sfera giuridica altrui (come è proprio dei diritti reali). Notevole, in termini sociologico-politici, è l'intuizione dell'A. che continuare a discorrere di diritti, anziché di doveri, “aiuta ad occultare i costi della loro imposizione”, fermo restando che in termini giuridici “la negazione del dovere è la facoltà, mentre il dovere di astensione è anch'esso appunto dovere” (*op. cit.*, 3). L'impostazione o suntueggiata può idealmente ricollegarsi all'autorevole insegnamento di NICOLO', *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, 3 ss., che nell'esposizione sistematica delle situazioni soggettive antepone quelle passive (dovere giuridico e soggezione) a quelle attive (diritto soggettivo, diritto potestativo ecc.), che alle prime variamente si correlano.

11 NICOLO', *Istituzioni*, cit., 9 s.

12 Traggio questa sintesi classificatoria da BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, I, 1, Torino, 1987, 282 ss.

13 Questa situazione giuridica attiva ricorre “quando l'interesse del soggetto a conseguire un bene non si realizza attraverso una modificazione materiale della realtà, ma attraverso una modificazione puramente ideale, che non è percepibile coi sensi, ma opera direttamente sul piano giuridico”. L'interesse è protetto mediante l'attribuzione al titolare del potere di produrre, con la sua iniziativa volontaria, tale modificazione. Proprio perché non si deve produrre una modificazione materiale della realtà, non è richiesta la cooperazione attiva del soggetto nella cui sfera patrimoniale l'esercizio del diritto potestativo incide; costui versa in stato di soggezione, non essendo gravato dal dovere giuridico di tenere un certo comportamento, ma dalla necessità assoluta che si produca una determinata conseguenza derivante dall'iniziativa altrui (NICOLO', *Istituzioni*, cit., 33 ss.).

14 MESSINA, *Diritti potestativi*, voce del *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 743 lo definisce “diritto di espropriazione”, comprendendolo nella categoria dei diritti potestativi; BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 408 “diritto potestativo espropriativo”; riconducono l'azione esecutiva alla categoria dei diritti potestativi pure BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, cit., III, 9. Ma si deve notoriamente a CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993 (rist.), 20 ss. l'inquadramento dell'azione tra i diritti potestativi. V. tuttavia la diversa impostazione di LENER, *Potere (diritto privato)*, voce dell'*Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 622 ss., il quale [richiamando l'insegnamento di Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953 (rist.), 178 ss.] definisce l'azione “potere giuridico a tutela del diritto soggettivo, quando è rivolta a questo fine” (*op. cit.*, 623) e reputa “un eccesso di qualificazione irrilevante, cioè non utile ma neppure nocivo, presentare come diritti soggettivi (potestativi) quelli che altro non sono che specifici poteri giuridici” (*op. cit.*, 627), privi di carattere di ripetitività, in quanto “sorgono in funzione dell'unico atto di esercizio con il quale si consumano” (*op. cit.*, 628: ad es., recesso dal contratto), e connotati dalla *subiectio* del destinatario dell'atto di esercizio del potere conformativo, espressiva sia della non necessità della cooperazione del soggetto passivo affinché si produca il risultato modificativo, che investe la sua sfera giuridica, sia del divieto di opporsi: “perciò, nei casi in cui è ammessa opposizione, non c'è potere del tipo qui considerato” (*op. cit.*, 629). Ma l'opposizione, cui l'A. si riferisce, non può che essere quella stragiudiziale, restando comunque salva la sindacabilità in sede giurisdizionale (garantita dall'art. 24 cost.) della conformità alla fattispecie legale dell'atto di esercizio del potere-diritto potestativo. Piuttosto, la possibilità che l'atto, caducato su domanda del destinatario, sia reiterato (si pensi al licenziamento) implica che la tutela demolitoria possa risultare non pienamente soddisfattiva: donde la necessità che la cognizione dell'atto sia estesa al rapporto, con l'imposizione di un vincolo conformativo a carico del titolare del potere (su questo tema v. diffusamente SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, 3 ss.).

15 In termini generali la responsabilità denota la soggezione, attuale o potenziale, ad una sanzione (CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*<sup>3</sup>, Roma, 1951, 170). La sanzione è esterna al comando, del quale reprime l'inosservanza, divenendo attuale solo incidentalmente, in caso di lesione del diritto. Invece la responsabilità patrimoniale costituisce elemento strutturale dell'obbligazione, unitamente al debito: essa non ha, pertanto, natura sanzionatoria. La sanzione, infatti, “è un male minacciato ad un soggetto, e mediante il quale si vuole sia colpire l'atto illecito del soggetto, in base ad una esigenza di giustizia retributiva che è fine a sé stessa, sia esercitare indirettamente e preventivamente una pressione sul soggetto per indurlo a tenere il comportamento dovuto” (e tali caratteri sono rinvenibili anche nelle sanzioni di diritto privato), mentre la responsabilità patrimoniale ha funzione satisfattiva del creditore, sia pure mediante un surrogato dell'adempimento (per questa sintesi v. RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*<sup>2</sup>, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, Torino, 1952, 6 ss.). L'esecuzione forzata ha invece lo scopo di attuare la sanzione, onde procurare al creditore, per quanto è possibile, un risultato identico a quello della prestazione dovuta dal debitore (la quale è in ogni caso incoercibile) od almeno di quella secondaria ad essa sostituita (il risarcimento del danno) secondo LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*,

del debitore. Occorre tuttavia distinguere il diritto pubblico soggettivo<sup>16</sup> del creditore titolato nei confronti dello Stato, obbligato a rendere, per mezzo degli organi competenti (giudice dell'esecuzione e suoi ausiliari, tra i quali rileva soprattutto l'ufficiale giudiziario), la prestazione giudiziaria strumentale al soddisfacimento dell'interesse materiale della parte<sup>17</sup>, dal diritto potestativo nei confronti del debitore, che versa in stato di mera soggezione. Il soggetto passivo dell'esecuzione non è obbligato ad eseguire una prestazione nel processo, bensì fuori del processo, ch  non si deve confondere l'obbligo sostanziale (di dare, fare o non fare) derivante dal rapporto materiale con la *subiectio* agli atti esecutivi strumentali alla soddisfazione dell'interesse del creditore. In ci  si manifesta l'autonomia strutturale (ferma la dipendenza funzionale) dell'azione esecutiva dal diritto sostanziale: in virt  del rapporto obbligatorio il debitore   tenuto ad adempiere e quindi ad eseguire la prestazione dovuta al creditore (situazione di svantaggio attiva), mentre in virt  del rapporto giuridico processuale esecutivo<sup>18</sup>   tenuto a subire (situazione di svantaggio inattiva) l'espropriazione (per le obbligazioni di genere)

Roma, 1931, 111 ss., spec. 120. Le due concezioni presuppongono una diversa definizione dell'oggetto dell'obbligazione: a) se lo si identifica con il comportamento personale del debitore, il credito pu  essere soddisfatto soltanto dall'obbligato; in caso di inadempimento, il creditore pu  provocare, mediante l'azione esecutiva, l'applicazione da parte dello Stato della sanzione, che non   dunque elemento costitutivo dell'obbligazione; b) se invece si ritiene, con la dottrina moderna, che l'oggetto consiste nel bene dovuto al creditore, riconoscendosi la funzione meramente strumentale della prestazione, allora l'esecuzione forzata attua il contenuto dell'obbligazione (che quindi estingue, al pari dell'adempimento del debitore o di un terzo), procurando al creditore quel bene, non un surrogato della prestazione, n  soddisfacendo un inesistente diritto di pegno spettante al creditore sul patrimonio del debitore (teorizzato da A. ROCCO, *Il fallimento*, Torino, 1917, *passim*, ma negato dalla dottrina successiva in quanto non attribuirebbe al creditore n  il diritto di seguito, n  quello di prelazione, propri delle garanzie reali, ed anzi neppure il potere di espropriare, che spetta allo Stato, potendo il creditore soltanto promuoverne l'esercizio mediante l'azione esecutiva): in tal senso v. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in AA.VV., *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Padova, 1927, 225 ss.; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 8 ss.; NICOLO', *Della responsabilit  patrimoniale*<sup>2</sup>, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1958, 1 ss.; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*<sup>3</sup>, III, Napoli, 1957, 3; GARBAGNATI, *Il concorso di creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, 1938, 2 ss. (che predica la natura sanzionatoria non gi  dell'esecuzione, ma delle misure coattive – vendita, rilascio ecc. – attuate dagli organi giurisdizionali); MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*<sup>2</sup>, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1977, 7 (il quale sottolinea che nell'esecuzione forzata il creditore consegue il bene che gli   dovuto per opera di un terzo, nella specie lo Stato).

- 16 La qualifica pubblicistica del diritto di azione deriva, secondo CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, I, Padova, 1929, 388 dall'essere quel potere conferito "a uno dei titolari dell'interesse collettivo (scelto in ragione della sua particolare idoneit  alla tutela) per la tutela di questo". Infatti, se l'interesse, che rappresenta l'elemento materiale del diritto tutelato,   quello al godimento del bene del debitore, l'interesse corrispondente all'azione esecutiva non pu  che essere quello al compimento degli atti necessari all'esecuzione; e si tratta di "un interesse collettivo, anzi essenzialmente pubblico, e precisamente, un interesse mediato e coordinato all'interesse alla attuazione del diritto, cio  alla composizione dei conflitti" (*op. cit.*, 387). A questa ricostruzione si   opposto che l'azione esecutiva non   propriamente un diritto soggettivo contro lo Stato, che esercita la funzione giurisdizionale non tanto in adempimento di un suo obbligo verso il creditore, quanto piuttosto per il soddisfacimento di un suo proprio interesse all'attuazione del diritto oggettivo; "lo Stato, invero, non   uno strumento materiale nelle mani del creditore, ma un soggetto di diritti, che attende bensì l'impulso dell'interessato, ma agisce poi esercitando una propria funzione e in virt  di un potere che a lui appartiene come attributo della sovranit " (LIEBMAN, *Le opposizioni di merito*, cit., 153). La configurazione dell'azione esecutiva come diritto pubblico soggettivo verso lo Stato   stata in seguito condivisa da MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, cit., 203 ss.
- 17 Nella dottrina italiana, dell'azione   stata inizialmente accolta una concezione concreta, intendendola come diritto potestativo "di fronte all'avver-sario" di "porre in essere la condizione per l'attuazione della volont  di legge" [CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., 3 ss.; ID., *Principii di diritto processuale civile*<sup>3</sup>, Napoli, 1965 (rist.), 43 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*<sup>2</sup>, I, Napoli, 1960 (rist.), 16 ss.; conforme CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*<sup>2</sup>, in *Opere giuridiche*, IV, a cura di CAPPELLETTI, Napoli, 1970, 116 ss.], potere spettante soltanto alla parte che ha ragione ed identificato con il diritto alla sentenza favorevole (CHIOVENDA, *L'azione*, cit., 11). In seguito   prevalsa la concezione astratta, che qualifica l'azione come diritto soggettivo processuale nei confronti del giudice, quale organo dello Stato, avente ad oggetto il provvedimento sul merito, favorevole o sfavorevole alla parte che lo invoca (CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 888 ss.; ID., *Istituzioni*<sup>5</sup>, cit., I, 193 ss.; LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 22 ss., spec. 31 ss.; ID., *Manuale di diritto processuale civile. Principii*<sup>5</sup>, Milano, 1992, 139 ss.; MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, cit., 203 ss.; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958, 72 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994, 58 ss.): ma v. le critiche di ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 274 ss., il quale dimostra, analizzando il diritto positivo, come la legge accolga talora la concezione concreta, talaltra quella astratta dell'azione (in tal senso anche VERDE, *Profili del processo civile. Parte generale*, Napoli, 1991, 147 ss.). ALLORIO, *Diritto processuale tributario*<sup>2</sup>, Torino, 1953, 221 costruisce l'azione come diritto d'iniziativa verso la controparte, avente per oggetto i provvedimenti necessari per "la composizione della lite, non una determinata composizione della lite" (si da essere astratta dal diritto sostanziale, tanto che ad ottenere un provvedimento di merito nel processo di accertamento ha diritto anche l'attore che abbia proposto una domanda infondata), anzich  come diritto della parte ad una prestazione dell'organo processuale; ma nota che nel processo esecutivo "l'astrattezza dell'azione non   cos  chiara, poich  fondamento dell'azione stessa  , generalmente, il titolo esecutivo, che, comunque se ne concepisca la natura, dimostra l'esistenza del credito". Va inoltre dato conto della posizione eclettica di REDENTI, *Diritto processuale civile*<sup>2</sup>, cit., I, 51 ss., che distingue l'azione-pretesa dall'azione-diritto, sulla quale v. *infra*, nota 27, con riferimento al processo esecutivo. E' infine nota la concezione monistica di SATTA, *Diritto processuale civile*<sup>12</sup>, a cura di PUNZI, Padova, 1996, 152 ss.; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1967, 44 ss., il quale [sotto l'influenza di PEKELIS, *Azione*, voce del *N. dig. it.*, II, Torino, 1937, 91 ss.] nega l'autonomia dell'azione dal diritto, risolvendo il secondo nel primo.
- 18 Nella sistematica di CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, cit., I, 373 ss. il rapporto giuridico   un conflitto d'interessi regolato dall'ordinamento giuridico mediante l'imposizione di un obbligo ed eventualmente l'attribuzione di un diritto ai soggetti della relazione. Nel processo esecutivo si profilano conflitti tra creditore ed ufficio, tra creditore e terzo nonch  tra creditore e debitore, ma non tra il debitore e l'ufficio, che non agisce a tutela di un interesse proprio. Il conflitto sussiste tra l'esecutante e l'esecutato ed   regolato dal diritto materiale, non tra il debitore e l'ufficio esecutivo, "come non esiste tra chi subisce l'esecuzione e l'organo che la infligge"; la responsabilit    una soggezione, non un obbligo, "appunto perch  il sacrificio non   in correlazione con alcun beneficio di chi compie l'esecuzione o infligge la pena" (*op. cit.*, 377). Invece l'ufficio esecutivo   obbligato ad esercitare la funzione se richi ne dal creditore titolato, al quale spetta il correlato diritto (pubblico) soggettivo (l'azione esecutiva). Tale diritto, di natura processuale, viene soddisfatto mediante l'esercizio della funzione esecutiva da parte dello Stato, non mediante l'adempimento del debitore: l'azione esecutiva non   un diritto contro il debitore, ma contro l'organo pubblico. Tuttavia, il diritto processuale verso lo Stato   strumentale al soddisfacimento del diritto sostanziale verso il debitore, ma i due rapporti restano autonomi, nel senso che il diritto sostanziale non costituisce un presupposto di quello processuale. "Vero   che l'accertamento della inesistenza del rapporto materiale reagisce sul rapporto processuale estinguendolo, ma questa reazione si manifesta attraverso la demolizione del titolo esecutivo; cos  il rapporto processuale si estingue non per difetto del rapporto materiale, ma per (successiva) mancanza del titolo esecutivo" (*op. cit.*, 397), che unitamente alla competenza (dell'ufficio) ed alla legittimazione (delle parti) rientra tra i presupposti processuali (*op. cit.*, 396).



o lo spossessamento (mediante consegna o rilascio) o la trasformazione (per le obbligazioni di specie diverse dalla consegna e segnatamente per l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare)<sup>19</sup>.

Il debitore è quindi soggetto al diritto potestativo del creditore, benchè subisca l'espropriazione o lo spossessamento o la trasformazione da parte dell'ufficio esecutivo, non del creditore, il quale può soltanto provocare, mediante la domanda esecutiva<sup>20</sup> ed i successivi atti di impulso, il compimento dell'esecuzione<sup>21</sup>. Se si esclude che lo Stato agisca in rappresentanza del creditore<sup>22</sup>, sembra doversi riconoscere la struttura trilatera del rapporto, definito "di diritto giudiziario materiale"<sup>23</sup>. L'azione esecutiva ha insomma duplice natura: di diritto soggettivo nei confronti dello Stato (obbligato a provvedere sulla domanda del creditore); di diritto potestativo nei confronti del debitore (tenuto a subire gli effetti degli atti esecutivi, compiuti dall'ufficio su iniziativa del creditore), esercitato "con la necessaria mediazione dell'organo giudiziario"<sup>24</sup>. In altri termini, il diritto del creditore "di modificare a proprio vantaggio l'altrui sfera giuridica richiede il tramite di un potere pubblico"<sup>25</sup>.

Coesistono, quindi, l'azione esecutiva in senso sostanziale, intesa come potere del creditore di ottenere l'attuazione della responsabilità patrimoniale del debitore inadempiente al fine di "conseguire quanto gli è dovuto" (art. 2910 c.c.)<sup>26</sup>, agendo nelle forme previste dal codice di procedura civile (che a tal fine richiede il

19 Per questa tripartizione dell'esecuzione forzata v. MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*2, cit., 8.

20 L'espressione "domanda d'esecuzione", ignota ai codici italiano e brasiliano, figura nell'art. 67 LEF, che ne individua il destinatario nell'ufficio esecutivo, ne determina il contenuto (indicazione delle parti, dell'ammontare del credito, del relativo titolo o causa) ed ammette che sia proposta verbalmente o per iscritto. Sulla domanda esecutiva v. diffusamente SALETTI, *Processo esecutivo e prescrizione*, Milano, 1992, *passim*; LOMBARDI, *Sul principio della domanda nel processo esecutivo*, in AA.VV., *Studi sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di Raimondo Anecchino*, Napoli, 2005, 443 ss.

21 Insegna GARBAGNATI, *Espropriazione, azione esecutiva e titolo esecutivo*, in *Riv. trim.*, 1956, 1337 ss. che il creditore è privo sia di un diritto sostanziale di garanzia generica (o diritto sostanziale alla sanzione, distinto dal credito ed avente la sua fonte negli artt. 2740 e 2741 c.c.), non potendo disporre dei beni dell'obbligato onde soddisfarsi sul ricavato, sia del potere sostanziale di espropriare i beni del debitore inadempiente. L'attuazione della sanzione espropriativa, stante il divieto dell'autotutela privata, può infatti compiersi esclusivamente attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale esecutiva; e poichè l'espropriazione non è che il risultato di atti giurisdizionali, il potere di espropriare non spetta al creditore, ma all'organo giurisdizionale. Correlativamente, la responsabilità patrimoniale del debitore inadempiente è soggezione non ad un potere sostanziale del creditore, ma ad un potere attribuito dalla legge all'organo giurisdizionale; al titolare del diritto di credito insoddisfatto spetta soltanto il distinto potere di provocare l'attuazione giurisdizionale della sanzione esecutiva e quindi l'azione esecutiva, che non è un potere contro il debitore, avente ad oggetto l'espropriazione dei suoi beni, bensì il potere di far espropriare quei beni mediante l'esercizio della giurisdizione esecutiva: si tratta, in definitiva, di un potere nei confronti dell'organo giurisdizionale. Ne segue che "soltanto mediatamente, quindi, l'azione esecutiva può configurarsi come un potere giuridico nei confronti dell'obbligato inadempiente" (*op. cit.*, 1339, nota 26).

22 Così BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, Torino, 1996, 10. Ma già SATTA, *L'esecuzione forzata*4, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da VASSALLI, Torino, 1963, 17 s. aveva evidenziato il carattere "puramente istituzionale" del vincolo tra le parti e l'organo giurisdizionale, non inquadrabile negli schemi privatistici, negando che l'ufficio esecutivo "rappresenti o sostituisca il creditore nella realizzazione della tutela". A mio avviso, lo Stato non agisce in rappresentanza del creditore, in quanto non esercita un potere altrui (non essendo il creditore legittimato ad espropriare, bensì a far espropriare), ma un potere proprio (mentre il rappresentante si sostituisce al rappresentato nell'esplicazione di un potere che compete a costui: BIANCA, *Diritto civile*, cit., III, 82); tuttavia, agisce per conto (piuttosto che nell'interesse: sull'ambiguità della formula "agire nell'interesse" v. infatti LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1984, 9 ss.) del creditore, il quale, come ha il potere di iniziare l'esecuzione forzata e di darvi impulso, così ha il potere di rinunciarvi, laddove se l'azione esecutiva fosse esercitata dallo Stato per conto proprio sarebbe irrettabile, come quella penale. Il fenomeno è simile a quello che, nell'espropriazione per pubblica utilità, si verifica quando il procedimento ablativo è promosso ad istanza di un privato, che assume la qualifica di "promotore dell'espropriazione" (art. 3, 1° comma, lett. d), d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327).

23 Da CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*2, I, Torino, 2012, 335.

24 NASI, *Titolo del credito e concorsualità nell'espropriazione*, Milano, 1996, 58. Questa duplicità dell'azione esecutiva mi sembra implicita nella costruzione di CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 315, che configura la responsabilità come soggezione del debitore al giudice, salvo aggiungere che "alla responsabilità del debitore corrisponde l'azione (esecutiva) del creditore; vi è dunque, in ultima analisi, anche a questo proposito un rapporto tra le parti ma mediato attraverso il giudice, nel senso che l'azione si dirige al giudice e la responsabilità si pone di fronte a lui".

25 BIANCA, *Diritto civile*, cit., V, 407.

26 BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, cit., 13 ss. nega che l'azione esecutiva sia la pretesa all'attuazione forzata del credito, in quanto lo Stato non può garantire il soddisfacimento del creditore, né il credito concorre ad integrare la fattispecie costitutiva dell'azione. Invero, può aggiungersi, quella dell'organo esecutivo è un'obbligazione di mezzi, non di risultato, essendo l'azione diritto allo strumento, non al fine: diritto alla tutela, non alla soddisfazione dell'interesse materiale tutelato, perché altrimenti l'azione avrebbe un contenuto identico a quello del credito (il bene dovuto), nonostante la diversità del soggetto passivo (lo Stato anziché il debitore). Poiché l'azione esecutiva si fonda sul titolo esecutivo, il rapporto tra azione e diritto corrisponde in definitiva a quello tra titolo e credito; tale relazione può essere alternativamente intesa nel senso che: a) il credito rappresenta elemento costitutivo dell'azione esecutiva (REDENTI, *Diritto processuale civile*2, cit., III, 104; GRASSO, *Titolo esecutivo*, voce dell'*Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 690; ROMANO, *Espropriazione forzata e contestazione del credito*, Napoli, 2008, 1 ss.; di "condizione risolutiva impropria" scrive CALDA, *L'impugnativa del credito nella esecuzione forzata della sentenza*, Bologna, 1907, 37, secondo il quale il diritto all'esecuzione forzata è subordinato all'attuale esistenza del credito); ma in contrario è sufficiente osservare che, se così fosse, il giudice dell'esecuzione sarebbe tenuto a verificare, anche d'ufficio, l'esistenza del diritto, mentre la contestazione è riservata al debitore ed affidata all'opposizione ex art. 615 c.p.c., che introduce un processo dichiarativo deciso dal giudice competente, non dall'ufficio esecutivo; b) il soddisfacimento del credito è lo scopo dell'esecuzione forzata (PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 137; Cass. s.u. 27 ottobre 1995, n. 11178). Il fine oggettivo ed immediato è quindi l'ablazione del diritto staggito (e del denaro ricavato dalla vendita, che ne costituisce il surrogato), mentre il fine soggettivo e mediato è la riscossione del credito per il quale si procede. Il credito rappresenta quindi elemento estrinseco, non intrinseco, come si evince dall'art. 474 c.p.c., ove il collegamento tra titolo e diritto è espresso dalla preposizione "per", che designa una relazione strumentale tra due termini; ed analogo è la formulazione dell'art. 2910 c.c., che funzionalizza il processo espropriativo al conseguimento da parte del creditore di "quanto gli è dovuto". Perciò l'esecuzione iniziata e compiuta nonostante l'inesistenza del diritto è processualmente legittima (in quanto fondata sul titolo esecutivo e svolta secondo le regole che la governano), ma sostanzialmente ingiusta. Quella che CHIOVENDA, *Principii*3, cit., 244 definiva "azione esecutiva apparente" (ma v. le critiche di LIEBMAN, *Le opposizioni di merito*, cit., 155; MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, cit., 330 ss., 422 ss.; la distinzione tra "azione esecutiva normale" ed "azioni esecutive anormali", qualificabili come mere azioni, nel senso che competono anche a chi, da un successivo ed ordinario giudizio di cognizione, possa risultare privo del diritto alla forzata soddisfazione, è tuttavia difesa da MONTESANO, *Condanna civile e*

possesto del titolo esecutivo, non direttamente menzionato dalla citata disposizione sostanziale); e l'azione esecutiva in senso formale, intesa come potere del creditore di provocare, per mezzo dell'ufficio esecutivo, il compimento di atti con effetti propriamente esecutivi, che incidono nel patrimonio del debitore, procurando la soddisfazione dell'avente diritto<sup>27</sup>. La relazione tra i due poteri è quindi di tipo strumentale, costituendo l'azione in senso processuale il mezzo per conseguire lo scopo dell'azione in senso sostanziale<sup>28</sup>, che in via immediata è l'attuazione della responsabilità (con l'espropriazione del bene pignorato), mentre in via mediata è la soddisfazione del credito. Si opera così la *reductio ad unitatem* dell'azione esecutiva: e si giustifica la soggezione del debitore ad un diritto potestativo che è pur sempre del creditore, ancorchè debba esercitarsi (stanti il divieto dell'autotutela privata – che impedisce al creditore di compiere direttamente e personalmente atti ablativi del patrimonio dell'obligato, non potendo il primo espropriare, ma soltanto “far espropriare” i beni del secondo ex art. 2910 c.c. – ed il correlativo monopolio statale della giurisdizione) per mezzo dello Stato.

E' vero che l'unico rapporto di diritto sostanziale tra creditore e debitore è quello che ha la sua fonte nell'obligazione; tuttavia, in tale relazione è compresa anche la potenziale soggezione all'azione esecutiva del debitore, che risponde con l'intero suo patrimonio (salve le limitazioni previste dalla legge, che danno luogo ad altrettante cause di impignorabilità) dell'inadempimento, talchè la responsabilità rende effettivo il debito<sup>29</sup>, altrimenti inesigibile in caso di inadempimento (stante l'incoercibilità dell'obbligo di prestare, conseguente al divieto di esecuzione sulla persona del debitore), per tale via assicurando la giuridicità dell'obligazione, “giacchè senza la responsabilità patrimoniale le obbligazioni risulterebbero un nome vano senza contenuto pratico”<sup>30</sup>. Quindi la responsabilità – che ha natura di situazione processuale esterna all'obligazione pecuniaria (avente ad oggetto il bene dovuto dall'obligato): talchè il legislatore brasiliano ha dimostrato maggior perizia di quello italiano, collocando la pertinente norma

*tutela esecutiva*<sup>2</sup>, Napoli, 1965, 36) è un'esecuzione ingiusta, giacchè procura la soddisfazione di un diritto inesistente, tanto che il creditore è tenuto al risarcimento del danno (art. 96, 2° comma, c.p.c.). Se ne inferisce che l'esecuzione promossa dal creditore apparente si risolve in un fatto illecito, la cui anti giuridicità non resta esclusa dall'esistenza del titolo esecutivo, né dalla corretta applicazione delle norme processuali. L'esistenza del diritto non è condizione di accesso alla tutela esecutiva, ma di stabilità del risultato: il soggetto munito di titolo esecutivo, ma privo del diritto ivi indicato, resta esposto alla *condictio indebiti*; il processo esecutivo può offrire protezione al creditore apparente (contro il quale non insorga tempestivamente il debitore), ma si tratta di tutela provvisoria (come quella riconosciuta al possessore non proprietario), non essendovi luogo per la formazione del giudicato né di una preclusione extraprocessuale.

27 REDENTI, *Diritto processuale civile*<sup>2</sup>, cit., III, 107 s. estende al processo esecutivo la distinzione tra azione-diritto ed azione-pretesa. La seconda ha una dimensione sostanziale, rispetto alla quale l'azione intesa come attività processuale ed il processo costituiscono i mezzi o gli strumenti per dedurla in giudizio. L'inizio od anche soltanto la minaccia dell'esecuzione forzata può dar luogo all'opposizione del debitore e quindi ad un giudizio di cognizione che ne accerta la sussistenza ed il fondamento. Si è dunque al cospetto di “una azione esecutiva allo stato di pretesa (in senso sostanziale)” ed il codice di rito distingue questo giudizio (di contenuto sostanziale) dall'eventuale controllo di legittimità formale degli atti esecutivi (e quindi dell'azione-attività in senso processuale e del processo), affidata all'opposizione agli atti esecutivi.

28 NASI, *Titolo del credito*, cit., 33 ss.

29 La concezione, di origine tedesca, che ravvisava nel debito (*debitum*, *Schuld*: dovere di eseguire la prestazione) e nella responsabilità (*obligatio*, *Haftung*: soggezione del patrimonio dell'obligato all'azione esecutiva) gli elementi costitutivi dell'obligazione è stata sottoposta a critica dalla moderna dottrina civilistica, negandosi l'esistenza di ipotesi tanto di debito senza responsabilità, quando di responsabilità senza debito [NICOLO', *Della responsabilità patrimoniale*<sup>2</sup>, cit., 9 definisce “una inconsistente astrazione” la responsabilità senza debito o per debito altrui; RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*<sup>2</sup>, cit., 9 rileva come anche nell'obligazione naturale, tradizionalmente ascritta alla categoria del debito senza responsabilità, il creditore si soddisfi sul bene dell'obligato che ha adempiuto e non possa ripetere il pagamento, mentre la responsabilità per debito altrui non rientra nella previsione dell'art. 2740 c.c., dando luogo ad un diritto reale su un bene determinato, anziché alla generica soggezione dell'intero patrimonio al potere espropriativo del creditore; GIORGIANNI, *Obbligazione (diritto privato)*, voce del *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 609 ss.; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, XIX, Torino, 1985, 368 ss.]. Tuttavia, se pure la responsabilità patrimoniale (intesa come soggezione del debitore all'azione esecutiva, alla quale corrisponde, dal lato attivo, il diritto potestativo espropriativo spettante al creditore) non rappresenta elemento strutturale del rapporto obbligatorio, ma una situazione giuridica autonoma, benchè strumentale al soddisfacimento del creditore (NICOLO', *Della responsabilità patrimoniale*<sup>2</sup>, cit., 7 la intende come “sanzione per l'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie e di quelle suscettibili di esecuzione in forma specifica” e che procura al creditore quel medesimo bene che egli avrebbe dovuto conseguire mediante l'adempimento del debitore), è innegabile che la responsabilità può riguardare un debito altrui (lo riconosce GIORGIANNI, *Obbligazione*, cit., 613) e che, potendo limitarsi tanto il debito quanto la responsabilità, la distinzione concettuale conserva la sua utilità, individuando debito e responsabilità “due aspetti essenziali dell'obligazione” [DI MAJO, *Obbligazione (teoria generale)*, voce dell'*Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 3].

30 D'AMELIO, *Della responsabilità patrimoniale*, in AA.VV., *Codice civile. Libro della tutela dei diritti. Commentario*, diretto da ID., Firenze, 1943, 430. In termini consimili v. SATTA, *L'esecuzione forzata*<sup>4</sup>, cit., 37. Autorevole dottrina esclude che la responsabilità integri elemento costitutivo dell'obligazione, che si esaurisce nel dovere a carico del debitore di eseguire la prestazione, al quale corrisponde il diritto del creditore di conseguire il bene dovuto. In caso di inadempimento, l'ordinamento giuridico appresta un surrogato della prestazione, avente per il creditore la medesima efficacia funzionale; tale surrogato è la responsabilità patrimoniale, la quale costituisce sia sanzione per l'inadempimento, sia mezzo di attuazione del diritto, ed ha pertanto natura sostanziale [NICOLO', *Della responsabilità patrimoniale*<sup>2</sup>, cit., 5 ss.; ma per il carattere processuale della responsabilità v. CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, cit., I, 103; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, 142; sull'irrelevanza della qualificazione della responsabilità patrimoniale in termini sostanziali o processuali v. LASERRA, *La responsabilità patrimoniale*, Napoli, 1966, 296; nel preferibile senso che la responsabilità patrimoniale – *rectius*, nella configurazione dal lato attivo del rapporto, la garanzia generica – si connota come una situazione soggettiva attiva del creditore, di natura potestativa, che comprende mezzi sostanziali (decadenza dal beneficio del termine) e processuali (azione surrogatoria, azione revocatoria, sequestro conservativo, azione esecutiva) dei quali il creditore può avvalersi per soddisfare il suo interesse, modificando le situazioni soggettive del debitore, v. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, Milano, 1991, 24]. Che la responsabilità sia esterna all'obligazione è peraltro sostenuto anche da chi postula la natura processuale della prima: il rapporto obbligatorio ha, anche dopo l'inadempimento, per contenuto esclusivo la prestazione del debitore (LIEBMAN, *Le opposizioni di merito*, cit., 111 ss.; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., 314 s.; GARBAGNATI, *Espropriazione, azione esecutiva e titolo esecutivo*, cit., 1339 s.; MICHELL, *Dell'esecuzione forzata*<sup>2</sup>, cit., 10, ove il rilievo che il debitore, anche in costanza di esecuzione, può soddisfare il creditore mediante la prestazione originariamente dedotta in obbligazione, che quindi non si trasforma).

(al pari delle disposizioni sugli effetti del pignoramento, in ossequio all'insegnamento di Liebman<sup>31</sup>) nel codice di rito (art. 789 c.p.c. 2015), anziché in quello sostanziale (art. 2740 c.c.) – è strumentale al soddisfacimento del credito<sup>32</sup>; l'espropriazione costituisce mezzo di attuazione della responsabilità (che preesiste all'azione esecutiva)<sup>33</sup> e dunque, in definitiva, di realizzazione dell'interesse materiale del creditore<sup>34</sup>, quando si tratti di obbligazioni pecuniarie<sup>35</sup>: il bene dovuto, oggetto dell'obbligazione, viene conseguito dal creditore mediante la forzosa conversione in denaro del diverso bene espropriato<sup>36</sup>.

Diritto di credito ed azione esecutiva, pur essendo posti a presidio di un identico interesse sostanziale, del quale è titolare il soggetto attivo del rapporto obbligatorio, integrano due distinte situazioni soggettive, che agiscono in ambiti distinti: il primo, che si concreta nel potere di conseguire il bene dovuto mediante la volontaria cooperazione dell'obbligato, opera infatti sul piano della tutela giuridica e quindi dei mezzi di attuazione dell'ordinamento, il cui funzionamento è rimesso alla spontanea attività dei consociati; la seconda, che consiste nel potere di conseguire il bene dovuto con l'intervento dell'organo giurisdizionale, anche senza o contro la volontà dell'obbligato, opera invece sul piano della tutela giurisdizionale e quindi dei mezzi di

31 LIEBMAN, *Norme processuali nel codice civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, 154 ss., spec. 167.

32 La responsabilità, immanente all'obbligazione (cui conferisce la giuridicità), esprime "la strumentalità del patrimonio del debitore rispetto al conseguimento del bene": così SATTA, *L'esecuzione forzata*<sup>4</sup>, cit., 37.

33 La responsabilità patrimoniale sorge con l'obbligazione, mentre l'azione esecutiva presuppone il titolo esecutivo (SATTA, *L'esecuzione forzata*<sup>4</sup>, cit., 37) nonché la liquidità ed esigibilità del credito. Questa elementare notazione giustifica l'esistenza di due norme (gli artt. 2740 e 2910 c.c.) di contenuto solo apparentemente identico. Il debitore è responsabile dell'adempimento fin da quando si obbliga; e da allora il creditore può giovare dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, che non presuppongono l'inadempimento, ma soltanto il pericolo che il debitore non adempia, né l'esigibilità del credito (essendo esperibili anche da parte del creditore condizionale od a termine). Il creditore può invece promuovere l'espropriazione forzata soltanto quando si è munito del titolo esecutivo ed il suo diritto è divenuto liquido ed esigibile.

34 Sul rapporto tra gli artt. 2740 e 2910 c.c. v. BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*<sup>3</sup>, Torino, 1996, 11, secondo il quale la responsabilità patrimoniale costituisce il presupposto dell'azione esecutiva (in tal senso anche RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*<sup>2</sup>, cit., 10, secondo il quale l'azione esecutiva, intesa come assoggettamento del debitore al potere coattivo dello Stato, costituisce strumento di attuazione della responsabilità patrimoniale, che rappresenta un *prius* rispetto all'esecuzione forzata, "la quale in tanto può aver luogo in quanto sussiste la responsabilità, e questo *prius* non può che appartenere al diritto sostanziale"). Tale impostazione è stata criticata da MONTELEONE, *Per un chiarimento sul concetto di responsabilità o garanzia patrimoniale del debitore*, in AA.VV., *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, III, Milano, 1993, 715 ss., nella considerazione che viene così postulata la sostanziale identità dei due istituti: ma allora non si comprende perché il legislatore abbia avvertito la necessità di destinare due diversi articoli per affermare il medesimo concetto. Ad avviso dell'A., "non la responsabilità patrimoniale è il presupposto del potere espropriativo, ma il contrario"; in assenza dell'art. 2910 l'art. 2740 sarebbe inutile, mentre in assenza della norma sulla responsabilità patrimoniale il potere espropriativo resterebbe salvo. Le due disposizioni esprimono fenomeni diversi, che altrimenti l'art. 2740 si ridurrebbe "ad una vera superfluità": la responsabilità patrimoniale opera prima dell'inadempimento, apprestando al creditore (al quale sono concessi gli strumenti dell'azione surrogatoria, dell'azione revocatoria e del sequestro conservativo) una tutela *lato sensu* cautelare e preventiva, "prima ed indipendentemente dall'inadempimento"; l'azione esecutiva postula invece l'inadempimento. Per l'affermazione che "la responsabilità patrimoniale, come è consacrata dall'art. 2740 c.c., è fenomeno che non ha nulla a che vedere, concettualmente, con la soggezione del debitore alla esecuzione forzata, situazione quest'ultima che ha il suo fondamento nella posizione e nei poteri dell'organo giurisdizionale, e che è consacrata dall'art. 2910 c.c.", v. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, cit., 36. VERDE, *Diritto processuale civile*<sup>3</sup>, III, Bologna, 2012, 77 s. interpreta gli artt. 2740 e 2741 c.c. nel senso di avere come diretto destinatario il debitore, si che soltanto indirettamente producono effetti sui creditori, e vanno quindi collegati unicamente a quelle norme sostanziali che consentono (mediante l'esercizio delle azioni revocatoria e surrogatoria) di ripristinare un patrimonio artificialmente diminuito o depauperato in danno dei creditori o di acquisire beni che il debitore trascura di acquisire; anche in assenza degli artt. 2740 e 2741 c.c. non si potrebbe negare al creditore l'azione esecutiva, che completa la tutela assicurata dallo Stato al diritto del creditore.

A mio modesto parere, l'art. 2740 c.c. non è il mero presupposto dell'art. 2910 c.c., ma si coordina ai mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, esperibili prima ed in funzione dell'espropriazione, della quale garantiscono la fruttuosità. Il valore precettivo della disposizione (che per il resto è vanamente enfatica ed anche tautistica, là dove prevede che il debitore risponde con i propri beni, giacché nessuno avrebbe l'ardire di sostenere che il debitore risponda con beni altrui) sta piuttosto nell'implicito divieto di limitazioni convenzionali della responsabilità e nella esplicita tassatività delle limitazioni legali (ma la *communis opinio* è avversata da RUBINO, *La responsabilità patrimoniale*<sup>2</sup>, cit., 11 s., sulla premessa che ragione della norma è quella di evitare che il debitore, con un proprio atto unilaterale di volontà, direttamente od indirettamente, determini effetti pregiudizievoli per i creditori, talché la limitazione di responsabilità è ammessa nei riguardi del creditore che vi consenta; la limitazione convenzionale ha peraltro effetto meramente obbligatorio, non solo nel senso che non vincola i terzi creditori rimasti estranei all'accordo, ma anche nel senso che impone al creditore partecipe del negozio un'obbligazione negativa, non la parziale eliminazione dello stato di soggezione in cui versa il debitore, con correlativa parziale perdita dell'azione esecutiva per il creditore; la tesi della validità delle limitazioni convenzionali della responsabilità è stata da ultimo riproposta, sia pure con diverso argomentare, da MARCHETTI, *Sul preteso divieto delle limitazioni ex pacto della responsabilità patrimoniale del debitore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 511 ss., spec. 537 ss., secondo la quale mediante il patto il creditore non assume un'obbligazione negativa, ma rinuncia parzialmente al diritto potestativo alla garanzia generica, prestando il consenso alla restrizione del relativo oggetto; conseguentemente il creditore non può, relativamente ai beni esclusi, avvalersi dei mezzi di conservazione della garanzia, né esercitare l'azione esecutiva, ed il debitore può denunciare con l'opposizione ex art. 615 c.p.c. la violazione del patto).

35 Si discute se l'esecuzione in forma specifica rientri nella previsione dell'art. 2740 c.c. Per l'affermativa v. NICOLÒ, *Della responsabilità patrimoniale*<sup>2</sup>, cit., 5 ss.; DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, cit., 35 s.; BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*<sup>3</sup>, cit., 14; per la negativa v. SATTA, *L'esecuzione forzata*<sup>4</sup>, cit., 23 ss.; MONTELEONE, *Per un chiarimento*, cit., 729 ss.; ROPPO, *La responsabilità patrimoniale del debitore*, cit., 373; MONTESANO, *Esecuzione specifica*, voce dell'*Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 526 ss.; BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, cit., 16; per una tesi intermedia v. CONSOLO, *Spiegazioni*<sup>2</sup>, cit., I, 335 ss., nel senso che l'esecuzione dei diritti personali rientra nella previsione dell'art. 2740 c.c., pur trattandosi di responsabilità non generica, ma "specificata dal contenuto del diritto leso"; invece l'esecuzione a tutela di diritti reali non ha alcun rapporto con la responsabilità patrimoniale, avendo ad oggetto un bene dell'esecutante e non dell'esecutato, tanto da prevalere sull'espropriazione forzata (art. 607 c.p.c.). Sembra peraltro incontestabile che la garanzia patrimoniale concerna le sole obbligazioni di dare, come si argomenta dagli artt. 2809, 2817 e 2818 c.c., che facultano il creditore ad iscrivere ipoteca a garanzia di un credito originariamente non pecuniario, ma gli impongono l'indicazione della somma garantita (BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, 44 ss.); se resta inadempita un'obbligazione di fare o non fare, il creditore può chiedere il risarcimento del danno, che costituisce il surrogato pecuniario della prestazione originaria.

36 Per l'identificazione (in termini non soltanto economici, ma anche giuridici) dello scopo dell'azione esecutiva con quello dell'obbligazione v. SATTA, *L'esecuzione forzata*<sup>4</sup>, cit., 15 ss., che predica la fungibilità dell'esecuzione forzata e dell'adempimento; NASI, *Titolo del credito*, cit., 42 ss.

attuazione coattiva dell'ordinamento<sup>37</sup>. Se si accetta questa premessa, non è arbitrario concludere – se si vuole conservare la nota distinzione dogmatica di fonte tedesca – che il debito appartiene alla tutela giuridica, la responsabilità alla tutela giurisdizionale, come è d'altronde confermato dalla collocazione dell'art. 2740 c.c. nel libro VI del codice civile.

All'osservatore si presentano, pertanto, concorrenti situazioni giuridiche, diverse per natura e contenuto e soggetti, ma tutte unificate, sotto il profilo teleologico, dallo scopo di procurare al creditore quanto gli è dovuto. Il creditore vanta: a) un diritto soggettivo nei confronti del debitore, avente ad oggetto il bene dovuto; b) un diritto soggettivo nei confronti dello Stato<sup>38</sup>, avente ad oggetto la prestazione dell'attività strumentale all'attuazione della sanzione; c) un diritto potestativo nei confronti del debitore, il quale versa in stato di soggezione di fronte agli atti esecutivi compiuti dallo Stato ad istanza e nell'interesse del creditore.

3. *Correlazione tra diritto potestativo ed interesse legittimo.* – La dottrina civilistica ha evidenziato come la categoria dei diritti potestativi non sia caratterizzata dall'assoluta arbitrarietà (che si traduce nell'assenza di vincoli e controlli) dell'esercizio<sup>39</sup>: le cui modalità, definite dalla legge, non consentirebbero, qualora il titolare avesse cura di osservare le forme prescritte dalla fonte normativa del potere, alcun sindacato sul merito dell'atto e quindi sul *quomodo* dell'esercizio del diritto. Ma si tratta di una "visione incompleta del fenomeno", non potendosi disconoscere la possibile rilevanza dell'interesse del soggetto passivo e che assume la consistenza di interesse legittimo, suscettibile di fungere da limite al potere di azione del titolare del diritto potestativo e, segnatamente, da "fattore incidente sulle modalità del suo esercizio, perciò stesso capace di dar luogo ad una penetrante indagine sul merito dell'atto"<sup>40</sup>.

L'interesse legittimo è stato definito "una situazione sostanziale di vantaggio inattiva", diretta "al conseguimento, sul piano sostanziale, di un risultato favorevole consistente, a seconda dei casi, nella conservazione o nella modificazione (e pertanto anche nell'estinzione) di una data realtà giuridica"; situazione direttamente protetta dall'ordinamento giuridico, quanto il diritto soggettivo, dal quale differisce sotto il profilo contenutistico, in quanto il suo soddisfacimento non dipende dal comportamento del soggetto che vi aspira, ma da quello di un soggetto diverso, titolare di una situazione di diritto o di potestà. D'altronde, come il dovere non diventa potere ancorché sia discrezionale (essendo di necessità sull'*an* e solo apparentemente di libertà sul *quomodo*, dovendo il titolare compiere una valutazione comparativa delle varie esigenze del caso e procedere quindi alla scelta della soluzione più opportuna per il conseguimento del risultato cui il dovere è coordinato), così un potere non diventa dovere ove il suo contenuto risulti discrezionale. Invero, "il fatto che la norma evidenzi uno o più interessi altrui, *anche* dei quali il titolare del potere *non possa non* tener conto ove intenda esercitarlo in modo legittimo, se incide sul *come* di tale potere trasformandolo da arbitrario in discrezionale, non altera minimamente il senso della situazione: il cui titolare resta libero di agire oppur no (libertà sull'*an*), ma, nel suo agire o non agire, non potrà appunto non tener conto – in una valutazione complessiva del proprio e del o degli interessi altrui coinvolti nella singola vicenda – di tali diversi interessi. Ne viene che il comportamento del soggetto agente risulterà (non, si badi, illecito, bensì) illegittimo tutte le volte in cui egli non abbia tenuto adeguatamente conto dell'interesse altrui incidente o abbia invece agito sulla base della ritenuta prevalenza di esigenze concrete imponenti il suo sacrificio, ma in realtà inesistenti o

37 ANDOLINA, "Cognizione" ed "esecuzione forzata" nel sistema della tutela giurisdizionale, Milano, 1983, 64. Sulla distinzione tra tutela giuridica e tutela giurisdizionale v. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, cit., 1 ss., spec. 3, che identifica la prima nella "stessa posizione del diritto", la seconda nella ulteriore funzione dello Stato "diretta, quando concorrono determinati presupposti e condizioni, ad attuare le sanzioni, implicite nella stessa posizione del diritto per il caso di violazione della norma".

38 *Rectius*, verso l'ufficiale giudiziario ed il giudice dell'esecuzione, se si condivide l'opinione di CARNELUTTI, *Istituzioni*5, cit., I, 194 che reputa illogica la concezione di un diritto verso lo Stato, "non potendosi ammettere diritto senza reciproca soggezione né senza conflitto d'interessi", laddove lo Stato "non ha alcun interesse contrario alla composizione della lite né potrebbe comunque, su questo tema, essere soggetto alle parti", mentre è vero che "lo Stato, conferendo agli ufficiali e agli incaricati del processo potestà e obblighi correlativi, li assoggetta per il loro miglior esercizio, entro certi limiti, all'iniziativa e perciò al giudizio della parte".

39 Così, invece, GUARNERI, *Diritti soggettivi (categorie di)*, voce del *Dig., disc. priv., sez. civ.*, V, Torino, 1989, 453, il quale peraltro rileva l'inidoneità di questo carattere (rinvenibile nelle fattispecie di cui agli artt. 151, 874, 896, 1032, 1111, 1454, 1456 c.c., 8 l. 590/1965, 7 l. 817/1971, 38 l. 392/1978, 1 l. 890/1970), definito discrezionale, a connotare i diritti potestativi il cui esercizio è sottoposto a controllo, come avviene per il recesso datoriale dal rapporto di lavoro subordinato, condizionato alla sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo. Riconosce la figura dell'interesse legittimo di diritto privato, ma la correla all'esercizio di poteri privati, piuttosto che alla soggezione a diritti potestativi, DELL'UTRI, *Poteri privati, interessi legittimi e forme di tutela*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 60, nota 30.

40 BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, cit., I, 1, 322 s.

non effettivamente prevalenti<sup>41</sup>.

L'interesse legittimo è figura appartenente alla teoria generale e dunque anche al diritto privato<sup>42</sup>, connotata da due caratteristiche: a) la discrezionalità del soggetto in posizione *lato sensu* dominante; b) l'esistenza di una situazione di complementarità tra interessi e dunque tra situazioni soggettive. La discrezionalità, intesa come scelta tra più soluzioni possibili, con selezione di quella che sia apprezzata quale maggiormente opportuna nel caso concreto, è estranea a fattispecie nelle quali l'agire sia completamente libero (diritto soggettivo) o, all'opposto, vincolato nell'*an* e nel *quomodo* (obbligo o soggezione<sup>43</sup>). La complementarità designa invece la coordinazione di due situazioni di vantaggio, anche se l'una attiva, l'altra inattiva (ad es., il potere datoriale di recesso e l'interesse del lavoratore alla conservazione del rapporto<sup>44</sup>).

Si è peraltro successivamente evidenziato che il connotato comune a tutte le figure di interesse legittimo, tanto di diritto privato quanto di diritto amministrativo, è la sottoposizione ad un termine di decadenza dell'impugnazione proponibile contro l'atto emanato dal soggetto in posizione dominante, pena il definitivo consolidamento dell'atto; restando per contro privo di utilità il richiamo a tale istituto "in presenza di un generico conflitto tra l'interesse individuale ed un qualunque interesse sovraordinato sul quale sia possibile invocare, *sine die*, l'intervento del giudice"<sup>45</sup>. L'interesse legittimo viene significativamente in rilievo, quale situazione tutelata, in presenza dell'esercizio di un diritto potestativo da parte del soggetto in posizione di preminenza, come è dato riscontrare nel rapporto di lavoro subordinato, nel quale il potere datoriale di recesso (tipico diritto potestativo) incontra il limite esterno costituito dall'interesse del prestatore alla conservazione del posto, irrilevante soltanto in presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di licenziamento<sup>46</sup>.

4. *L'interesse legittimo nell'opposizione agli atti esecutivi.* – Se si traslano i concetti che precedono alle opposizioni esecutive, ne risulta che la contestazione del *quomodo*, al cospetto di atti discrezionali del giudice dell'esecuzione, è mezzo di tutela dell'interesse legittimo oppositivo (in quanto strumentale alla conservazione del diritto del debitore sul bene staggito): si pensi alla limitazione dei mezzi di espropriazione cumulativamente esperiti dal creditore (art. 483 c.p.c.); alla revocabilità dei provvedimenti del giudice dell'esecuzione, il quale è titolare di un potere e non di un dovere (art. 487 c.p.c.); alla riduzione del pignoramento, che presuppone la comparazione tra il valore dei beni pignorati ed i crediti dei concorrenti nell'espropriazione forzata (art. 496 c.p.c.); al rifiuto della pronuncia del decreto di trasferimento dell'immobile venduto, quando il prezzo sia notevolmente inferiore a quello giusto (art. 586 c.p.c.).

Carattere comune di tali misure giudiziali è l'essere necessitate nell'*an*, ma discrezionali nel *quomodo*: il giudice dell'esecuzione, mentre non può rifiutare la pronuncia dell'ordinanza di vendita se il creditore istante è munito di titolo esecutivo, è decorso il termine dilatorio ex art. 497 c.p.c., è stata tempestivamente depositata la documentazione ipocatastale dell'immobile ecc., può invece disattendere l'istanza di riduzione del pignoramento, proposta dal debitore prima dell'udienza fissata per l'autorizzazione a vendere, potendo nelle more tempestivamente intervenire terzi creditori. Anche il codice brasiliano offre almeno un esempio analogo: tra i motivi deducibili con l'opposizione figura infatti il cumulo indebito dei mezzi esecutivi (art. 525, § 1, V; art. 917, III), corrispondente alla fattispecie di cui all'art. 483 c.p.c., che attribuisce all'ufficio un potere discrezionale<sup>47</sup>.

41 BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*, voce del *Dig., disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, 544.

42 Caratteristica dell'interesse legittimo è il correlarsi non ad un dovere, bensì ad un potere altrui, dal cui corretto esercizio riceve soddisfazione. Questa situazione soggettiva, benchè rilevante soprattutto nel diritto pubblico, è riconoscibile anche nel diritto privato, ad es. nella gestione delle società commerciali (NICOLÒ, *Istituzioni*, cit., 55 ss.).

43 BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo*, cit., 546 s.

44 BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo*, cit., 548 s. La giurisprudenza corrente – dopo la fondamentale Cass. s.u. 2 novembre 1979, n. 5688, in *Foro it.*, 1979, I, 2548, con nota di BARONE; in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 440, con nota di DI MAJO; in *Giust. civ.*, 1980, I, 357, con nota di PIGA; in *Dir. lav.*, 1980, II, 307, con nota di PICCININNO, sulla natura della situazione soggettiva vantata dal partecipante a procedura selettiva bandita da ente pubblico economico – qualifica interesse legittimo di diritto privato la posizione dell'aspirante al conferimento di incarico dirigenziale da parte della pubblica amministrazione, tutelabile dinanzi al giudice ordinario (Cass. 14 aprile 2015, n. 7495; Cass. 18 giugno 2014, n. 13867; Cass. 23 settembre 2013, n. 21700; Cass. 26 ottobre 2011, n. 22298; Cass. 30 agosto 2010, n. 18857).

45 MOSCARINI, *Attualità e delimitazione della categoria degli interessi legittimi*, in *Riv. trim.*, 2008, 1159 ss., ove la pertinente casistica, specie con riferimento all'impugnazione delle deliberazioni degli enti collettivi.

46 BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo*, cit., 557.

47 MARENGO, *La discrezionalità del giudice civile*, Torino, 1996, 258 ss.

Di fronte a tali provvedimenti la situazione soggettiva del debitore parrebbe tuttavia non assumere i caratteri dell'interesse legittimo di diritto privato, configurabile soltanto nei rapporti *inter privatos*, "a prescindere dall'intervento di una pubblica autorità, sia essa amministrativa o giurisdizionale"<sup>48</sup>. Ma si tratta di interessi legittimi di natura processuale, che si correlano all'esercizio della potestà giurisdizionale, sostanziandosi nella pretesa all'osservanza delle forme dell'agire esecutivo prescritte dal codice di rito e delle regole dell'esperienza: in definitiva, nella pretesa alla legalità e congruenza del processo esecutivo. D'altronde, anche in taluni processi di volontaria giurisdizione e contenziosi, nei quali l'attività dell'ufficio costituisce espressione di discrezionalità, sono rinvenibili posizioni di interesse legittimo<sup>49</sup>. Peraltro, se si nega la natura giurisdizionale – predicandosi quella amministrativa – del processo esecutivo, si deve coerentemente ammettere che la situazione soggettiva del destinatario del provvedimento abbia consistenza di interesse legittimo<sup>50</sup>; se invece, con la dottrina prevalente, si inquadra l'esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale, la posizione del soggetto passivo di fronte alla potestà giudiziale è parimenti di interesse legittimo, sia pure di natura processuale e non sostanziale.

5. *L'interesse legittimo nell'opposizione all'esecuzione.* – Nell'opposizione di rito, come è reso evidente dalla sommaria disamina che precede, il debitore (quando non eccepisce la nullità di un atto, del creditore o dell'ufficio, affetto da una nullità formale od extraformale: si pensi ai vizi del pignoramento od all'incompetenza, che integrano contestazioni d'ordine sia nel codice italiano che in quello brasiliano: art. 525, § 1, IV, VI; art. 917, II, V, c.p.c. 2015) fa valere un interesse legittimo, strumentale alla conservazione del bene pignorato: la contestazione è sottoposta ad un termine di decadenza, il cui decorso produce il consolidamento dell'atto lesivo. Ora che anche l'opposizione ex art. 615 c.p.c., con la quale si denuncia l'ingiustizia dell'espropriazione forzata, soggiace ad un termine (introdotto dalla riforma del 2016<sup>51</sup>), la situazione materiale tutelata sembrerebbe ascrivibile alla categoria dell'interesse legittimo; parimenti nel codice di rito brasiliano l'*embargo* – anche per ragioni di merito – è precluso scaduto il termine previsto dalla legge.

Potrebbe invero argomentarsi che il debitore è soggetto al diritto potestativo espropriativo del creditore, versando in stato di soggezione, dal quale aspira a liberarsi; con l'insorgere contro l'azione esecutiva (che è libera nell'*an*, potendo il creditore *cum titulo* esercitarla o non esercitarla, ma non nel *quomodo*, in quanto soggetta a regole formali ed a limitazioni sostanziali, derivanti da eventuali cause di impignorabilità) eccepisce l'inesistenza del titolo esecutivo o del diritto sostanziale ovvero l'impignorabilità del bene che si pretende di espropriare, agendo a tutela di un interesse strumentale alla conservazione della sua integrità patrimoniale. Si tratterebbe quindi di un interesse legittimo oppositivo<sup>52</sup>, non diverso da quello del privato che impugna il decreto di espropriazione per pubblica utilità, denunciandone l'illegittimità onde conservare la proprietà del bene espropriando.

Mutuando il lessico degli amministrativisti, è indubbiamente suggestivo il richiamo alla distinzione fra carenza di potere e cattivo uso del potere<sup>53</sup> per contrassegnare le due opposizioni: nel senso che con

48 BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo*, cit., 553.

49 BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo*, cit., 553.

50 Mi riferisco alla nota opinione di ALLORIO, *Saggio polemico sulla "giurisdizione" volontaria*, in *Riv. trim.*, 1948, 487 ss., spec. 510 ss., che correla la funzione giurisdizionale alla cosa giudicata, conseguentemente ascrivendo la giurisdizione volontaria all'attività amministrativa, sia pure affidata ad organi giudiziari (e quindi oggettivamente amministrativa, benchè soggettivamente giurisdizionale); corrispondenza biunivoca che l'A. estende al processo esecutivo (*op. cit.*, 498 ss.).

51 In argomento v., se vuoi, CIRULLI, *Le nuove disposizioni in materia di espropriazione forzata contenute nella legge 20 giugno 2016, n. 119*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, 563 ss.

52 La ricostruzione qui proposta certamente non incontrerà il favore di chi definisce l'interesse legittimo "una situazione-fantasma" (TAVORMINA, *Il processo come esecuzione forzata*, cit., 4), osservando che l'interesse oppositivo non ha un termine corrispondente negli altri settori dell'ordinamento sostanziale, "nei quali non si parla di diritto (soggettivo sostanziale) dell'obbligato a non essere obbligato se non lo è", mentre l'interesse pretensivo esprime, non diversamente dal diritto soggettivo, "l'attesa dell'adempimento del dovere e la legittimazione all'esperimento di iniziative processuali per l'adempimento coatto del medesimo, con l'ovvia differenza rispetto al diritto soggettivo (insita nella differente formulazione dei doveri dai quali queste due pseudosituazioni sono tratte) che – quand'anche quel dovere risultasse adempiuto – il beneficio potrebbe non esservi (in caso di inclusione nel comportamento doveroso di valutazioni discrezionali della stessa amministrazione obbligata)" (*op. cit.*, 5). L'A. nega *in radice* l'autonomia concettuale della categoria dell'interesse legittimo, la cui lesione è risarcibile se ed in quanto si tratti, nella sostanza, di diritto soggettivo (*op. cit.*, 51 ss., spec. 57 ss.); esclude, coerentemente, che il lavoratore illegittimamente licenziato, il quale impugni il recesso datoriale, faccia valere un interesse legittimo, agendo piuttosto a tutela del suo diritto alla conservazione del posto (*op. cit.*, 57). L'interesse legittimo oppositivo "nulla ha di sostanziale, perchè si riduce ad un'espressione riassuntiva dei poteri processuali di difesa contro un'iniziativa illegittima", talchè si tratta di "diritti soggettivi sotto falso nome" (*op. cit.*, 73). Senza potere in questa sede diffusamente confutare tale suggestiva ricostruzione, sembra difficilmente contestabile che gli artt. 24, 103 e 113 cost. abbiano attribuito espressa rilevanza ed autonoma tutela agli interessi legittimi, considerandoli alla stregua di situazioni sostanziali e non processuali (così ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 113). Quanto al valore semantico ed all'utilità classificatoria dell'interesse legittimo oppositivo di diritto privato, ritengo che tale categoria si presti ad essere proficuamente applicata, oltre che alla materia del rapporto di lavoro, proprio all'opposizione agli atti esecutivi, in quanto esprime il potere di reazione del soggetto passivo all'illegittimo esercizio del potere di invasione della sua sfera patrimoniale.

53 La massima fu enunciata da Cass. s.u. 4 luglio 1949, n. 1657, in *Foro it.*, 1949, I, 926. Sull'evoluzione storica del criterio di riparto v., in luogo d'altri,

l'opposizione ex art. 615 c.p.c. si deduce che il creditore è privo del diritto processuale alla tutela esecutiva, in quanto sprovvisto di titolo, o del diritto sostanziale tutelato, che non è mai esistito o si è estinto, o del diritto di espropriare certi beni, in quanto impignorabili, e quindi totalmente o parzialmente carente di azione; mentre con l'opposizione ex art. 617 c.p.c. non si contesta l'esistenza del potere di procedere, ma il *modus procedendi*, che appare irregolare od incongruo, talché l'azione esiste, ma è scorrettamente esercitata.

Con l'opposizione all'esecuzione il debitore agirebbe dunque a tutela di una situazione di vantaggio inattiva (l'interesse legittimo), strumentale alla conservazione di altra situazione di vantaggio, ma attiva (il diritto soggettivo che al debitore spetta sul suo patrimonio, oggetto dell'esecuzione minacciata od iniziata). Quello che si è altrove definito il diritto a non subire un'esecuzione ingiusta, cautelato dalle misure sospensive dell'efficacia esecutiva del titolo o dell'esecuzione<sup>54</sup>, sarebbe quindi, più propriamente, un interesse legittimo al corretto esercizio del potere espropriativo, tutelabile dinanzi al giudice ordinario mediante un'azione non tanto dichiarativa dell'inesistenza del diritto a procedere *in executivis* (e quindi di mero accertamento negativo di un potere processuale<sup>55</sup>), quanto demolitoria (a seconda dei casi, del titolo esecutivo, del precetto o del pignoramento) e quindi costitutiva (non diversamente, d'altronde, da quella sperimentata dall'opponente ex art. 617 c.p.c.<sup>56</sup>). Un interesse di tipo oppositivo (non pretensivo<sup>57</sup>), soddisfatto dalla pronuncia caducatoria,

NIGRO, *Giustizia amministrativa*3, Bologna, 183, 171 ss.; F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1986, 18 ss.; SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, 103 ss.; CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*3, Torino, 2003, 45 ss.

54 CIRULLI, *La sospensione del processo esecutivo*, Milano, 2015, 315.

E' interessante notare che l'esistenza di un "diritto all'integrità alla propria sfera giuridica", avente per contenuto l'imposizione a carico della generalità dei consociati del dovere di non contestare l'altrui patrimonio e costituente un'applicazione del generale principio del *neminem laedere*, è stata postulata da FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 101 ss. a giustificazione dell'azione di mero accertamento negativo: diritto inattivo, perché non si estrinseca in una facoltà del titolare; assoluto, in quanto vi corrisponde un dovere generale di astensione; rientrante nel *genus* dei diritti della personalità (per la critica di questa ricostruzione, tacciata di assiomaticità, v. LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, I, Milano, 1969, 225 ss.). L'inquadramento dell'opposizione all'esecuzione nella categoria delle azioni costitutive risolve *in radice* il problema della definizione della situazione soggettiva fatta valere dal debitore ed elimina la necessità dell'interesse ad agire, che notoriamente costituisce il *punctum dolens* delle varie teorie sui limiti di ammissibilità dell'azione di accertamento negativo dell'altrui diritto di credito: sull'argomento v. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino, 2013, 170 ss.

55 E ciò in quanto "l'azione, come tale, non è mai oggetto di un accertamento": così SATTA, *L'esecuzione forzata*4, cit., 232, nt. 2, in critica alla diffusa opinione (condivisa, fra gli altri, da REDENTI, *Diritto processuale civile*2, cit., III, 308; COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1959, 610) che identifica l'oggetto dell'opposizione ex art. 615 c.p.c. nella dichiarazione di inesistenza dell'azione esecutiva.

56 La natura dichiarativa o costitutiva dell'azione di opposizione all'esecuzione e della sentenza di accoglimento è controversa: nel primo senso v. FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, 140 ss.; REDENTI, *Diritto processuale civile*2, cit., III, 308; ANDRIOLI, *Commento*3, cit., III, 337 s.; MANDRIOLI, *Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi*, voce dell'*Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, 462; ID., *L'azione esecutiva*, cit., 389 ss.; ORIANI, *Opposizione all'esecuzione*, voce del *Dig., disc. priv., sez. civ.*, XIII, Torino, 1995, 601; BUCOLO, *La sospensione nell'esecuzione*2, II, Milano, 1972, 604; ID., *L'opposizione all'esecuzione*, Padova, 1982, 429 ss.; U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, IV, Torino, 1959, 381, nt. 17; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*5, III, Milano, 1964, 303 ss.; VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 533; VACCARELLA, *Opposizioni all'esecuzione*, voce dell'*Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990, 7; CONSOLO, *Spiegazioni*2, cit., I, 399; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*5, Napoli, 2012, 699; SALETTI, *Processo esecutivo e prescrizione*, cit., 143; ARIETA-DE SANTIS, *L'esecuzione forzata*, Padova, 2007, 1655; RECCHIONI, *Note sull'oggetto del giudizio di opposizione all'esecuzione e sul problema dell'allegazione dei fatti sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 309, nt. 24; VIGNERA, *La sospensione cautelare dell'esecutività del titolo strumentale all'opposizione a precetto*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 176; CASTORO, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*12, Milano, 2013, 755 ss.; BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*3, cit., 314; ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, 136 ss.; PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*2, IV, Torino, 2010, 243; CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, cit., II ss.; LONGO, *Le opposizioni dell'esecutato e dei terzi nel processo esecutivo*, in AA.VV., *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di MICCOLIS e PERAGO, Torino, 2009, 553; SASSANI-MICCOLIS-PERAGO, *L'esecuzione forzata. Lezioni*, ed agg. a cura di DELLE DONNE, Torino, 2013, 122. In giurisprudenza aderiscono a tale ricostruzione, qualificando di accertamento negativo l'azione sperimentata dall'opponente, Cass. 28 luglio 2011, n. 16610; Cass. 24 aprile 2008, n. 10676; Cass. 3 settembre 2007, n. 18512; Cass. 25 maggio 2007, n. 12239; Cass. 22 settembre 2006, n. 20634; Cass. 29 marzo 2006, n. 7225, in *Giust. civ.*, 2007, I, 2005.

Affermano, invece, la natura costitutiva dell'azione e della sentenza che l'accoglie LIÉBMAN, *Le opposizioni di merito*, cit., 172 ss.; CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, cit., III, 144; ID., *Istituzioni*5, cit., III, 99; GARBAGNATI, *Opposizione all'esecuzione (diritto processuale civile)*, voce del *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 1075; ALLORIO, *Diritto processuale tributario*2, cit., 225, 231 ss.; E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, voce del *Dig., disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 23; VINCRE, *Profili delle controversie sulla distribuzione del ricavato (art. 512 c.p.c.)*, Padova, 2010, 253 s.; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 330, nota 283, tutti variamente nel senso che l'azione è intesa all'annullamento dell'esecuzione forzata ed all'eliminazione dell'azione esecutiva del creditore procedente, nella quale è tuttavia compreso (quando si tratti di opposizione di merito), a guisa di causa pregiudiziale necessaria, l'accertamento dell'inesistenza del credito (v. pure l'originale ricostruzione di BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, cit., 105 ss.). Sembra propendere per la costitutività dell'azione anche SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., III, 469, secondo il quale la sentenza di accoglimento opera come una revoca dell'esecuzione in corso, alla stregua della sentenza dichiarativa di fallimento, con salvezza degli atti di alienazione e di amministrazione legittimamente compiuti, efficaci nei confronti del debitore e dei terzi, determinando una situazione identica a quella conseguente all'estinzione del processo esecutivo (ID., *L'esecuzione forzata*, Torino, 1937, 398 aveva ravvisato nell'opposizione di merito l'omologo della "domanda di assoluzione nel processo di cognizione, sebbene la sentenza che accoglie l'opposizione abbia carattere costitutivo, in quanto ne deriva la revoca dell'atto").

Una tesi intermedia è quella di NAPPI, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1943, 609 s., che considera di mero accertamento la sentenza che riconosce l'inesistenza del titolo esecutivo, perché in tal caso la decisione si limita a dichiarare una situazione preesistente, costitutiva invece la sentenza che constata l'estinzione del diritto del creditore per fatto successivo alla formazione del titolo esecutivo, in quanto sino a che l'accertamento non sia avvenuto il diritto a procedere permane. Al contrario FAZZALARI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1986, 146 reputa dichiarativa la sentenza di accoglimento dell'opposizione, salvo che "sanzioni una invalidità relativa del titolo (si tratterà di un vizio del negozio-titolo) o del precetto", in tal caso essendo costitutiva.

Sulla natura costitutiva della sentenza che accoglie l'opposizione ex art. 617 c.p.c. v., anche per i riferimenti del caso, ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 439, sul rilievo che l'atto viziato produce pur sempre i suoi effetti e soltanto l'accoglimento dell'opposizione li estingue.

57 Secondo una nota classificazione, fondata sul criterio dell'interesse materiale protetto, si distingue l'interesse legittimo alla conservazione di un bene (oppositivo) da quello all'acquisizione di un bene (pretensivo). Al diverso contenuto corrisponde la diversa posizione del titolare rispetto al

che conserva integro il patrimonio del debitore: in questo senso si tratterebbe di una situazione soggettiva non finale, ma strumentale<sup>58</sup> alla persistenza di un diritto soggettivo a contenuto patrimoniale (bene o credito pignorato o pignorabile).

Il debitore starebbe insomma di fronte al creditore che agisce esecutivamente come il privato proprietario del bene espropriando dinanzi alla pubblica amministrazione espropriante; entrambi titolari di un interesse legittimo (oltre che di un diritto reale sul bene espropriando), la cui tutela è sottoposta ad un termine di decadenza<sup>59</sup>. Non può negarsi, d'altronde, l'affinità dei due procedimenti ablativi che, pur diversi per struttura, funzione ed effetti<sup>60</sup>, sono accomunati dalla posizione di preminenza attribuita ad un soggetto (il creditore, l'espropriante), per la cui soddisfazione il potere è conferito, nei confronti dell'altro (il debitore, l'espropriato); tuttavia, la norma attributiva del potere considera non soltanto quell'interesse primario, ma anche l'interesse del destinatario, "quando stabilisce che il potere possa essere esercitato con l'osservanza di un determinato procedimento e nel ricorrere di specifici presupposti"<sup>61</sup>.

L'esercizio del potere è in entrambi i casi sindacabile in sede giurisdizionale, con effetti – se l'impugnativa del destinatario è accolta – egualmente caducatori dell'atto, ma non egualmente ripristinatori dello *status quo ante*. L'annullamento del provvedimento ablativo illegittimo produce la *restitutio in integrum* del soggetto ingiustamente espropriato; non diverso è l'effetto della caducazione del pignoramento del bene (per vizi formali, eccettati con l'opposizione di rito, o per vizi di merito, denunciati con l'opposizione ex art. 615 c.p.c.), che viene liberato *ex tunc* dal vincolo di destinazione esecutiva, talchè diventano opponibili ai creditori gli atti dispositivi *medio tempore* compiuti dal debitore. L'identità degli effetti non è tuttavia piena nelle due fattispecie, ove si consideri che la vendita del bene pignorato è intangibile, salvo il disposto dell'art. 2929 c.c.: l'accoglimento dell'opposizione (sopravvenuto all'aggiudicazione, qualora l'esecuzione non sia stata sospesa) può risultare, quindi, non totalmente satisfattivo in quanto, stante l'irreversibilità del trasferimento forzoso, al debitore vittorioso spettano il ricavato della vendita ed il risarcimento del danno, imperfetti surrogati del bene venduto; laddove l'espropriato ha sempre diritto alla retrocessione del bene, ancorchè trasferito a soggetto diverso dall'ente espropriante<sup>62</sup>.

L'ascrizione della situazione materiale tutelata dall'opposizione ex art. 615 c.p.c. alla categoria dell'interesse legittimo oppositivo, strumentale alla conservazione dell'oggetto del processo espropriativo (il bene od

---

potere amministrativo. Nel primo caso, il privato si limita a resistere alla pubblica amministrazione, alla cui azione si oppone per difendere il bene; nel secondo caso, il privato pretende dalla pubblica amministrazione un provvedimento ampliativo delle sue utilità. Questa partizione corrisponde, parzialmente, a quella tra diritti assoluti e diritti relativi; gli interessi legittimi hanno sempre natura di situazioni relative, in quanto correlate ad un dovere comportamentale della pubblica amministrazione; un "notevole punto di somiglianza sta però in ciò che gli interessi oppositivi, come i diritti assoluti, aspirano solo alla omissione di ogni turbamento nel godimento del bene, mentre gli interessi pretensivi aspirano, come i diritti relativi, ad un comportamento specificamente satisfattivo" (NIGRO, *Giustizia amministrativa*3, cit., 149). In diversi termini, nell'una categoria di rapporti fra pubblica amministrazione e privati il destinatario subisce l'esplicazione del potere pubblico (interessi oppositivi o di difesa o statici), mentre nell'altra lo sollecita (interessi pretensivi o di pretesa o dinamici): così CAIANIELLO, *Manuale*3, cit., 142.

58 Sulla distinzione tra situazione finale (interesse alla conservazione del bene e difesa di esso da ogni ingerenza altrui) e situazione strumentale (interesse al conseguimento del bene mediante la cooperazione altrui) v., per tutti, NICOLÒ, *Istituzioni*, cit., 11.

59 Sulla coesistenza, in capo all'espropriato, di posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo oppositivo v. NIGRO, *Giustizia amministrativa*3, cit., 153 s.

60 La vendita forzata è stata non a caso sussunta, da una remota ma autorevole dottrina, nella categoria dei trasferimenti coattivi, nella quale rientra anche il decreto di espropriazione per pubblica utilità, ravvisandosi il *quid commune* dei due atti nell'essere l'alienazione disposta senza ed anzi contro la volontà del titolare (PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, cit., 169 ss., 301 ss.; ma per un accenno v. già CHIOVENDA, *Istituzioni*2, cit., I, 251 ss.; CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, cit., II, 228). La tesi (approvata da MICHELI, *Dell'esecuzione forzata*2, cit., 107 ss.) è stata successivamente avversata in ragione della diversa natura, rispettivamente amministrativa e giurisdizionale, della pubblica funzione esercitata, del diverso procedimento di determinazione dell'indennità o del prezzo, dell'essere (sotto il profilo funzionale) destinata l'una a procurare un bene alla pubblica amministrazione, l'altra a soddisfare i creditori (ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*5, cit., III, 94 ss.; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., 294; BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*3, cit., 135 ss.; CERINO CANOVA, *Vendita forzata*, voce dell'*Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, 3; TAVORMINA, *Alcune riflessioni sulle vendite forzate nelle procedure concorsuali amministrative*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 623, testo e nota 23); si può aggiungere che nell'assegnazione satisfattiva non v'è luogo per il pagamento del prezzo (che, *sub specie* di indennità, costituisce invece elemento indefettibile dell'espropriazione per pubblico interesse) e che l'ente espropriante acquista a titolo originario, non derivativo (LANDI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1984, 151; Cass. 21 marzo 2014, n. 6742; Cons. Stato sez. IV, 11 agosto 2016, n. 3618). Tuttavia, anche i critici riconoscono l'inevitabile affinità fra espropriazione forzata ed espropriazione per pubblico interesse (ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*5, cit., III, 95). Sotto il profilo procedimentale, mi sembra possa cogliersi un'analogia tra la dichiarazione di pubblica utilità ed il titolo esecutivo, nel senso che come la prima legittima l'autorità amministrativa all'esercizio del potere espropriativo (LANDI, *L'espropriazione per pubblica utilità*, cit., 38), così il secondo legittima il titolare all'esercizio dell'azione esecutiva. L'effetto caducante degli atti successivi, conseguente all'annullamento del titolo legittimante, è dunque coerente con il riconoscimento della comune idoneità della dichiarazione di pubblica utilità e del titolo esecutivo ad attribuire al soggetto legittimato il potere di compiere o di promuovere atti che incidono, con effetti ablativi, nel patrimonio altrui.

61 In questi termini, con riferimento al potere espropriativo spettante alla pubblica amministrazione nei confronti del privato, CAIANIELLO, *Manuale*3, cit., 143. Le considerazioni dell'A. sono estensibili all'esecuzione forzata, che è parimenti soggetta a forme ed a presupposti tipizzati dalla legge.

62 Cass. 31 marzo 2011, n. 7514; Cass. 8 maggio 2004, n. 8777, in *Foro it.*, 2005, I, 829; in *Riv. giur. ed.*, 2005, I, 756 entrambe in tema di espropriazione pronunciata in favore di privati per la costruzione di opifici industriali nel Mezzogiorno.



il credito pignorato), implicherebbe la natura costitutiva della sentenza favorevole al debitore<sup>63</sup> ed offrirebbe un fondamento sistematico alla inopponibilità della pronuncia al terzo aggiudicatario del bene pignorato, stante l'assimilabilità della pronuncia alla sentenza di annullamento del contratto (per causa diversa dall'incapacità legale), che non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede (art. 1445 c.c.); laddove la dichiaratività della sentenza, comunemente predicata ed intesa quale accertamento negativo dell'azione esecutiva, non può giustificare la salvezza dell'acquisto da parte dell'aggiudicatario non colluso con il creditore procedente<sup>64</sup>, salvo che si postuli l'efficacia *ex nunc* della decisione<sup>65</sup>; ma in tal caso gli effetti degli atti esecutivi anteriormente compiuti resterebbero impregiudicati anche tra le parti, con la conseguenza che, se la sentenza sopravvenisse alla conclusione del processo esecutivo, l'attribuzione patrimoniale in favore del creditore apparente – in virtù di assegnazione del bene o di distribuzione del ricavato – sarebbe intangibile: talchè la durata del processo oppositivo ridonderebbe in pregiudizio dell'opponente vittorioso, in contrasto con il noto principio chiovendiano.

6. Segue: *critica*. – Questa ipotesi ricostruttiva è tuttavia infirmata da un rilievo: il decorso del termine al quale soggiace l'azione del titolare dell'interesse legittimo determina il consolidamento dell'atto, ma tale fenomeno, se può riscontrarsi con riferimento ai motivi di invalidità (relativa) e di inopportunità degli atti esecutivi, deducibili con l'opposizione di rito, è invece estraneo alla contestazione dell'*an exequendum*.

Su un punto la dottrina italiana è concorde: la nullità dell'atto esecutivo – neppure la più radicale – non può essere fatta valere in ogni tempo, ma è sottoposta ad un termine di decadenza. Non è data, *alteris verbis*, una imprescrittibile *actio nullitatis* ad esecuzione conclusa<sup>66</sup>, perché in tal caso l'acquisto del terzo aggiudicatario sarebbe instabile, con l'effetto di disincentivare gli interessati a partecipare alla vendita.

Il debitore decaduto dall'opposizione di merito può invece a mio avviso servirsi di un rimedio alternativo per prevenire la vendita. La preclusione prevista dall'art. 615 c.p.c. (e dalle corrispondenti disposizioni del codice di rito brasiliano) ha – come ogni altra preclusione – carattere endoprocessuale<sup>67</sup>, esaurendo i suoi effetti nell'esecuzione in corso: con la conseguenza che, disposta la vendita, il debitore non può opporsi all'esecuzione, né quindi chiedere al giudice dell'esecuzione di sospenderla, ma conserva il potere di contestare il diritto in sede diversa, come pure di agire (per la ripetizione d'indebito o l'ingiustificato arricchimento ed il risarcimento del danno) contro il sedicente creditore ad esecuzione conclusa, salvo il limite derivante dal giudicato, che rende intangibile il risultato del processo esecutivo.

L'esecuzione forzata non ha struttura monitoria: il debitore non è implicitamente provocato a contraddire con la notificazione del precetto, *ad instar* del decreto ingiuntivo<sup>68</sup>; né all'onere della domanda esecutiva, gravante sul creditore, corrisponde l'onere dell'opposizione incombente al debitore<sup>69</sup>. Così argomentando, si assegna al processo esecutivo una funzione anche decisoria, e non soltanto satisfattoria, estranea al sistema. Il precetto (e l'omologo atto di cui all'art. 524 c.p.c. 2015) è una *invitatio* (piuttosto che una *provocatio*) *ad opponendum*, nel senso che il debitore può (e non deve) insorgere contro l'azione esecutiva minacciata, se vuole evitare che l'esecuzione si compia in suo danno, ma senza pregiudizio per la postuma ripetibilità dell'indebito pagamento coattivo, se non preclusa dalla intangibilità del titolo esecutivo giudiziale od amministrativo, non tempestivamente impugnato nella competente sede cognitiva.

Si può formare il giudicato su un provvedimento decisorio, quale il decreto ingiuntivo, non su una cambiale o un contratto di mutuo: il decorso del termine per l'opposizione di merito contro i titoli esecutivi

63 Sulla correlazione tra interesse legittimo e giurisdizione costitutiva v. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*2, cit., 21, il quale definisce l'interesse legittimo "l'espressione anticipata, dal punto di vista soggettivo, dell'esistenza d'una giurisdizione d'annullamento". Sull'inammissibilità di azioni meramente dichiarative dell'interesse legittimo v., sia per utili riferimenti che per l'analisi critica dell'enunciato, SASSANI, *Impugnativa dell'atto*, cit., 53 ss.

64 Come aveva intuito ANDRIOLI, *Commento*3, cit., III, 337, "è impresa impossibile conciliare il contenuto di mero accertamento negativo della sentenza di accoglimento dell'opposizione con la insensibilità della aggiudicazione a quella pronuncia che dichiara inesistente l'azione esecutiva".

65 In tal senso v. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, cit., 389 ss., spec. 419 ss.; BOVE, *L'esecuzione forzata ingiusta*, cit. 120.

66 LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, 566 ss.; ORIANI, *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., 177 ss.; BUCOLO, *La sospensione nell'esecuzione*2, cit., II, 619 ss.; VERDE, *Pignoramento in generale*, voce dell'*Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 774; LUISO, *Diritto processuale civile*6, III, Milano, 2011, 271 s.

67 CHIOVENDA, *Principii*3, cit., 910 ss.

68 Come ritiene, invece, REDENTI, *Diritto*2, cit., III, 113.

69 CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, cit., I, 110.

stragiudiziali non può dunque conferire irretrattabile stabilità ad un atto negoziale, precludendone la contestazione con strumenti, sia coevi che successivi all'esecuzione, diversi dall'opposizione. Si riconoscerebbe altrimenti ad un atto di autonomia privata una intangibilità addirittura superiore a quella del giudicato, contro il quale sono proponibili le sole impugnazioni straordinarie.

L'opposizione non costituisce strumento necessario ed esclusivo di accertamento dell'ingiustizia materiale dell'esecuzione<sup>70</sup>. Il processo esecutivo deve dare al soggetto che lo promuove tutto e solo quello che ha diritto di conseguire in virtù della legge sostanziale e quindi soddisfare una pretesa esistente; tuttavia, non essendo prevista alcuna verifica preventiva da parte dell'ufficio in merito al contenuto del titolo esecutivo e quindi all'esistenza del diritto che da questo risulta, è possibile che l'esecuzione si inizi e si compia per la realizzazione coattiva di una pretesa inesistente; poiché l'esecuzione ha finalità satisfattiva e non dichiarativa, talché non è idonea a costituire un rapporto obbligatorio che non esiste, il debitore può, anche dopo aver sofferto l'espropriazione o la consegna o la trasformazione forzata, ripetere l'indebito pagamento coattivo ovvero esercitare l'azione di ingiustificato arricchimento nei confronti dell'esecutante, salvo che l'intangibilità dell'attribuzione patrimoniale sia garantita dal giudicato o da altra preclusione non meramente endoprocessuale (come avviene per il decreto ingiuntivo e per i titoli amministrativi<sup>71</sup>). L'opposizione è piuttosto lo strumento offerto al debitore al fine di prevenire la vendita forzata, che per espressa previsione di legge è intangibile (con la riserva contenuta nell'art. 2929 c.c.), ed il compimento delle operazioni materiali di consegna, rilascio, fare o disfare.

Si ritiene che tale effetto inibitorio non sia conseguibile mediante un'azione di accertamento negativo del credito *ex titulo*, la quale, se pure giudicata fondata, non avrebbe l'effetto d'impedire o caducare automaticamente l'esecuzione in corso<sup>72</sup> e neppure di sospenderla nelle more della decisione, ove si consideri che la potestà cautelare è attribuita al giudice dell'opposizione (a precetto od all'esecuzione) ed a quello davanti al quale è impugnato il titolo esecutivo, non anche al giudice richiesto di dichiarare inesistente il (solo) rapporto materiale sottostante: non sarebbe sufficiente, infatti, l'accertata inesistenza del diritto sostanziale a privare di efficacia il titolo esecutivo, che da quello è indipendente<sup>73</sup>.

Ma è lecito dubitare della assentibilità di sì perentorie conclusioni. Con l'azione che, prima od in costanza del processo esecutivo, il debitore – in sede diversa dall'opposizione ex art. 615 c.p.c. – vittoriosamente eserciti per provocare l'accertamento giudiziale dell'inesistenza del credito *ex titulo* può invero ottenersi il definitivo arresto dell'esecuzione. Se, ricevuta la notifica del precetto intimato in virtù di titolo contrattuale esecutivo, il debitore, anziché proporre opposizione ex art. 615 c.p.c., promuove dinanzi all'ufficio territorialmente competente in via ordinaria giudizio di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione del negozio, la sentenza che accoglie la domanda incide sull'esecuzione minacciata od in corso, rendendola improponibile od improseguibile. Non v'è motivo perché caducato il titolo esecutivo, sia pure in sede diversa dall'opposizione di merito, il sedicente creditore possa dare ulteriore impulso all'esecuzione, che deve immediatamente arrestarsi per difetto di un presupposto processuale; così come nessuno dubita che, se la sentenza in forza della quale si procede è riformata o cassata, il giudice dell'esecuzione debba ordinare l'immediata chiusura del processo dinanzi a lui pendente.

Si argomenta in contrario che la sentenza dichiarativa dell'inesistenza del diritto materiale non è di per sé sola “in grado d'arrestare l'esecuzione, né di porne nel nulla gli atti”<sup>74</sup>: ma neppure la pronuncia che accoglie l'opposizione ex art. 615 c.p.c. è suscettibile di produrre automaticamente tali effetti, inibitorio e caducatorio, necessitando della successiva valutazione da parte del giudice dell'esecuzione, cui spetta apprezzarne l'incidenza sulla sorte del processo esecutivo.

L'azione esecutiva non può sopravvivere all'accertamento dell'inesistenza del credito<sup>75</sup>, in quanto la

70 ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., 54, 141 s.

71 In argomento v., anche per ulteriori richiami, CIRULLI, *Titoli esecutivi di formazione amministrativa ed opposizione all'esecuzione (a proposito di Cass. s.u. 22 settembre 2017, n. 22080)*, in [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it)

72 ROMANO, *Espropriazione forzata*, cit., 7, testo e nt. 11.

73 LIEBMAN, *Le opposizioni di merito*, cit., 172.

74 ROMANO, *Espropriazione forzata*, cit., 103, nota 7.

75 FURNO, *Disegno sistematico*, cit., 137.

sentenza che nega la situazione materiale priva di contenuto il titolo. Se l'esecuzione può essere caducata dall'esterno (*rectius*, se all'esterno del processo esecutivo può intervenire una sentenza astrattamente idonea a rendere inefficaci gli atti compiuti e ad impedirne di ulteriori, salva la concreta valutazione della capacità totalmente o parzialmente demolitoria di tale pronuncia, riservata al giudice dell'esecuzione) vuoi con l'opposizione ex art. 615 c.p.c., vuoi con l'impugnazione del provvedimento giudiziale esecutivo, vuoi con un ordinario processo dichiarativo o costitutivo avente ad oggetto il rapporto obbligatorio sottostante l'emissione e circolazione del titolo di credito ovvero il rapporto contrattuale documentato dall'atto pubblico o dalla scrittura privata autenticata, a ciascuno di questi mezzi di tutela deve corrispondere uno strumento di protezione interinale (*stricto sensu* o *lato sensu* cautelare). Che l'azione cautelare sia indispensabile a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale è affermazione comune: la situazione soggettiva dedotta in causa deve poter godere di provvisoria e strumentale protezione nelle more dell'accertamento, quando sia minacciata da un pericolo di tardività o di infruttuosità della decisione a cognizione piena.

Mentre la disciplina delle inibitorie processuali consente al giudice davanti al quale è impugnata la sentenza di sospendere l'efficacia esecutiva o l'esecuzione (c.d. sospensione esterna, che deve essere recepita dal giudice dell'esecuzione con proprio provvedimento) e l'art. 615, 1° comma, c.p.c. prevede una cautela anticipatoria tipica, emanabile dal giudice dell'opposizione a precetto, di analogo potere sembra privo il giudice davanti al quale sia impugnato, in sede diversa dall'opposizione, il titolo esecutivo di formazione stragiudiziale<sup>76</sup>, salvo che si interpreti estensivamente l'art. 623 c.p.c.

Se questa esegesi fosse rifiutata, soccorrerebbe in via residuale la cautela atipica di cui all'art. 700 c.p.c. Il provvedimento, tuttavia, non potrebbe sospendere l'esecutività del titolo stragiudiziale (oggetto del processo non è la dichiarazione di inesistenza dell'azione esecutiva, bensì del credito, senza alcun riferimento all'esecuzione minacciata od iniziata), ma soltanto imporre al sedicente creditore di astenersi dall'iniziare o proseguire l'esecuzione forzata per la soddisfazione di un diritto inesistente, in quanto mai sorto od estintosi. La misura provvisoria e strumentale, resa dal giudice della causa di merito, assumerebbe in definitiva un contenuto non diverso da quello del provvedimento d'urgenza che, fino alla riforma del 2005, surrogava l'attuale sospensione dell'esecutività del titolo<sup>77</sup>: un ordine di non fare infungibile ed incoercibile, ma nondimeno condizionante la volontà del creditore in quanto presidiato dalla sanzione penale in caso di trasgressione (artt. 388 e 650 c.p.).

Acclarato, quindi, che l'opposizione di merito costituisce un potere e non un onere per il debitore, può cautamente sostenersi che anche nell'ordinamento processuale brasiliano il decorso del termine al quale è sottoposta la contestazione del soggetto passivo non precluda l'esercizio di un'autonoma – e non incidentale – azione dichiarativa dell'inesistenza del diritto materiale, in ragione di fatti impeditivi, modificativi od estintivi sopravvenuti alla formazione (*rectius*, all'anteriore referente temporale) del giudicato (art. 525, § 1, VII, c.p.c. 2015) od anche di fatti pregressi, quando si proceda in forza di titolo stragiudiziale (art. 917, VI, c.p.c. 2015): *id est* di quei medesimi fatti che il debitore, se convenuto nel processo di condanna, avrebbe potuto allegare in via di eccezione. Nè la chiusura del processo esecutivo risulta di ostacolo all'esperibilità *a latere debitoris* delle azioni restitutorie e risarcitorie, sulla premessa dell'inesistenza del diritto coattivamente soddisfatto: l'impedimento è costituito non da quell'evento processuale, ma soltanto dall'eventuale giudicato materiale.

7. *Opposizioni di merito ed opposizioni di rito.* – Al lume delle considerazioni che precedono, può concludersi che la situazione materiale dedotta in giudizio dal debitore con l'opposizione di rito ha natura di interesse legittimo, mentre quella oggetto dell'opposizione di merito ha consistenza di diritto soggettivo; e si può proporre un criterio distintivo tra le due forme di tutela, che nel codice brasiliano costituiscono formalmente un *unicum* (come nell'abrogato codice italiano del 1865, al quale era ignota l'opposizione agli atti esecutivi), non essendo apprestati distinti mezzi di reazione da parte del debitore, ma nondimeno sono ontologicamente e teologicamente diverse.

La classica distinzione, teorizzata da Carnelutti, tra opposizione all'esecuzione ed opposizione agli atti

76 Così ROMANO, *Espropriazione forzata*, cit., 133, nota 87, che però sembra ammettere, sia pure non senza perplessità, la concedibilità di misure innominate ex art. 700 c.p.c.

77 Cass. 8 febbraio 2000, n. 1372, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 390, con nota di BIANCHI; Cass., 23 febbraio 2000, n. 2051, in *Foro it.*, 2001, I, 1834, con nota di BARONE; in *Riv. esec. forz.*, 2000, 649, con nota di CATALDI; in *Riv. dir. proc.*, 2002, 619, con nota di METAFORA.

esecutivi si fonda sull'oggetto della contestazione, vertente rispettivamente sull'*an exequendum* e sul *quomodo exequendum*, e sulla direzione del rimedio: il primo contro l'esecuzione ingiusta, il secondo contro l'esecuzione irregolare od incongrua (in quanto contraria alle regole della legge o dell'esperienza<sup>78</sup>). Tuttavia, non sempre con l'opposizione ex art. 615 c.p.c. si contesta il se l'esecuzione debba compiersi e non sempre con l'opposizione ex art. 617 c.p.c. si contesta il come l'esecuzione debba compiersi, essendo rinvenibili casi nei quali avviene il contrario. In altri termini, non esiste correlazione necessaria tra la prima ed *an exequendum*, nè tra la seconda e *quomodo exequendum*.

Quando l'opponente si duole dell'eccessività della somma intimata con il precetto, si afferma comunemente – ed a ragione, in quanto è parzialmente contestata l'esistenza del credito – trattarsi di opposizione ex art. 615 c.p.c. Eppure, all'accoglimento dell'opposizione non segue la caducazione dell'intero processo esecutivo, se iniziato, ma soltanto la rideterminazione della somma dovuta, per il cui soddisfacimento coattivo il creditore opposto può dare impulso all'espropriazione forzata<sup>79</sup>. Viceversa, l'accoglimento dell'opposizione ex art. 617 c.p.c. contro gli atti prodromici (titolo esecutivo, precetto e relativa notificazione) o contro quello iniziale dell'espropriazione forzata (il pignoramento) infirma l'intero processo esecutivo<sup>80</sup>. Ed ancora, non sfugge che l'opposizione per impignorabilità di uno solo dei plurimi beni staggiti rende improcedibile *in parte qua* l'espropriazione forzata, senza tuttavia impedirne la prosecuzione sui beni validamente pignorati. Qualora, invece, sia proposta opposizione agli atti esecutivi per lamentare la violazione delle norme sulla c.d. impignorabilità relativa dell'unico bene staggito (si ritiene, infatti, che la nullità del pignoramento mobiliare eseguito in violazione dei limiti previsti dall'art. 515 c.p.c. sia deducibile con l'opposizione agli atti esecutivi), sarà l'intero processo ad essere colpito dalla sanzione dell'improcedibilità, in ragione della nullità del pignoramento.

A mio avviso la *ratio distinguendi* tra i due strumenti di tutela è principalmente la seguente: con l'opposizione ex art. 615 c.p.c. si nega che debba svolgersi, ad istanza del creditore contestato, qualunque processo esecutivo in danno del debitore, per la soddisfazione del credito indicato nel precetto, su tutti i suoi beni o soltanto su quello che si assume impignorabile; con l'opposizione ex art. 617 c.p.c. si nega che debba svolgersi soltanto quel processo esecutivo, minacciato con il precetto od avviato con il pignoramento. La sentenza che accoglie l'opposizione ex art. 615 c.p.c. preclude al creditore di dare avvio ad una nuova esecuzione in forza del titolo rescisso o per la soddisfazione del credito dichiarato totalmente o parzialmente inesistente o sul bene impignorabile; la sentenza che accoglie l'opposizione ex art. 617 c.p.c. annulla l'atto (di parte o dell'ufficio) impugnato, ma non osta al rinnovato esercizio dell'azione: dichiarata la nullità del precetto o del pignoramento per vizi formali, resta impregiudicato l'inizio di un nuovo processo espropriativo, previa rinnovazione dell'atto, emendato dai vizi che lo affettavano.

Nel sistema del codice di rito brasiliano, sono pertanto motivi di opposizione di forma le fattispecie di cui ai nn. IV (vizi del pignoramento), V (limitatamente al cumulo indebito dei mezzi esecutivi), VI (incompetenza del giudice dell'esecuzione) dell'art. 525 c.p.c. 2015: il debitore che si duole del pignoramento nullo o sproporzionato ovvero del difetto di competenza dell'ufficio non revoca in discussione l'esistenza del titolo o del credito, né quindi aspira ad una decisione che precluda al creditore l'esercizio anche futuro dell'azione esecutiva, ma soltanto invoca una decisione caducatoria degli atti dell'esecuzione concretamente minacciata od iniziata. Tutti gli altri motivi, compresi quelli di eccesso nell'esecuzione enumerati dall'art. 917, § 2, c.p.c. 2015, costituiscono materia di opposizione di merito.

78 CARNELUTTI, *Istituzioni*5, cit., III, 98.

79 Cass. 30 gennaio 2013, n. 2160.

80 Cass. s.u. 7 gennaio 2014, n. 61.

# UNA LINEA SOTTILE TRA LIBERTA' E IMPOSIZIONE: LA MEDIAZIONE IN MATERIA CIVILE E COMMERCIALE IN ITALIA

**Michele Angelo Lupoi**

Professore associato dell'Università di Bologna

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le “sanzioni” processuali contro i “renitenti” alla mediazione. – 3. Il ruolo dell’avvocato. – 4. La mediazione come condizione di procedibilità di alcune controversie civili. – 5. (Segue): il soddisfacimento tardivo della condizione di procedibilità. – 6. La mediazione delegata dal giudice. – 7. Lo svolgimento “effettivo” del tentativo di mediazione. – 8. (Segue): Effettività del tentativo e rappresentanza della parte nella mediazione. – 9. Riservatezza e confidenzialità nel procedimento di mediazione. – 10. Conclusioni.

1. – Di strumenti alternativi per la soluzione delle controversie, in Italia, si parla da molti anni. L'introduzione di strumenti normativi “generali” per la conciliazione delle liti civili è però piuttosto recente. In particolare, in questo scritto, dedicato all'affettuoso ricordo dei maestri brasiliani Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira, vorrei occuparmi di alcuni profili della disciplina italiana della mediazione in materia civile e commerciale.

Come noto, tale normativa ha fatto ingresso nel nostro ordinamento giuridico su stimolo dell'Unione europea. L'Italia, infatti, dovendo dare attuazione alla direttiva europea del 2008 in materia di mediazione civile e commerciale nelle controversie transfrontaliere, ha colto l'occasione per introdurre una normativa generale sulla mediazione nelle controversie civili, anche a carattere meramente interno (<sup>1</sup>).

L'iter legislativo è iniziato con l'art. 60 della legge n. 69 del 2009, che delegò il Governo ad adottare un decreto legislativo in materia, dettando le linee guida che il Giudice stesso avrebbe dovuto seguire allo scopo. In attuazione di tale delega, il Governo adottò poi il decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010 che ha appunto introdotto per la prima volta una disciplina organica della mediazione in Italia.

Il legislatore italiano si è approcciato alla mediazione con una duplice filosofia. Da un lato, ha inteso riconoscere il ruolo positivo e costruttivo della conciliazione come strumento di soluzione dei conflitti basato non sulla rigida applicazione delle norme giuridiche ma sulla valorizzazione degli interessi in gioco. In quest'ottica, conciliare una lite è positivo per le parti perché consente loro di definire il contenzioso in tempi più rapidi, con risultati normalmente non ottenibili in tribunale e magari ripristinando rapporti armoniosi o almeno più pacifici.

D'altro canto, però, alla mediazione si è guardato, dal punto di vista dell'ordinamento, come ad uno strumento per ridurre il ricorso alla soluzione giudiziale delle controversie, contribuendo così all'alleggerimento del carico di lavoro e dell'arretrato delle nostre corti. In effetti, ogni controversia conciliata prima di arrivare davanti al giudice rappresenta una (potenziale) lite in meno da iscrivere a ruolo in tribunale. E questo è un risultato importante per un ordinamento come quello italiano, caratterizzato da un cospicuo arretrato giudiziario e, soprattutto, da una durata dei processi civili notoriamente troppo lunga.

Il legislatore, però, si è trovato di fronte ad un dilemma: in una società ancora priva di una cultura della conciliazione e notoriamente molto conflittuale (o comunque priva di incentivi concreti alla soluzione in via bonaria delle liti), il nuovo strumento avrebbe impiegato molto tempo a farsi conoscere e a prendere piede,

<sup>1</sup> L'attuale art. 1, comma 1° del decreto n. 28 definisce la mediazione come “l'attività (...) per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”.

facendo così conseguire i positivi risultati che l'ordinamento si aspettava. Trovandosi però nella necessità di ottenere in tempi rapidi i benefici effetti “deflattivi” della mediazione, dunque, il legislatore ha pensato di rendere obbligatorio, almeno in un certo numero di controversie civili, il ricorso a tale strumento alternativo di soluzione delle controversie, prima di procedere all'instaurazione del giudizio. È stata così concepita la c.d. mediazione “obbligatoria”, qualificata come condizione di procedibilità per le controversie in materia civile e commerciale elencate nell'attuale paragrafo 1-*bis* dell'art. 5 del decreto del 2010.

In questo modo, d'altro canto, la mediazione civile è nata, in Italia, all'insegna di un vero e proprio paradosso. Se, infatti, la conciliazione presuppone la libertà incondizionata delle parti di cercare una soluzione alternativa ai tradizionali rimedi aggiudicatori, può apparire intrinsecamente contraddittorio imporre alle parti stesse di tentare di conciliare la controversia che le riguarda come condizione preliminare all'accesso alla giustizia. O meglio, tale opzione legislativa appare giustificabile solo da un punto di vista pubblicistico, in cui l'ordinamento comprime (almeno temporaneamente) la libera disponibilità delle parti per conseguire un risultato di pubblico interesse.

Configurare la mediazione obbligatoria come condizione di procedibilità per (alcune) controversie civili, d'altro canto, impone un certo formalismo nell'impostazione della mediazione stessa, onde poterne verificare l'effettivo (tentato) esperimento e consentire al giudice di accertare se la condizione di procedibilità sia stata soddisfatta. Una certa formalizzazione del procedimento di mediazione si impone anche per attribuire al verbale della conciliazione raggiunta dalle parti l'efficacia di titolo esecutivo (ciò che, senz'altro, rappresenta un importante incentivo alla conciliazione della lite in questa sede piuttosto che con altre forme meno “istituzionali”).

Anche per questo, dunque, la mediazione civile e commerciale, in Italia, è stata irreggimentata all'interno di un sistema molto formale e “proceduralizzato”.

2. – Per quanto riguarda i “limiti” per le parti, queste ultime, non solo non sono libere, in certe tipologie di cause, di scegliere se tentare la mediazione o non, ma, in generale, non possono neppure scegliersi un mediatore di propria fiducia.

La mediazione, infatti, per soddisfare i requisiti del decreto legislativo n. 28 del 2010, deve essere “amministrata” da uno degli organismi autorizzati dal Ministero di Giustizia, sulla base di determinati requisiti. La parte che propone l'istanza, dunque, sceglie solo l'organismo di sua fiducia. È poi quest'ultimo, a seguito della presentazione dell'istanza stessa, a nominare il mediatore che assisterà le parti nel loro percorso.

Chi vuol fare valere il suo diritto in giudizio, come si è accennato, può trovarsi vincolato a tentare la mediazione prima di potersi rivolgere al giudice. Ma anche il potenziale convenuto non è del tutto “libero” di partecipare o non al procedimento di mediazione promosso nei suoi confronti da una controparte.

O meglio: nessuno può fisicamente imporre al soggetto chiamato in mediazione di aderire a tale invito. E, però, la retinenza alla mediazione può avere conseguenze sfavorevoli per il convenuto nel successivo procedimento instaurato nei suoi riguardi. Ai sensi dell'attuale art. 8, comma 4-*bis*, in particolare, dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, comma 2° c. p. c. <sup>(2)</sup>. In sostanza, l'indisponibilità del convenuto a sedersi al tavolo della mediazione con la controparte può essere utilizzata dal giudicante come argomento rafforzativo delle risultanze istruttorie che depongano a favore dell'accoglimento della domanda. A ben vedere, si tratta di una sanzione abbastanza blanda: l'argomento di prova, di per sé, almeno in linea teorica, non basta a fondare, sul piano argomentativo, la decisione del giudice. D'altro canto, in situazioni dall'esito incerto, in presenza di un quadro istruttorio dagli esiti poco prevedibili, il convenuto “prudente” è senz'altro incentivato partecipare alla mediazione, per evitare che la sua assenza sia usata contro di lui nel successivo giudizio.

D'altro canto, poiché tale sanzione, nella fase iniziale di applicazione delle nuove norme, non sembrava avere avuto particolare efficacia deterrente <sup>(3)</sup>, il legislatore, col decreto legge n. 138, del 13 agosto 2011, ha

2 Rispetto alla mancata partecipazione (senza giustificato motivo) alla mediazione, Trib. Roma, 26 marzo 2015, in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it), afferma che essa costituisce, di regola, elemento integrativo e non decisivo a favore della parte chiamante, per l'accertamento e la prova di fatti a carico della parte chiamata non comparsa.

3 I dati ufficiali, rispetto ai primi mesi di operatività del sistema di mediazione obbligatoria, documentavano che circa due terzi dei procedimenti erano “frustrati” dalla mancata partecipazione della controparte. V. pure Ansaldo, *Le recenti novità legislative in materia di mediazione*, in *Contr.*, 2012, p. 207.

introdotto una ulteriore sanzione patrimoniale nei confronti della parte che non partecipi alla mediazione. Tale sanzione si trova, oggi, nel comma 4-*bis* dell'art. 8 del decreto legislativo n. 28, alla cui stregua: "Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio" (4). La condanna in questione va pronunciata dal giudice al momento della decisione, come capo accessorio della sentenza finale (5). Vale la pena notare che essa può essere emessa solo nei confronti della parte costituita, lasciando indenne la parte contumace, ciò che apparire poco ragionevole.

La parte che non abbia partecipato alla mediazione può sottrarsi alle sanzioni appena esaminate dimostrando un giustificato motivo, sottoposto al prudente apprezzamento del giudice. L'esperienza applicativa, d'altro canto, denota un certo rigore giudiziario nel valutare tale "esenzione". In particolare, si ritiene che non integri "giustificato motivo" la convinzione della parte di avere ragione, anche qualora, *ex post*, l'esito del giudizio le sia favorevole (6). Si è affermato, in particolare che "la ragione d'essere della mediazione si fonda proprio sulla esistenza di un contrasto di opinioni, di vedute, di volontà, di intenti, di interpretazioni (...) che il mediatore esperto tenta di sciogliere favorendo l'avvicinamento delle posizioni delle parti fino al raggiungimento di un accordo amichevole" (7). Chi scrive, d'altronde, è convinto che la parte che si ritenga investita di una pretesa manifestamente priva di fondatezza (ad esempio, per intervenuta prescrizione o decadenza...) non possa essere costretta a "mediare" pur di evitare l'instaurazione di un giudizio nei suoi confronti, sacrificando così la sua posizione privata individuale per il "bene" dell'interesse pubblico collettivo.

Si esclude pure che integri "giustificato motivo" l'accesa conflittualità tra le parti. Si è osservato, al riguardo, che la "litigiosità" tra le parti non giustifica il rifiuto di partecipare al procedimento di mediazione, giacché tale procedimento è rivolto proprio ad attenuare la litigiosità, tentando una composizione della lite basata su categorie concettuali del tutto differenti rispetto a quelle invocate in giudizio e che prescindono dalla attribuzione di torti e di ragioni (8).

La giurisprudenza, inoltre, riserva particolare severità rispetto alle parti "forti", come le compagnie assicurative, soventi assenti in mediazione. Si è, ad esempio, ritenuto "irragionevole ed inescusabile" il rifiuto di partecipare alla mediazione opposto da una assicurazione dopo la pronuncia di una sentenza parziale di accertamento della sua responsabilità, nonostante il fatto che tale decisione fosse stata appellata. Rispetto ad eventuali problematiche di salute e di lavoro della parte, d'altro canto, si è osservato che, in caso di impedimento momentaneo, si possa chiedere il rinvio dell'incontro, mentre, rispetto ad impedimenti duraturi, la parte interessata possa delegare la partecipazione ad un rappresentante (9).

A parte queste ipotesi specificamente previste dalla normativa del 2010, infine, in applicazione delle regole generali in materia di spese di lite, la parte soccombente può essere condannata a rimborsare al vincitore (anche) le spese da quest'ultimo sostenute per l'esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione, in quanto esborsi ai sensi e per gli effetti dell'art. 91 c.p.c. (10).

3. – Un ulteriore limite alla libera determinazione delle parti nell'ambito della mediazione è stato introdotto dalla riforma dell'istituto del 2013 (v. *infra*). Ai sensi del nuovo art. 5, comma 1-*bis*, infatti, la parte istante, oggi, deve essere assistita dall'avvocato, ancorché senza necessità di conferimento di procura *ad litem* ai sensi dell'art. 83 c. p. c. La circolare del Ministero di giustizia del 27 novembre 2013 ha poi (condivisibilmente) affermato che l'assistenza dell'avvocato è necessaria solo nella mediazione obbligatoria ma non in quella facoltativa. Resta il fatto che la necessaria assistenza di un avvocato nella mediazione implica, se non altro, un aumento dei costi per le parti.

Anche l'avvocato, dal canto suo, si trova sottoposto a vincoli normativi in questo contesto.

4 Su cui v. anche Ansaldo, *op. cit.*, p. 208.

5 In senso difforme, Trib. Termini Imerese, 9 maggio 2012, in [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it); Trib. Palermo-Bagheria, 20 luglio 2012, ord., in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it).

6 In questo senso, sembra, Trib. Palermo-Bagheria, 20 luglio 2012, cit.

7 Così Trib. Roma-Ostia, 5 luglio 2012 (2), in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it).

8 Trib. Termini Imerese, 9 maggio 2012, in [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it).

9 Trib. Bologna, (ord.) 6 novembre 2014, in [www.giuraemilia.it](http://www.giuraemilia.it).

10 Trib. Modena, 9 marzo 2012, n. 479, in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it).

In particolare, il legislatore ha attribuito al professionista un obbligo di informazione al cliente, finalizzato alla più ampia diffusione della cultura della mediazione. Ai sensi dell'art. 4 del decreto n. 28, infatti, all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione, delle agevolazioni fiscali ad esso collegate, dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Tale informativa, inoltre, non può limitarsi ad una clausola di stile inserita nella procura ma deve essere chiara, esplicita e contenuta in atto separato <sup>(11)</sup>.

Tale obbligo "promozionale" dell'avvocato è coerente con l'interesse pubblico che la mediazione dovrebbe soddisfare in Italia. D'altro canto, in questo modo, il cliente è messo in condizione di prendere le più opportune scelte rispetto alla gamma di strumenti per la soluzione della sua lite.

Il dovere informativo in questione è pure accompagnato da una sanzione, peraltro di ben scarsa efficacia. La violazione degli obblighi di informazione previsti dall'art. 4, infatti, implica che il contratto tra l'avvocato e l'assistito possa essere annullato. Con la precisazione, di fonte giurisprudenziale, che tale annullamento può essere fatto valere solo dall'assistito non adeguatamente informato <sup>(12)</sup> e non invece dalla controparte o dal giudice, coerentemente con le norme generali in materia <sup>(13)</sup>. L'annullabilità del contratto è comunque sanabile anche per atto unilaterale proveniente dalla parte <sup>(14)</sup>.

Per consentire di controllare che l'avvocato abbia adempiuto ai suoi doveri informativi nei confronti del cliente, l'art. 4 del decreto n. 28 prevede altresì che il documento che contiene l'informativa al cliente sia allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio <sup>(15)</sup>.

Di tutto questo apparato, peraltro, a distanza di qualche anno, si può dire con serenità che, nella prassi, non sia rimasto nulla. L'art. 4, in effetti, sembra una disposizione rimasta sostanzialmente inapplicata.

4. – Come si è detto, il decreto legislativo n. 28 del 2010 aveva previsto il previo esperimento di un tentativo di mediazione come condizione di procedibilità per un articolato gruppo di controversie in materia civile e commerciale. Tale "novità" era stata duramente osteggiata, soprattutto da larga parte dell'avvocatura, per una serie articolata di motivi, ma sostanzialmente ritenendo che l'introduzione della condizione di procedibilità costituisse un illegittimo ostacolo al libero al diritto di azione garantito dall'art. 24 della Costituzione.

La questione era rapidamente arrivata davanti alla Corte costituzionale la quale, con una decisione forse "salomonica" <sup>(16)</sup>, aveva sì dichiarato l'incostituzionalità della mediazione obbligatoria, ma era giunta a tale conclusione per un motivo "formale", ovvero il difetto di delega al Governo rispetto alle linee-guida contenute appunto nella legge delega n. 69 del 2009 <sup>(17)</sup>. Non si era, invece, spinta sino ad affermare che la previsione del tentativo obbligatorio di mediazione costituisse di per sé un ostacolo ingiustificabile ed intollerabile al diritto costituzionale di azione. In effetti, una simile conclusione a chi scrive è sempre apparsa insostenibile: da un lato, la mediazione obbligatoria soddisfa un interesse pubblico a diminuire il carico di lavoro dei tribunali; dall'altro tale "ostacolo", all'epoca, implicava un "ritardo" massimo nell'instaurazione del giudizio di quattro mesi (in seguito ridotti a tre...).

Il legislatore, peraltro, aveva puntato troppo sulla mediazione come strumento di smaltimento del contenzioso e di riduzione dei tempi di definizione del processo civile per accettare il verdetto "formale" della Corte costituzionale senza una reazione. Con il d. l. n. 69 del 21 giugno 2013, convertito in legge n. 98 del 9 agosto 2013, dunque, tutte le disposizioni abrogate dalla Corte sono state sostanzialmente reintrodotte <sup>(18)</sup> (questa volta con una forma di "produzione normativa" che metteva al riparo dal difetto di delega...), con

11 Trib. Varese, 6 maggio 2011, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 27, Inserto 8, p. 11.

12 Trib. Palermo, 24 marzo 2011, in *Guida dir.*, 2011, fasc. 27, Inserto 8, p. 9; Trib. Teramo-Giulianova, 23 agosto 2010, ord., in *Giur. it.*, 2011, p. 2366; Trib. Varese, 1° marzo 2011, ord., *ivi*.

13 L'annullabilità del contratto tra cliente ed avvocato, d'altro canto, non fa venire meno la validità degli atti processuali posti in essere dal difensore munito di valido mandato (che resta autonomo rispetto al contratto sottostante di prestazione d'opera professionale): Trib. Teramo-Giulianova, 23 agosto 2010 cit., su cui Murino, *Primi provvedimenti e prime considerazioni in tema di mediazione conciliativa*, in *Giur. it.*, 2011, p. 2369. V. pure Trib. Roma, 14 aprile 2012, in <http://osservatoriomediazionecivile.blogspot>.

14 Murino, *op. cit.*, p. 2369.

15 V. anche Trib. Varese, 1° marzo 2011 cit.

16 N. 272 del 6 dicembre 2012.

17 In sostanza, per la Corte, né la direttiva europea, né la legge delega che mirava a dare attuazione alla stessa avessero autorizzato il legislatore delegato a prevedere che, per alcune tipologie di controversie, la mediazione potesse operare come condizione di procedibilità.

18 V. pure Bove, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. "decreto del fare"*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), p. 1.



alcuni “correttivi”, per rendere la mediazione obbligatoria meno indigesta agli operatori forensi.

Tali “correttivi” peraltro hanno creato problemi interpretativi ed applicativi di un certo rilievo e che mettono in evidenza, nella prassi, la perdurante “frizione” tra “libertà” ed “imposizione” nel percorso mediatorio.

In primo luogo, il decreto legge del 2013 ha reintrodotto (con un nuovo comma 1-*bis* dell’art. 5 del decreto del 2010) la mediazione obbligatoria come condizione di procedibilità per una serie di controversie in ambito civile e commerciale. In particolare, tale condizione riguarda le controversie <sup>(19)</sup> in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, a prescindere dal modello procedimentale cui sia sottoposta la lite (ordinario, locatizio, sommario o quant’altro) <sup>(20)(21)</sup>.

Chi vuole proporre un’azione in tali ambiti, è tenuto preliminarmente a esperire un procedimento di mediazione, espressamente qualificato come condizione di procedibilità della domanda giudiziale. In altre parole, l’azione non può essere proposta (e se proposta non può proseguire) senza il previo esperimento della mediazione.

Tentare la mediazione non vuol dire, ovviamente, riuscire ad arrivare ad un accordo. Al fine del soddisfacimento della condizione di procedibilità, in effetti, ci si accontenta di qualcosa di meno: ovvero che colui che intende fare valere in giudizio una domanda si attivi presso un organismo di mediazione per invitare la controparte ad un incontro di mediazione per poi verificarne la disponibilità a partecipare al relativo procedimento. Se la controparte non si presenta, il procedimento si chiude e la condizione di procedibilità è soddisfatta, previo rilascio dell’apposito verbale negativo da parte dell’organismo di mediazione. Allo stesso risultato si arriva se, al primo incontro avanti al mediatore, almeno una delle parti dichiara che non sussistono le condizioni per dare corso alla mediazione stessa oppure se, dopo lo svolgimento della mediazione, non si riesce a trovare un accordo. Una volta sottoscritto il verbale che chiude il procedimento dando atto dell’impossibilità di raggiungere la conciliazione, la condizione di procedibilità è soddisfatta.

Tutto semplice, dunque, da questo punto di vista? In realtà, nella prassi sono emersi orientamenti giurisprudenziali che tendono a rendere più “effettivo” il tentativo delle parti per conciliare la lite: di tali profili mi occuperò più avanti.

5. – Come si è appena visto, il tentativo di mediazione è (in alcuni casi) condizione di procedibilità della domanda giudiziaria: questo, però, non vuol dire che una domanda proposta prima di tale tentativo debba immediatamente essere dichiarata improcedibile.

In primo luogo, ai fini del soddisfacimento della condizione di procedibilità, il procedimento di mediazione (o il termine dilatorio previsto per il suo svolgimento) si deve essere esaurito prima della prima udienza avanti al giudice. Il che vuol dire che la condizione di procedibilità è soddisfatta anche laddove il procedimento di mediazione sia stato attivato dopo la notifica o il deposito dell’atto introduttivo ma abbia esaurito il suo corso prima della comparizione delle parti avanti al giudice.

Ma anche ove non vi sia stato tale “tardivo” tentativo, la causa non è ancora destinata ad una chiusura in rito.

Va innanzi tutto considerato che l’improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d’ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il che vuol dire che, decorso tale termine senza che la questione non sia stata eccepita o rilevata, il procedimento procederà regolarmente senza ulteriori implicazioni procedurali.

Ma anche ove, alla prima udienza, effettivamente si rilevi che la condizione di mediazione non sia stata

19 Il legislatore ha scelto tali controversie in quanto esse riguardano rapporti di durata in cui si è ritenuto opportuno preservare la conservazione di rapporti tra le parti, oppure relazioni considerate particolarmente conflittuali nonché contratti di massa.

20 V. Trib. Varese, 20 gennaio 2012, in *Giur. mer.*, 2012, p. 1077. Con riferimento al procedimento sommario, Trib. Torino, (ord.) 23 marzo 2015, in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it); Trib. Genova, 18 novembre 2011, in *Giur. mer.*, 2012, p. 1080; in senso contrario, però, Trib. Firenze, 22 maggio 2012, ord., in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it), per cui la struttura del procedimento sommario sarebbe incompatibile con la struttura procedimentale della mediazione obbligatoria.

21 Il tentativo di mediazione non è però (immediata) condizione di procedibilità per la richiesta di procedimenti cautelari ed urgenti, ricorsi per decreto ingiuntivo, opposizione all’esecuzione, procedimenti in camera di consiglio, azione civile esercitata nel processo penale, procedimenti per convalida di licenza o di sfratto.

soddisfatta, il sistema prevede una estrema possibilità di “sanatoria”. Il giudice, infatti, a quel punto, deve rinviare l’udienza di almeno tre mesi, con contestuale assegnazione alle parti di un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. In altre parole, si prevede la possibilità di tenere il tentativo di mediazione dopo la proposizione della domanda e dopo la prima udienza, il che dimostra, da un lato, la rilevanza che l’ordinamento attribuisce alla mediazione e, dall’altro, la volontà di non adottare un approccio troppo rigoroso rispetto alle parti “riluttanti” alla mediazione.

In ultima analisi, la domanda viene dichiarata improcedibile solo se la parti non avviano il tentativo di mediazione neppure a questo punto del procedimento.

Anche in tale caso, peraltro, quello che si impone alla parte interessata alla prosecuzione del giudizio è “solo” presentare una domanda di mediazione presso un organismo autorizzato e poi “tentare” di raggiungere un accordo con la controparte, senza nessuna garanzia di successo di tale tentativo.

Anche a questo riguardo, d’altro canto, si registrano gli orientamenti “restrittivi” cui ho accennato sopra e di cui parlerò a breve.

6. – Occorre a questo punto occuparsi di un ulteriore modello di mediazione in materia civile e commerciale, di applicazione generale ed esteso a tutte le controversie su diritti disponibili: la c.d. mediazione delegata dal giudice. Anche tale modello, infatti, può proporre momenti di frizione tra “libertà” e “imposizione” nella mediazione.

L’art. 5, comma 2 del decreto n. 28, nella sua versione originaria, attribuiva al giudice, anche in sede di giudizio di appello<sup>(22)</sup>, il potere di invitare le parti a procedere alla mediazione, valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione e il comportamento delle parti stesse. La riforma dell’estate del 2013 ha molto innovato in questo ambito, con un notevole potenziamento del ruolo del giudice. Questi, infatti, oggi, può direttamente disporre l’esperimento del procedimento di mediazione, senza chiedere alcun consenso alle parti e anche contro la loro volontà<sup>(23)</sup>. Si è pure specificato che tale tipo di mediazione deve essere considerato a sua volta condizione di procedibilità, dopo che il giudice l’abbia disposto<sup>(24)</sup>.

La nuova norma pone un notevole potere in capo al giudice<sup>(25)</sup>: in effetti, il magistrato può rinviare le parti in mediazione per ogni controversia relativa a diritti disponibili, anche (e soprattutto) nei casi in cui la mediazione non sia già condizione di procedibilità della domanda<sup>(26)</sup>.

La prima giurisprudenza mostra un maggiore utilizzo di questa tipologia di mediazione rispetto alla sua versione originaria<sup>(27)</sup>. Va peraltro scongiurato il rischio che si utilizzi l’istituto previsto dalla norma in modo troppo estensivo, anche in casi in cui non sussistano i presupposti minimi per una soluzione amichevole della lite: è opportuno, dunque, che, prima di rinviare le parti in mediazione, si valuti se tale procedimento possa essere utilmente esperito nella fattispecie, magari dopo avere consultato i difensori delle parti.

D’altro canto, come si è rilevato, l’art. 5, comma 2°, attribuisce al giudice un potere discrezionale, che si identifica in un giudizio prognostico sulla possibile idoneità della mediazione a definire la controversia<sup>(28)</sup> e il cui esercizio non può essere sollecitato dalla parte<sup>(29)</sup>.

Per disporre la mediazione delegata, il giudice deve considerare tre parametri:

- lo stato dell’istruzione della causa<sup>(30)</sup>: non necessariamente l’inizio di un giudizio è il momento più propizio

22 Per una fattispecie, App. Napoli, 17 febbraio 2012, in <http://osservatoriomediazionecivile.blogspot>.

23 V. in arg. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2016, p. 293 ss.

24 V. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, cit., p. 317. Per una fattispecie, v. App. Milano, 10 maggio 2017, in [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it).

25 Trib. Milano, (ord.) 14 ottobre 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), si esprime in termini di “addentellato normativo che iscrive, in seno ai poteri discrezionali del magistrato, una nuova facoltà squisitamente processuale”. Sulla natura discrezionale del potere del giudice v. anche Benigni, *op. cit.*, p. 644; Trib. Firenze, 4 giugno 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

26 Trib. Milano, ord., 29 ottobre 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Roma, 29 settembre 2014, in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it), ritiene esperibile la mediazione delegata anche con riferimento ad una querela di falso; Trib. Pavia, 20 gennaio 2017, in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it); Trib. Torino, 7 novembre 2016, ord., in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it).

27 Per un esempio v. Trib. Firenze, (ord.) 27 novembre 2013, in *Guida dir.*, 2014, fasc. 2, *Inserito speciale*, p. XII, che “invita” le parti a tentare la conciliazione della lite (in materia di locazione) nonostante fosse stata accettata la presenza nel contratto di una clausola arbitrale.

28 Trib. Prato, 16 gennaio 2012, in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it).

29 App. Napoli, 15 luglio 2010, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

30 Il Protocollo sulla mediazione delegata dal giudice, dell’Osservatorio sulla giustizia civile di Bologna, sottoscritto il 19 novembre 2015, evidenzia

per tentare una mediazione, dal momento che, in alcuni casi, è necessario il decorso di un certo periodo di tempo per smussare gli angoli della conflittualità tra le parti <sup>(31)</sup>. Spesso, inoltre, l'esperimento di attività istruttoria fornisce alle parti utili elementi per raggiungere una soluzione conciliata della lite;

- la natura della causa: ferma la natura disponibile dei diritti oggetto di controversia, ogni lite si presta ad essere oggetto di mediazione “delegata” <sup>(32)</sup>, non sussistendo limiti teorici all'utilizzo della mediazione derivanti dal diritto oggetto di controversia o dalle parti in lizza;
- il comportamento delle parti: in un provvedimento, ad esempio, si menziona il fatto che l'attore nella memoria avesse ribadito la sua volontà conciliativa e riproposto un'offerta già fatta alla parte convenuta alla prima udienza, richiedendo la comparizione delle parti proprio per accertare la “fattibilità” della proposta <sup>(33)</sup>; in un procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, inoltre, il consenso delle parti si è presunto sulla base del loro contegno processuale estrinsecatosi, per quanto riguarda l'opposta, nel richiedere espressamente l'avvio della fase incidentale di mediazione, e, per quanto riguarda l'opponente, nel non aver sollevato obiezioni di sorta a tale eventualità <sup>(34)</sup>.

Nella sua attuale formulazione, quello del giudice, per le parti, non è più un invito. Ragioni di opportunità inducono comunque a ritenere che alla mediazione delegata si arrivi solo dopo che le parti stesse siano state messe in condizioni di interloquire al riguardo: come si è detto, infatti, si deve evitare di generalizzare il ricorso alla mediazione delegata, svilendone l'efficacia.

Nel provvedimento che manda le parti in mediazione, il giudice fissa la successiva udienza dopo almeno tre mesi e assegna contestualmente alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

A quel punto, le parti dovrebbero essere libere di scegliere l'organismo da loro preferito, senza indicazioni (o imposizioni) al riguardo da parte del giudice. Non mancano, però, esempi di provvedimenti un po' “invasivi” da questo punto di vista: in cui, ad esempio, il giudice invita le parti a rivolgersi a un organismo il cui regolamento non contenga clausole limitative della facoltà del mediatore di formulare una proposta conciliativa <sup>(35)</sup>. In altri casi, si registrano indicazioni alle parti in merito agli ambiti rispetto ai quali tale mediazione avrebbe dovuto essere compiuta <sup>(36)</sup>.

La giurisprudenza, inoltre, ritiene che il giudice possa prescrivere al mediatore di formulare una proposta transattiva, il cui contenuto dovrà poi essere riferito al giudice stesso in caso di fallimento della mediazione <sup>(37)</sup>. Al riguardo, si è affermato che la formulazione della proposta sarebbe un passaggio cruciale ed ineludibile del procedimento di mediazione, la cui omissione precluderebbe al giudice di compiere la valutazione prevista dall'art. 13 del decreto n. 28 del 2010. Se il mediatore, contravvenendo alla prescrizione del giudice, non formulasse la proposta, dunque, la procedura non potrebbe ritenersi ritualmente svolta e le parti, a pena di improcedibilità della domanda, dovrebbero riattivare il procedimento affinché il mediatore, senza oneri aggiuntivi, completi la sua attività, ai sensi dell'art. 11 del decreto n. 28, anche in assenza di concorde richiesta delle parti <sup>(38)</sup>.

Per alcuni, il giudice potrebbe addirittura invitare il mediatore a nominare eventualmente un professionista iscritto all'albo dei c.t.u. del tribunale affinché rediga un elaborato peritale su cui formulare la sua proposta <sup>(39)</sup>.

Dalla giurisprudenza, in effetti, emerge un ruolo del giudice molto invadente ed invasivo rispetto non tanto e non solo alla decisione di rimettere le parti avanti al mediatore, ma soprattutto ai contenuti dell'attività svolta nel corso del procedimento mediatorio. La ragion di Stato sottesa all'esigenza di ridurre

che l'invio in mediazione dovrebbe essere formulato “preferibilmente” nella fase iniziale del giudizio, con la specificazione che, in caso di chiamate di terzi in causa, il giudice possa disporre la mediazione delegata “di regola dopo avere provveduto sulla richiesta di chiamata”.

31 App. Firenze, 17 novembre 2016, in *Guida dir.*, 2017, fasc. 19, p. 72, ritiene ammissibile la disposizione della mediazione dopo la rimessione della causa sul ruolo a seguito di pronuncia di sentenza parziale.

32 Trib. Prato, 16 gennaio 2012, cit.

33 Trib. Varese, 8 luglio 2011, in banca dati *Dejure*.

34 Trib. Verona, 18 gennaio 2012, ord.

35 V. Trib. Vasto, 5 luglio 2012; Trib. Vasto, ord., 23 giugno 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Bari-Altamura, 21 maggio 2017, in *www.mondoadr.it*.

36 Trib. Santa Maria C. V., 22 febbraio 2016, ord., *www.mondoadr.it*, in una controversia relativa a un finanziamento bancario.

37 Trib. Siracusa, 11 ottobre 2016, invita il mediatore ad avanzare una proposta conciliativa, pur in assenza di congiunta richiesta delle parti; App. Milano, 13 settembre 2016, ord., in *www.mondoadr.it* dispone: “il mediatore designato (...) sarà tenuto sin dal primo incontro a formulare una proposta d'intesa”; Trib. Firenze, 16 febbraio 2016, ord., in *www.ilcaso.it*; Trib. Napoli Nord, 6 aprile 2017, ord., in *www.mondoadr.it*.

38 Trib. Vasto, 15 giugno 2016, ord., *Giur. it.*, 2017, p. 656, con nota perplessa di Cuomo Ulloa, *Il punto sulla proposta del mediatore*, in *Giur. it.*, 2017, p. 657 ss.

39 Trib. Ascoli, ordinanza priva di data, della dr.ssa Paola Mariani, pubblicata in *www.mondoadr.it*, con riferimento ad una controversia bancaria che investiva questioni puramente tecnico-contabili.

il contenzioso giudiziale fa sovente travalicare il confine tra l'ambito della funzione giurisdizionale e quello dell'attività conciliativa<sup>(40)</sup>.

Simili prassi a me paiono inopportune e da evitare, per non restringere indebitamente la libera determinazione delle parti rispetto alla sede e ai contenuti della loro mediazione.

Il mediatore, pacificamente, non è un ausiliario del giudice<sup>(41)</sup>. Questi dunque non può prescrivere al mediatore alcunché né il mediatore è in alcun modo vincolato rispetto alle eventuali prescrizioni contenute nell'ordinanza di rimessione.

Di questo appare consapevole anche la maggioranza della giurisprudenza che, dunque, rivolge le proprie prescrizioni alle parti, cui, ad esempio, si chiede di fornire informazioni sullo sviluppo della mediazione<sup>(42)</sup>. Ma anche in questo modo, a mio avviso, si confondono i livelli, in palese violazione di alcuni principi fondamentali in materia di mediazione, tra cui, in primo luogo, quello di riservatezza.

Non pone problemi invece la possibilità che il giudice indichi, nel proprio provvedimento, la parte che, interessata alla prosecuzione del giudizio, sia onerata dell'avvio della procedura<sup>(43)</sup>: ciò, in effetti, fornisce un importante elemento di chiarezza ad entrambe le parti sulle conseguenze del mancato avvio della mediazione<sup>(44)</sup>.

7. – È arrivato il momento di analizzare più nel dettaglio i meccanismi procedurali del tentativo di mediazione, poiché, in questo ambito, la prassi ha fatto emergere tendenze notevolmente limitative della "libertà" delle parti, per valorizzare l'interesse pubblico alla effettività di questo strumento alternativo di soluzione delle controversie.

In particolare, si deve esaminare il combinato disposto dei nuovi commi 2-*bis* dell'art. 5, 1° dell'art. 8, e 5-*ter* dell'art. 17.

La prima norma statuisce che "quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo". La seconda disposizione, dal canto suo, con riferimento a tale "primo incontro" avanti al mediatore<sup>(45)</sup>, configura una prima fase necessaria, a carattere informativo, in cui il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, ed una, facoltativa, in cui si dà inizio al procedimento qualora le parti e i loro avvocati si esprimano favorevolmente alla possibilità di dare inizio alla mediazione. Il comma 5-*ter* dell'art. 17, infine, completa il quadro, con la previsione che, in caso di mancato accordo all'esito del primo incontro, nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione<sup>(46)</sup>.

Il non chiarissimo combinato disposto di queste norme ha, peraltro, innescato un importante contrasto interpretativo. Da un lato, infatti, alcuni, tra cui l'autore di questo scritto, rilevano che tale disposto riduce la condizione di procedibilità all'onere per le parti (o almeno per la parte istante) di partecipare al primo incontro avanti al mediatore, inteso come momento dedicato all'informativa in merito all'attività che questi si prefigge di svolgere e alle relative modalità. Ove poi, all'esito, anche una sola parte ritenesse insussistenti le condizioni per dare corso al procedimento di mediazione, verrebbe redatto un verbale negativo di chiusura del procedimento stesso, a seguito del quale si potrà instaurare il procedimento giudiziale. Per contro, nella giurisprudenza si è diffuso un approccio più rigido, che ritiene che la mera partecipazione alla prima parte del procedimento, dedicata

40 App. Milano, 10 maggio 2017, in [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it), afferma significativamente: "l'esigenza (...) che la mediazione sia effettivamente avviata, senza aggirare la normativa in materia, risulta del resto funzionale all'obiettivo di agevolare il più possibile la soluzione delle controversie in modo alternativo a quello giudiziario, essendo ragionevole che la mancanza di collaborazione e di impegno in tal senso sia sanzionata con l'imposizione a carico delle parti di un ostacolo per accedere alla giurisdizione".

41 V. anche Cuomo Ulloa, *Il punto sulla proposta del mediatore*, cit. p. 659, che esclude un rapporto di accessorietà tra mediazione e processo o tra mediatore e giudice.

42 Trib. Firenze, 17 febbraio 2017, ord., in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it), con riferimento alla eventuale mancata fattiva partecipazione delle parti sostanziali senza giustificato motivo, alle eventuali ragioni di natura preliminare che hanno impedito l'avvio dell'effettivo procedimento di mediazione, ai motivi del rifiuto dell'eventuale proposta di conciliazione formulata dal mediatore. V. anche Trib. Firenze, 16 febbraio 2016, ord., in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Napoli Nord, 6 aprile 2017, ord., in [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it).

43 App. Firenze, 1° ottobre 2015, ord., in [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it), in un procedimento di appello, pone tale onere a carico appunto della parte appellante.

44 Così Trib. Pavia, 26 settembre 2016, ord., in [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it) che, in un'opposizione a decreto ingiuntivo, specifica che l'avvio della procedura sia onere della parte convenuta opposta; così pure Trib. Firenze, 16 febbraio 2016, ord., in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

45 Maggiori dettagli in Cuomo Ulloa, *op. cit.*, p. 279 ss.; v. pure Bruno, *Mediaconciliazione e giustizia: si riparte*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 2054.

46 Moriconi, *Mediazione e proposta del giudice: le problematiche relative alla acquisizione, rilevazione e valutazione dei dati relativi*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), p. 4, ritiene che tale previsione "potrà propiziare un incremento della partecipazione dei convocati".

alla presentazione informativa, non sia sufficiente per ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità<sup>(47)</sup>, sul rilievo che, ragionando altrimenti, si ridurrebbe il tentativo di mediazione a un vuoto simulacro depotenziato<sup>(48)</sup>.

Tale interpretazione, sul piano letterale, si basa sul testo dell'art. 5 del decreto n. 28, nella parte in cui prevede che il mediatore inviti le parti ed i loro avvocati ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione, valorizzando l'utilizzo della parola "possibilità" invece che "volontà": in quest'ottica, verrebbe in rilievo non l'intenzione delle parti quanto la mancanza dei presupposti essenziali per la valida instaurazione del procedimento<sup>(49)</sup>. Al riguardo, si ritiene necessario evitare di rendere, di fatto, la mediazione facoltativa, perché ognuno dei partecipanti sarebbe titolare di un diritto potestativo alla chiusura del procedimento<sup>(50)</sup>. Inoltre, si evidenzia il disposto dell'art. 5, comma 5°, il quale, nel fare riferimento "al primo incontro concluso senza l'accordo", farebbe ritenere che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria. La conclusione dei ragionamenti che precedono è che in realtà sarebbe il mediatore, "tenuto conto di quello che dicono le parti e gli avvocati", a dover valutare se sussiste la possibilità di proseguire nella procedura di mediazione<sup>(51)</sup>.

Su questi presupposti, in quella che può ormai ritenersi una giurisprudenza maggioritaria e consolidata, si afferma che, per il soddisfacimento della condizione di procedibilità, il tentativo di mediazione dovrebbe essere "effettivo": esso, dunque, non potrebbe fermarsi alla prima parte, con l'informativa del mediatore, soprattutto qualora, a tale incontro preliminare, partecipino solo i difensori delle parti (v. *infra*)<sup>(52)</sup>, ma dovrebbe spingersi anche all'esame e al confronto delle questioni controverse<sup>(53)</sup>.

Quanto precede è applicato con particolare rigore alla mediazione delegata dal giudice: al riguardo si afferma, infatti, che la valutazione in merito alla possibilità di mediare la lite sarebbe stata già effettuata dal giudice stesso<sup>(54)</sup> e la sessione meramente informativa sarebbe sostanzialmente inutile, considerato il momento processuale "avanzato" in cui interviene il provvedimento di rinvio alla mediazione<sup>(55)</sup>. Si afferma, altresì, a tale proposito, che sarebbe irrazionale e non conforme ad una lettura sistematica e teleologica della normativa ritenere che l'ordine del giudice sia osservato quando le parti si rechino dal mediatore per limitarsi a dichiarare di non voler procedere oltre, in tal modo esercitando una sorta di veto assoluto ed incondizionato sulla possibilità di dare seguito alla procedura<sup>(56)</sup>.

Ai rilievi che precedono si può opporre che, in realtà, la valutazione in merito alla possibilità di mediare la lite dovrebbe essere presa dal giudice a seguito di un confronto dialettico con le parti o almeno con i loro difensori: in quest'ottica, mediazione delegata non dovrebbe essere sinonimo di mediazione imposta a parti che abbiano già manifestato di non essere disposte ad aprire trattative. Anche l'argomento per cui ai sensi dell'art. 8 del decreto legislativo. n. 28, il mediatore dovrebbe verificare la possibilità di svolgere la mediazione (con riferimento ad eventuali situazioni preliminari che possano ostacolarne l'esperimento) e non semplicemente l'esistenza delle volontà delle parti di procedervi<sup>(57)</sup>, non appare irresistibile, dal momento che appare arduo

47 Per un esempio di tale approccio, v. Trib. Vasto, 9 marzo 2015, in *Contr.*, 2015, p. 687.

48 V. le osservazioni di Ferraris, in *Contr.*, 2015, p. 692 ss. Per Trib. Firenze, ord., 26 novembre 2014, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 558, "Ritenere che la condizione di procedibilità sia assoluta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vuol dire, in realtà, ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori." Contro questa impostazione Raiti, *Primo incontro in mediazione e condizione di procedibilità della domanda ai sensi del novellato art. 5, comma 2° bis, d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, *ivi*, p. 570, per cui il primo incontro tra parti e mediatore avrebbe una funzione di verificare la disponibilità delle parti ad "autorizzare" l'avvio della procedura di mediazione, fornendo, altresì le eventuali giustificazioni per non farlo.

49 Trib. Palermo, 16 luglio 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 639, porta l'esempio della verifica circa l'autorizzazione del giudice tutelare, nei casi in cui questa sia necessaria; Trib. Siracusa, ord., 17 gennaio 2015, in *www.101mediatori.it*; App. Milano, 10 maggio 2017, in *www.mondoadr.it*. Per una critica a tale opinione, v. Raiti, *op. cit.*, p. 566 ss.

50 Trib. Firenze, ord. 26 novembre 2014, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 558. V. pure Trib. Palermo, 16 luglio 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 639. Trib. Palermo, 23 dicembre 2016, in *www.mondoadr.it*, ritiene "escluso che l'impossibilità possa coincidere con la mera volontà delle parti di non dare inizio alla mediazione".

51 Trib. Palermo, 23 dicembre 2016, in *www.mondoadr.it*.

52 Trib. Pavia, ord., 17 giugno 2015, in *www.101mediatori.it*; Trib. Pavia, ord., 18 maggio 2015, *ivi*; Trib. Pavia, ord., 30 marzo 2015, *ivi*.

53 Trib. Milano, ord., 7 maggio 2015, in *www.101mediatori.it*; Trib. Pavia, ord., 19 gennaio 2015, *ivi*; Trib. Siracusa, ord., 30 marzo 2015, *ivi*; Trib. Monza, ord., 28 gennaio 2015, *ivi*.

54 V. Ferraris, *op. cit.*, p. 693; App. Milano, 10 agosto 2017, in *www.ilcaso.it*. *Contra* Raiti, *op. cit.*, p. 570, nota 14.

55 V. Trib. Firenze, ord., 19 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 641.

56 In questo senso App. Milano, 10 agosto 2017, in *www.ilcaso.it*. Per Trib. Firenze, 19 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 641, in caso di "mediazione disposta dal giudice" affinché l'ordine giudiziale possa ritenersi correttamente eseguito e la condizione di procedibilità verificata, la mediazione deve essersi effettivamente svolta. A tal fine le parti devono comparire personalmente innanzi al mediatore con l'assistenza legale di un avvocato iscritto all'albo e l'incontro non deve limitarsi ad una mera attività informativa delle parti, bensì integrare una vera e propria sessione di mediazione idonea a verificare la possibilità di un accordo fra di esse; App. Milano, 10 maggio 2017, in *www.mondoadr.it*.

57 App. Milano, 10 agosto 2017, in *www.ilcaso.it*.

separare concettualmente la possibilità di mediare dalla volontà delle parti in tal senso. Se una parte non è disposta a conciliare, ogni mediazione è in effetti impossibile.

Alcuni, d'altro canto, propongono di risolvere il problema affermando che il meccanismo previsto dall'art. 5, comma 2-*bis* varrebbe solo per la mediazione obbligatoria e non per quella delegata, considerato che, in questa ipotesi, un giudizio sulla mediabilità della controversia è già dato dal magistrato demandante e un incontro preliminare non dovrebbe nemmeno svolgersi<sup>(58)</sup>. Si tratta di una lettura che va oltre il dato letterale e che potrebbe essere condivisibile solo in un'ottica di *case management* collaborativo, laddove alla mediazione delegata si arrivasse solo con l'accordo delle parti debitamente stimolate dal giudice.

L'approccio giurisprudenziale sopra esaminato non appare condivisibile. Esso, in effetti, propone una lettura "estensiva" delle attuali norme e non tiene conto delle ragioni di politica legislativa che hanno portato alla loro introduzione. Come si è visto *supra*, infatti, alla riforma del 2013 si è giunti dopo un percorso a dir poco accidentato, contrassegnato dalle contestazioni del ceto forense rispetto all'istituto della mediazione obbligatoria introdotta dal decreto n. 28 del 2010 e sino all'intervento della Corte costituzionale nel 2012. In un simile contesto, la volontà del legislatore di "alleggerire" le "(pur) riproposte fattispecie d'obbligo" appare evidente<sup>(59)</sup>. In particolare, sembra manifesta la volontà legislativa di superare le critiche e le perplessità sollevate dagli interpreti (anche sul piano costituzionale) in merito ai costi della mediazione (che, nel regime previgente, anche in caso di mancato accordo nella fase iniziale della mediazione, potevano essere piuttosto sostenuti)<sup>(60)</sup>, rendendo possibile il soddisfacimento della condizione di procedibilità con la semplice partecipazione a un "primo incontro" a contenuto informativo, sopportando solo il costo fisso per il deposito dell'istanza o dell'adesione.

Non convincono neppure le critiche alla possibilità di configurare un diritto potestativo alla chiusura del procedimento in capo ad ogni parte: al contrario, a me pare che, anche in un regime in cui il tentativo di mediazione è stato configurato come condizione di procedibilità, la partecipazione effettiva della parte a tale tentativo resti incoercibile e non sanzionabile se non sul piano delle spese legali, nei termini all'uopo previsti dalla normativa. E', anzi, uno dei corollari della mediazione che ogni parte interessata, in qualsiasi momento del procedimento, se ne possa "chiamare fuori", pagandone, in caso, le conseguenze in sede processuale, ma non in termini di una declaratoria di improcedibilità, difficilmente conciliabile con il disposto dell'art. 24 Cost.<sup>(61)</sup>. Al riguardo, anzi, è stato acutamente osservato che sarebbe irragionevole sanzionare in modo più pesante la parte che abbia partecipato al procedimento di mediazione solo per esprimere la volontà di non voler in alcun modo conciliare rispetto a quella che abbia del tutto ommesso di aderire alla mediazione<sup>(62)</sup>.

Certo, l'interpretazione preferita da chi scrive riduce l'effettività del rimedio alternativo elevato a condizione di procedibilità e lascia al mediatore, nella fase iniziale del primo incontro, il compito di convincere le parti, con la sua esperienza e autorevolezza, che tentare la mediazione possa essere una prospettiva interessante. Mi pare però che il testo e la *ratio* delle norme non consentano letture alternative, anche con riferimento alla garanzia del diritto di azione posto dall'art. 24 Cost.

D'altra parte, la giurisprudenza qui criticata presenta sul piano operativo alcuni aspetti problematici di non poco conto. In questa sede, mi basta evidenziare che le pronunce che invocano il requisito del "tentativo effettivo" non chiariscono quale sia il livello di effettività sufficiente a ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità: in altre parole, non è chiaro quale sia il minimo di "coinvolgimento" nel tentativo che il giudice possa pretendere in sede di verifica *ex post*. Alcuni parlano delle necessità che si svolga una "*vera e propria sessione di mediazione, nell'ottica di un serio tentativo di risolvere il conflitto*"<sup>(63)</sup>, intesa tale attività come quella "*posta in essere da un terzo imparziale al fine di assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole*"

58 Trib. Pavia, 20 gennaio 2017, in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it).

59 Così Raiti, *op. cit.*, p. 565.

60 Su questi profili v. pure Marinaro, *Da rivedere il modello adottato dal nostro legislatore alla luce dell'obbligatorietà preventiva e successiva*, in *Guida dir.*, 2014, fasc. n. 17, *Inserito* n. 5, p. XI.

61 Anche Benigni, *La condizione di procedibilità nella mediazione disposta d'ufficio dal giudice*, in *Giur. it.*, 2015, p. 648 osserva che l'ordinamento, come riconosce il diritto a non partecipare al processo, restando contumace, in modo analogo deve riconoscere il diritto a non aderire al procedimento di mediazione.

62 Raiti, *op. cit.*, p. 567.

63 App. Milano, 10 agosto 2017, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). V. anche App. Milano, 10 maggio 2017, in [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it), che parla di "tentativo di mediazione condotto in modo serio e coscienzioso".

(64). Ma il verbale che chiude il procedimento dando atto del fallimento della mediazione non fornisce e non può fornire elementi in merito alle attività svolte, al comportamento delle parti e, in generale, alle ragioni, che hanno portato a tale esito negativo, dovendo salvaguardare la riservatezza del procedimento imposta dalla stessa legge (65). Né la questione può limitarsi ad una verifica sul “tempo” impiegato dalle parti in una mediazione avviata senza convinzione e solo per soddisfare la condizione di procedibilità nel senso richiesto dal giudice.

In effetti, alcuni provvedimenti di rinvio in mediazione richiedono al mediatore di dare conto del comportamento delle parti in seno al procedimento svoltosi avanti a lui (66), ma si tratta di richieste a mio avviso inopportune e cui non si deve dare seguito, considerata, appunto, la natura confidenziale di tutto ciò che viene detto e fatto nel corso della mediazione, in caso di insuccesso della stessa, salve le eccezioni previste dalla legge e che richiedono il consenso di tutte le parti interessate alla divulgazione processuale del materiale acquisito alla mediazione.

Vi è infine la questione dei costi della mediazione, costi che, per le controversie di valore non modesto, possono essere elevati. Pretendere che la condizione di procedibilità sia soddisfatta solo da un “tentativo effettivo” di mediazione vuol dire imporre alle parti di sostenere costi aggiuntivi di una certa consistenza anche quando sia ben chiara la mancanza di spazi di conciliazione. Da questo punto di vista, riemergono i profili di incostituzionalità prospettati rispetto alla formulazione originaria dell’art. 5 del decreto n. 28, rispetto alla compressione sul piano patrimoniale dei diritti sanciti dall’art. 24 Cost.

Come già si è detto, la giurisprudenza appare esprimere una visione della mediazione come strumento per il contenimento del contenzioso, connotato da implicazioni di interesse pubblico che portano a snaturare lo strumento o almeno a cambiarne la caratteristica intrinseca. Chi scrive, per contro, ritiene che, per quanto si possa cercare di valorizzare il risultato utile della mediazione come strumento di smaltimento del contenzioso, non si possa ignorare la *ratio* delle nuove disposizioni del decreto n. 28, né considerare il mediatore come un ausiliario del giudice. In effetti, anche se la mediazione è prevista come condizione di procedibilità, in un sistema retto dal principio dispositivo e dal diritto costituzionale all’azione in giudizio, non si può imporre alle parti una partecipazione “effettiva” in una mediazione in cui, in ipotesi, non si creda (67). In questo senso, appare condivisibile la giurisprudenza per la quale l’effettività dell’obbligo non può spingersi sino al punto da sanzionare con l’improcedibilità della domanda l’attore che si rifiuti senza giustificato motivo di partecipare al procedimento di mediazione nel c.d. primo incontro davanti al mediatore (68).

8. – Nell’ottica della “effettività”, la giurisprudenza affronta e risolve un ulteriore profilo procedimentale che assume rilievo nella mia disamina odierna.

Avviene, infatti, sovente che una o entrambe le parti non si presentino personalmente avanti al mediatore, ma si facciano sostituire da un rappresentante, spesso il loro stesso avvocato, il quale, altrettanto spesso, si limita a dichiarare che il proprio rappresentato non ritiene sussistere i presupposti per tentare la mediazione. Per contrastare quelle che sono percepite come prassi che svuotano di contenuto la condizione di procedibilità prevista dalla legge, dunque, parte della giurisprudenza ritiene che un tentativo di mediazione possa considerarsi “effettivo” (e dunque soddisfare la condizione di procedibilità) nella misura in cui vi abbiano partecipato le parti personalmente (69). In quest’ottica, si afferma che la parte non potrebbe ricorrere ad alcuna forma di rappresentanza, né a favore del proprio avvocato (70) né di altri soggetti (tra cui, ad esempio, altri partecipanti alla mediazione) (71).

Questo approccio viene giustificato con la natura “personalissima” delle attività da compiersi nel

64 App. Firenze, 1° ottobre 2015, ord., in [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it).

65 In generale sulla disciplina della riservatezza nell’ambito della mediazione v. Cuomo Ulloa, *La nuova mediazione*, cit., p. 312 ss.

66 App. Milano, 13 settembre 2016, ord., in [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it), ad esempio, “dispone che l’esito del procedimento di mediazione venga comunicato in cancelleria a cura dell’ufficio del mediatore e nel rispetto dell’obbligo della riservatezza”.

67 Raiti, *op. cit.*, p. 571, rileva come la tesi per cui la “dimensione notarile” della concezione “potestativa” della mediazione “pare il frutto di un’opzione di valore originaria e contraria (...) a quella operata dal legislatore”. L’a. mette in guardia, p. 572, rispetto ad un eccesso di “coercitività” del modello italiano di mediazione rispetto ai desiderata europei.

68 Trib. Taranto, ord., 16 aprile 2015, in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it).

69 Trib. Roma, ord., 19 febbraio 2015, in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it).

70 V. Trib. Napoli Nord, 17 gennaio 2017, ord., in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it); Trib. Pavia, ord. 9 marzo 2015; Trib. Pavia, ord., 19 gennaio 2015, in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it); Trib. Pavia, ord. 17 giugno 2015, *ivi*; Trib. Bologna, ord., 5 giugno 2014, in [www.giuraemilia.it](http://www.giuraemilia.it); Trib. Pavia, 26 settembre 2016, ord., in [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it).

71 Ad esempio, Trib. Firenze, 19 marzo 2014, ord., in *Giur. it.*, 2015, p. 641, per ritenere il tentativo di mediazione effettivamente avviato, richiede la comparizione personale delle parti avanti al mediatore. Così pure Trib. Vasto, ord., 23 giugno 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Milano, ord., 7 maggio 2015, in [www.101mediatori.it](http://www.101mediatori.it).

procedimento di mediazione <sup>(72)</sup> e, sul piano testuale, dal tenore degli artt. 5, comma 1-*bis* e 8, che prevedono che le parti esperiscano il procedimento di mediazione con l'assistenza degli avvocati, ciò che implicherebbe la presenza degli assistiti <sup>(73)</sup>.

Come corollario di quanto precede, alcuni ritengono che il mediatore, nel verbale da lui redatto, dovrebbe accuratamente descrivere le attività svolte innanzi a sé <sup>(74)</sup>, dando conto dei comportamenti "ostativi" delle parti, ad esempio qualora una di esse si rifiuti di presenziare personalmente agli incontri <sup>(75)</sup> ovvero rigetti la proposta conciliativa formulata dal mediatore stesso <sup>(76)</sup> o, ancor, non voglia proseguire il procedimento di mediazione dopo l'incontro preliminare <sup>(77)</sup>.

Anche tale approccio, fortemente limitativo della libertà delle parti nel contesto della mediazione, non appare condivisibile a livello teorico <sup>(78)</sup> e presenta aspetti problematici sul piano operativo.

La pretesa inammissibilità della rappresentanza in seno al procedimento di mediazione appare in contraddizione con la natura disponibile dei diritti cui la mediazione stessa si applica e con la rilevanza della volontà delle parti in ogni passaggio del procedimento. In quest'ottica, parlare di natura personalissima della partecipazione alla mediazione appare una forzatura <sup>(79)</sup>. Certo, le decisioni e le valutazioni che possono essere prese nell'ambito di un procedimento come quello qui in esame scaturiscono, per ampia parte, da valutazioni collegate alla sfera più intima e personale dei soggetti direttamente coinvolti, ma questo non toglie che anche un rappresentante possa svolgere in modo efficace un ruolo in questo contesto.

L'argomento letterale che fa leva sulla menzione della presenza dei difensori a fianco delle parti, prova troppo: la norma, infatti, si preoccupa di chiarire la natura necessaria dell'assistenza da parte dell'avvocato (almeno nella mediazione obbligatoria) ma non esclude che la parte possa farsi rappresentare da un altro soggetto o, almeno in ipotesi, dal proprio avvocato (che in ogni caso deve essere presente).

Sul piano pratico, escludere *tout court* l'utilizzo della rappresentanza può, in alcuni casi, negare qualsiasi *chance* di successo al tentativo di mediazione. La rappresentanza, ad esempio, può essere utilmente valorizzata in caso di pluralità di parti che esprimano un medesimo centro di interessi e che indichino uno di loro come "portavoce" del gruppo, oppure rispetto a soggetti che possano avere impedimenti della più varia natura (da quella fisica a quella economica) a prendere parte al procedimento (ciò che, si ricorda, può implicare anche trasferte da una città all'altra). Imporre, in casi del genere, a (tutte) le parti interessate di essere presenti personalmente può implicare difficoltà insuperabili e oneri e costi eccessivi, incompatibili con un'interpretazione costituzionalmente orientata delle misure alternative per la soluzione delle liti.

Appare dunque preferibile ritenere che la parte sia libera di farsi rappresentare da un altro soggetto avanti al mediatore <sup>(80)</sup>. Sul piano giuridico, nulla sembra escludere che tale soggetto possa essere lo stesso avvocato della parte. Alcuni autori, anzi, rivendicano la piena legittimità di tale "delega", ritenuta del tutto coerente

72 V. Trib. Vasto, 9 marzo 2015, cit., con nota favorevole di Ferraris, *op. cit.*, p. 691; Trib. Firenze, 26 novembre 2014, cit.

73 Trib. Firenze, 26 novembre 2014, cit.; Trib. Palermo, 23 dicembre 2016, in *www.mondoadr.it*; Protocollo sulla mediazione delegata dal giudice del 19 novembre 2015, predisposto dall'Osservatorio sulla giustizia civile di Bologna

74 Trib. Bari-Altamura, 21 maggio 2017, in *www.mondoadr.it*.

75 Trib. Siracusa, ord., 17 gennaio 2015, in *www.101mediatori.it*; Trib. Vasto, 23 giugno 2015, cit., che prevede pure la prescrizione al mediatore, in caso di fallimento della mediazione, di formulare comunque una proposta di conciliazione, anche in assenza di una concorde richiesta delle parti. Così pure Trib. Siracusa, ord., 30 marzo 2015, in *www.101mediatori.it*; Trib. Pavia, ord., 30 marzo 2015, *ivi*; Trib. Siracusa, ord., 23 gennaio 2015, *ivi*. Per Trib. Pavia, ord., 26 settembre 2016, in *www.mondoadr.it*, il mediatore con la sua verbalizzazione dovrebbe consentire di comprendere quale mediazione abbia svolto nel primo incontro, per mettere in condizione il magistrato di comprendere se la condizione di procedibilità si è avverata e adottare le conseguenti determinazioni processuali; Trib. Bari, 28 novembre 2016, ord., in *www.mondoadr.it*, evidenzia la necessità che "vi sia un'accurata verbalizzazione da parte del mediatore delle attività svolte innanzi a sé".

76 Trib. Bari-Altamura, 21 maggio 2017, in *www.mondoadr.it*.

77 Un invito al mediatore in questo senso è espresso da Trib. Pavia, 17 giugno 2015, cit.; v. pure Trib. Pavia, ord., 18 maggio 2015, in *www.101mediatori.it*; Trib. Santa Maria C. V., ord., 22 febbraio 2016, *www.mondoadr.it*.

78 Conf. Sandulli, *In tema di mediazione delegata dal giudice*, in *La nuova proc. civ.*, 2015, fasc. 2; Trib. Palermo, 16 luglio 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 639.

79 Al riguardo, si osserva, in effetti, che la mediazione genererebbe da un contesto ben diverso da quello negoziale, in cui verrebbe in rilievo *humus* valoriale della parte in lite, rispetto al quale sarebbe plausibile cogliere un ostacolo alla delega del potere conciliativo: Raiti, *op. cit.*, p. 573, per cui: "Ritenere che il formarsi della volontà conciliativa costituisca un processo esclusivamente coesistente alla psiche della parte in lite esclude dunque che il fenomeno rappresentativo volontario possa riguardarlo".

80 V. ad esempio Trib. Cassino, ord., 16 dicembre 2014, in *www.101mediatori.it*; Trib. Bologna, ord., 6 novembre 2014, in *www.giuraemilia.it*, che, peraltro, propone anche la partecipazione, in presenza di un giustificato motivo, anche a mezzo di supporto digitale, quale *Skype*. Anche Trib. Napoli Nord, 27 gennaio 2017, ord., in *www.101mediatori.it*, ritiene ammissibile che l'incontro di mediazione si svolga alla presenza di un delegato della parte.



con il ruolo attribuito all'avvocato dall'ordinamento <sup>(81)</sup>. Il cumulo del ruolo di rappresentante a quello di difensore della parte potrebbe, piuttosto, apparire inopportuno ma non sanzionabile nei termini enucleati dalla giurisprudenza qui criticata <sup>(82)</sup>.

9. – La normativa introdotta nel 2010, peraltro, preserva sotto più profili la spontaneità, la riservatezza e, in ultima analisi, la libertà delle parti nell'ambito dello svolgimento della mediazione.

La mediazione, infatti, può portare a risultati positivi solo nella misura in cui le parti siano consapevoli che il contenuto dei loro incontri sia coperto dal "segreto" e non possa uscire dalla stanza dell'organismo di mediazione nella quale tali incontri si sono tenuti.

Alla conciliazione, in effetti, si può e si deve arrivare solo in un clima di leale dialogo, libertà e assenza da ogni forma di remora o coercizione.

In quest'ottica, l'art. 9 del decreto n. 28 disciplina il dovere di riservatezza che vincola "chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione": tali soggetti sono, infatti, tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo non solo nei confronti dei terzi ma anche nei confronti delle altre parti della mediazione (il riferimento è al contenuto delle sessioni separate...), salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni.

Per garantire la confidenzialità e la riservatezza della mediazione (e favorirne dunque il successo), inoltre, l'art. 10 del decreto n. 28 afferma un generale principio di inutilizzabilità delle dichiarazioni rese o delle informazioni acquisite nel corso di tale procedimento nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è inoltre ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisivo. Non si fa qui riferimento all'interrogatorio formale, ma appare scontato che anche tale mezzo di prova vada escluso. Al riguardo, si parla di "prove illecite" e dunque mai utilizzabili, piuttosto che di mero "limite di ammissibilità" della prova, non rilevabile d'ufficio.

La norma, peraltro, prevede una deroga a tale divieto, in caso di consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Ciò vuol dire che la parte, negli atti del processo, potrà sempre fare riferimento alle proprie dichiarazioni o proposte formulate in sede di mediazione.

Lo stesso art. 10, al comma 2, con riferimento al segreto professionale del mediatore, prevede che questi non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Al mediatore, inoltre, si applicano le disposizioni dell'articolo 200 c.p.p. e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 c.p.p. in quanto applicabili.

Si ritiene che il "privilegio" del mediatore debba essere esteso, pur nel silenzio della norma, a tutti i soggetti a qualsiasi titolo coinvolti nella mediazione (come ad esempio l'esperto incaricato di valutazioni tecniche).

La norma, ovviamente, non esclude l'utilizzo nel processo di fatti conosciuti a prescindere dalla mediazione, seppure emersi anche nel corso della stessa.

10. – È giunto il momento di trarre qualche conclusione dall'analisi che precede.

Come si è visto, il legislatore ha cercato di "forzare" il ricorso alla mediazione imbrigliando l'istituto in una rete di formalismi organizzativi e vincoli procedurali.

La giurisprudenza, dal canto suo, ha accolto con sin troppo "entusiasmo" il nuovo istituto, in alcuni casi valorizzato ben oltre i limiti previsti dalla legge. È stato, ad esempio, ritenuto possibile che la mediazione proceda anche in assenza della parte convocata, in mancanza di un espresso divieto normativo in tal senso e sempre che vi sia un interesse tutelabile in capo alla parte che, in assenza dell'altra, chieda comunque di

81 V. però le osservazioni di Sandulli, *op. cit.*, per cui, alla luce della nuova legge professionale, "il professionista integra l'anello necessario per l'esercizio della tutela, funzione questa che si può estendersi anche alla procedura di mediazione, finalizzata alla conciliazione".

82 Al riguardo, il Protocollo sulla mediazione delegata dal giudice predisposto dall'Osservatorio sulla giustizia civile di Bologna, cit., con una presa di posizione "intermedia", ammette la possibilità per la parte di farsi rappresentare da persona informata dei fatti e dotata di procura sostanziale scritte, ma diversa dal difensore.

procedere<sup>(83)</sup>. Nel medesimo provvedimento, si è ritenuto ammissibile, nell'ambito di una mediazione coltivata dalla sola parte istante, che il mediatore nomini un consulente per redigere una relazione, utile per formulare la proposta prevista dall'art. 11, per poi affermare che tale relazione possa essere validamente prodotta in causa dalla sola parte presente in mediazione (sul presupposto che abbia dato al mediatore il proprio consenso a tale utilizzo) ed utilizzata dal giudice, ad esempio per formulare una proposta ai sensi dell'art. 185-bis c. p. c.

Si tratta di orientamenti non condivisibili, che trasformano il procedimento di mediazione in una sorta di strumento istruttorio "pre-trial", con l'aggravante di valorizzare materiale raccolto in contrasto con il modello legale e in assenza di contraddittorio.

I dati forniti dal Ministero di Giustizia, peraltro, documentano un parziale insuccesso della mediazione come strumento di deflazione del contenzioso. La montagna sembra, in effetti, avere partorito un topolino.

Nel 2017, in particolare, risulta avviato il 9% in meno di procedure di mediazione rispetto all'anno precedente (183.977 nel 2016, 166.989 nel 2017). Tale diminuzione può peraltro dipendere da numerosi fattori, non ultima la crisi economica da cui l'Italia tuttora fatica ad uscire. In compenso, è aumentato del 9% il tasso di successo, parametrato rispetto al rapporto tra accordi e procedure avviate, cui però fa riscontro un calo degli accordi complessivi (come riflesso della diminuzione delle procedure instaurate) che erano 20.237 nel 2016 e sono 20.038 nel 2017. Come si può ben vedere, in termini "assoluti", si tratta di una frazione minuscola di potenziale contenzioso definito senza necessità di pronunciare una sentenza.

È interessante osservare come nel 2017 calino del 4% le procedure obbligatorie ma aumentino del 2% quelle delegate dal giudice: tale dato conferma l'attivismo giudiziario in materia di mediazione. Fra l'altro, le mediazioni delegate sono quelle che hanno avuto, dal 2016 al 2017, un vero "boom" di esiti positivi, passando dal 15 al 36%: ciò che dimostra l'efficacia dell'intervento del giudice nell'indicare alle parti l'opportunità di trovare una soluzione conciliata alla loro lite.

Questi dati sono abbastanza scoraggianti. Calano i procedimenti, il tasso di successo è piuttosto basso, il numero complessivo degli accordi è insignificante. Il legislatore, in effetti, da alcuni anni, sembra avere perso interesse nell'istituto, inseguendo nuove chimere per ottenere il risultato di ridurre i tempi del processo (è del 2014, l'introduzione in Italia della negoziazione assistita...). Allo stesso modo, i profili "commerciali" dell'istituto hanno perso notevole appeal, come dimostra il calo del 21% degli organismi di mediazioni operanti in Italia dal 2016 al 2017.

La scommessa della mediazione deve dunque ritenersi perduta? A mio avviso no.

L'esperienza applicativa sembra dimostrare l'insuccesso della mediazione obbligatoria come indiscriminata condizione di procedibilità per un certo numero di controversie. *De iure condendo*, essa dovrebbe, a parere di chi scrive, essere abrogata.

La prospettiva da perseguire è, piuttosto, quella della mediazione delegata, che, dal 2013, sta mostrando maggiori segni di vitalità e che sembra dare risultati incoraggianti in termini di conciliazione della lite<sup>(84)</sup>. Si può pure pensare a forme "integrate" di mediazione rispetto al procedimento civile.

Ciò che appare fondamentale, per il successo di tali strumenti alternativi di soluzione delle controversie, è che essi non siano l'espressione di dirigismo giudiziale. Piuttosto, essi devono essere inseriti all'interno di meccanismi di *case management* e comunque essere utilizzati solo a seguito di un costruttivo confronto tra il giudice e le parti.

Anche da questa prospettiva, in ultima analisi, il dialogo e la collaborazione sono le chiavi per il successo della mediazione civile e commerciale.

83 Trib. Roma, 9 aprile 2014, in *www.101mediatori.it*, che trova conforto nella sua decisione dal dettato normativo che, ai fini del soddisfacimento della condizione di procedibilità, impone la comparizione avanti al mediatore almeno della parte istante e dal rilievo che il mediatore potrebbe formulare la sua proposta "anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione". V., per una fattispecie analoga, Trib. Parma, (ord.) 13 marzo 2015, in *www.101mediatori.it*, ove il giudice emiliano afferma che "la circostanza che la perizia disposta dal mediatore sia o meno rituale non inficia l'attendibilità dell'esame condotto [dal perito], il quale veniva a ciò incaricato non dalla parte ma da un soggetto terzo estraneo alla lite, quale è l'organismo di mediazione".

84 Interessanti osservazioni al riguardo in Trib. Roma, (ord.) 5 dicembre 2013, in *La nuova proc. civ.*, 2014, fasc. 1, che evidenzia come la mediazione delegata permetta al giudice di scegliere, con ocularità "il momento migliore per disporre l'avvio". Trib. Milano, (ord.) 15 luglio 2015, precisa che, anche laddove il procedimento abbia ad oggetto diritti non disponibili, è possibile disporre la mediazione laddove vi sia co-presenza di diritti del tutto disponibili e quindi negoziabili. Per il giudice milanese, in effetti, l'eventuale accordo sulla parte disponibile del processo può, infatti, avere ricaduta sul procedimento in generale, spegnendo l'interesse delle parti per la procedura giudiziale che può a quel punto essere oggetto di atti dispositivi anche indiretti.

# A INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO ATRAVÉS DA CITAÇÃO DO RÉU: UM GEDANKENSPIEL PROCESSUAL

Miguel Teixeira de Sousa

## I. ENQUADRAMENTO DO PROBLEMA

Num estudo já antigo sobre a legitimidade processual<sup>1</sup>, encontra-se uma referência a um ainda mais antigo acórdão do BGH sobre a interrupção da prescrição numa situação de substituição processual. No referido acórdão de 26/11/1957<sup>2</sup>, o BGH apreciou a seguinte situação: um comprador adquiriu bandas laminadas de aço a um distribuidor; pouco tempo depois, o comprador recebeu do distribuidor uma conta-corrente que indicava um saldo a seu desfavor; não tendo este saldo sido satisfeito pelo comprador, uma sociedade, que também era administrada pelo gerente da sociedade distribuidora e que partilhava as instalações com esta última, instaurou uma acção para cobrança da dívida; suscitado no processo o problema da legitimidade da sociedade demandante, a distribuidora cedeu-lhe o crédito que tinha sobre a compradora demandada; esta parte invocou a prescrição da dívida com o argumento de que, se era verdade que a dívida ainda não estava prescrita no momento da instauração da acção, o mesmo já não se podia dizer no momento da cessão do crédito à autora.

O BGH considerou que a dívida se encontrava prescrita com o argumento de que a acção não tinha sido proposta por uma parte legítima, dado que, no momento da sua propositura, a autora não podia ser considerada uma substituta processual da distribuidora, porque a substituição processual só seria admissível se a autora tivesse um interesse atendível e se a parte substituída tivesse concordado com a substituição<sup>3</sup>. Quer dizer: o BGH entendeu que, não sendo a autora a titular do crédito, a única forma de garantir a sua legitimidade seria admitir uma situação de substituição processual e qualificar essa demandante como uma parte substituta da verdadeira titular do crédito no momento da propositura da acção (que era a empresa distribuidora); no entanto, nesse momento não estavam preenchidos os requisitos da substituição processual, pelo que a demandante não podia ser considerada parte legítima.

O acórdão foi discutido na doutrina alemã por um aspecto específico da legislação germânica que não tem a ver com a matéria da prescrição. Trata-se do disposto no § 185 BGB quanto aos actos de disposição realizados por terceiros, ou seja, por quem não tem legitimidade (material) para os realizar ou por quem não tem legitimidade para os realizar sozinho: aqueles actos – como, por exemplo, a transmissão de uma coisa ou a cessão de um direito – são eficazes, entre outras situações, quando tenham sido praticados com o consentimento da pessoa que os pode praticar, isto é, que tem legitimidade para os realizar. No entanto, não interessa considerar agora esse aspecto próprio do direito alemão, muito embora o mesmo permita realmente duvidar da bondade da solução encontrada pelo BGH. Importa apenas analisar, utilizando o caso decidido pelo BGH como um mero exemplo e, acima de tudo, como um apoio à reflexão, como é que a situação seria resolvida de acordo com o direito português vigente. Espera-se que as reflexões que se seguem também possam ter interesse noutros ambientes legislativos.

## II. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO

1. Em termos temporais, o exercício do direito a exigir de outrem uma acção ou omissão está limitado pela prescrição (*praescriptio extinctiva*): completada esta, o beneficiário tem a faculdade de recusar o

1 Lüke, ZJP 76 (1963), 1 ss.

2 NJW 1958, 348=JZ 1958, 245.

3 Na doutrina e jurisprudência alemãs continua a ser discutido se a substituição processual voluntária exige um interesse do substituto processual na substituição: cf., por exemplo, Stein/Jonas/Jacoby (2014), vor § 50 50; MünchKommZPO/Lindacher (2016), Vorbemerkung zu § 50 55.

cumprimento da prestação ou – o que é, em regra, mais importante – de se opor ao exercício do direito prescrito (cf. art. 304.º, n.º 1, CC<sup>4</sup>). São essencialmente razões relacionadas com a necessidade de combater a exigência não fundamentada ou inesperada do cumprimento de créditos, com a segurança do comércio jurídico e com as vantagens da proximidade temporal entre a exigibilidade do crédito e a sua apreciação em tribunal<sup>5</sup> que justificam que o não exercício do direito num certo prazo implique a sua prescrição<sup>6</sup>.

Como se referiu, no direito português, a prescrição do crédito atribui ao devedor um direito a recusar a realização da prestação que lhe é exigida pelo credor, o que significa que o devedor que, ainda assim, satisfaz uma dívida prescrita não tem direito à restituição da prestação com base no enriquecimento sem causa (art. 304.º, n.º 2, CC). Esta consequência permite distinguir a prescrição do decurso de um prazo peremptório, dado que este decurso extingue o direito que podia ser exercido até o prazo se encontrar esgotado. A prescrição também se distingue da *suppressio* (ou *Verwirkung*), porque esta exige, para além do não exercício do direito durante um certo tempo, um comportamento pelo titular do direito que seja contrário à boa fé<sup>7</sup>.

A interrupção da prescrição tem por finalidade proteger os interesses do credor demandante, dado que garante que o crédito não prescreve durante a pendência do processo. A interrupção da prescrição decorrente da citação do réu implica que, uma vez proferida uma decisão definitiva no processo, começa a correr um novo prazo de prescrição (cf. art. 326.º CC). A solução não é, no entanto, a única imaginável como instrumento de protecção do credor, dado que, em vez de uma interrupção, também se pode pensar numa mera suspensão do prazo de prescrição. Foi, aliás, esta a evolução que se verificou no direito alemão: a *Schuldrechtsmodernisierung* de 2001<sup>8</sup> estabeleceu como regra, em substituição da anterior interrupção da prescrição, a nova suspensão da prescrição<sup>9</sup>.

2. O art. 323.º, n.º 1, CC estatui que a prescrição se interrompe pela citação ou notificação judicial de qualquer acto que exprima, directa ou indirectamente, a intenção de exercer o direito, seja qual for o processo a que o acto pertence e ainda que o tribunal seja incompetente<sup>10</sup>. O único pressuposto processual que, no preceito acabado de se citar, se admite que possa faltar sem afectar a interrupção da prescrição decorrente da propositura da acção é a incompetência do tribunal. Desta circunstância parece dever extrair-se que, se é certo que a incompetência do tribunal não obsta à interrupção da prescrição através da citação do réu, ainda fica por averiguar se a falta de qualquer outro pressuposto processual – nomeadamente, de qualquer pressuposto relativo às partes – é susceptível de impedir essa interrupção.

Dado que, no processo civil português, a falta de um pressuposto processual conduz normalmente à absolvição do réu da instância (cf. art. 278.º, n.º 1, e 576.º, n.º 2, CPC<sup>11</sup>), importa considerar o regime desta decisão de forma. O art. 279.º, n.º 2, CPC estabelece, no que respeita ao alcance e aos efeitos da absolvição da instância pela falta de um pressuposto processual, que, sem prejuízo do disposto na lei civil sobre as situações em que a absolvição da instância não decorre de um acto imputável ao autor (cf. art. 327.º, n.º 3, e 332.º, n.º 1, CC<sup>12</sup>), os efeitos civis derivados da propositura da primeira causa e da citação do réu se mantêm se a nova acção for intentada ou o réu for citado para ela dentro de 30 dias a contar do trânsito em julgado da sentença de absolvição da instância. Este regime em matéria de aproveitamento de efeitos substantivos no caso de absolvição da instância não só não contraria a necessidade de averiguar se a falta de um pressuposto processual distinto da competência do tribunal obsta à interrupção da prescrição,

4 Código Civil (aprovado pelo Decreto-Lei 47344, de 25/11/1966, com alterações posteriores).

5 *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 9.ª ed. (1906), 544, referem que “o tempo não se limita a curar, ele também obscurece”.

6 *Voet*, Commentarius ad Pandectas I (Hague-Comitum 1707), 328 (V. I. 53.), afirma, com algum sentido prático, que “*ne autem lites immortales essent, dum litigantes mortales sunt*”.

7 Cf. *Menezes Cordeiro*, Tratado de Direito Civil V, 3.ª ed. (2017), 349 ss.

8 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts de 26/11/2001 (BGBl. I, 3138).

9 Cf., por exemplo, *MünchKommBGB/Grothe* (2015), § 203 2 e § 204 1 e 2.

10 Como refere acertadamente *Zimmermann*, JZ 2000, 857, “pode, em geral, dizer-se que um prazo de prescrição favorável ao devedor, isto é, um prazo curto, exige uma conformação favorável ao credor das regras sobre o começo, a suspensão e o reinício da prescrição, de forma a obter um equilíbrio aceitável”.

11 Código de Processo Civil (aprovado pela Lei 41/2013, de 26/6, com alterações posteriores).

12 Cf. *Morais Antunes*, Prescrição e Caducidade/Anotação aos artigos 296.º a 333.º do Código Civil, 2.ª ed. (2014), 286 ss. e 347.

como corrobora totalmente esta necessidade de análise.

O art. 279.º, n.º 2, CPC só assegura a subsistência na segunda acção dos efeitos substantivos que se tenham produzido na primeira acção, pelo que o preceito não pode ser interpretado no sentido de que a sanção na segunda acção do vício que afectava a primeira acção permite que os efeitos produzidos na segunda acção retroajam ao momento da instauração daquela primeira acção. O regime é precisamente o inverso: transferem-se para a segunda acção os efeitos produzidos na primeira, mas não se consideram produzidos na pendência da primeira acção os efeitos que se produzam *ex novo* na segunda acção. Assim, se, neste contexto, se pode falar de retroactividade é no sentido de que os efeitos produzidos na segunda acção retroagem ao momento da correspondente produção na primeira acção, não no sentido de que os efeitos realizados na segunda acção, porque dotados de uma eficácia retroactiva, dispensam a sua produção na sua primeira acção.

Perante isto, deve concluir-se que a interrupção da prescrição decorrente da citação do réu só pode subsistir numa segunda acção quando a mesma também se tenha produzido na primeira acção. Esta conclusão levanta o problema de saber se, na hipótese de a primeira acção ter terminado com uma absolvição da instância por ilegitimidade do autor, é possível que nessa acção se tenha produzido um efeito interruptivo da prescrição que possa vir a ser mantido numa acção posterior. A epígrafe do art. 323.º CC – “interrupção promovida pelo titular” – fornece um elemento interpretativo que permite concluir que, para que o efeito interruptivo possa ser conseguido e mantido posteriormente, é necessário que a acção tenha sido proposta pelo titular do crédito<sup>13</sup>. Compreende-se que, em regra, uma acção proposta por alguém que não seja o titular do crédito não possa interromper a prescrição, seja porque essa interrupção poderia contrariar a vontade do verdadeiro credor de não vir a exercer o seu direito em juízo, seja porque essa interrupção não pode decorrer de uma apropriação por um não titular de um crédito que realmente pertence a outrem. Pode assim concluir-se que, em regra, o efeito interruptivo da prescrição só pode ser atingido se a acção for proposta pelo titular do crédito (e se, naturalmente, a acção for instaurada contra o devedor).

Contra esta solução poderia invocar-se que, em termos subjectivos, a interrupção da prescrição não é absoluta, mas antes relativa: a interrupção da prescrição não se verifica *erga omnes*, mas apenas nas relações entre o demandante e o demandado. A favor desta orientação pode argumentar-se com o disposto nos art. 521.º e 530.º CC, que demonstram que, nas obrigações solidárias, a interrupção da prescrição se verifica separadamente para cada devedor solidário demandado e para cada credor solidário demandante. Note-se, no entanto, que isto ocorre no pressuposto de que o devedor demandado ou o credor demandante é um dos titulares passivos ou activos do crédito, pelo que desta solução não se pode retirar que uma acção proposta contra um qualquer demandado ou por um qualquer demandante é susceptível de interromper a prescrição. Em apoio desta conclusão pode ainda argumentar-se com os limites subjectivos da litispendência e do caso julgado, dado que a interrupção da prescrição não pode ter uma extensão subjectiva mais ampla do que a da litispendência ou do caso julgado e, por isso, não pode verificar-se quanto a terceiros estranhos à acção.

É, no entanto, um aspecto de natureza prática que justifica aquela conclusão. É ele o seguinte: se é certo que a interrupção da prescrição se verifica apenas entre um certo demandante e um certo demandado, também é verdade que não se reveste de nenhuma utilidade prática uma interrupção da prescrição quanto a alguém que não é credor do crédito ou que não é devedor da dívida. O demandante que não é credor não ganha nada com a interrupção da prescrição quanto a um crédito que não lhe pertence, porque não tem legitimidade para exigir o cumprimento da respectiva prestação, e o demandado que não é devedor não perde nada com essa interrupção, porque nunca lhe pode ser exigido o cumprimento da prestação.

3. A conclusão de que a interrupção da prescrição pressupõe a legitimidade processual da parte demandante conduz a uma outra pergunta: se é certo que o efeito interruptivo da prescrição ocorre quando a acção tenha sido proposta pelo titular do crédito, pode ainda perguntar-se se há alguma situação em que esse efeito também se possa produzir apesar de a acção não ter sido instaurada por esse titular. A resposta

13 Cf., por exemplo, *Vaz Serra*, BMJ 106 (1961), 213; *Menezes Cordeiro*, Tratado de Direito Civil V, 234, referindo-se à interrupção da prescrição por “iniciativa do titular do direito”; no âmbito do direito alemão, cf. *Wieczorek/Schütze/Assmann* (2012), § 262 19; *Stein/Jonas/Roth* (2016), § 262 10; *MünchKommBGB/Grothe* (2015), § 204 17.

não pode deixar de ser a de que a propositura da acção por qualquer autor, mesmo que não seja o titular do crédito, que tenha legitimidade para pedir a condenação do devedor a cumprir a dívida interrompe a prescrição. É o caso, por exemplo, da propositura da acção por um substituto processual: é indiscutível que a acção de cobrança de dívida instaurada pelo administrador da insolvência interrompe a prescrição; o mesmo sucede com a acção proposta por um credor sub-rogante que se substitui ao titular do crédito (que é um seu devedor) na cobrança da respectiva dívida (cf. art. 606.º, n.º 1, CC)<sup>14</sup>.

4. Em suma: é certo que, sempre que a acção de condenação no cumprimento do crédito seja proposta por uma parte legítima (mesmo que não seja o titular do crédito), se produz a interrupção da prescrição da dívida. Assim, na hipótese de a acção vir a terminar com uma decisão de absolvição da instância, a interrupção da prescrição que nela ocorreu pode ser aproveitada numa segunda acção nos termos do estabelecido no art. 279.º, n.º 2, CPC.

### III. SANAÇÃO DA ILEGITIMIDADE

1. Obtida a conclusão de que a interrupção da prescrição se verifica sempre que o demandante seja parte legítima, é tempo de voltar ao caso decidido pelo BGH (ou melhor, ao exemplo que ele fornece). Colocam-se agora dois problemas:

- O de saber se a aquisição pelo autor, através de cessão, do crédito litigioso durante a pendência da causa é susceptível de sanar a sua situação de parte ilegítima;
- O de determinar se essa sanção, a acorrer, tem eficácia retroactiva, isto é, se essa sanção se reporta ao momento da propositura da causa.

Para uma exacta delimitação do caso em análise importa distingui-lo da situação em que o autor se apresenta, num primeiro momento, como titular do direito e, depois, como substituto processual do verdadeiro titular deste direito, nomeadamente por entretanto este titular lhe ter concedido autorização para fazer valer, em nome próprio, o seu direito<sup>15</sup>. Suponha-se, por exemplo, que um dos cônjuges formula um pedido de indemnização por responsabilidade civil para ambos os cônjuges e que, só depois de proposta a acção, o outro cônjuge o autoriza a instaurar a acção<sup>16</sup>. Nesta hipótese, do que se trata é apenas de sanar a inadmissibilidade da substituição processual que se verifica na acção, ou seja, de atribuir um título a esta substituição, o que certamente não é problemático que possa ocorrer durante a pendência da causa<sup>17</sup>. Em contrapartida, no caso em análise o que importa saber é se a cessão do direito durante a pendência da causa é susceptível de atribuir legitimidade directa ao cessionário. Mais em concreto: uma coisa é analisar a sanção de uma substituição processual inadmissível através de uma posterior autorização concedida a um autor que se apresenta como substituto processual do titular do direito, outra é analisar as consequências da cessão substantiva de um direito na sanção de ilegitimidade directa de um autor que alega ser titular desse direito.

2. O primeiro dos problemas acima enunciados é o de saber se a cessão do direito ao autor durante a pendência da causa é susceptível de sanar a ilegitimidade directa dessa parte. Explicando melhor: alguém propôs uma acção sem ter legitimidade para tal, ou seja, não sendo titular do direito litigioso; perante esta situação, pode perguntar-se se a cessão do direito a esse autor durante a pendência da causa é susceptível de sanar a sua ilegitimidade. A questão não tem uma resposta fácil, mas há que procurar solucioná-la dentro do enquadramento e das características da legitimidade processual.

A legitimidade *ad causam* é um pressuposto processual que tem uma referência substantiva: o seu campo de aplicação é processual, mas a análise do seu preenchimento não dispensa uma referência à titularidade do direito<sup>18</sup>. É fácil demonstrar que assim é: a chamada legitimidade directa exige que a parte se

14 Cf. *Vaz Serra*, BMJ 106 (1961), 213; *Morais Antunes*, Prescrição e Caducidade, 230.

15 Diversamente, *Kähler*, NJW 2006, 1769 ss. e 1772, analisa, de forma indiferenciada, ambas as hipóteses.

16 Cf. *Kähler*, NJW 2006, 1769.

17 Cf. *Stein/Jonas/Roth* (2016), § 262 10, embora dando conta da jurisprudência alemã que não dispensa que o demandante alegue que, na acção proposta, está a cobrar em nome próprio um direito alheio.

18 Cf. *Stein/Jonas/Jacoby* (2014), vor § 50 32; *MünchKommZPO/Lindacher* (2016), Vorbemerkung zu § 50 42; *Wieczorek/Schütze/Schulze* (2017), Vor § 50 30; *Bülow*, *Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht* (ed. *Braun*) (2003), 133, ainda afirmava, a propósito da *legitimatio ad causam*, que esta

apresente ou seja apresentada como titular, activo ou passivo, do direito litigioso; a designada legitimidade indirecta (ou substituição processual) requer que a parte tenha um título, de base legal ou negocial, que lhe permita, apesar de não ser titular do direito litigioso, estar em juízo em relação a este direito.

É, aliás, desta referência à titularidade do direito que decorrem, em boa medida, as conhecidas dificuldades da autonomização da legitimidade directa como pressuposto processual, dado que aquela referência coloca a questão da necessidade de autonomizar essa legitimidade perante a efectiva titularidade do direito litigioso, dado que a propositura da acção por alguém ou contra alguém que não é titular daquele direito justifica, sem dificuldade, a improcedência da causa (e não a absolvição da instância por ilegitimidade da parte)<sup>19</sup>. Dentro desta perspectiva, é pensável que a legitimidade processual só encontre justificação quando se trate de admitir que um terceiro que não é titular do direito litigioso possa estar em juízo, isto é, que a legitimidade processual só sirva para justificar a substituição processual<sup>20</sup>.

Considere-se o seguinte exemplo: um autor propõe uma acção pedindo a condenação do réu no pagamento de uma certa quantia; o réu alega que, no momento da propositura da causa, o autor já não era o titular do crédito, dado que, antes disso, já o tinha cedido a um terceiro. Em termos de legitimidade da parte cedente, isto conduz a uma das seguintes situações:

- O cedente pode ser considerado um substituto processual do cessionário, porque há um título legal ou negocial que lhe concede essa qualidade;
- O cedente não pode ser considerado um substituto processual do cessionário, porque não há nenhum título legal ou negocial que lhe atribua essa qualidade.

No primeiro caso, o problema da legitimidade processual do autor cedente do crédito está resolvido. É verdade que o autor já não é titular do crédito, mas há um título legal ou negocial que lhe assegura a qualidade de substituto processual e, portanto, de parte legítima. Mais até: este título é restrito à matéria da legitimidade processual, porque dele nada resulta quanto à procedência ou improcedência da acção, dado que o julgamento do mérito da causa depende da existência e da subsistência do crédito alegado pelo substituto processual. Assim, a circunstância de o autor ser parte legítima, como substituto processual do cessionário, nada assegura quanto à procedência da causa, nem a improcedência desta interfere com a legitimidade daquela parte. Noutros termos: nesta hipótese, a legitimidade processual e o mérito da causa situam-se em planos autónomos e distintos.

A situação é substancialmente diferente no segundo caso, isto é, na hipótese em que o autor cedente não pode ser considerado um substituto processual do cessionário, porque ele próprio se apresenta como titular do crédito que afinal foi cedido a um terceiro antes da propositura da acção e, portanto, como uma parte dotada de legitimidade directa. Neste caso, o que se aprecia na acção pendente é saber se o crédito pertence ao autor – isto é, se ele é o titular do crédito que é invocado contra o demandado –, pelo que a conclusão de que o autor tinha realmente cedido o crédito a um terceiro só pode conduzir à improcedência da causa. Quer isto dizer que a legitimidade – isto é, a alegação pelo autor de que é titular do crédito – só serve para que aquilo que é tido por suposto no momento da aferição deste pressuposto processual – o autor é titular do crédito alegado em juízo – possa vir a ser negado no momento do proferimento da decisão – o autor não é titular do crédito que foi invocado no objecto do processo. Noutros termos: a relevância que é atribuída ao que é alegado pelo autor sobre a titularidade do crédito só serve para admitir que o que é alegado possa vir a ser negado pelo tribunal.

Infelizmente, nesta matéria pouco auxílio se pode esperar do estabelecido no antiquado art. 30.º CPC quanto à legitimidade singular. Este preceito contém uma regra útil e necessária – a do n.º 3 –, dado que nela se estabelece a admissibilidade da substituição processual, mas, a partir daqui, o que se contém nele é dispensável (o n.º 1 limita-se a confirmar que o titular do direito tem legitimidade processual) ou

<sup>19</sup> “é uma parte do fundamento da acção e [da] fundamentação da acção”, ou seja, ainda não autonomizava essa *legitimatío* como um pressuposto processual.

19 Cf. *Grunsky*, ZZZP 76 (1963), 49 ss., embora apenas quanto à legitimidade passiva; *Grunsky*, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2.ª ed. (1974), 266.

20 Cf. *Diederichsen*, ZZZP 76 (1963), 413 ss.; *Grunsky*, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 266 s., chegando mesmo a concluir que o administrador da insolvência que demanda um devedor do devedor insolvente pede o pagamento a ele próprio.

é incompreensível quando referido a esta legitimidade (o n.º 2, ao utilizar os interesses correlativos da utilidade para o demandante e do prejuízo para o demandado para aferir a legitimidade, implica que a legitimidade de uma parte determina a legitimidade da contraparte, sendo que é indiscutível que o autor pode ser parte legítima sem que o réu o seja igualmente, e vice-versa).

3. Comprovando a referência da legitimidade à titularidade do direito litigioso, é em função desta que se realiza a distinção entre a legitimidade directa e a legitimidade indirecta (ou substituição processual), já que estas qualificações tomam como critério a coincidência ou não coincidência entre a parte legitimada e o titular do direito litigioso. É também a referência àquela titularidade que permite concluir que a legitimidade está assegurada se a parte se apresentar ou for apresentada como titular do direito litigioso, mas que, se isso não suceder, esse pressuposto processual só se encontra preenchido se a parte tiver um título, legal ou negocial, que lhe permita estar em juízo como substituto processual legal ou convencional.

Já foi entendido que a referência da legitimidade processual não é a titularidade do direito litigioso, mas a faculdade de dispor desse direito: é parte legítima quem puder dispor do objecto litigioso<sup>21</sup>. É verdade que a faculdade de disposição do direito pode relevar para a aferição da legitimidade, mas isso sucede apenas quando o titular do direito não puder dispor do direito, isto é, quando alguém, apesar de ser titular de um direito, não tiver a disponibilidade sobre ele. O direito português conhece uma situação de litisconsórcio necessário que é imposto pela falta de disponibilidade do titular sobre o próprio direito: no caso de os cônjuges se encontrarem casados num regime que não seja o de separação de bens, um imóvel próprio de um deles só pode ser alienado com o consentimento do outro (cf. art. 1682.º-A, n.º 1, al. a), CC); correspondentemente, uma acção de reivindicação desse imóvel tem de ser proposta por ambos os cônjuges ou contra ambos os cônjuges (art. 34.º, n.º 1 e 3, CPC). A uma disponibilidade conjunta do titular do direito e de um não titular do direito corresponde uma legitimidade conjunta destes sujeitos.

4. Pode ainda acrescentar-se que, em regra, é igualmente em referência à pluralidade de titulares do direito que se define o litisconsórcio e que se determina se o litisconsórcio é voluntário ou necessário. Sem considerar e analisar as hipóteses em que o litisconsórcio é voluntário ou é necessário, pode dizer-se que o litisconsórcio é voluntário se a pluralidade de titulares não se traduz necessariamente numa pluralidade de partes em juízo, ou seja, se nem todos os titulares do direito têm de ser partes no processo, e que o litisconsórcio é necessário se a pluralidade de titulares implica uma correspondente pluralidade de partes em juízo, isto é, se todos os titulares do direito têm de ser partes no processo.

A titularidade do direito litigioso – *in casu*, a pluralidade de titulares desse direito – também releva no aproveitamento do recurso pelos litisconsortes não recorrentes (cf. art. 634.º, n.º 1, CPC), isto é, na extensão da decisão de recurso a esses litisconsortes. Por razões que agora não podem ser desenvolvidas, onde, naquele preceito, se fala de litisconsórcio necessário deve entender-se que o que é relevante é que o litisconsórcio seja unitário (isto é, que o direito em apreciação na acção imponha uma decisão uniforme para todos os litisconsortes). É efectivamente fácil verificar que a extensão da decisão do recurso a um não recorrente depende de o litisconsórcio ser unitário, mesmo que não seja necessário. Por exemplo: a decisão de declaração de nulidade ou de anulação de uma deliberação social proferida num recurso interposto apenas por um dos litisconsortes (voluntários) aproveita necessariamente a todos os demais litisconsortes (voluntários) que não tenham recorrido, porque, segundo o disposto no art. 61.º, n.º 1, CSC<sup>22</sup>, a sentença que declarar nula ou anular a deliberação é eficaz contra e a favor de todos os sócios e órgãos da sociedade, mesmo que não tenham sido parte ou não tenham intervindo na acção.

O passo seguinte consiste em determinar se o que vale para os litisconsortes não recorrentes – isto é, para os titulares do direito que propuseram a acção, mas que não acompanharam a interposição do recurso – também vale para os titulares que nem sequer se litisconsorciaram com o demandante que propôs a acção. A resposta não pode deixar de ser afirmativa, pois que, como o litisconsórcio, se tivesse sido constituído, seria unitário (ou seja, seria um litisconsórcio voluntário e unitário), não é pensável, quanto ao âmbito

21 Cf. *Henckel*, *Parteilhre und Streitgegenstand im Zivilprozeß* (1961), 107.

22 Código das Sociedades Comerciais (aprovado pelo Decreto-Lei 262/86, de 2/9, com alterações posteriores).



subjectivo do caso julgado, nenhuma distinção entre titulares presentes em juízo e titulares que não propuseram a acção. A unidade de decisão entre todos os litisconsortes é apenas consequência de uma unidade de decisão mais vasta que tem de se verificar entre todos os titulares do direito. Por exemplo: a unidade de decisão que vale entre todos os autores de uma acção de declaração de nulidade ou de anulação de uma deliberação social tem de manter-se entre todos os sócios, pois que, na hipótese de a acção proceder, a deliberação é nula para todos os sócios ou é anulada em relação a todos eles. É isto que justifica o disposto no referido art. 61.º CSC.

Em termos teóricos, esta conclusão pode ser justificada através da configuração de qualquer sócio demandante na acção de declaração de nulidade ou de anulação da deliberação social como um substituto processual dos demais sócios e dos órgãos da sociedade. Melhor solução é, no entanto, considerar que esse sócio possui uma legitimidade concorrente para a propositura dessa acção: esta legitimidade pertence a qualquer sócio, pois que é uma legitimidade directa que é reconhecida (embora, naturalmente, não exclusivamente) a cada sócio (cf. art. 57.º, n.º 2, e 59.º, n.º 1, CSC). Uma legitimidade concorrente entre os vários sócios (porque qualquer sócio pode propor a acção de declaração de nulidade ou de anulação da deliberação social) traduz-se numa vinculação de todos eles a uma decisão de procedência (embora não, exactamente porque cada sócio possui uma legitimidade concorrente, a uma decisão de improcedência).

#### IV. SANAÇÃO ATRAVÉS DA CESSÃO

1. a) No contexto acabado de definir a propósito da relevância da titularidade do direito litigioso para a aferição da legitimidade processual não custa admitir que a cessão do direito litigioso ao autor de uma acção, mesmo quando realizada durante a pendência desta, deva ter repercussões na legitimidade desta parte. A referida cessão permite transformar uma parte que, alegadamente, não é titular do direito litigioso numa parte que, alegadamente, possui essa titularidade. Aliás, o que se pode discutir não é tanto determinar se a cessão do crédito se repercute na legitimidade da parte (o que parece indiscutível), mas antes se se aceita a relevância dessa repercussão no processo pendente, nomeadamente para efeitos de sanção da ilegitimidade do agora cessionário.

O direito positivo fornece alguns argumentos que sustentam uma resposta afirmativa à questão acima colocada. O art. 263.º, n.º 1, CPC dispõe que, no caso de transmissão ou de cessão do direito litigioso para um terceiro, o transmitente ou cedente continua a ter legitimidade para a causa (como parte substituta), enquanto o adquirente ou o cessionário (que é a parte substituída) não intervier na acção. Se – pode então argumentar-se – é admissível a cessão ou transmissão do direito litigioso de uma parte para um terceiro durante a pendência da causa, então também deve ser admissível a cessão ou transmissão do direito litigioso realizada por um terceiro para uma das partes da acção. Não se vê que a pendência de uma causa, que não obsta à cessão ou transmissão do direito por uma parte a um terceiro, deva impedir a cessão ou transmissão do direito litigioso por um terceiro a uma parte. É claro que, em qualquer dos casos, há mudanças na legitimidade da parte: num caso, a parte perde a legitimidade directa e passa a assumir a posição de substituto processual do cessionário ou adquirente; no outro caso, a parte – que, até à cessão ou transmissão do direito, era parte ilegítima – passa a ser parte legítima. É precisamente a mudança na legitimidade verificada em ambos os casos que pode justificar o paralelismo entre ambas as situações.

Este paralelismo mantém-se ainda num aspecto essencial. Pode entender-se que a cessão ou transmissão do direito litigioso durante a pendência da causa implica, não apenas uma alteração na legitimidade da parte cedente ou transmitente, mas também uma alteração no próprio objecto do processo<sup>23</sup>. A razão é a seguinte: antes da cessão ou transmissão do direito, o objecto do processo refere-se a um direito da parte; depois dessa cessão ou transmissão, esse objecto respeita a um direito cedido ou transmitido por essa parte a um terceiro. Nesta perspectiva, a modificação da legitimidade do cedente ou transmitente imposta pelo art. 263.º, n.º 1, CPC não é mais do que uma consequência da própria modificação do objecto do processo

23 Sobre a problemática, cf. *Grunsky*, Die Veräußerung der streitbefangenen Sache (1968), 98 ss.; *Stein/Jonas/Roth* (2016), § 263 9 e 10; *MünchKommZPO/Becker-Eberhard*, § 263 16; *Costa e Silva*, Repensando a Transmissão da Coisa ou Direito em Litígio (2009), 215 ss.

no qual ocorre a cessão ou transmissão do direito para um terceiro.

No presente contexto, não interessa desenvolver esta temática. De momento, basta verificar que o art. 263.º, n.º 1, CPC demonstra que a cessão ou transmissão do direito litigioso para um terceiro é relevante no processo pendente e que a eventual modificação do objecto do processo não constitui obstáculo a essa cessão ou transmissão. Esta conclusão é importante para o referido paralelismo entre a cessão ou transmissão realizada por uma das partes a um terceiro e a cessão ou transmissão efectuada por um terceiro a uma das partes, dado que, mesmo que se entenda que também neste caso se verifica uma modificação no objecto do processo, isso não deve constituir obstáculo à relevância da referida cessão ou transmissão para a sanção da ilegitimidade do cessionário ou adquirente. O disposto no art. 263.º, n.º 1, CPC demonstra que a relevância da cessão ou transmissão é vista apenas pela perspectiva da modificação da legitimidade da parte cedente ou transmitente, pelo que basta que se alegue que a cessão ou transmissão por um terceiro a uma das partes tem reflexos na legitimidade desta parte para que se deva concluir pela relevância dessa cessão ou transmissão.

b) A tudo isto acresce que, tal como o caso julgado obtido na acção em que o cedente ou transmitente permanece como substituto processual é extensível ao cessionário ou adquirente que não chegou a intervir na causa (cf. art. 263, n.º 3, CPC), também nada obsta a que o caso julgado da decisão proferida na acção em que o cessionário ou adquirente se tornou parte legítima seja extensível ao cedente ou transmitente. Habitualmente, a extensão do caso julgado é vista pela óptica do cessionário ou adquirente que não chega a ser parte no processo (a parte é o cedente ou transmitente); nada impede, no entanto, que o problema seja visto pela perspectiva do cedente ou transmitente que não é parte processual e tenha uma solução paralela quanto à extensão do caso julgado a esse cedente ou transmitente.

A situação processual que decorre da cessão ou transmissão realizada por um terceiro a uma parte da causa é, aliás, bastante menos complexa do que a que resulta da cessão ou transmissão realizada por uma parte a um terceiro. Qualquer destas últimas implica uma mudança na legitimidade da parte cedente ou transmitente (de legitimidade directa para legitimidade indirecta) e origina a possibilidade da intervenção de um terceiro (isto é, do cessionário ou adquirente) na acção, ou seja, constitui uma possível excepção ao princípio da estabilidade da instância consagrado no art. 260.º CPC (é, aliás, no contexto desta excepção que o art. 263.º CPC regula a cessão ou transmissão do direito litigioso a um terceiro). Em contrapartida, a cessão ou transmissão feita por um terceiro ao autor da acção limita-se a sanar a ilegitimidade desta parte, não originando nenhuma possibilidade de intervenção de um terceiro e não exigindo, pelo menos nesta perspectiva, nenhuma regulamentação legal. Portanto, da ausência desta regulamentação – porque desnecessária – nada se pode retirar contra a admissibilidade daquela cessão ou transmissão.

Em conclusão: a lei trata apenas da possibilidade de uma das partes da acção ceder ou transmitir o direito litigioso a um terceiro; isto não significa, no entanto, que não seja admissível a cessão ou transmissão do direito litigioso por um terceiro a uma das partes da acção (normalmente, ao autor da causa) e que essa cessão ou transmissão não determine a sanção da ilegitimidade dessa parte. Dito pela positiva: a cessão ou transmissão do direito litigioso ao autor sana a ilegitimidade desta parte.

2. Admitindo que, no caso apreciado pelo BGH, a cessão efectuada pela credora primitiva sanou a ilegitimidade da autora da acção, importa determinar se essa sanção tem efeito retroactivo ao momento da propositura da acção. O interesse da resposta a esta questão é evidente: só o efeito retroactivo da sanção da ilegitimidade da autora permite assegurar que se mantém o efeito interruptivo da prescrição decorrente da citação do réu realizada antes dessa sanção.

Importa começar por uma observação prévia. Na sua generalidade, os pressupostos processuais exigidos no procedimento em primeira instância têm de estar preenchidos desde o início da causa até ao encerramento da discussão (a competência tem, por causa da regra da *perpetuatio fori*, um regime especial: este pressuposto só tem de estar preenchido no momento da propositura da acção (cf. art. 38.º LOSJ<sup>24</sup>)).

24 Lei de Organização do Sistema Judiciário (Lei 62/2013, de 26/8, com alterações posteriores).

Isto significa que entre o início da instância e o encerramento da discussão não há nenhum momento em que algum pressuposto processual possa não estar preenchido. Pode falar-se, a este propósito, do princípio da plenitude do preenchimento dos pressupostos processuais.

Esta regra também é reversível. Se os pressupostos processuais têm de estar preenchidos entre o início da instância e o encerramento da discussão, então também é admissível que, quanto aos pressupostos cuja falta é sanável, a sua sanção possa ocorrer a qualquer momento entre aquele início da instância e aquele encerramento da discussão. No entanto, para observar a regra de que os pressupostos processuais têm de estar preenchidos desde o início da instância, exige-se que qualquer sanção ocorrida depois deste início tenha eficácia retroactiva, ou seja, exige-se que a sanção retroaja ao início da instância.

Concretizando, a título exemplificativo, esta conclusão em alguns pressupostos processuais relativos às partes, os dados relevantes são os seguintes:

- A incapacidade judiciária e a irregularidade de representação (nomeadamente, do autor) são sanadas mediante a intervenção ou a citação do representante legítimo ou do curador do incapaz (art. 27.º, n.º 1, CPC); esta sanção tem eficácia retroactiva, o que permite salvaguardar a interrupção da prescrição produzida pela citação do réu quando o autor não possuía capacidade judiciária;
- A falta, a insuficiência e a irregularidade do mandato concedido ao mandatário judicial podem ser supridas ou corrigidas pela respectiva parte (art. 48.º, n.º 2, CPC); este suprimento e esta correcção têm eficácia retroactiva, o que também permite manter o efeito interruptivo da prescrição verificado antes da sanção do vício que afectava o mandato judicial.

Os dados do direito positivo confirmam que a sanção da falta de pressupostos processuais relativos às partes segue a regra geral e, por isso, tem eficácia retroactiva. A esta conclusão acresce um outro aspecto: a sanção da ilegitimidade decorrente da preterição de litisconsórcio necessário é realizada através da intervenção da parte em falta para conformar este litisconsórcio (cf. art. 261.º, n.º 1, 311.º e 316.º, n.º 1, CPC); embora o estabelecido no art. 564.º CPC quanto aos efeitos materiais e processuais da citação do réu só possa valer, em relação ao terceiro interveniente, para o futuro, parece certo que o efeito interruptivo da prescrição se estende a qualquer interveniente durante a pendência da causa. Dito de outro modo: os credores intervenientes beneficiam da interrupção da prescrição produzida num momento em que ainda não eram partes na acção, o que só se pode justificar se, quanto a esse efeito, a sua intervenção tiver eficácia retroactiva e se, portanto, se puder ficcionar que esses credores são partes da causa desde o momento da sua propositura.

Embora a legitimidade plural não possa ser configurada como uma cumulação de legitimidades singulares, não parece haver motivos para, no caso da intervenção de um credor, abranger, de forma retroactiva, o efeito interruptivo da prescrição e para não entender o mesmo quando o autor se torna parte legítima pela aquisição, por cessão ou transmissão, do direito litigioso. Em qualquer dos casos, trata-se de permitir que uma parte possa beneficiar de um efeito de que nem sempre pôde usufruir: num caso, porque nem sequer estava no processo; no outro, porque, embora estivesse no processo, era parte ilegítima.

3. Do exposto decorre que a cessão ou transmissão do direito ao autor da acção durante a pendência desta sana a ilegitimidade da parte demandante e possibilita que a prescrição se considere interrompida desde o momento da citação do réu<sup>25</sup>.

## V. PALAVRAS FINAIS

O caso decidido pelo BGH demonstra que a sanção da ilegitimidade da autora e a eficácia retroactiva da cessão do crédito ao momento da propositura da acção estão indissociavelmente ligadas. Só se a cessão do crédito tiver como consequência a sanção da ilegitimidade da autora é que é possível que esta beneficie de um efeito interruptivo da prescrição que não se podia produzir antes dessa sanção. Dito de outro modo: o efeito retroactivo tem de estender-se tanto à legitimidade da parte (porque só isso permite

25 Em conclusão, cf. *Kähler*, NJW 2006, 1771.

sanar a sua ilegitimidade), como à cessão do crédito (porque só isso possibilita que a parte beneficie da interrupção da prescrição).

O que há de interessante em tudo isto é que é uma solução processual – a eficácia retroactiva da sanção da ilegitimidade da parte – que arrasta uma solução substantiva – o aproveitamento da interrupção da prescrição decorrente da citação do réu. Como terá resultado das reflexões anteriores, é porque a autora, a partir da cessão do crédito, se tornou parte legítima que aquela parte pode beneficiar de uma interrupção da prescrição que se verificou quando a parte ainda não possuía legitimidade *ad causam*. No fundo, isto confirma o que já acima foi adquirido: a interrupção da prescrição só pode ser obtida se o autor for parte legítima, seja porque tem uma legitimidade directa, seja porque é um substituto processual do titular do direito. É sempre a solução processual (retroactividade da sanção da ilegitimidade) que conduz à solução substantiva (aproveitamento da interrupção da prescrição).

Desta conclusão também se pode inferir que não é possível deixar de apreciar a sanção da legitimidade do autor com o fundamento de que a dívida se encontra prescrita, ou seja, não é possível deixar de apreciar um aspecto processual com o fundamento de que, sob o ponto de vista substantivo, a acção, atendendo a essa prescrição, nunca pode vir a ser julgada procedente. Como se terá demonstrado, a análise da legitimidade do autor é sempre prévia à análise do efeito interruptivo da prescrição, pelo que não é aceitável dar como assente a não verificação deste efeito sem antes ter concluído que o autor da acção não pode ser considerado parte legítima.

Na hipótese analisada neste trabalho, a legitimidade processual é condição, não do proferimento de uma decisão de mérito, mas antes da produção de um efeito material. Em suma: essa legitimidade não opera como um pressuposto processual, mas apenas como um pressuposto de um efeito material.

# CORNERSTONES OF CIVIL JUSTICE

**Neil Andrews**  
UNIVERSITY OF CAMBRIDGE

## INTRODUCTION

Here we will consider briefly the underpinning principles of civil procedure. A stimulating collection of major procedural principles is the UNIDROIT/American Law Institute's *Principles of Transnational Civil Procedure*, published in 2006 by Cambridge University Press.<sup>1</sup> In Europe signatory States, including the United Kingdom, must comply with the jurisprudence of the Strasbourg court concerning on the guarantees contained in Article 6(1) of the European Convention on Human Rights. Besides these external influences, there is the internal task of arranging a set of fundamental procedural norms. Such a canon of principles seems indispensable if lawyers are to view procedural justice in a coherent and systematic way, liberated from the fine detail of individual rules. Here I will suggest that principles of civil justice can be usefully arranged under these four headings:

- I. Access to Justice
- II. Fairness of the Process
- III. Speed and Efficiency
- IV. Just Conclusions

In greater detail, this is how the various leading and fundamental principles of civil justice can be arranged.

## ACCESS TO JUSTICE

- 1) Access to Court and to Justice (including, where appropriate, Promoting Settlement and Facilitating Resort to Alternative Forms of Dispute-Resolution, notably Mediation and Arbitration)
- 2) Rights of Legal Representation (Right to Choose a Lawyer; Confidential Legal Consultation; Representation in Legal Proceedings)
- 3) Protection against Bad or Spurious Claims and Defences

## FAIRNESS OF THE PROCESS

- 1) Judicial Independence
- 2) Judicial Impartiality
- 3) Publicity or Open Justice
- 4) Procedural Equality (equal respect for the parties)
- 5) Fair Play between the Parties
- 6) Judicial Duty to Avoid Surprise: The Principle of Due Notice
- 7) Equal Access to Information, including Disclosure of Information between Parties

---

<sup>1</sup> Hereafter: ALI/UNIDROIT (2016).

## SPEED AND EFFICIENCY

- 1) Judicial Control of the Civil Process to Ensure Focus and Proportionality (tempered, where appropriate, by Procedural Equity; the process is not to be administered in an oppressive manner)
- 2) Avoidance of Undue Delay

## JUST CONCLUSIONS

- 1) Judicial Duty to Give Reasons
- 2) Accuracy of Decision-making
- 3) Effectiveness (provision of protective relief and enforcement of judgments)
- 4) Finality

## AMERICAN LAW INSTITUTE/UNIDROIT PROJECT (2000-2006)

The working group of the UNIDROIT/American Law Institute project<sup>2</sup> — now known as *Principles of Transnational Civil Procedure*— published by Cambridge University Press in 2006,<sup>3</sup> first met in Rome in 2000. On the table on day one was a detailed document containing Rules of Transnational Civil Procedure, drafted by Geoff Hazard and Michele Taruffo. By the second day of this first meeting, the working group had drawn up a list of principles. These were elaborated during the working group's meetings from 2000 to 2003. Rolf Stürner, appointed to be the General Reporter of the UNIDROIT side of this collaborative project, has chronicled the working group's elaboration of these principles.<sup>4</sup> The original Rules were not rejected but they became the subsidiary element of the project. They were later refined, once the principles had been established — and fixing the principles took three years of debate. The Rules are more detailed than the Principles. As Geoffrey Hazard explained, the Rules are 'merely one among many possible ways of implementing the Principles'.<sup>5</sup> In fact the Rules were relegated to an unofficial appendix to the main project.

The ALI/UNIDROIT *Principles of Transnational Civil Procedure* offer a balanced distillation of best practice, especially in the sphere of transnational commercial litigation. They are not restricted to the largely uncontroversial 'high terrain' of constitutional guarantees of due process. The Principles and Rules were drafted by a team, appointed by the ALI and UNIDROIT. The drafting team met for a total of twenty days in Rome during the years 2000-2003 (the present author was privileged to be a member). The 'Common Law' was clearly out-numbered seven to two by the 'Civil Law' representatives. It is also fair to say that the Civil Law members of the group were strong in resisting certain Common Law ideas. Everywhere the restraining hand of the Civil Law is visible, and robust Common Law tendencies (American and English) are curbed.

It was apparent throughout the drafting group's discussion that there were radical differences between the USA and English systems, and between the various civil law jurisdictions represented around the table. These differences make a nonsense of both the glib phrase 'Anglo-American procedure' and the crude expression 'civilian procedure'.

Sometimes, the Principles acknowledge that there is scope for radical differences of approach on aspects of practice. Such agnosticism pervades discussion of the following topics: sanctions for procedural default, receipt of expert evidence, examination of witnesses, and the system of appeal.

As the author has suggested elsewhere,<sup>6</sup> the Principles operate at three levels of importance: *fun-*

2 Neil Andrews, 'The Modern Procedural Synthesis: the American Law Institute and UNIDROIT's 'Principles and Rules of Transnational Civil Procedure' (2008) *Revista de Processo* 109-120 (Brazil) also published in (2009) *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging* 52-7 (Netherlands).

3 ALI/UNIDROIT (2016).

4 Rolf Stürner, 'The Principles of Transnational Civil Procedure.' (2005) *Rechts Zeitschrift* 201-254.

5 ALI/UNIDROIT (2016), 99.

6 Neil Andrews 'Embracing the Noble Quest for Transnational Procedural Principles' in M Andenas, Neil Andrews, R Nazzini, (eds), *The Future of Transnational Commercial Litigation: English Responses to the ALI-UNIDROIT Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure* (BII-

*damental procedural guarantees*, other *leading principles* and '*framework or incidental principles*'. The UNIDROIT/ALI principles range from (1) quasi-constitutional declarations of fundamental procedural guarantees to (2) major guidelines concerning the style and course of procedure to (3) points of important detail.<sup>7</sup>

*fundamental procedural guarantees:*

- i. judicial competence; judicial independence; judicial impartiality; procedural equality;
- ii. due notice or the right to be heard; publicity; reasoned decisions;
- iii. prompt and accelerated justice;
- iv. professional independence of counsel; right to assistance of counsel; attorney-client privilege ('legal professional privilege');
- v. the privilege against self-incrimination.

*leading principles concerning the style and course of procedure:*

- vi. jurisdiction over parties; venue rules; party initiation of proceedings;
- vii. party's definition of scope of proceedings; joinder rules; allocation of burden and nature of standard of proof; pleadings; parties' duty to avoid false pleading and abuse of process;
- viii. rights of access to information; judicial initiative in evidential matters; experts
- ix. judicial management of proceedings; sanctions against default and non-compliance; need for proportionality in use of sanctions;
- x. parties' duty to act fairly and to promote efficient and speedy proceedings; parties' duty to co-operate;
- xi. parties' right to discontinue or settle proceedings; judicial encouragement of settlement,
- xii. right to an oral stage of procedure; final hearing before ultimate adjudicators; judicial responsibility for correct application of the law;
- xiii. basic costs shifting rule; finality of decisions; appeal mechanisms;
- xiv. effective enforcement; recognition by foreign courts; international judicial co-operation.

*points of important detail:*

- xv. protection of parties lacking capacity; security for costs; expedited forms of communication; non-party submissions; making of judicial 'suggestions'.

The UNIDROIT/ALI project was not the first attempt at bridging the division between Civilian and Common Law procedures. Marcel Storme (and his team, including Tony Jolowicz) had led the way.<sup>8</sup> Although the ALI/UNIDROIT project is relatively young (completed in 2004, published in 2006), it seems likely that it will assist greatly in the intellectual mapping of civil justice and that it will influence policy-makers. At a London meeting (2002), the ALI/UNIDROIT text was widely admired by English commentators, who found this work to be suggestive, original, and admirably flexible.<sup>9</sup>

The European Law Institute and UNIDROIT are currently engaged (since 2013) on a topic by topic project which will seek to transpose the American Law Institute/UNIDROIT *Principles* and elaborate more concrete soft law rules within the European jurisdictions (not confined to the European Union).

## EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

The Human Rights Act 1998 (United Kingdom), which took effect in October 2000, rendered the European Convention on Human Rights directly applicable in English courts. The case law of the European Court of Human Rights must be 'taken into account' and becomes binding in the United Kingdom only

CL, London, 2003; re-printed 2006).

7 Andrews, preceding note, at 23-5.

8 M Storme (ed), *Approximation of Judiciary Law in the European Union* (Gent, 1994).

9 AAS Zuckerman, 'Conference on "The ALI-UNIDROIT Principles and Rules of Transnational Civil Procedure"' (2002) 21 CJK 322.

in restricted circumstances, according to the Supreme Court in a line of cases.<sup>10</sup> Lord Neuberger explained the position as follows:<sup>11</sup>

‘This court is not bound to follow every decision of the European court... Where, however, there is a clear and constant line of decisions whose effect is not inconsistent with some fundamental substantive or procedural aspect of our law, and whose reasoning does not appear to overlook or misunderstand some argument or point of principle, we consider that it would be wrong for this court not to follow that line.’

Article 6(1) of the European Convention on Human Rights states:<sup>12</sup> ‘Right to a Fair Trial: In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.’

That important codification of fundamental principle comprises the following elements:

- 1) The right to ‘a fair hearing’: this is a wide concept embracing:<sup>13</sup>
  - a. the right to be present at an adversarial hearing;
  - b. the right to equality of arms;<sup>14</sup>
  - c. the right to fair presentation of the evidence;
  - d. the right to cross examine opponents’ witnesses;
- 2) the right to a reasoned judgment; the Court of Appeal in *English v Emery Reimbold & Strick Ltd* (2002) noted that Article 6(1) requires a court to provide a reasoned judgment<sup>15</sup> (to be delivered within a reasonable time)<sup>16</sup>
- 3) ‘a public hearing’: including the right to a public pronouncement of judgment;
- 4) ‘a hearing within a reasonable time’; and
- 5) ‘a hearing before an independent<sup>17</sup> and impartial<sup>18</sup> tribunal established by law’.

*Abolition of the Judicial Committee of the House of Lords: Creation of the Supreme Court of the United Kingdom.* Undoubtedly the most significant impact of the European Convention on Human Rights was the decision to abolish the traditional judicial role of the Lord Chancellor and to reconstitute the Appellate Committee of the House of Lords as the Supreme Court of the United Kingdom (which first sat on 1 October 2009).

These events unfolded as follows. The European Court of Human Rights in *McGonnell v UK* (2000), in a case concerning legal arrangements on the island of Guernsey, a ‘mini-legal system’ within the British Isles, had signalled the need for there to be complete separation of judicial, executive, and legislative functions. In the *McGonnell* case the European Court of Human Rights (sitting in Strasbourg) held that the United Kingdom had infringed this requirement because the Bailiff of Guernsey (a judge and a member of the Guernsey legislature) had sat in a civil case concerning planning legislation which had been enacted when he was presiding over the legislative chamber on the island.<sup>19</sup> The Strasbourg Court in *McGonnell v UK* (2000) held that such a confusion of legislative and judicial roles is ‘incompatible with the requisite appearance of independence and impartiality’ demanded by Article 6(1) of the European Convention on

10 *Flood v Times Newspapers Ltd* [2017] UKSC 33, [2017] 1 WLR 1415, at [29] to [41]; *Poshteh v Kensington and Chelsea RLBC* [2017] UKSC 36, [2017] AC 624, at [29] to [37]; *Manchester CCI v Pinnock* [2010] UKSC 45, [2011] 2 AC 104, at [48].

11 *Manchester CC v Pinnock* [2010] UKSC 45, [2011] 2 AC 104, at [48].

12 (Cmd 8969); Human Rights Act 1998, s 1(3), and Sch 1, incorporates the European Convention on Human Rights into UK law; R Clayton and H Tomlinson, *The Law of Human Rights* (2nd edn, Oxford University Press, 2008).

13 R Clayton and H Tomlinson, *op cit*.

14 The English Court of Appeal in *Minkin v Landsberg* [2015] EWCA Civ 1152, [2016] 1 WLR 1489, at [64] to [77], commented on the absence of legal aid (at [65] and [66]), and the need (at [76]) for restricted legal intervention to plug this gap. But translation costs can be ordered against the legal aid authority where, in family litigation, a party cannot understand English: *In Re Z (A Child)* [2017] EWCA Civ 157, [2017] 1 WLR 4255.

15 [2002] EWCA Civ 605, [2002] 1 WLR 2409, CA, at [12].

16 *Bond v Dunster Properties Ltd* [2011] EWCA Civ 455, at [4] (Arden LJ) (judgment must be delivered within a reasonable time; but this will depend on ‘the complexity of the legal issues, the volume and nature of the evidence and other matters’).

17 *Starrs v Ruxton* 2000 JC 208, 243; 17 November 1999, *The Times* (High Court of Justiciary); *Millar v Dickson* [2002] 1 WLR 1615, PC.

18 *Porter v Magill* [2001] UKHL 67, [2002] 2 AC 357, HL.

19 (2000) 30 EHRR 289, ECHR.



Human Rights.<sup>20</sup> The same court said that once a person has presided over a legislative chamber he should be precluded from adjudicating in any civil or criminal case which requires interpretation of the relevant enactment.<sup>21</sup> Building on the *McGonnell* case (2000), constitutional purists<sup>22</sup> contended that it would be desirable, even — as they further argued — necessary, to detach the judicial House of Lords from the legislative House of Lords so that (i) the Law Lords would be physically separate from the legislature and (ii) they would no longer be allowed to participate in legislative debates.

In 2005 the Constitutional Reform<sup>23</sup> Act was enacted, leading to the House's abolition in 2009. The Constitutional Reform Act 2005 stripped out the judicial role from the ancient office of the Lord Chancellor. He has ceased to be a judge. Instead he is merely a representative of the Executive, a Minister of the Crown, and a Cabinet member. Furthermore, since the 2005 Act, the Lord Chancellor need not be legally qualified. Once the Lord Chancellor had been down-graded to a non-judicial Minister, the ground was cleared for creating a Supreme Court. On 1 October, 2009, the Supreme Court of the United Kingdom sat for the first time.

The constitutional purists prevailed. Whether or not there was any constitutional necessity to disturb the settled traditions of the House of Lords, the new court is now manifestly insulated from any 'legislative or executive contamination': none of its judges is involved in the legislative process, or in the practice of Government. But it is still a matter for political debate whether it was necessary to create the Supreme Court and to annihilate the judicial House of Lords.

*'Access to Court' Principle.* The European Court of Human Rights in *Golder v United Kingdom*. (1975)<sup>24</sup> divined an implicit fundamental right of 'access to court'. Lord Bingham in *Brown v Stott* (2001) explained:<sup>25</sup>

'Article 6(1) contains no express right of access to justice, but in *Golder v UK* (1975)<sup>26</sup> the European Court of Human Rights said that it was "inconceivable" that this provision should give detailed procedural guarantees without protecting access to justice. The court in the *Golder* case conceded that this implied right was not absolute and so admitted limitations.'<sup>27</sup>

The right of access to court is not engaged unless there is a procedural restriction or impediment. A substantive rule which renders the defendant's conduct lawful, even though it might be unlawful in the absence of that substantive rule, is not open to challenge, therefore, by reference to the present human right.<sup>28</sup>

The Supreme Court in *R (on the application of UNISON) v Lord Chancellor* (2017) considered the legality of the Government's scheme imposing significant commencement fees, payable by persons seeking redress within an Employment Tribunal (for example, claims for unfair dismissal or discrimination). The Supreme Court held that it was a breach of European Union law and contrary to the UK's constitutional principle of access to justice.<sup>29</sup> Lord Reed's judgment<sup>30</sup> is a powerful vindication of this principle. The court drew upon detailed studies of the impact of these fees.<sup>31</sup>

The Court of Appeal in *Re K (Children)* (2015) commented critically on the absence of legal funding to enable cross-examination to be conducted by a lawyer, rather than being left to the court itself (it was inappropriate for the relevant party, a father, to conduct the cross-examination personally, because that would

20 *McGonnell* case, (2000) 30 EHRR 289, ECHR, at [55].

21 *Ibid*, at [57].

22 eg, Lord Steyn (now retired as a Lord of Appeal in Ordinary), in his 2002 'All Souls College, Neill Lecture', had criticised the multi-faceted role of the Lord Chancellor. Steyn, 'The Case for a Supreme Court' (2002) 118 LQR 382.

23 'Reform! Reform! Don't talk to me about reform. Aren't things bad enough already?' (Astbury J, as noted by Lord Neuberger, 'The Supreme Court: Is the House of Lords "Losing Part of Itself"?' (2 December 2009), at [13]).

24 (1975) 1 EHRR 524, 536, at [35].

25 [2003] 1 AC 681, 694, PC.

26 (1975) 1 EHRR 524, 536, at [35].

27 *Ibid*, at [38].

28 *Mohammed v Ministry of Defence (No 1)* (also known as *Rahmatullah v MOD*) [2017] UKSC 1, [2017] 2 WLR 287, at [42] to [45].

29 [2017] UKSC 51, [2017] 3 WLR 409.

30 *Ibid*, at [66] to [117].

31 *Ibid*, at [38], notably, Ministry of Justice, *Review of the Introduction of Fees in the Employment Tribunals: Consultation on Proposals for Reform* (Cmd 9373) (2017) (<[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/587649/Review-of-introduction-of-fees-in-employment-tribunals.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/587649/Review-of-introduction-of-fees-in-employment-tribunals.pdf)>).

involve oppressive confrontation between him and the complainant, his daughter, who had alleged that she had been sexually assaulted by him).<sup>32</sup>

## THE EUROPEAN UNION BAN ON ANTI-SUIT INJUNCTIONS

*This judicial prohibition (for the European Court of Justice's decisions in the three seminal cases, see below) has hit hard within England and Wales. The ban is much regretted by Common Law lawyers.*

*Jurisdiction Clauses within the European Union or for Lugano Convention Jurisdictions.* The European Court of Justice's decision in *Turner v Grovit* (2005)<sup>33</sup> prevents the English courts from issuing anti-suit injunctions to enforce exclusive English jurisdiction clauses where the offending court proceedings have been commenced within the European jurisdictional zone. Anti-suit relief remains available if the foreign proceedings are outside the European Union.

*Arbitration clauses within the European Union or for Lugano Convention Jurisdictions.* The European Court of Justice's decision in *Allianz SpA v West Tankers* (2009)<sup>34</sup> prevents the Common Law anti-suit injunction from being issued to counter breach of arbitration clauses by the commencement of inconsistent *court* litigation within the *same* European jurisdictional zone. But Recital 12 of the Jurisdiction Regulation (2012) (effective from 10 January 2015) makes clear that a judgment by a Member State court on the substance of a civil or commercial case is binding even though that decision involved an incidental decision that the dispute was not subject to a valid arbitration clause.

In the *Gazprom* case (2015),<sup>35</sup> the European Court of Justice, confirming the *West Tankers* case (2009), noted that it is incompatible with the Jurisdiction Regulation for the court of a Member State to issue a decision prohibiting the respondent from continuing, or initiating, civil or commercial proceedings covered by the Jurisdiction Regulation<sup>36</sup> in another Member State. This is because the latter court must be permitted to determine for itself whether it has jurisdiction<sup>37</sup> and this includes determining whether there is a valid arbitration clause in respect of the relevant civil or commercial matter.<sup>38</sup>

However, the European Court of Justice in the *Gazprom* case (2015) distinguished<sup>39</sup> the grant by an arbitral tribunal of an anti-suit order from the issue by a Member State court of an anti-suit injunction (as in the *West Tankers* case). A Member State court does not act inconsistently with the Jurisdiction Regulation if it decides to recognise or enforce such an arbitral award. The result of such recognition might be that the relevant Member State court decides not to receive or continue to hear a civil or commercial matter (wholly or partially). Such a decision is compatible with the Jurisdiction Regulation for these reasons: (1) issues of arbitration fall outside the scope of the Jurisdiction Regulation,<sup>40</sup> so that any decision on such a matter made by one Member State court cannot be binding under the same Regulation on the courts of other Member States; (2) an 'anti-suit' arbitral award (that is, one which prohibits a party from pursuing or continuing court proceedings) is unobjectionable under the Jurisdiction Regulation because the arbitral tribunal is not a Member State court; and so the arbitral award involves no attempt by a Member State court to preclude or constrain (whether directly or indirectly) another Member State court's determination

32 *In re K (Children)* [2015] EWCA Civ 543, [2015] 1 WLR 3801.

33 Case C-159/02 *Turner v Grovit* [2005] 1 AC 101, ECJ; for comment, see Neil Andrews, 'Abuse of Process and Obstructive Tactics under the Brussels Jurisdictional System ...' (2005) *European Community Private Law Review* 8 – 15 (this journal is also entitled *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* and *Revue de droit privé international*). On 'asymmetrical' jurisdiction clauses, one party being subject to exclusivity, the other having a choice of jurisdictions, *Commerzbank AG v Liquimar Tankers Management Inc* [2017] EWHC 161 (Comm), [2017] 1 WLR 3487 (Cranston J), at [62] to [81].

34 Case C-185/07 [2009] 1 AC 1138, [2009] 1 Lloyd's Rep 413 (noted by E Peel (2009) 125 LQR 365).

35 Case C-536/13 *Gazprom OAO* case (Grand Chamber, ECJ, 13 May 2015).

36 The *Gazprom* case (2015), *ibid*, was decided under the pre-2012 Jurisdiction Regulation, Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000; but it is clear from the Opinion of Advocate General Wathelet (delivered 4 December 2014) that Recital 12 in the preamble to the Brussels I Regulation (recast) (2012) is a 'retroactive interpretative law', which 'explains how [the arbitration] exclusion must be and always should have been interpreted' (A-G Wathelet, Opinion, 4 December 2014, at [91] ff).

37 Case C-536/13 *Gazprom OAO* case (Grand Chamber, ECJ, 13 May 2015), at [32] and [33].

38 *Ibid*, at [34].

39 *Ibid*, at [35].

40 *Ibid*, at [36] (and at [28]).

concerning its jurisdiction; there is no conflict between courts in the matter of jurisdiction;<sup>41</sup> and (3) the arbitral tribunal, unlike the Member State court in the *West Tankers* context, has no direct power to issue penalties against the party who fails to comply with the anti-suit prohibition;<sup>42</sup> this means that the party who is subject to an arbitral tribunal's prohibition has an opportunity to contest<sup>43</sup> whether the prohibitive arbitral award (the 'anti-suit' arbitral award) should be recognised and enforced (in the case of a foreign arbitral award, by applying the New York Convention (1958)'s criteria.<sup>44</sup>

The European Court of Justice in the *Gazprom* case (2015)<sup>45</sup> did not endorse Advocate General Wathelet's Opinion<sup>46</sup> that *West Tankers* has been impliedly reversed by Recital 12 of the Brussels 1 Regulation (recast).<sup>47</sup> And so the *Gazprom* case (2015) confirms that courts in Member States still lack capacity to issue anti-suit injunctions to give effect to arbitration clauses.

## CONCLUDING REMARKS

The main contention has been that the wide array of fundamental and important principles of civil justice can be usefully arranged under these four headings:

- I. Access to Justice
- II. Fairness of the Process
- III. Speed and Efficiency
- IV. Just Conclusions

The greatest impact of European law on English and indeed British law has been Human Rights reasoning. But this 'impact' was conveniently crafted by jurists whose main aim was to recast the highest judicial chamber as a court quite independent of Parliament. In short, the creation, under the Constitutional Reform Act 2005, of the Supreme Court of the United Kingdom was ostensibly compelled by European human rights jurisprudence. According to this analysis, the court was necessary to achieve a hermetic separation of functions between the legislature and judicial system and, in particular, to ensure that the Lord Chancellor (that is, the Minister of Justice) can no longer sit as a judge. This dismantling of long-standing arrangements was a dramatic, surprising, and controversial 'spin-off' from the separation of powers notion, more exactly, the concept of 'judicial independence', contained within the European Convention on Human Rights.

41 Ibid, at [37].

42 Ibid, at [40].

43 Ibid, at [38].

44 Ibid, at [38], [41], [42], [43].

45 Ibid.

46 Opinion of Advocate General Wathelet (delivered 4 December 2014), at [130] to [152].

47 Council Regulation (EU) 1215/2012: (Brussels I bis) (effective 10 January, 2015); superseding Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2001.

# COSTITUZIONE E PROCESSO CIVILE: DALL'ACCESSO AL GIUDICE ALL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE

Nicolò Trocker

*Sommario:* 1. Introduzione. – 2. Il processo come strumento di attuazione della Costituzione. – 3. L'art. 24 della Costituzione come diritto di adire il giudice e le forme di giurisdizione "condizionata". – 4. Il concetto costituzionale di "tutela" e la tradizionale distinzione tra assetto sostanziale e assetto processuale dei diritti. La revisione dei "dogmi" in tema di prescrizione e decadenza. – 5. Tutela dei diritti e condizionamenti inerenti alla posizione del titolare. La dimensione "fattuale" della Costituzione. – 6. La inscindibilità fra piani sostanziale e processuale nella tutela dei diritti costituzionalmente garantiti. La tutela giurisdizionale "differenziata". – 7. La correlazione tra struttura dei diritti e forme di tutela processuale. La dimensione dei rimedi. – 8. La rifondazione costituzionale della tutela risarcitoria ed il superamento della concezione patrimonialistica del danno. – 9. Tutela dei diritti ed attuazione dei rimedi: cognizione ed esecuzione nella prospettiva costituzionale. – 10. L'art. 24 della Costituzione come norma fondante per la tutela di tutte le situazioni giuridiche soggettive: diritti soggettivi ed interessi legittimi. – 11. La duplice veste dell'art. 24 della Costituzione: diritto fondamentale e principio cardine dell'ordinamento.

1. I settant'anni compiuti dalla nostra Carta repubblicana (1) e la recente ricorrenza dei sessant'anni di operosità giudiziale della nostra Corte costituzionale (2), oltre ad essere motivi di celebrazione, offrono una rara occasione per esaminare, in alcuni aspetti significativi, gli stretti nessi e le interazioni che si sono venute sviluppando tra Costituzione e processo civile, con i valori espressi nelle norme della Costituzione via via diventate la fonte per dare al diritto processuale un nuovo e più ampio respiro e con l'impegno racchiuso in quelle norme assunto a strumento per dotare il processo, nelle sue diverse manifestazioni, di una nuova e più profonda legittimazione. Tematica affascinante e ricca di risvolti costruttivi che un grande processualista latino-americano, nel lontano 1953, ha saputo porre all'attenzione della ricostituita Associazione internazionale dei processualisti, riunita a convegno nella città di Vienna (3), e che i grandi Maestri – Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira – cui sono dedicate queste pagine, con i loro studi ed i loro insegnamenti hanno saputo arricchire di profili inediti sul piano scientifico e culturale (4).

“La Costituzione non è un'urna sigillata alla cui custodia i Costituenti hanno posto un'istituzione di carattere giudiziario”, ci ha ricordato di recente il Presidente della Corte costituzionale (5). La Costituzione è progetto e indirizzo, è norma fondamentale che contiene e prescrive finalità di base della consociazione politica, è documento che indica il senso e la direzione di un cammino. Ciò vale anche per le garanzie attinenti alla funzione giurisdizionale e al processo che i padri della Carta repubblicana hanno deciso di imporre come fondamentali ed inviolabili nel contesto dei diritti e delle libertà personali dell'individuo (6), non ritenendo sufficiente inserirle soltanto tra le norme di un *corpus* codicistico. Con la rigidità delle norme costituzionali quelle garanzie hanno acquistato stabilità ed opponibilità nei confronti di qualsiasi potere ordinario dello Stato; sono diventate regole munite di concreta forza precettiva il cui rispetto, anche da parte del legislatore, è giudizialmente verificabile grazie all'introduzione di un meccanismo di controllo di costituzionalità delle leggi (7). Il fenomeno non si riduce però ad una “costituzionalizzazione” in senso formale. Vi è stata nella scelta dei costituenti la precisa opzione culturale di considerare quelle garanzie destinate a condizionare nel tempo la credibilità e l'accettabilità delle forme di tutela giudiziale e delle strutture processuali, non solo come sfere riservate da proteggere, ma anche, se non primariamente, come beni da promuovere e concretizzare.

Nel dare attuazione a questo disegno impegnativo, fondamentale è stata l'opera svolta dalla Corte

costituzionale nel suo duplice ruolo di custode dei valori espressi nelle disposizioni della Legge fondamentale e di interprete dei valori inespressi nell'ordine costituzionale: un'opera ricca ed articolata che non si è limitata ad intervenire su aspetti circoscritti e particolari dell'assetto normativo ordinamentale. Pronunce di grande respiro – di natura ora “additiva”, ora “integrativa” ed ora, finanche, “manipolativa”, lontane dall'immagine kelseniana di un “legislatore negativo” (8) – anche se non senza arresti, ripensamenti o eccezioni, hanno saputo enucleare dagli enunciati costituzionali una serie di implicazioni che ne hanno valorizzato il contenuto ed esteso la portata precettiva, producendo conseguenze di rilievo non solo su diversi istituti del processo ma anche sulla prospettiva globale in cui va considerata la tutela giurisdizionale. Una complessa elaborazione il cui motivo conduttore non è stato la esplicitazione puramente formale dei significati contenuti nella formulazione letterale dei precetti costituzionali, bensì la progressiva formazione di un diritto processuale di natura giurisprudenziale che è meno regole e più “principi”, raccolti intorno ad una *ratio* comune e finalità convergenti. Questi principi rappresentano oggi i veri *naturalia processus* relegando ad un ruolo secondario, i classici principi processuali elaborati dai teorici della *Maximenlehre*.

Peraltro, ed è un dato che merita di essere tenuto presente, in quest'opera volta a rendere concreto ad attuale il significato positivo delle garanzie enunciate a livello costituzionale e di assicurare ad esse una effettiva incidenza sulle strutture del processo, non può essere trascurato il ruolo svolto anche dai giudici ordinari. Una magistratura, soprattutto nei suoi membri più giovani, via via più consapevole del carattere precettivo diretto della Costituzione, attraverso un'interpretazione delle leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione si è mostrata pronta a trasferirne la forza normativa direttamente nella giurisdizione. E così, accanto all'influenza che i dettami della Costituzione hanno esercitato sul processo riplasmandone struttura e funzione, il processo ed i suoi protagonisti sono diventati un veicolo importante per l'attuazione della Costituzione: “processo e Costituzione”, quindi, prima ancora che “Costituzione e processo”. Il punto merita di essere brevemente illustrato.

2. Quando la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 7 febbraio 1948 introduceva una tripartizione tra le norme costituzionali, distinguendo tra norme precettive ad applicazione immediata, norme precettive ad applicazione differita e norme direttive o meramente programmatiche (9), l'attuazione della Costituzione era pensata in grandissima misura per il tramite della legge. In questa costruzione che rispecchiava ancora largamente la cultura giuridica dominante, il cuore dell'ordinamento giuridico era ancora tutto lì, nella legge sovrana fonte di diritto. I principi fondamentali della Costituzione rimanevano nel limbo delle enunciazioni programmatiche volte al legislatore del futuro, ma prive di forza normativa propria nell'immediato, tanto da essere ritenute inadatte ad annullare le norme entrate in vigore prima della stessa Costituzione (10).

Le cose cambiano radicalmente con la prima storica sentenza della Corte costituzionale del 1956 che consacra il carattere rigido della Carta repubblicana ed estende il controllo di costituzionalità anche alle leggi anteriori alla Costituzione (11). Ma, più ancora del significato “politico” di quella sentenza, merita di essere ricordata l'attività di collaborazione dei diversi soggetti che ha portato alla nascita della sentenza.

Un giovane pretore solleva la questione di costituzionalità, privati cittadini, in modo deliberato, mettono in atto un comportamento che viola una norma del 1931 (l'art. 113 del Testo Unico sulla pubblica sicurezza) che impone l'autorizzazione per ogni forma di propaganda politica (in evidente contrasto con l'articolo 21 della Costituzione che garantisce la libera manifestazione del pensiero) e provocano il processo da cui scaturisce l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale. Nel giudizio davanti alla Corte interviene la parte migliore e più attiva della cultura giuridica impegnata a sostenere la battaglia per l'attuazione della Costituzione : da Costantino Mortati a Vezio Crisafulli, da Filippo Vassalli a Massimo Severo Giannini a Piero Calamandrei.

Ecco rispecchiati i fattori di un processo di attuazione della Costituzione che incomincia ad avviarsi: una parte della magistratura porta la Costituzione all'interno dell'esercizio ordinario della giurisdizione, i giudizi sui casi della vita diventano l'occasione per saggiare il valore delle norme costituzionali e la loro capacità di

introdurre imperativi nuovi nella disciplina dei rapporti tra consociati e tra questi ed i pubblici poteri. La Costituzione come norma giuridica entra nella vita degli individui non necessariamente per il tramite di una legge di attuazione, ma direttamente in giudizio per il tramite del giudice. Accanto al processo di attuazione della Costituzione che i costituenti potevano aver immaginato come guidato quasi integralmente dall'agire razionale del legislatore, si apre prepotentemente la *via giurisdizionale* (12). La Corte costituzionale si troverà a dialogare sempre più spesso con giudici attenti a rileggere l'ordinamento alla luce dei precetti costituzionali. La *iurisdictio* comprensiva della Corte e dei giudici ordinari diventa la sede principale di concretizzazione dei precetti e dei principi costituzionali. Attraverso *il processo* la Costituzione scende nei rapporti sociali, penetra nei molteplici rami dell'ordinamento, diventa diritto vivente tra i cittadini.

3. Passando all'opera svolta dalla giurisprudenza, in particolare dalla Corte costituzionale, nelle pagine che seguono l'attenzione sarà diretta principalmente all'esperienza maturata in tema di garanzie consacrate nel primo comma dell'art. 24 Cost. che enuncia solennemente che *“tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi”*. L'intento è di guardare a ritroso e ripercorrere alcune delle tappe più significative di un itinerario giudiziale impegnato a determinare portata e contenuto di quelle garanzie e disegnarne il campo di operatività rispetto ad una delle espressioni in cui si articola il fenomeno processo, ovvero rispetto al *processo come strumento di tutela delle situazioni giuridiche sostanziali* (13).

Quando nella seconda metà del secolo passato si comincia ad intuire la incidenza che la norma costituzionale è destinata ad avere sulle forme di tutela giudiziale dei diritti, sulle modalità ed i contenuti che queste devono assumere, l'interrogativo per la Corte non è se attraverso l'opzione di carattere terminologico adottata nella formulazione dell'art. 24 Cost. – “diritto di *agire*” – i costituenti abbiano inteso accogliere una delle raffigurazioni teoriche via via prospettate dalla scienza processualcivile nel corso del dibattito scientifico sul problema dell'*azione* (14). Al giudice costituzionale l'art. 24 della Costituzione pone problemi di *concreta applicabilità* evidenziati da una ordinanza di rimessione attraverso la trama di una controversia concreta. Con la forza innovatrice del precetto costituzionale vengono così misurati i condizionamenti cui l'azione (il diritto di agire) è subordinata e che rendono il suo esercizio meno pieno di quanto le elaborazioni teoriche della relativa categoria concettuale potevano aver fatto credere e che l'art. 99 del codice di procedura civile sembra semplicemente ignorare quando indica nella proposizione della domanda al giudice competente la via per far valere in giudizio un diritto che si ritiene lesa o minacciato. E' con riguardo a questi condizionamenti concreti che la Corte inizia la sua opera di assestamento e di integrazione dell'ordinamento processuale.

Cade sotto le sue pronunce quella particolare forma di giurisdizione *condizionata* ereditata dal passato, come conseguenza della scelta politica di mantenere nella gestione del contenzioso relativo a certe materie, come le assicurazioni sociali, sull'esempio della strada percorsa nel tempo dalla giustizia amministrativa, la previsione della condizione di *proponibilità* dell'azione costruita sulla preliminare devoluzione delle controversie ad organi amministrativi. Trasformando la configurazione del previo esperimento del ricorso amministrativo da condizione di proponibilità in condizione di *procedibilità* dell'azione, la Corte disegna un modello che meno incide sulla facoltà del cittadino di avvalersi della via giudiziale per la tutela delle proprie posizioni giuridiche riconosciute sul piano sostanziale (15). Il modello è oggi recepito dall'art. 443 c.p.c. il quale stabilisce che “la domanda relativa alle controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatoria (...) non è *procedibile* se non quando siano esauriti i procedimenti prescritti dalle leggi speciali per la composizione in sede amministrativa o siano decorsi i termini ivi fissati per il compimento dei procedimenti stessi”.

La stessa Corte non mancherà di richiamare il legislatore al rispetto delle relative coordinate ogni qual volta questi, per realizzare reali o pretese esigenze efficientistiche, ripropone la variante della *proponibilità* dell'azione per limitare l'accesso al percorso giudiziale (16). Per la Corte l'onere del previo esperimento del ricorso amministrativo è legittimo, giacché garantire “sempre” la tutela in sede giudiziale non significa che “si imponga una relazione di immediatezza con il sorgere del diritto” (17). Eccessiva è invece la configurazione dell'onere come

condizione di *proponibilità* dell'azione giudiziaria per assicurare il raggiungimento della duplice finalità a cui il previo ricorso è predisposto: “offrire al creditore della prestazione previdenziale un modo di soddisfazione della pretesa facilmente invocabile e non dispendioso”; evitare “se non l'abuso, l'eccesso del diritto alla tutela giurisdizionale indirizzandolo verso un uso adeguato ed ancorandolo ad una determinazione dell'opportunità di promuovere l'azione giudiziaria che maturi dopo un apprezzamento della fondatezza della pretesa, compiuta alla stregua delle risultanze emerse in un procedimento preliminare di natura amministrativa” (18).

Nello stesso periodo cadono sotto la scure delle pronunce della Corte anche una serie di disposizioni ereditate dal passato che subordinano il diritto di agire in giudizio al previo adempimento di *oneri fiscali*, in quanto diretti al soddisfacimento di interessi – come appunto la riscossione dei tributi – del tutto estranei alla finalità di assicurare al processo uno svolgimento adeguato alla sua funzione (19). In tal modo la Corte si rendeva interprete di un problema già evidenziato con forza da Piero *Calamandrei* nel celebre saggio del 1931 dal significativo titolo “*Il processo sotto l'incubo fiscale*” (20), in cui il Maestro aveva svolto una vigorosa denuncia delle deviazioni introdotte nel sistema del processo civile da un complesso di norme che “incidendo pesantemente sulle modalità di promovimento e di prosecuzione del giudizio avevano fatto del processo una sorta di posto di avanscoperta per l'amministrazione finanziaria”. “Voler che il processo serva alla giustizia solo se contemporaneamente serve al Fisco, chiudere la porta della giustizia se il Fisco è insoddisfatto, tutto questo mi sembra che snaturi e diminuisca l'importanza della funzione giudiziaria”. Ora la Corte dichiara illegittime per contrasto con l'art.24, primo comma Cost. gli artt. 77-80 del Regio Decreto 30 dicembre 1923, n. 3270 che precludono agli aventi causa per successione a titolo universale o particolare la possibilità di agire in giudizio senza avere previamente fornito la prova dell'avvenuto pagamento delle imposte di successione (21). Ed analoga sorte tocca ai tributi indiretti dell'art. 117 della legge di registro (Regio Decreto 30 dicembre 1923, n. 3269) che incidono in modo indebito sull'esercizio dei poteri di impugnazione (22).

4. Accanto all'opera di carattere demolitorio volta a “ripulire” l'ordinamento da scelte ereditate dal passato incompatibili con il quadro dei valori enunciati nella Legge fondamentale, la Corte non tarda a svolgere anche un'opera più propriamente ricostruttiva che arricchisce gli enunciati del primo comma dell'art. 24 Cost., con espressioni che ne ridisegnano il significato e la portata applicativa. Particolarmente significativa la giurisprudenza che in riferimento alla garanzia dell'art.24 Cost. ridisegna il tradizionale rapporto tra tutela sostanziale e tutela processuale dei diritti.

A prima vista, “l'agire in giudizio” di cui fa parola l'art. 24 Cost. sembra escludere ogni riferimento a momenti di tutela extragiudiziale o sostanziale in guisa dell'assunto che le norme che regolano il versante “sostanziale” delle situazioni giuridiche disciplinano un momento che logicamente precede ed è distinto da quello dell'azione, e che l'esercizio dei diritti come attività (ogni specie di attività) funzionale alla conservazione dei diritti realizzatasi *prima e fuori dal processo* è decisamente “altro” rispetto all'”agire giudizialmente”. Questo riguarda diritti ed interessi il cui ambito è modellato altrove ed il cui campo di operatività rimane circoscritto dai confini che derivano dal diritto sostanziale. Nell'opera della Corte la qualificazione di una norma come sostanziale o processuale non rappresenta il discrimine per collocarla dentro o fuori il quadro della garanzia sancita dall'art. 24 Cost. Il diritto di agire non crea i diritti sostanziali, ma esige che essi, configurati liberamente dal legislatore, siano tuttavia predisposti alla possibilità di una proficua difesa innanzi ad un giudice. E' questo l'insegnamento più profondo di una giurisprudenza che crea la categoria dei “termini sostanziali con funzione o valenza processuale” ed estende in tal modo la disciplina della sospensione nel periodo feriale – formalmente limitata ai termini “processuali” dalla legge 7 ottobre 1969, n. 742 – ai termini fissati per la proposizione di azioni costitutive, che si trovano in gran numero nel codice civile, come il termine per l'esperimento dell'azione di rescissione per lesione (art. 1449 c.c.) ed i termini per l'impugnazione di delibere assembleari (artt. 1137, 2377 c.c.); termini che la giurisprudenza della Corte di Cassazione, in ragione della loro asserita natura “sostanziale”, non ritiene soggetti a sospensione. In una serie di pronunce la Corte non esita a statuire che l'art. 1 della legge 7 ottobre 1969, n. 742, è costituzionalmente illegittima nella parte in cui “*non dispone*” che la sospensione ivi prevista si applichi anche ai termini in questione. Due le argomentazioni di grande respiro: (a) “limitare arbitrariamente la

sospensione ai soli termini che, ad altri fini, sono qualificati processuali (e che presuppongono un giudizio già iniziato) ed escludere termini, come quelli in esame, che certamente non sono meno importanti dei termini processuali puri, equivale a violare l'art. 24 Cost. In proposito non possono distinzioni formali, costruite per altri fini, superare, giustificandola, tale violazione"; (b) "non può essere condiviso l'assunto che la decadenza per inutile decorso di tali termini non intacchi in nulla il diritto di azione, estinguendosi con la decadenza il diritto soggettivo e non il diritto di azione". Il diritto di azione – sottolinea la Corte – "non si risolve nella possibilità astratta di sollecitare l'esercizio della giurisdizione" (23).

Nella stessa direzione si muove l'opera con cui la Corte segna il passaggio da una concezione *quantitativa* ed *oggettiva* dei termini di prescrizione e di decadenza in cui è inquadrata l'attività necessaria a garantire la conservazione di un diritto o di un potere, ad una *qualitativa* e *soggettiva* in cui trovano spazio e considerazione anche le condizioni materiali di esercizio delle situazioni giuridiche. Attraverso i canoni della "congruità" e della "ragionevolezza" limiti temporali (termini di prescrizione e di decadenza) tendenzialmente rigidi, commisurati dalla legge all'astratta possibilità di compimento delle attività di parte, vengono tradotti in limiti tendenzialmente flessibili commisurati alla possibilità *effettiva* dell'esercizio del diritto o del potere. Emblematica la pronuncia della Corte per la quale il termine di 30 giorni, concesso dall'art. 28 del R.D. 17 agosto 1935 n. 1765 ai superstiti del lavoratore deceduto per presentare la domanda di rendita all'Istituto nazionale assicurazione infortuni di lavoro, è da considerare "incongruo" in ragione del "turbamento di carattere psicologico ed affettivo che la morte di un congiunto suscita, di norma, nell'ambito della famiglia, con ripercussioni innegabili sull'attività che i superstiti devono svolgere sollecitamente, per salvaguardare i loro interessi patrimoniali, ricollegati all'evento luttuoso" (24). Nel giudizio di "congruità" possono assumere rilevanza dati tratti da una rilevazione fenomenologica di possibili stati di fatto o condizioni reali del soggetto onerato del compimento di un atto.

Non meno significative le pronunce con cui la Corte costituzionale si è preoccupata di predisporre una specifica garanzia di "conservazione dell'azionabilità dei diritti" – o, come la stessa Corte dice in una delle sentenze, di evitare la configurazione di azioni *inutiliter datae* – prendendo le distanze dal duplice "dogma" tratto dalla normativa del codice civile secondo cui, al di fuori delle eccezioni stabilite dalla legge, sul decorso della *prescrizione* non influiscono circostanze pertinenti alla sfera soggettiva del titolare del diritto prescrivibile (artt. 2934, 2935 c.c.) e la *decadenza* guarda unicamente al fatto obiettivo del mancato esercizio oltre il termine prefisso (art. 2966 c.c.). Così viene rilevata la non conformità agli artt. 3 e 24 Cost. del combinato disposto degli artt. 244, comma 2 c.c. e 235, n.3 nella parte in cui, per la proposizione dell'azione di disconoscimento della paternità da parte del marito, allorquando il fatto costitutivo posto a fondamento della relativa domanda sia rappresentato dall'adulterio della moglie, fissa il *dies a quo* del termine di decadenza di un anno dalla nascita del figlio, senza considerare che il fatto costitutivo del diritto di chiedere giudizialmente il disconoscimento di paternità del figlio, rappresentato dall'adulterio della moglie, normalmente, si verifica fuori della conoscenza (immediata) dell'interessato (25). Facendo proprio l'insegnamento del giudice costituzionale, il nuovo art. 244 c.c. stabilisce espressamente che il termine dell'azione di disconoscimento decorre dal giorno in cui il marito è venuto a *conoscenza* dell'adulterio della moglie.

Nella prospettiva costituzionale, per la decadenza e la prescrizione non è solo questione di tempo inutilmente decorso ma altresì di "esercizio" da valutare come una qualsiasi condotta giuridicamente rilevante, ossia partendo dai canoni fondamentali per siffatto apprezzamento. In questo senso la giurisprudenza ha preso le distanze dal criterio obiettivo della "possibilità legale" di esercizio del diritto ed ha dato espressione ad una visione connessa ad un presupposto di tipo soggettivo che lega l'*incipit* della prescrizione (o della decadenza) alla conoscenza o ragionevole conoscibilità per il titolare del diritto (o del potere), secondo l'ordinaria diligenza, dell'integrazione della sua fattispecie costitutiva. Del resto, non ha molto senso pretendere che un soggetto si attivi con la proposizione di una domanda – come vuole l'art. 99 del codice di rito civile – senza possedere gli elementi minimi necessari a rendere attuale il diritto invocato, a meno di esigere che un soggetto attivi le sue pretese temerariamente.

5. Chi intende agire per la tutela dei propri diritti non subisce soltanto l'incidenza limitativa del



fattore tempo. Altri fattori, al pari e forse anche più del fattore tempo, sono in grado di condizionare negativamente la “fruizione” dei diritti (in sede giudiziale e non). Tali fattori nascono dalla non omogeneità sociale, da particolari stati di bisogno, dalla situazione di “debolezza”, non solo economica, in cui versano tipicamente determinate categorie di persone.

Nel disciplinare la “vita” delle situazioni giuridiche soggettive il legislatore (non solo italiano) non sempre ha tenuto conto di siffatti condizionamenti. Storicamente la vicenda delle situazioni giuridiche riconosciute al singolo, che è poi la vicenda dei diritti soggettivi, nasce in un contesto culturale che mira soprattutto ad esaltare l’individuo e la sua libertà. L’individuo quale “soggetto” del sistema dei diritti appare come portatore di attributi e predicati originari e perciò stesso svincolato dal concreto e dal contingente. La possibilità giuridica (o “legale”) viene equiparata alla possibilità di fatto. La concezione dell’uomo e del diritto afferma, soprattutto, un valore di eguaglianza *formale* degli uomini.

Nell’ordinamento italiano, al rivolgimento di queste prospettive contribuisce in modo determinante la Carta costituzionale la quale, accanto alle tradizionali “libertà civili” (negative) intese come libertà da interferenze esterne (in una prospettiva di difesa da attentati provenienti soprattutto dallo Stato), enuncia una serie di “libertà positive”, intese come diritti ad una effettiva partecipazione di tutti alla vita politica e sociale.

Il mutamento di segno è particolarmente evidente nella norma sull’eguaglianza (l’art. 3 Cost.) la quale non si limita a contemplare l’eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, negando rilevanza a quei fattori che storicamente sono stati discriminanti. La norma al suo secondo comma chiama la Repubblica a “rimuovere” gli *ostacoli di fatto* che contraddicono o ritardano l’affermata eguaglianza dinanzi alla legge; gli ostacoli di fatto che “inducono” un soggetto a non esercitare i propri diritti, a non compiere l’attività necessaria a garantirne la conservazione e la pratica efficacia (26).

Di tale impegno si è resa convinta ed autorevole interprete la Corte costituzionale nella storica sentenza n. 63 del 1966 dando rilevanza in materia di tutela dei crediti derivanti dal rapporto di lavoro subordinato – la cui disciplina, all’epoca, era caratterizzata da un regime di sostanziale instabilità – ad un *ostacolo materiale*, quale la situazione di “debolezza” del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento (27).

Argomentava la Corte nella citata sentenza: “se il diritto alle prestazioni salariali può prescriversi, non tutto il regime della prescrizione dettato dalle norme del codice civile è compatibile con la speciale garanzia che deriva dall’art. 36 della Costituzione nella parte in cui stabilisce che il lavoratore ha diritto ad una retribuzione (...) in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia una esistenza libera e dignitosa”.

“Le norme impugnate (...) consentono che la prescrizione prenda inizio dal momento in cui matura il diritto a ogni singola prestazione salariale: se si eccettua il n. 5 dell’art. 2948 del codice civile, il termine prescrizionale decorre fatalmente anche durante il rapporto di lavoro poiché non vi sono ostacoli giuridici che impediscano di farvi valere il diritto al salario. Vi sono tuttavia *ostacoli materiali*, cioè la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento; cosicché la prescrizione, decorrendo durante il rapporto di lavoro, produce proprio quell’effetto che l’art. 36 della Costituzione ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia: anche quella che, in particolari situazioni, può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione”.

“Entro questi limiti la questione è fondata: il precetto costituzionale, pur ammettendo la prescrizione del diritto al salario, non ne consente il decorso finché permane quel rapporto di lavoro [per sua natura instabile] durante il quale essa maschera spesso una rinuncia”. Viene quindi dichiarata la illegittimità costituzionale degli art. 2948, n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, del codice civile in riferimento agli art. 3, 4 e 36 della Costituzione *limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro* (28).

Il principio enunciato dalla Corte ha riacquisito oggi una sua rinnovata attualità a causa degli interventi legislativi degli ultimi anni – cd. *Legge Fornero* del 2012 e *Jobs Act* del 2015 – che hanno privato il rapporto di lavoro subordinato della stabilità e della tutela reale di cui lo aveva dotato la legislazione sociale degli anni settanta (29). E così leggiamo nella pronuncia del Tribunale di Firenze del 20 gennaio 2018 che “poiché è lecito ritenere che l’incertezza circa la tutela assicurabile in caso di recesso, anche giudizialmente illegittimo, determini per il lavoratore una situazione psicologica che può spingerlo a non esercitare il proprio diritto per timore di essere licenziato, così venendosi a trovare in una situazione di *metus*, deve tornare ad operare la non decorrenza della prescrizione per i crediti di lavoro maturati in costanza di rapporto se non dalla data di cessazione dello stesso, a prescindere dalle dimensioni dell’azienda”. E l’orientamento è condiviso da altre di corti di merito (30).

6. Il fatto che nelle pronunce in tema di differimento dell’esordio della prescrizione il referente normativo del giudizio di costituzionalità fossero le disposizioni degli artt. 4 e 36 della Costituzione, piuttosto che il precetto dell’art. 24 della Costituzione, con uno spostamento di prospettiva da un profilo di tutela “processuale” ad un profilo di tutela più marcatamente “sostanziale” poco cambia, posto che la garanzia di un diritto a livello costituzionale sostanziale implica garanzia del potere di agire a tutela di esso e la effettività della tutela è legata alla effettività della situazione sostanziale che la implica.

Dell’inscindibilità fra piani sostanziale e processuale nella tutela dei diritti, che rappresenta uno dei nuclei più importanti dell’opera di concretizzazione dei precetti costituzionali, offre una significativa testimonianza la giurisprudenza della Corte in tema di rivalutazione monetaria dei crediti di lavoro voluta dal legislatore con la riforma del rito del lavoro del 1973, ma subito accolta dai critici con denunce di ingiustificata disparità di trattamento.

La legge 11 agosto 1973, n. 533 introduce per le controversie individuali di lavoro (artt. 409-441 cpc.) – e per quelle di previdenza e assistenza obbligatorie (artt. 442-448 cpc) – un modulo processuale che si differenzia in maniera significativa dal processo ordinario di cognizione.

La legge contiene una serie di disposizioni volte a prevenire tattiche dilatorie ed a conseguire dalle parti la collaborazione necessaria ad una sollecita definizione della lite – il pensiero va agli artt. 414, 416 e 420 c.p.c. che impongono ai contendenti di definire, fin dagli atti introduttivi del giudizio, i termini della pretesa e della contestazione e di indicare specificatamente i mezzi di prova di cui intendono avvalersi, al fine di mettere il giudice nella condizione di conoscere rapidamente i termini della lite e di esperire utilmente le numerose attività che nella prima udienza di discussione, cardine del nuovo processo, si sono volute accentrare. Ad essi si affiancano le disposizioni volte a rafforzare l’ordinaria tutela del credito per la retribuzione garantendone l’effettività sotto il profilo della tempestività del soddisfacimento dell’interesse tutelato. In particolare, gli artt. 423, comma primo e 431, comma primo c.p.c. prevedono, rispettivamente, la possibilità di disporre con ordinanza, in ogni stato del giudizio, il pagamento delle somme non contestate e la immediata esecutività delle sentenze che pronunciano condanna a favore del lavoratore per crediti derivanti dal rapporto di lavoro. Inoltre, la legge introduce all’art. 429, comma 3<sup>a</sup> la garanzia della *rivalutazione monetaria*, che si aggiunge al normale credito per gli interessi legali di mora in conseguenza del ritardato pagamento. Recita la disposizione in parola: “Il giudice, quando pronuncia sentenza di condanna al pagamento di somme di denaro per crediti di lavoro, deve determinare, oltre agli interessi nella misura legale, il maggior danno eventualmente subito dal lavoratore per la diminuzione di valore del suo credito, condannando al pagamento della somma relativa con decorrenza dal giorno della maturazione del diritto”.

Dichiarando infondate le censure di illegittimità formulate rispetto alla disposizione in parola, la Corte sottolinea nella sentenza n.13 del 1977 che “la prima, e, di per sé già decisiva giustificazione del trattamento privilegiato attribuito al credito di lavoro sta nella qualità stessa del credito che trova, nello sfondo, il presidio e la garanzia di più precetti costituzionali quali quelli contenuti negli artt. 1, 3 comma 2, 4, 34 e 36”. “Nel contesto di tale peculiare tutela razionalmente si colloca la finalità della normativa denunciata di apprestare un meccanismo di conservazione del valore in senso economico delle prestazioni dovute al lavoratore in modo da preservare quel potere di acquisto di beni reali che si connette alla retribuzione e

all'indennità di fine rapporto costituenti la parte prevalente dei crediti del lavoratore. La idoneità della retribuzione ad assicurare una esistenza libera e dignitosa dipende non solo dal suo ammontare, ma anche dalla puntualità della sua corresponsione" (31).

La Corte confermerà il proprio giudizio anche quando muta il quadro economico – le forti tendenze inflazionistiche e un tasso legale non significativo, presenti al momento dell'introduzione dell'istituto – ribadendo che alla disposizione dell'art. 429, comma 3 c.p.c. "é sotteso un bilanciamento tra la razionalità economica ed i valori personali evocati dall'art. 36 Cost." e che nella soluzione concretamente adottata "i valori personali hanno la meglio sulle ragioni dell'economia" (32). Non solo, all'esordio del nuovo millennio, con la sentenza n. 429 del 2000 la Corte difenderà la scelta originaria anche contro la regola dell'assorbimento degli interessi legali nella somma spettante a titolo di rivalutazione voluta dalla legge finanziaria per il 1995, spiegando che proprio con riguardo alla "funzione di remora all'inadempimento" già evidenziata in passato, la nuova disciplina risulta carente" (33).

7. Sotto l'influenza dei valori costituzionali, la consapevolezza che alle singole situazioni sostanziali devono corrispondere strumenti di tutela adeguati si afferma anche in altri settori dell'ordinamento e non solo ad opera della Corte costituzionale. Il dato costituzionale allo stesso modo sensibile all'aspetto del riconoscimento dei diritti (art. 2 Cost.) e a quello della loro tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) porta a riscoprire il significato più vivo dell'antico broccardo *ubi remedium ibi ius* che un marcato formalismo, sia a livello scientifico che normativo, intento ad esaltare la autonomia del processo rispetto al diritto sostanziale non di rado ha rischiato di offuscare. E attraverso la prospettiva dei *rimedi* l'attenzione si dirige al bisogno di tutela che le situazioni giuridiche evocano in ragione del loro *contenuto* e della natura del *bene* che ne costituisce l'oggetto (34). Il codice civile italiano del 1942 è pensato e costruito primariamente intorno ai valori della proprietà e dell'impresa (oltre che della famiglia e dei diritti che nascono dal contratto). Ed a presidio di essi il legislatore predispose un articolato sistema di rimedi. Questi rimedi, nel caso del diritto di proprietà, sono esemplificativamente illustrati negli artt. 948 e 949 c.c., e nel caso dell'impresa sono sinteticamente raccolti negli artt. 2599 e 2600 c.c.; mentre a soddisfare i bisogni differenziati di tutela che si definiscono in rapporto alle situazioni giuridiche relative ai cd. beni immateriali provvedono le leggi speciali con un catalogo di mezzi di difesa che include anche tecniche civilistiche di attuazione coattiva di obblighi di fare (art. 83 R.D. 29 giugno 1939, n. 1127 relativo ai brevetti per invenzioni industriali; art. 63 R.D. 21 giugno 1942, n. 929 sui marchi di impresa; art. 156 l. 22 aprile 1941, n. 633 sulla tutela del diritto d'autore).

Uno spazio ridotto, se non marginale, è occupato nello stesso codice dai diritti della personalità di cui ricorre menzione esplicita nelle disposizioni degli artt. 5 (atti di disposizione del proprio corpo), 7 (diritto al nome) e 10 (diritto all'immagine). D'altronde, a determinare il limitato ingresso di questi diritti nell'area civile concorrono la loro originaria proiezione verso lo Stato ed i pubblici poteri piuttosto che verso i rapporti interprivati, come pure l'idea che la loro difesa, implicando il ricorso alla coercizione, va affidata *in primis* a leggi diverse da quelle civili; in particolare, alle leggi penali.

Lo scenario muta con l'emanazione della Carta costituzionale e la previsione in essa di un ampio catalogo di diritti della persona. Al disegno del codice fondato sulla proprietà e sul regime dei beni appartenenti ai privati si sostituisce un sistema che al centro pone *la persona* e le attribuisce un valore preminente su ogni altro. "La Repubblica – afferma l'art. 2 Cost. – riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità". La stessa Costituzione offrirà il supporto teorico e lo strumento giuridico ad un processo evolutivo che porterà alla successiva identificazione di più specifici diritti della personalità come situazioni giuridiche autonomamente rilevanti.

Nella tutela giurisdizionale di tali diritti, il cui godimento implica quasi sempre obblighi continuativi ed iterativi di non fare o obblighi di fare infungibili, un ruolo fondamentale assume la misura cautelare *atipica* dei *provvedimenti d'urgenza* dell'art. 700 c.p.c. Secondo l'ampio tenore della norma disciplinatrice, la misura consente a "chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile, [di] chiedere

al giudice il provvedimento che appare, secondo le circostanze più idoneo ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito”. La disposizione si presenta idonea ad abbracciare il bisogno di protezione in relazione virtualmente a qualunque tipo di diritto che non goda già della protezione offerta da una misura cautelare tipica e capace di prevenire pericoli di pregiudizio imminenti ed irreparabili che non siano coperti da altre misure cautelari.

Sfruttando le sue potenzialità operative, giudici sensibili al principio di effettività della tutela giurisdizionale desumibile dall’art. 24 Cost. utilizzano la misura in parola a supporto di decisioni appartenenti all’intera tipologia delle sentenze pronunciabili in un giudizio di cognizione (sentenze di condanna, di mero accertamento e sentenze costitutive) ora con funzione di assicurazione ora con funzione di anticipazione degli effetti della futura decisione.

Inoltre, l’applicazione dell’art. 700 c.p.c. costituzionalmente orientata, ben lungi dal ricoprire aree a carattere residuale nel contesto di un sistema cautelare caratterizzato da provvedimenti tipici modellati soprattutto a difesa della proprietà, del possesso e del credito (artt. 670, 671 cpc., 1171, 1172 c.c.), assolve funzioni di tutela urgente in via giurisdizionale sia a favore di una vasta gamma di diritti non “coperti” dalle misure cautelari tipiche sia a favore di bisogni di protezione (*pericula*) trascurati dalla disciplina delle misure cautelari tipiche. Diritti di libertà, diritti della personalità, diritti d’autore e di privativa industriale, diritti patrimoniali a funzione non patrimoniale trovano nell’art. 700 c.p.c. lo strumento di protezione che le misure cautelari tipiche, per la loro configurazione normativa, non potevano offrire e che il processo di cognizione per la sua natura non era in grado di apprestare. Scrive Natalino Irti in un recente saggio: “attraverso i provvedimenti di urgenza i giudici italiani – per molti anni i pretori di grandi città o di umili e remoti borghi – furono gli ardit e operosi artefici di una rivoluzione legale, che provvide a tutelare il singolo individuo nella particolarità e concretezza della sua esistenza”. In questo modo “irrompeva nel diritto la pura esistenza” (35).

Certo, in questa esperienza giurisprudenziale che segna un momento fondamentale della nostra giustizia civile, talora non sono mancati esempi di una ricerca “imprudente” della effettività della tutela. Il legislatore ha provveduto a “raffreddarli” con la disciplina del nuovo procedimento cautelare uniforme (operativa dal 1993) che prevede sempre la possibilità di un controllo (in via di reclamo) da parte di un giudice collegiale (art. 669-*terdecies*) (36).

8. Un’altra espressione di grande rilievo della visione “sostanzialistica” della tutela giurisdizionale atenta ai *remedies*, progressivamente sviluppata da una giurisprudenza sensibile ai principi costituzionali, è rappresentata dalla “rifondazione”, se così si può dire, della *tutela risarcitoria* e la sua apertura verso nuove frontiere (37).

Nell’ordinamento italiano il rimedio risarcitorio previsto dall’art. 2043 del codice civile, tradizionalmente, aggiungeva alla sua intrinseca debolezza rispetto agli ideali di protezione specifica dei beni della persona (nome, immagine, integrità fisica e morale), la debolezza dovuta alla sostanziale identificazione del danno risarcibile con il danno patrimoniale. (Il danno non patrimoniale, per il disposto dell’art. 2059 c.c. vedeva la sua risarcibilità limitata ai soli casi consentiti dalla legge, e, cioè, in pratica, alle ipotesi di sussistenza di un reato). Il danno patrimoniale riceveva inoltre una configurazione restrittiva, in quanto si considerava come “patrimonio”, ai fini della tutela risarcitoria, in un primo tempo, l’insieme delle proprietà di un individuo e dunque, sul piano economico, la somma dei valori di tali proprietà, e in una fase storica successiva, con il diffondersi di forme di ricchezza che non assumono la veste formale della proprietà, (anche) utilità economiche quali il credito dell’impresa.

Questa visione della patrimonialità ha mostrato la sua inadeguatezza allorché si è cominciato a dar peso ad interessi e valori che non hanno riguardo a beni o cose del mondo esterno – a beni o cose che non riguardano direttamente i processi produttivi e la capacità di produrre reddito -, ma che toccano lo stesso modo di essere della *persona umana*; e allorché si è fatta strada un’esigenza di garanzia a fronte di fatti lesivi irriducibili alla logica economica. Col modello patrimoniale del danno è entrato così in discussione il modo di intendere la patrimonialità del danno. Gradualmente, nello schema del danno patrimoniale si è giunti a

far rientrare anche le perdite di utilità non economiche, quale l'integrità psico-fisica dell'individuo, come distinta dalla forza lavoro e dalla capacità di produrre reddito, o il godimento della propria persona, in sé e nella vita di relazione.

La evoluzione che ha portato al superamento della tradizionale concezione patrimonialistica del danno e alla conseguente estensione della tutela risarcitoria a "danni", "perdite", "impedimenti", "lesioni" rapportati non al guadagno ma al "valore uomo" nella sua concreta dimensione, ha trovato un impulso decisivo nell'opera della Corte costituzionale.

"La vigente Costituzione – statuiva la Corte nel *grand arret* n. 184 del 14 luglio 1986 – garantendo all'art. 32 Cost. la tutela della salute come diritto fondamentale del privato, diritto primario e pienamente operante anche nei rapporti tra privati, svela che l'art. 2043 cc. non possa essere interpretato come applicantesi esclusivamente al danno patrimoniale e al danno economico derivante dalla menomazione psico-fisica. L'art. 2043 cc. correlato all'art. 32 Cost., va necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento di tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana" (38). Per i diritti e gli interessi della Costituzione dichiarati fondamentali, la legge ordinaria non può rifiutare il rimedio risarcitorio a seguito della loro violazione.

E' il momento della fondazione del cd. *danno biologico*. Nell'elaborazione giurisprudenziale successiva si dirà che "il diritto all'integrità psico-fisica ha come oggetto la fruizione del bene salute, per l'esplicazione piena ed ottimale delle attività realizzatrici della persona umana nel suo ambiente di vita" (39), e che "il danno biologico non va collegato ai riflessi che la menomazione psico-fisica ha sull'attitudine al lavoro della vittima, ma si estende agli svantaggi, alle privazioni ed agli ostacoli che la menomazione comporta con riferimento agli altri ambiti e agli altri modi, in cui il soggetto svolge la sua personalità nella propria vita" (40).

In seguito, la Costituzione come normativa di rango superiore verrà utilizzata anche per allargare la categoria del danno non patrimoniale e la sua risarcibilità oltre i ristretti limiti fissati dall'art. 2059 c.c.. "Nel vigente assetto dell'ordinamento – statuiscono le celebri sentenze gemelle del 2003 (41) – nel quale assume posizione preminente la Costituzione che, all'art. 2 riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona ". Il rinvio dell'art. 2059 c.c. ai " casi determinati dalla legge " spiega la Corte, fin qui inteso in senso restrittivo in relazione all'art. 185 c.p., ben può essere riferito anche alla previsione della Legge fondamentale ove si consideri che il riconoscimento nella Costituzione, dei diritti inviolabili, inerenti alla persona non aventi natura economica, implicitamente ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale" (42).

Affrancato dai condizionamenti della nozione riduttiva di "patrimonialità" del danno, lo strumento risarcitorio ha assunto una flessibilità e adattabilità che lo rendono idoneo a coprire spazi inesplorati, a colpire fattispecie lesive che causano conseguenze pregiudizievoli di carattere personale; insomma, a proteggere diritti nuovi spesso di carattere non patrimoniale rispetto ai quali non solo la coscienza sociale pone un imperativo di tutela coordinata con l'esigenza di effettività. Inoltre, la stessa esperienza recente ci mostra che il rimedio risarcitorio, accanto ad una funzione riparatoria potenziata, può essere chiamato a svolgere funzioni di monito sociale, funzioni di prevenzione e di deterrenza. Ce lo ha ricordato di recente la stessa Corte costituzionale sottolineando che " la tutela risarcitoria (...), oltre alla idoneità a costituire un adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito [dalla vittima], deve garantire "un'adeguata dissuasione" dell'autore di commettere l'illecito (43). Non solo; con le potenzialità strutturalmente espansive del rimedio aquiliano si sono create anche le premesse per dare ingresso nel nostro ordinamento ai *danni punitivi*. La storica sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 5 luglio 2017, n. 16601, nel dare esecuzione ad una sentenza straniera (americana) di condanna al pagamento di somme a titolo di danni punitivi, ha voluto evidenziare nel proprio *iter* argomentativo che "accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo-riparatoria dell'istituto aquiliano (che immancabilmente lambisce la deterrenza),

è emersa una natura polifunzionale (...) che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva”. L’istituto dei risarcimenti punitivi “non è ontologicamente incompatibile con l’ordinamento italiano” (44).

9. Il soggetto che si avvale del potere di “agire in giudizio” mira non solo ad ottenere un rimedio idoneo a soddisfare uno specifico bisogno di tutela, ma aspira anche a vedere tale rimedio concretamente attuato. La garanzia di azione avrebbe un valore largamente retorico se si limitasse ad attribuire al titolare di un diritto mezzi che consentono di reagire alla lesione del diritto ma non si prestano ad essere praticamente eseguiti.

Il principio di effettività dello stesso ordinamento richiama, con la coercibilità delle norme poste dallo Stato, come fase necessaria ed ineliminabile, quella della coercibilità della tutela dei diritti che dalle norme vengono riconosciuti. Il potere di farsi ragione da sé – che i sistemi moderni hanno voluto reprimere – riviverebbe pericolosamente se provvedimenti di tutela, la cui “erogazione” l’ordinamento riserva al processo, potessero rimanere inosservati dagli obbligati, o condizionati allo spontaneo adempimento da parte degli stessi. Un adempimento lasciato alla coscienza del debitore, peraltro consapevole che l’inadempimento non porta conseguenze negative a suo carico, conferirebbe alla pronuncia giudiziale, in molti casi, un valore poco più che simbolico.

In un mondo ben ordinato – si leggeva nella pronuncia di una corte di merito di qualche anno fa – “i provvedimenti del giudice [e le misure di tutela che essi accordano] vanno intesi e soprattutto eseguiti secondo il loro testo letterale” (45). Enunciazione enfatica o affermazione di un principio radicato nel nostro ordinamento positivo ?

Per la Corte costituzionale la risposta sembra decisamente nel secondo senso quando sottolinea che:

“in base al principio di effettività della tutela giurisdizionale, deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell’imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa. Una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (...) altro non sarebbe che una inutile enunciazione dei principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 Cost. i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto” (46).

E’ un chiaro avvertimento che la fase esecutiva, considerata in tutti i suoi aspetti, assume una posizione di centralità nel più vasto orizzonte dell’effettività e della credibilità del sistema di tutela giurisdizionale; effettività che, per essere tale, deve essere in grado di tradurre in azioni concrete i proclami dei suoi giudici sanzionando le condotte inadempienti e restituendo alle vittime, per quanto possibile, il “bene della vita” violato, in cui si materializza il diritto. Lo hanno ribadito in tempo recente anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, avvertendo che “il rispetto del principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale, di cui all’art. 24, primo comma Cost. (...) esige che la tutela giurisdizionale non si esaurisca nel diritto di accesso al giudice, a tutti garantito, ma esige anche che le situazioni giuridiche soggettive, fatte valere e definitivamente riconosciute in sede giurisdizionale, siano *realizzate* in favore del suo titolare, secondo adeguati strumenti predisposti dall’ordinamento, con l’ottenimento del bene della vita che ne costituisce l’oggetto” (47). E la stessa Corte, a sezione semplice, in modo non meno deciso ha voluto indirizzare alle corti di merito il seguente *principio di diritto*: “la discrezionalità della pubblica amministrazione non può mai spingersi, se non stravolgendo ogni fondamento dello Stato di diritto, a stabilire se dare o non dare esecuzione ad un provvedimento dell’autorità giudiziaria, a maggior ragione quando questo abbia ad oggetto la tutela di un diritto riconosciuto dalla Costituzione” (48).

Eppure, quello dell’esecuzione o, forse meglio, dell’attuazione coattiva dei diritti, è stato per lungo tempo, ed in parte lo è ancora, il tallone d’Achille del nostro sistema, sia a causa della debolezza delle misure adottate in materia dal terzo Libro del codice di procedura civile – con la scelta di realizzare la tutela esecutiva nella sola forma dell’esecuzione diretta – sia a causa della filosofia ispiratrice del sistema di tutela e dei “dogmi” – come la asserita correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata ed il

proclamato “*nemo ad factum cogi potest*” – che ne condizionavano gli aspetti strutturali. In assenza di un intervento organico del legislatore, la ricerca di tecniche processuali capaci di assicurare l’attuazione specifica dei provvedimenti giurisdizionali e di apprestare tutela adeguata, in sede esecutiva, a situazioni giuridiche sostanziali alle quali, per la loro natura, poco si adattano i meccanismi della responsabilità patrimoniale e dell’esecuzione per surrogazione, è rimasta così affidata, per lungo tempo, all’opera delle corti. E la loro attenzione si è diretta soprattutto alle misure compulsorie di carattere penale previste dagli artt. 388 e 650 del codice penale, per lungo tempo cadute in desuetudine, anche se non del tutto ignote ad una serie di leggi speciali in materia di lavoro, di affidamento della prole e di *privacy* attente a colmare rispetto a certe categorie di situazioni giuridiche sostanziali il *deficit* di tutela apprestata dall’esecuzione forzata secondo i moduli del codice di rito (49). Solo nel 2009 l’ordinamento italiano si è convertito all’idea, peraltro non senza incertezze ed esitazioni, che per dare concretezza al principio di effettività della tutela giurisdizionale occorre predisporre un adeguato sistema di misure coercitive di carattere civile ad integrazione dei tradizionali meccanismi di esecuzione forzata basati sulla regola surrogatoria. Rubricato “*Attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare*” il nuovo art. 614 *bis* c.p.c. ha introdotto come strumento di esecuzione indiretta di provvedimenti di condanna che diano luogo ad obblighi di fare infungibile e di non fare una misura di coercizione caratterizzata dall’irrogazione di una sanzione pecuniaria; misura che l’ordinamento finora conosceva solo per ipotesi tipiche in settori circoscritti. E’ seguita in tempo più recente la legge 6 agosto 2015, n. 132 che intervenendo sulla rubrica e sull’*incipit* dell’art. 614 *bis* c.p.c. ha inserito un nuovo Titolo IV *bis* nel Libro terzo del codice di rito civile (“*Delle misure di coercizione indiretta*”) ed ha espressamente esteso le misure coercitive – *sub specie* sanzioni pecuniarie o cd. *astreintes* – al di là dei provvedimenti di condanna aventi ad oggetto prestazioni di fare infungibile o di non fare, per includervi anche tutti gli obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro e, così, di consegnare, rilasciare e di fare interamente fungibili. E’ rimasta invece la criticabile e criticata esclusione della sua applicazione alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all’articolo 409 del codice di rito (50).

10. Nel quadro della presente disamina una menzione particolare merita l’importante mutamento di prospettiva che, in epoca recente, si è venuto a registrare in relazione all’art. 24 della Costituzione e, più in generale, in relazione alle disposizioni costituzionali sulla tutela delle situazioni giuridiche.

Per lungo tempo nell’art. 24 Cost. si tendeva ad identificare il fondamento di due *tutele parallele*, quella dei diritti soggettivi e quella degli interessi legittimi, destinata ciascuna ad un proprio svolgimento. Questa lettura era condizionata dai fattori di frammentazione e di rigidità presenti nelle stesse disposizioni costituzionali sulla tutela giurisdizionale al cui centro erano collocate coppie di categorie e di valori giustapposti: nell’art. 24 Cost. la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, nell’art. 103 Cost. la separazione delle giurisdizioni e la sopravvivenza delle giurisdizioni speciali con disarticolazione della tutela dei diritti, nell’art. 113 Cost. la prefigurazione di un regime speciale per le pronunce sugli atti amministrativi (51).

Negli ultimi quindici anni si è affermata la consapevolezza che non si possono ammettere spazi o margini rispetto ai quali il gioco della distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi lasci il cittadino senza tutela. In questo modo – anche al di là di ogni risultato pratico immediato – l’art. 24 Cost. ha acquistato un rilievo diverso, come norma fondante per la tutela di *tutte* le situazioni giuridiche soggettive: la enunciazione dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi non rappresenta il criterio preliminare che determina la portata della garanzia dell’art. 24 Cost. ma ne costituisce una precisazione che, sul piano logico, segue e non precede (52). Non a caso proprio su questa disposizione dell’art. 24 ha fatto leva la Corte costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004 (che ha ridimensionato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici) per mettere in risalto che anche il giudice amministrativo deve essere dotato di adeguati poteri in relazione al bisogno di tutela della situazione giuridica fatta valere in giudizio (53).

Oggi, la prospettiva della pienezza della tutela è formalmente accolta nel codice del processo amministrativo del 2010 che nel Titolo di apertura dedicato alle disposizioni di principio che precedono ed

informano il corpo delle norme regolatrici del contenzioso contro la pubblica amministrazione, all'art.1 assegna la posizione di primo piano al principio di *effettività* della tutela giurisdizionale rinviando implicitamente all'art.24 Cost. (54). Si tratta di una disposizione di grande rilievo che, per un verso, rafforza la centralità nel processo della posizione sostanziale prospettata dal ricorrente e il bisogno di tutela concretamente invocato e per l'altro rende visibile un percorso che ha condotto all'allargamento delle azioni e delle forme di tutela nel processo amministrativo. In particolare, il nuovo codice supera la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio (e al correlato annullamento dell'atto illegittimo) ed accoglie l'idea di una pluralità di azioni, ciascuna finalizzata ad ottenere una tutela diversa, tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. Inoltre, i poteri decisorii del giudice amministrativo diventano più elastici ed articolati anche in sede di annullamento in modo da assicurare la soluzione più soddisfacente fra quelle disponibili. Lo stesso giudice già in sede di cognizione può precisare le misure per l'attuazione della sentenza allorché la sentenza statuisca sul comportamento che l'amministrazione deve tenere (un modello di "cognizione ed esecuzione integrata"); potere un tempo spendibile solo nella successiva sede dell'"ottemperanza". Parte integrante della effettività della tutela è la sua concentrazione, come enuncia espressamente l'art. 7, comma settimo del codice ove si legge che "il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi". Il nuovo codice ha altresì cura di raccogliere in un apposito Titolo del Libro primo (artt. 55 e segg.) una regolamentazione che disciplina in modo articolato tempi, forme e fasi di esercizio del potere cautelare e che, nello stesso tempo, afferma con decisione un modello di tutela cautelare atipica e provvede così a garantire la flessibilità dell'istituto i cui contenuti non vengono determinati in modo netto per evitare i rischi di irrigidimento di uno strumento capace di contribuire alla ulteriore evoluzione della giustizia amministrativa (55).

11. I diritti fondamentali non rappresentano solo posizioni giuridiche soggettive di particolare rilievo ma incorporano anche *principi* o valori che la Costituzione ritiene appartenenti al suo nucleo fondamentale. E' il caso anche dell'art. 24 della Costituzione.

La Corte costituzionale già nella sentenza n. 98 del 1965 ha indicato l'art. 24 Cost come principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale "al cui rispetto vanno determinati gli effetti nell'ordinamento interno dell'attività che gli organi comunitari sono legittimati a svolgere nella cerchia delle relative competenze" (56). Pronunce successive hanno richiamato lo stesso principio per escludere che sia rinvenibile nel sistema costituzionale una deroga alla giurisdizione a favore di un organo politico.

Ma la consacrazione più solenne di questa duplice veste dell'art. 24 Cost. – diritto fondamentale e principio cardine dell'ordinamento – è venuta con la ormai storica sentenza n. 238 del 2014 che ha individuato nei principi e diritti fondamentali desunti dagli artt. 24 e 2 della Costituzione le barriere che precludono l'ingresso nell'ordinamento italiano e l'applicazione da parte dei suoi giudici della norma consuetudinaria internazionale sulla immunità di uno Stato dalla giurisdizione civile di un altro Stato per atti compiuti *iure imperii* (nell'esercizio di poteri sovrani) in violazione dei diritti fondamentali della persona. Per la Corte non esiste nel nostro ordinamento costituzionale un interesse pubblico tale "da risultare preminente al punto da giustificare il totale sacrificio del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali lesi da condotte riconosciute quali crimini gravi" (57).

Al tempo stesso, la Corte ha voluto porre in risalto il nesso inscindibile tra diritto di adire il giudice previsto dall'art. 24 Cost. e diritti inviolabili della persona garantiti dall'art. 2 Cost. ed ha sottolineato che "la diversità di piano sostanziale e processuale non consente di scindere la comune rilevanza rispetto alla non compatibilità costituzionale dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile degli altri Stati". "Sarebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela" (58).

La inscindibilità fra i piani sostanziale e processuale nella tutela dei diritti, nel caso di specie veniva inserita nell'apparato motivazionale della sentenza per contrastare l'argomento adottato dalla Corte



internazionale di giustizia in ordine al carattere essenzialmente procedurale della norma sulla immunità che, come tale, nulla direbbe sulla liceità degli atti (59). Ma l'affermazione ha in realtà un significato più ampio che si coglie nel richiamo alla nozione di *tutela* riferita non solo alla possibilità di agire in giudizio bensì alla più impegnativa prospettiva di disponibilità di adeguati rimedi capaci di garantire la piena realizzazione delle situazioni sostanziali (60).

## NOTE

1. La Costituzione della Repubblica italiana, approvata dall'Assemblea Costituente il 22 dicembre 1947, promulgata dal Capo provvisorio dello Stato il 27 dicembre 1947, è entrata in vigore il 1° gennaio 1948.
2. Ved. i contributi raccolti nel volume *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Atti del Convegno 2016, Milano, 2017
3. Ved. la relazione svolta al Convegno viennese del 1953 da E. Couture, *La garanzia costituzionale del "dovuto processo legale"*, in *Rivista di diritto processuale*, 1954, p. 6 ss. Ma va ricordato ovviamente anche il saggio magistrale *Las garantías constitucionales del proceso civil*, in *Estudios de Derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, p. 151 ss.
4. Mi piace ricordare il contributo di entrambi i Maestri al volume *As garantias do cidadão na justiça* del 1993 coordinato da Salvio Figueiredo Teixeira. Significativamente, portano il titolo *Processo e Constituição* gli Studi in onore di José Carlos Barbosa Moreira del 2006, mentre al tema dell'*Abuso dos direitos processuais* è dedicato un importante volume curato dallo stesso Barbosa Moreira. Per quanto riguarda i numerosi lavori dedicati al tema delle garanzie costituzionali da Ada Pellegrini Grinover, rinvio al caloroso necrologio di F. Carpi, *Ada Pellegrini Grinover*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2017, pp. 1293-96.
5. P. Grossi, *L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 2016, pp. 811, 820.
6. Mi riferisco in particolare alle garanzie dell'art. 24 (diritto di agire in giudizio, inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento, assistenza giudiziaria ai non abbienti) e dell'art. 25 (diritto al giudice naturale precostituito per legge) della Costituzione. Ad esse si è aggiunto il "nuovo" art. 111 della Costituzione introdotto con la legge costituzionale 23 novembre 1999 che nei primi due commi stabilisce che "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata". Nei successivi tre commi enuncia un complesso di regole concernenti l'assetto del processo penale. Il vecchio art. 111 già conteneva la garanzia della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali e la garanzia del ricorso in cassazione per violazione di legge. Ved. il nostro *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo in materia civile: profili generali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, pp. 381-416.
7. Artt. 134-137 della Costituzione. Sulle scelte normative relative all'istituto in esame che sono state trascritte nella Costituzione e nelle leggi di attuazione, ved. il nostro *La pregiudizialità costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1988, pp. 796- 865.
8. Dal disegno costituzionale è possibile ricavare esclusivamente la disciplina della dichiarazione di illegittimità delle leggi e degli atti con forza di legge; e, quindi, il ruolo di "legislatore negativo" (in senso kelseniano) della Corte. Non vi è, invece, alcuna traccia della varia e complessa tipologia di decisioni che la Corte, nel corso della sua attività, è venuta ad adottare nei giudizi di costituzionalità sulle leggi e sugli atti aventi forza di legge. Ved. diffusamente, D. Diaco, *Corte costituzionale. Tecniche decisorie e tipologie di decisioni della Corte costituzionale*, Quaderno processuale del Servizio Studi, Roma, 2016.
9. In *Foro italiano*, 1948, I, p. 57 ss.
10. (10) M. Fioravanti, *Costituzione italiana: articolo 2*, Carocci editore, Roma, 2018, pp.92-93
11. (11) Sentenza del 14 giugno 1956, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1956, p.1 ss. Ved. il commento di P. Calamandrei, *La prima sentenza della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, II, pp. 149-160.
12. (12) M. Fioravanti, *La trasformazione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, pp. 295, 300 ss.
13. (13) Non meno interessante sarebbe analizzare l'impatto che le garanzie costituzionali hanno avuto e continuano ad avere sulle altre espressioni del fenomeno "processo", vale a dire sul processo *come rito o struttura formale*; sul processo *come giudizio* ed in particolare *come giudizio di fatto* e sul processo *come strumento di composizione giudiziale delle liti*.
14. (14) Come è noto, lo studio della categoria dell'"azione" è stato oggetto di raffinata elaborazione da parte della scienza giuridica tedesca e italiana come pure della scienza giuridica spagnola e latino-americana. Una ricostruzione mirabile di questa vicenda nei suoi diversi aspetti teorici, storici e pratici è offerta dal saggio di R. Orestano, voce *Azione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, p. 785 ss.
15. (15) Ved. il nostro *Processo e strumenti alternativi di composizione delle liti nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di E. Fazzalari, Napoli, 2006, pp.439-487.
16. (16) Corte cost., sentenza 12 novembre 2014, n. 243, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, p. 4042.
17. (17) Così nella sentenza 16 giugno 1964, n. 47. Per alcune notazioni critiche, ved. il nostro *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, pp. 235, 241ss.
18. (18) Sentenza 26 luglio 1979, n.93, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1979. p. 690.
19. (19) L.P. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, p. 278 ss.
20. (20) Ora in *Opere giuridiche* a cura di M. Cappelletti, vol. I, Napoli, 1966, p. 243.
21. (21) Sentenza 3 dicembre 1964, n. 100.
22. (22) Sentenza 2 luglio 1966, n. 80.

23. (23) Sentenza 7 febbraio 1985, n. 134. Sull'insegnamento della giurisprudenza costituzionale ved. Corte di Cassazione, 11 settembre 2011, n. 23638, ed il nostro *La dimensione temporale del processo tra obiettivi di efficienza ed imperativi di garanzia*, in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pacini editore, 2016, III, p. 2521.
24. (24) Sentenza 8 luglio 1968, n. 85, con nota di commento di C. Lavagna, *Sulla decadenza dei superstiti dal diritto alla rendita INAIL*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1968, p. 1425.
25. (25) Sentenza 6 maggio 1985, n. 134. Richiamando la propria giurisprudenza in materia, la Corte costituzionale, nella sentenza 25 novembre 2011, n. 322 (in *Corriere giuridico*, 2012, p. 478) ribadisce con forza: (a) la "irragionevolezza della previsione di una preclusione dell'esercizio dell'azione al soggetto che non sia a conoscenza di un elemento costitutivo dell'azione"; (b) "la irrimediabile lesione del diritto di azione che si verifica allorché si consenta che il termine per il suo esercizio possa decorrere indipendentemente dalla conoscenza dei presupposti e degli elementi costitutivi da cui sorge il diritto stesso".
26. Per un quadro della recente evoluzione in tema di esordio della prescrizione e la disciplina adottata a cavallo del nuovo millennio in alcuni ordinamenti europei, ved. A. Guarnieri, *L'exordium praescriptionis*, in *Rivista di diritto civile*, 2013, pp. 1129-1150.
27. (26) P. Grossi, *Sull'odierna fattualità del diritto*, in *Giustizia civile*, 2014, I, p. 11 ss.
28. (27) Sentenza 10 giugno 1966, n. 63, in *Foro italiano*, 1966, I, col. 985. Ricordo che a norma dell'art. 2118 del codice civile che disciplinava la materia all'epoca della sentenza, "ciascuno dei contraenti [poteva] recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando avviso nel termine e nei modi stabiliti [dalla legge]".
29. (28) Sull'evoluzione successiva, S. Mainardi, *Prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore tra vecchi e nuovi concetti di stabilità del rapporto di lavoro*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, I, p. 884.
30. (29) I. Pagni, *L'effettività della tutela in materia di lavoro*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, p. 385.
31. (30) Ad esempio, Tribunale di Milano, sezione lavoro, 16 dicembre 2015.
32. (31) Sentenza 14 gennaio 1977, n.13. U. Perfetti, *Il maggior danno del lavoratore per svalutazione della moneta: art. 429, comma 3 c.p.c. ed inadempimento di comuni obbligazioni pecuniarie*, in *Giurisprudenza di merito*, 1977, IV, p. 447 ss.
33. (32) Sentenza 2 giugno 1994, n. 207. Sulle dispute che hanno accompagnato la disposizione, G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, 5. ed., Milano, 2008, p. 278
34. (33) Sentenza 2 novembre 2000, n. 459, in *Foro italiano*, 2001, I, 35 con osservazioni di R. Pardolesi.
35. (34) Su una analoga evoluzione, a livello europeo, ved. il nostro *Dal "giusto processo" all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011, pp. 221- 266.
36. (35) *Per la magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2013, pp. 127, 129. A. Panzarola, *Un rimedio processuale per una rivoluzione legale: i provvedimenti d'urgenza nella storia della giustizia italiana*, in *Scritti in memoria di Giuseppe Degennaro*, Bari, 2014, p. 209 ss.
37. (36) Sul procedimento cautelare uniforme ved., G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 4. ed. Bari, 2015, III, p. 274 ss. Va ricordato che con la riforma del D. lgs n. 209 del 2005 è stato introdotto un regime di *stabilità* differenziato in relazione ai provvedimenti di urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 (...) *idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito*, prevedendo che per essi non valga il tradizionale principio di *provvisorietà*. Non vale più né l'obbligo di iniziare il giudizio di merito entro un termine perentorio, né il principio per cui l'efficacia della misura cautelare resta travolta dall'eventuale estinzione del processo a cognizione piena.
38. (37) Per un'articolata ricostruzione del percorso evolutivo, C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018.
39. (38) In *Foro italiano*, 1986, I, col. 2053 con commento di G. Ponzanelli, *La Corte costituzionale, il danno non patrimoniale e il danno alla salute*.
40. (39) Corte di Cassazione, sez. III, 24 febbraio n. 1704.
41. (40) Corte di Cassazione, sez. III, 22 gennaio 1998, n. 605.
42. (41) Corte di Cassazione, sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828.
43. (42) Per un'attenta e perspicua sistemazione della materia, ved. F.D. Busnelli, *Chiaroscuri d'estate. La Corte di Cassazione e il danno alla persona, in Danno e responsabilità*, 2003, p. 826 ss.
44. (43) Sentenza 8 novembre 2018, n. 194. Sul superamento della funzione meramente compensativa dell'istituto aquiliano, A. Di Majo, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Europa e diritto privato*, 2008, pp. 289- 311.
45. (44) In *Foro italiano*, 2017, I, 2630-2639, con commento di R. Pardolesi – A. Palmieri, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*; e in *Rivista di diritto processuale*, 2018, p. 1356, con commento di F. Ferrari, *Sul riconoscimento di sentenze straniere di condanna ai danni punitivi*.
46. (45) Pretura Milano, 26 novembre 1992, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 1993, p. 451.
47. (46) Sentenza 8 settembre 1995, n. 419. Nello stesso senso la sentenza 24 luglio 1998, n. 321.
48. (47) Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 19 marzo 2014, n. 6312.
49. (48) Corte di Cassazione, sez. III, 4 ottobre 2018, n. 24198.
50. (49) M. Fabiani, *Attualità della tutela penale al servizio della effettività della tutela civile dopo la riforma dell'art. 388 c.p.*, in *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2011, p. 535 ss.
51. (50) M. Taruffo, *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, in *Giurisprudenza italiana*, 2014, IV, p. 744 ss.
52. (51) L'art. 103 primo comma stabilisce: "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei con-

fronti della Pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi". L'art. 113 Cost. prevede che "Contro gli atti della Pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa". Il secondo comma prosegue: "Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti". Infine il terzo comma stabilisce che "La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della Pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa".

54. (52) A. Pajno, *Per una lettura "unificante" delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, p. 456 ss.; A. Travi, *Gli artt. 24 e 111 Cost., come principi unitari di garanzia*, in *Foro italiano*, 2011, V, col. 165.
55. (53) Sentenza 6 luglio 2004, n. 204. M. Clarich, *Le azioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 1121.
56. (54) L'art. 1 rubricato "effettività" recita: "La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo". L. Turchia, *Il nuovo Codice del processo amministrativo. I principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 1117.
57. (55) B. Sassani, *"Arbor actionum". L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2011, pp. 1356-1389; G. Gargano, *Rapporto tra azioni e tecniche di tutela: verso un'azione unica e atipica*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2016, p. 213 ss.
58. (56) Sentenza 27 dicembre 1965, n. 98.
59. (57) In *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, pp. 3853, 3877. La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge di adattamento n. 848 del 1957, limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite, esclusivamente nella parte in cui obbliga il giudice italiano ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012, che gli impone di negare la propria giurisdizione in riferimento ad atti di uno Stato straniero che consistano in crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona. Ved. i commenti di B. Conforti, *Corte Costituzionale e diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, e R. Caponi, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, ivi, pp. 3885 e 3908.
60. (58) Così p. 3876
61. (59) Con la sentenza del 3 febbraio 2012 la Corte internazionale di giustizia ha affermato che il diritto consuetudinario internazionale continua a prevedere che ad uno Stato sia riconosciuta la immunità in procedimenti per illeciti presumibilmente commessi sul territorio di un altro Stato dalle proprie forze armate ed altri organismi statali nel corso di un conflitto armato anche allorché lo si accusi di gravi violazioni delle leggi internazionali sui diritti umani.
62. (60) P. 3878.

# L'EVOLUZIONE DEL COLLABORATIVE LAW IN ITALIA: LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN MATERIA FAMILIARE

**Olga Desiato**

olgadesiato@gmail.com

Ultima modifica 29 giugno 2018

Sommario: Premessa. – 1. Le esperienze offerte dai paesi nord americani. Il *Collaborative law*. – 2. La *Uniform Collaborative Law Rules and Uniform Collaborative Law Act*. – 3. *Disqualification requirement e voluntary informal disclosure*. – 4. Il *Collaborative law* europeo. – *Segue...* l'esperimento italiano della negoziazione assistita. 5. Il procedimento che conduce alla sottoscrizione dell'accordo di separazione o divorzio. – 6. Il vaglio della magistratura requirente. – *Segue...* la struttura eventualmente trifasica del procedimento. – 7. L'efficacia dell'accordo. – 8. L'impugnabilità dell'accordo. – 9. Il ruolo della classe forense.

## PREMESSA

La crisi della giustizia civile, ormai costantemente avvertita dal legislatore italiano e dagli operatori, favorisce il proliferare di differenti tecniche di tutela: la degiurisdizionalizzazione costituisce il *leit motiv* di una serie di interventi atti a dare linfa a nuovi strumenti di composizione autonoma delle controversie. In recepimento delle indicazioni che giungono dalle istituzioni d'Oltralpe, ai procedimenti giurisdizionali noti si affiancano oggi procedure che consentono alle parti di ricercare un accordo amichevole, di addivenire alla regolamentazione dei propri interessi fuori dalle aule giudiziarie sia pur con l'assistenza e l'ausilio dei rispettivi avvocati, chiamati ora ad assumere nuovi ruoli e nuove responsabilità<sup>1</sup>.

La logica *adversarial* cede il passo a quella più propriamente *collaborative*: la propensione a favorire lo spostamento della gestione della crisi dal potere giudiziario all'autonomia privata muove dalla considerazione – più o meno condivisibile – secondo cui l'intervento giudiziale accentua l'ottica oppositiva. Diversamente, l'approccio conciliativo, in uno al progressivo potenziamento del ruolo dell'autonomia delle parti, consente una più consapevole ed efficace modalità di composizione del conflitto. L'accordo pacificamente raggiunto, oltre a tutelare con maggior forza i particolari interessi in gioco, preserva le relazioni amichevoli tra i soggetti coinvolti e, con molta probabilità, è destinato ad essere onorato senza coercizioni.

La delocalizzazione del contenzioso civile in atto è, in verità, propugnata anche per fini meno nobili: è lo stesso legislatore a riconoscere che, sul piano ordinamentale, le procedure di composizione autonoma delle controversie incidono sulla deflazione dei carichi giudiziari, costituiscono un'occasione per decongestionare i ruoli e sopperire alle ormai note inefficienze della macchina giudiziaria migliorando, conseguentemente, l'accesso alla giustizia per i privati e per le imprese<sup>2</sup>.

In virtù di detti intenti si ricorre a strumenti ontologicamente e strutturalmente differenti e così, accanto all'arbitrato e alla mediazione, condotti da una parte terza e neutrale, si affaccia nel panorama giuridico nazionale, per effetto del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni nella l. 10 novembre

1 Sui percorsi negoziali volti alla soluzione delle controversie giuridiche, i quali offrono «un'alternativa alla giustizia» e non già una «giustizia alternativa», v. M. Bove, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 38 ss.

2 Nel senso che l'adozione di istituti diretti, in chiave preventiva, a favorire la composizione delle liti ricorrendo alle misure di ADR muove «dalla consapevolezza, sempre più avvertita, che, a fronte di una crescente domanda di giustizia, anche in ragione del riconoscimento di nuovi diritti, la giurisdizione sia una risorsa non illimitata», v. C. Cost. 19 aprile 2018, n. 77, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it). con nota di P. Licci, *La compensazione delle spese di lite al vaglio della Corte costituzionale*.

2014, n. 162, la negoziazione assistita che istituzionalizza una procedura volta alla stipula di una convenzione contenente l'impegno reciproco delle parti a cooperare, con correttezza e lealtà, nella ricerca di una composizione amichevole, composizione che verrà poi formalizzata in un accordo.

## LE ESPERIENZE OFFERTE DAI PAESI NORD AMERICANI. IL COLLABORATIVE LAW

Le innovazioni legislative si ispirano consapevolmente alle esperienze francesi<sup>3</sup> e, prima ancora, a quelle proprie dei paesi del Nord America<sup>4</sup>. Qui affonda, del resto, le sue radici il *Collaborative law*, sviluppatosi a partire dagli anni '80 in relazione al contenzioso familiare sulla scorta degli studi e delle teorie elaborate dal familiarista canadese Nester C. Kohut il quale, già negli anni '60, propugna lo sviluppo di un diritto di famiglia cd. terapeutico<sup>5</sup>.

Il movimento – anche culturale – prende piede grazie alle idee patrocinata con fermezza da un avvocato del Minnesota Stuart Webb e successivamente da un'avvocata californiana Pauline Tesler<sup>6</sup>. I metodi rivoluzionari da questi proposti offrono una differente modulazione del conflitto familiare incentrata sulla ricerca di soluzioni condivise: si tratta di una ricerca condotta dalle parti con l'assistenza dei rispettivi avvocati e di esperti volta, dapprima, all'emersione degli effettivi bisogni ed interessi dei partecipanti e, successivamente, all'individuazione della soluzione che meglio risponde alle loro singole esigenze<sup>7</sup>.

Negli stessi anni anche Curtis J. Romanowski adopera il concetto di "*Collaborative Dispute Resolution*"<sup>8</sup>: focalizzando l'attenzione sulle forme di collaborazione e cooperazione atte a risolvere in via stragiudiziale le controversie, il familiarista di Kansas City propugna l'utilizzo di nuove tecniche puntando sull'"approccio di squadra" e quindi sull'utile coinvolgimento di esperti nella ricerca di una soluzione condivisa dalle parti.

L'importanza strategica del dialogo attraverso il quale può concretamente assicurarsi un clima di cooperazione tra le parti ed il ruolo sempre più pregnante demandato alla classe forense rappresentano tuttora i punti cardine delle nuove procedure. Stante le iniziali reticenze, il fenomeno attira l'attenzione degli operatori e riscuote inaspettati successi: ne è prova il proliferare di associazioni ed enti che aderiscono al nuovo movimento giuridico e culturale e lo sviluppo di protocolli operativi elaborati al fine di addivenire – congiuntamente – alla definizione della lite senza l'ausilio degli organi giurisdizionali.

Le idee di Webb, efficacemente sintetizzate in una ormai nota lettera indirizzata dall'avvocato a un giudice della Corte Suprema del Minnesota<sup>9</sup>, nascono dalla constatazione secondo cui la logica avversariale e le tradizionali modalità di svolgimento dei giudizi contenziosi di separazione e di divorzio pregiudicano i

3 V., da ultimo, B. Sassani, *La composition non juridictionnelle des différends dans le droit italien: médiation et négociation assistée*, in *Judicium*, 2018, 124.

4 Così C. Perago, *La compatibilità costituzionale della negoziazione assistita obbligatoria in tema di risarcimento del danno da sinistro stradale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1914; D. Dalfino, *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, Torino, 2015, 30 ss.; Id., *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra Collaborative law e procedure partecipative*, in *Degiusridizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'artrato: la riforma del 2014*, in *Foro it.*, 2015, V, 22 ss.; M. Bugetti, *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative law e tutela della libertà negoziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 269 ss.

5 N.C. Kohut, *Therapy family law, a complete guide to marital reconciliation*, Chicago, 1968.

6 S.G. Webb, *Collaborative Law: A Practitioner's Perspective on Its History and Current Practice*, *J. Am. Acad. Matrimonial Law.*, 2008, 21, 155 e S.G. Webb e R. Ousky, *The Collaborative Way to Divorce: the revolutionary method that results in Less Stress, Lower Costs*, 2007, 130 ss. Per ulteriori riferimenti v. anche M. Engel, *Collaborative Law*, Tübingen, 2010, 67 ss.; C. Budruille Cardew, *Qu'est-ce que le droit collaboratif?*, in *Les Cahiers de la justice printemps*, 2009, 4, 153 ss.; Id., *Le droit de la famille collaborative*, in *Aj Fam.*, 2007, 28 ss.; L.R. Maxwell, *The development of Collaborative law*, in *Alternative resolution*, Summer/fall 2007, 22 ss.; P.H. Tesler e P. Thompson, *Collaborative divorce: the revolutionary new way to restructure your family, resolve legal issues, and move on with your life*, Harper Collins, 2006; G.G. Cox e R.J. Matlock, *The case for Collaborative law*, in *Texas Wesleyan law rev.*, 2004, 45 ss.; L.R. Spain, *Collaborative law: a critical reflection on whether a collaborative orientation can be ethically incorporated into the practice of law*, in *Baylor law rev.*, 2004, 140 ss.; P.H. Tessler, *Collaborative Law: achieving effective resolution in divorce without litigation*, America Bar Association, 2001. Sulle caratteristiche e i vantaggi delle pratiche nord americane v. anche J. Land., *The revolution in Family law dispute resolution*, 24 *J. Am. Acad. Matrim. Law.*, 2012, 411; J.H. Di Fonzo, *A vision for Collaborative Practice: the final report of the Hofstra Collaborative Law Conference*, Hofstra Law Review, 2008, 38 ss.; J. Lande e G. Herman, *Fitting the Forum to the Family Fuss*, *Family Court Review*, 2004, 42(2), 280-291; D.T. Sholar, *Collaborative Law: a method for the madness*, in *Memphis State Law Review*, 1993, 669 ss.

7 Secondo gli studi condotti da J. Land, *The revolution in Family law dispute resolution*, cit., l'*International Academy of Collaborative Professionals* conta circa 4.300 membri in tutto il mondo; oltre 30.000 professionisti sono interessati alle pratiche collaborative perché convinti che offrano maggiore soddisfazione fornendo un servizio migliore ai clienti. Gli avvocati più collaborativi sono donne (secondo i sondaggi, in misura pari al 60-70%) molte delle quali con almeno 11-20 anni di pratica.

8 Curtis J. Romanowski svolgeva attività professionale a Kansas City, nel Missouri, forniva servizi di consulenza e si occupava di risoluzione alternativa alle controversie in tutti gli Stati Uniti. Sebbene considerato pioniere di detta tecnica alternativa alla giustizia contenziosa, l'avvocato mutò nel tempo la sua opinione denunciando la complessità e la eccessiva onerosità del procedimento di cui aveva inizialmente tessuto le lodi. In particolare le criticità sollevate da Romanowski, in *Progressive divorce: Making best practices better by getting there first*, in *New Jersey Law Journal*, 2002, CLXVII, no. 3 ss., attestavano essenzialmente al *mutual recusal pact*, all'approccio multidisciplinare e alla tecnica conciliativa concentrata «troppo sul procedimento e non abbastanza sui risultati».

9 I cui tratti salienti sono delineati da D. Dalfino, *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, cit., 30 e ss., spec. nt. 9.

preminenti interessi della famiglia, sicché spetta agli avvocati abbandonare la logica conflittuale e prediligere strategie cooperative.

Appurato che il punto più debole delle tecniche di mediazione è costituito dal mancato coinvolgimento degli avvocati, si propone un modello che si avvale della loro «capacità analitica e della abilità degli stessi nel trovare soluzioni ragionevoli ai problemi creando alternative costruttive ed un ambiente favorevole al reperimento di un nuovo assetto»<sup>10</sup>.

Nell'auspicare che le parti, supportate dai rispettivi avvocati, possano relazionarsi abbandonando la logica faziosa e conflittuale, sviluppando o recuperando un livello di fiducia reciproca, il familiarista annovera tra i capisaldi del nuovo movimento:

- a. la necessaria presenza di un avvocato scelto da ognuna delle parti fin dalle fasi iniziali della procedura. Ogni professionista è così libero di utilizzare le proprie abilità in punto di analisi, *problem solving*, creazione di alternative, pianificando l'intera vicenda sotto i profili fiscali, patrimoniali, emotivi, etc.
- b. la ricerca di soluzioni atte a considerare vincitrici entrambe le parti: a differenza di quanto avviene nei processi giudiziari in cui alla parte vincitrice si contrappone quella soccombente, con la logica del "win – win" tutti perseguono la soluzione più confacente ai propri interessi, così generando un assetto di reciproca soddisfazione;
- c. l'obbligo dei professionisti che assistono la parte di non intraprendere azioni giudiziarie in caso di fallimento delle procedure. Si evita in tal modo che sotto la minaccia di un'azione giudiziaria le trattative possano subire condizionamenti e che le parti stipolino un accordo non confacente ai propri interessi pur di evitare lungaggini e costi delle procedure contenziose. La preclusione condiziona in verità anche l'atteggiamento dei professionisti indotti a ricercare il componimento amichevole nella consapevolezza di non avere altra *chance*.
- d. l'obbligo di attenersi a rigidi canoni di trasparenza, riservatezza e buona fede nello svolgimento della procedura collaborativa, ecc.

Al fine di diffondere il diritto collaborativo nasce nel 1990 il *Collaborative Law Institute of Minnesota*, un'organizzazione senza scopo di lucro dedita allo sviluppo di strategie di *problem solving* ed alla formazione dei giuristi.

Il diffondersi del modello collaborativo conduce poi alla nascita dell'*International Academy of Collaborative Professionals* (IACP), già *American Institute of Collaborative Professionals*, fondata alla fine degli anni '90 da un gruppo di avvocati e psicoterapeuti della California settentrionale e che oggi conta oltre 5.000 membri e 350 gruppi di professionisti in tutto il mondo, dell'*American Bar Association* («ABA»), dell'*American Academy of Matrimonial Lawyers*, dell'*International Academy of Matrimonial Lawyers* ("IAML"), ecc.

Nella consapevolezza che lo sviluppo e l'efficace impiego del processo collaborativo in tutte le controversie civili e commerciali presuppone un'adeguata formazione del ceto forense e attività informative rivolte ai cittadini, ulteriori organizzazioni nazionali di *Collaborative Law* sono istituite in Australia, in Austria, in Canada<sup>11</sup>, nella Repubblica Ceca, in Inghilterra, in Francia, in Germania, in Israele, ad Hong Kong, in Kenya, in Nuova Zelanda, nel Nord Irlanda, nella Repubblica d'Irlanda, in Scozia, in Svizzera e in Uganda, oltre che negli Stati Uniti.

E' proprio negli Stati Uniti che nel 2009 trova i natali, ad opera della *Uniform Law Commission*, l'*Uniform Law Act*, emendata nel 2010 e ribattezzata *Uniform Collaborative Law Rules and Act*. Nel giugno 2013, l'*Uniform Collaborative Law Act* è promulgata negli stati di Utah, Nevada, Texas, Hawaii, Ohio, Distretto di Columbia e Stato di Washington, Alabama e, a far data dal 1 gennaio 2018, negli stati del Massachusetts, Pennsylvania e Tennessee.

10 Così si legge nella citata lettera inviata all'On.le Giudice della Corte Suprema "Sandy" Keith, reperibile sul sito disponibile in [http://www.collaborativelaw.us/articles/Webb\\_ltr\\_re\\_Collaborative\\_Law\\_1990.pdf](http://www.collaborativelaw.us/articles/Webb_ltr_re_Collaborative_Law_1990.pdf) e riportata, nei suoi tratti essenziali, da D. Dalfino, in *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, cit., 31, nt. 9.

11 Sui cui ampiamente M.A. Foddai, *Dalla decisione alla partecipazione, Giustizia, conflitti, diritti*, Napoli, 2017, 181 ss.; Id., *Reshaping the practice of Justice: the case of Collaborative law*, in *Jusonline*, 2/2017, 61 ss.; Id., *Gli avvocati e le nuove forme di ADR: il diritto collaborativo*, in [www.dirittoestoria.it](http://www.dirittoestoria.it), 13/2015, §4.

## LA UNIFORM COLLABORATIVE LAW RULES AND UNIFORM COLLABORATIVE LAW ACT

Nel dichiarato intento di incoraggiare il continuo sviluppo del *Collaborative law*, la *Uniform Collaborative Law Rules and Act* standardizza le più importanti caratteristiche degli accordi di partecipazione.

Sono quindi stabiliti i requisiti minimi per gli accordi di partecipazione, contenenti espressamente l'intenzione delle parti di risolvere la questione insorta attraverso un processo di *Collaborative law*, la volontà di non adire l'autorità giudiziaria, le modalità di inizio e conclusione del procedimento, la possibilità di sospendere il procedimento in particolari situazioni di emergenza a tutela della salute, ecc.

La *Uniform Collaborative Law Rules and Act* precisa, già nella *Preliminary Note*, che il *Collaborative law* rappresenta un metodo di risoluzione alternativa della controversia svolto su base volontaria e contrattuale nell'ambito del quale le parti sono assistite dai rispetti difensori chiamati ad assumere l'obbligo di non rappresentare più le stesse in giudizio nell'ipotesi in cui la trattative non sortisca gli effetti sperati.

Le regole di base per il diritto collaborativo sono stabilite in un accordo scritto, cd. *Participation Agreement*, in cui le parti designano gli avvocati accettando, per tutta la durata della procedura, di non cercare la risoluzione giudiziaria della controversia.

Unitamente alla obbligo assunto dalle parti di cooperare con lealtà e trasparenza, condividendo tutte le informazioni utili alla gestione del conflitto, l'accordo regola le modalità di svolgimento degli incontri, il cui calendario è preventivamente fissato in relazione alle esigenze di ognuno, e prevede il coinvolgimento di esperti (notai, commercialisti, psicologi, mediatori, ecc.)<sup>12</sup>.

Come si legge nel testo risultante dalle modifiche apportate nel 2010, l'obiettivo generale dell'*Uniform Collaborative Law Rules and Act* è quello di incoraggiare il continuo sviluppo e crescita del diritto collaborativo come opzione volontaria di risoluzione delle controversie. Nell'ottica della maggiore protezione degli utenti un particolare ruolo assumono le attività divulgative tra potenziali avvocati collaborativi e potenziali parti in causa: spetterà ai primi informare le seconde in ordine ai benefici e ai rischi di tali procedure, alle regole procedurali e all'importanza del dialogo sì da consentire la sottoscrizione di accordi nella piena consapevolezza del percorso da seguire.

Nello specifico, sono espressamente indicati i contenuti minimi degli *agreements*; per evitare che le parti entrino "inavvertitamente" in un processo di diritto collaborativo essi conterranno, a pena di inefficacia, l'indicazione esplicita della volontà di procedere secondo le regole del *Collaborative law*, la descrizione della questione da trattarsi (*collaborative matter*), nonché la designazione dei rispettivi avvocati (*collaborative lawyers*)<sup>13</sup>: tanto anche al fine di delimitare in un futuro giudizio le disposizioni attinenti al *Disqualification requirement* o agli *evidentiary privileges*.

La *Rule 4 (a) (6)* richiede che gli accordi di partecipazione contengano una dichiarazione di ciascuno avvocato collaborativo di conferma della volontà di assumere il mandato per il procedimento collaborativo: la disposizione, volta a delimitare l'ambito di applicazione del *Disqualification requirement* in un futuro giudizio, non incide in alcun modo sulle norme che regolamentano le responsabilità dell'avvocato nei confronti del cliente.

Nella prassi gli accordi di partecipazione al diritto collaborativo sono assai dettagliati e contemplano numerose disposizioni aggiuntive, tutte consentite se non contrastanti con le regole fondamentali del *Collaborative law*. Non potrà allora essere inserita una clausola che escluda il diritto delle parti di adire l'autorità giudiziaria, che deroghi le *Rules 9, 10 e 11* in tema di "squalifica" o le norme in tema di consenso informato esplicitate nella *Rule 14* o, infine, che limiti i doveri, sanciti dalla *Rule 15*, gravanti sull'avvocato che apprenda di abusi o maltrattamenti.

12 Sulla necessità di una completa ed informale attività di *disclosure* v. le considerazioni di G. Gaimo, *La gestione della crisi attraverso il procedimento collaborativo. Uno studio comparatistico*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 563 ss.

13 Nella *Rule 4* si legge infatti che «(a) A collaborative law participation agreement must: (1) be in a record; (2) be signed by the parties; (3) state the parties' intention to resolve a collaborative matter through a collaborative law process under these rules; (4) describe the nature and scope of the matter; (5) identify the collaborative lawyer who represents each party in the process; and (6) contain a statement by each collaborative lawyer confirming the lawyer's representation of a party in the collaborative law process. (b) Parties may agree to include in a collaborative law participation agreement additional provisions not inconsistent with these rules».

La *Rule 5* ha cura di specificare che un processo di diritto collaborativo ha inizio con la sottoscrizione dell'accordo delle parti e si considera concluso con la definizione della controversia documentabile con la sottoscrizione del documento che ne contiene le condizioni. E' invece motivo di risoluzione la comunicazione di una parte della volontà di interrompere la procedura o di intraprendere un'azione giudiziaria.

Nell'ipotesi in cui una parte revochi il mandato conferito al proprio avvocato o questi rinunci ad assisterla il processo di diritto collaborativo continua purché, entro 30 giorni decorrenti dalla comunicazione a tutte le parti della rinuncia o della revoca, sia nominato un altro difensore e sia dagli interessati ribadita la volontà di proseguire il procedimento<sup>14</sup>.

Dei rapporti tra il processo giudiziario e il processo collaborativo si occupa la *Rule 6* che espressamente contempla la possibilità di stipulare un *Agreement* anche in corso di giudizio. In tali ipotesi, dato tempestivo avviso al tribunale, il processo è dichiarato sospeso fino alla conclusione del procedimento collaborativo sebbene, durante la pendenza della fase stragiudiziale, il giudice inizialmente investito della controversia possa richiedere alle parti e ai rispettivi avvocati il deposito di una relazione (*status report*) avente ad oggetto lo stato del *Collaborative law process*.

In realtà, in relazione alla sospensione del procedimento giudiziario, solo alcuni Stati aderenti contemplan la sospensione obbligatoria. In molti altri Stati la possibilità di concedere la sospensione del giudizio in corso è legata ad una valutazione meramente discrezionale dell'autorità<sup>15</sup>.

Anche la *Rule 7* regola i rapporti intercorrenti da procedura collaborativa e giudizio contenzioso, questa volta però in relazione all'ipotesi in cui l'intervento dell'autorità sia necessario per ragioni di sicurezza delle parti coinvolte nel processo collaborativo. E' così chiarito che durante la pendenza di un procedimento di *Collaborative law* il tribunale possa emettere misure di protezione, cd. *emergency orders*, al fine di tutelare la salute, la sicurezza, il benessere o l'interesse di una parte o dei suoi familiari. La richiesta di intervento giudiziale determina in tal caso la conclusione anticipata della procedura negoziale.

Alla possibilità che il tribunale omologhi un accordo concluso in esito alla procedura collaborativa è dedicata la *Rule 8*, in relazione alla quale la Commissione auspica un intervento normativo che regoli in maniera compiuta le relazioni tra procedimento condotto dalle parti secondo il *Collaborative law* e quello giudiziario.

## DISQUALIFICATION REQUIREMENT E VOLUNTARY INFORMAL DISCLOSURE

La caratteristica distintiva del *Collaborative law* è rappresentata dal *Disqualification requirement*, in virtù del quale, falliti i tentativi di raggiungimento di una soluzione consensuale, ogni parte avrà l'onere di affidarsi a professionisti nuovi e diversi nel procedimento giudiziario<sup>16</sup>. Nessun metodo di risoluzione delle

14 In virtù della *Rule 5* infatti «(a) *A collaborative law process begins when the parties sign a collaborative law participation agreement. (b) A tribunal may not order a party to participate in a collaborative law process over that party's objection. (c) A collaborative law process is concluded by a: (1) resolution of a collaborative matter as evidenced by a signed record; (2) resolution of a part of the collaborative matter, evidenced by a signed record, in which the parties agree that the remaining parts of the matter will not be resolved in the process; or (3) termination of the process. (d) A collaborative law process terminates: (1) when a party gives notice to other parties in a record that the process is ended; (2) when a party: (A) begins a proceeding related to a collaborative matter without the agreement of all parties; or (B) in a pending proceeding related to the matter: (i) initiates a pleading, motion, order to show cause, or request for a conference with the tribunal; (ii) requests that the proceeding be put on the [tribunal's active calendar]; or (iii) takes similar action requiring notice to be sent to the parties; or (3) except as otherwise provided by subsection (g), when a party discharges a collaborative lawyer or a collaborative lawyer withdraws from further representation of a party. (e) A party's collaborative lawyer shall give prompt notice to all other parties in a record of a discharge or withdrawal. (f) A party may terminate a collaborative law process with or without cause. (g) Notwithstanding the discharge or withdrawal of a collaborative lawyer, a collaborative law process continues, if not later than 30 days after the date that the notice of the discharge or withdrawal of a collaborative lawyer required by subsection (e) is sent to the parties: (1) the unrepresented party engages a successor collaborative lawyer; and (2) in a signed record: (A) the parties consent to continue the process by reaffirming the collaborative law participation agreement; (B) the agreement is amended to identify the successor collaborative lawyer; and (C) the successor collaborative lawyer confirms the lawyer's representation of a party in the collaborative process. (h) A collaborative law process does not conclude if, with the consent of the parties, a party requests a tribunal to approve a resolution of the collaborative matter or any part thereof as evidenced by a signed record. (i) A collaborative law participation agreement may provide additional methods of concluding a collaborative law process».*

15 Nella *Legislative Note* contenuta nella *Rule 6* si legge che «*In enacting this Rule, states should review existing provisions concerning stays of pending proceedings when the parties agree to engage in alternative dispute resolution. As noted in the comment to Rule 6, some states treat party entry into an alternative dispute resolution procedure such as collaborative law or mediation as an application for a stay, which the court has discretion to grant or deny, while other states make the stay mandatory. Enacting states may wish to duplicate the practice currently applicable to collaborative law, mediation, or other forms of alternative dispute resolution.*».

16 V. J. Macfarlane, *Evolution of the New Lawyer: How Lawyers are Reshaping the Practice of Law*, in *Journal of Dispute Resolution* 2008, 1, 62 ss.; Id., *The New Lawyer: How Settlement is transforming the Practice of Law*, Vancouver Toronto, UBC Press, 2008; S.M. Gutterman, *Collaborative Law: a new model for dispute resolution*, Denver, 2004; D. Hoffman e P. Tesler, *Collaborative Law and the Use of Settlement Counsel*, in *The Alternative Dispute resolution*.



controversie consensuali comunemente impiegato contempla una simile clausola: ciò consente agli avvocati di concentrarsi esclusivamente sulla fase di negoziazione e sull'unico obiettivo costituito dal raggiungimento dell'accordo, ma comporta, in caso di fallimento della procedura, un considerevole aggravio per le parti in termini di tempo e costi. Del *Disqualification requirement* si occupa la *Rule 9* ove si precisa che il divieto di assistere la parte nel giudizio contenzioso imposto all'avvocato che abbia partecipato al procedimento collaborativo concerne non soltanto giudizi aventi ad oggetto la *collaborative matter*, ma anche le questioni ad essa correlate<sup>17</sup> e si estende ai colleghi appartenenti al medesimo studio legale. Un'eccezione è in ogni caso prevista dalla *Rule 10* nelle ipotesi in cui la parte assistita abbia un reddito annuale che giustifichi il gratuito patrocinio<sup>18</sup> e sempre che ciò sia previsto nell'accordo di partecipazione e che il *collaborative lawyer* resti estraneo alla trattazione della controversia. La possibilità, in tale specifico caso, di consentire la partecipazione di un avvocato appartenente al medesimo studio legale di quello interdetto è legata alla consapevolezza che l'infruttuosa conclusione del processo collaborativo espone le parti ad ulteriori esborsi e che le fasce di popolazione a basso reddito incontrano gravi difficoltà nell'ottenere assistenza legale.

La *Rule 9*, che trova applicazione indipendentemente dal fatto che la prestazione sia compiuta a titolo oneroso o gratuito, contempla in ogni caso delle eccezioni valesi allorché si intenda adire l'autorità giudiziaria unicamente per ottenere l'omologa di un accordo o per richiedere un *emergency order* a tutela della salute e della sicurezza di una parte (e sempre che non sia immediatamente disponibile un diverso avvocato)<sup>19</sup>.

Come si è già avuto modo di constatare, il buon esito delle procedura di *Collaborative law* dipende essenzialmente dalla correttezza delle parti e dalla loro volontà di instaurare un dialogo sincero, leale e informale. Per tali ragioni particolare attenzione è dedicata allo scambio, all'uso e alla divulgazioni delle informazioni relative alla vicenda oggetto della procedura collaborativa. Ciascuna parte ha il dovere di fornire informazioni relative alla vicenda e necessarie al raggiungimento dell'accordo in modo tempestivo, completo e trasparente; a seguito della *informal disclosure* le informazioni ricevute nel corso della procedura sono in ogni caso coperte dal vincolo di segretezza e non sono utilizzabili in un futuro giudizio come prova<sup>20</sup>. I rigorosi vincoli di segretezza non operano unicamente in caso di espressa rinuncia delle parti o qualora la *collaborative law communication* configuri la minaccia di un crimine o sia intenzionalmente usata per pianificare, commettere o nascondere un altro crimine.

La riservatezza nelle comunicazioni è, del resto, fondamentale per il diritto collaborativo in ragione

---

*Practice guide*, R. Both ed., West Publishing 2002, § 4 ss.; H.L. Tindall e E.G. Wood, *Uniform Collaborative Act – An introduction*, reperibile sul sito [www.heionline.com](http://www.heionline.com); W.H. Schwab, *Collaborative lawyering: a closer look at an Emerging practice*, 4 *Pepp. Disp. Resol. L.J.*, 2004, 351 ss. Nella letteratura italiana v., per tutti, G.A. Parini, *La negoziazione assistita da avvocati: tecniche e linee evolutive*, Torino, 2017, 78 ss.; F. Ruscello, *Diritto di famiglia*, Pisa, 2017, 156 ss.; A. G. Gaimo, *La gestione della crisi attraverso il procedimento collaborativo. Uno studio comparatistico*, cit. 564; D. Dalfino, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra collaborative law e procedure partecipative*, in *Degirisidizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato: la riforma del 2014*, in *Foro it.*, 2015, V, 22 ss.; Id., *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, cit., 31; T. Calfapietro, *La mitezza nella professionalità dell'avvocato familiare e minorile*, in *Minorigiustizia*, 1/2015, 146 ss.; C. Rimini, *La gestione collaborativa del conflitto coniugale (collaborative law) in Italia? Si può fare*, in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1318 ss. V., inoltre, le considerazioni di M. Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna 1994, 100.

17 Essendo così precluso all'avvocato rappresentare una parte in giudizio, ad esempio, in un'azione esecutiva il cui titolo è rappresentato da una sentenza di divorzio nell'ipotesi in cui il divorzio stesso sia stato l'oggetto del processo di diritto collaborativo tra le stesse parti.

18 «*After a collaborative law process concludes, another lawyer in a law firm with which a collaborative lawyer disqualified under Rule 9(a) is associated may represent a party without fee in the collaborative matter or a matter related to the collaborative matter if: (1) the party has an annual income that qualifies the party for free legal representation under the criteria established by the law firm for free legal representation; (2) the collaborative law participation agreement so provides; and (3) the collaborative lawyer is isolated from any participation in the collaborative matter or a matter related to the collaborative matter through procedures within the law firm which are reasonably calculated to isolate the collaborative lawyer from such participation.*»

19 In virtù della *Rule 9* «(a) *Except as otherwise provided in subsection (c), a collaborative lawyer is disqualified from appearing before a tribunal to represent a party in a proceeding related to the collaborative matter. (b) Except as otherwise provided in subsection (c) and Rules 10 and 11, a lawyer in a law firm with which the collaborative lawyer is associated is disqualified from appearing before a tribunal to represent a party in a proceeding related to the collaborative matter if the collaborative lawyer is disqualified from doing so under subsection (a). (c) A collaborative lawyer or a lawyer in a law firm with which the collaborative lawyer is associated may represent a party: (1) to ask a tribunal to approve an agreement resulting from the collaborative law process; or (2) to seek or defend an emergency order to protect the health, safety, welfare, or interest of a party, or [insert term for family or household member as defined in [state civil protection order statute]] if a successor lawyer is not immediately available to represent that person. (d) If subsection (c)(2) applies, a collaborative lawyer, or lawyer in a law firm with which the collaborative lawyer is associated, may represent a party or [insert term for family or household member] only until the person is represented by a successor lawyer or reasonable measures are taken to protect the health, safety, welfare, or interest of the person.*»

20 Al fine di assicurare un clima di fiducia e reciproca collaborazione la *Rule 17* espressamente sancisce che «(a) Subject to Rules 18 and 19, a collaborative law communication is privileged under subsection (b), is not subject to discovery, and is not admissible in evidence. (b) In a proceeding, the following privileges apply: (1) A party may refuse to disclose, and may prevent any other person from disclosing, a collaborative law communication. (2) A nonparty participant may refuse to disclose, and may prevent any other person from disclosing, a collaborative law communication of the nonparty participant. (c) Evidence or information that is otherwise admissible or subject to discovery does not become inadmissible or protected from discovery solely because of its disclosure or use in a collaborative law process.»

del fatto che le parti non parteciperebbero in maniera efficace al procedimento collaborativo con il timore che le informazioni scambiate possano essere usate contro di loro in un successivo giudizio. Solo in casi eccezionali, il giudice potrà ammettere come prova le dichiarazioni rese nel procedimento collaborativo e sempre che si sia accertato che determinati fatti non siano suscettibili di diversa prova<sup>21</sup>.

Con specifico riferimento agli avvocati coinvolti nelle procedure collaborative, le *Rules* 13 e 14 chiariscono che anche nel *Collaborative law* trovano applicazione gli obblighi e le norme di responsabilità professionale codificate in relazione ai procedimenti giudiziari, ivi compreso quello di segnalare alle autorità competenti abusi su minori o negligenze, casi di abbandono o sfruttamento. A questi si aggiungono numerosi doveri informativi attinenti in particolare ai rischi e ai benefici propri del processo di diritto collaborativo rispetto ad altri processi di risoluzione delle controversie<sup>22</sup> e quello di riservatezza contemplato dalla *Rule* 16<sup>23</sup>.

## IL COLLABORATIVE LAW EUROPEO

Il sistema appena delineato, seppur inizialmente testato in ambito familiare, allarga oggi il proprio raggio d'azione: lo sviluppo della nuovo modello si fa apprezzare anche in materia commerciale e consumeristica, tuttavia raggiunge i risultati più apprezzabili proprio nella risoluzione dei conflitti coniugali. Nei paesi in cui il *Collaborative law* è diventato la norma, il *Collaborative Divorce process* si conclude con successo nell'85 % dei casi<sup>24</sup>.

Sulla scorta di questi esempi si fa apprezzare l'attività posta in essere anche in Europa da alcune Associazioni di professionisti che, scommettendo sul valore delle tecniche e delle regole del *Collaborative law*, ne promuovono l'utilizzo specialmente nella materia familiare.

La disciplina introdotta in Francia nel 2010 e in Italia nel 2014<sup>25</sup> rappresenta l'epilogo e, a tratti, l'evoluzione, di quel processo evolutivo nordamericano tanto difeso da Webb, ma che in America non gode ancora di una regolazione giuridica specifica<sup>26</sup>.

In Francia, per effetto della l. 22 dicembre 2010, n. 1609 entrata in vigore il 23 gennaio 2012<sup>27</sup>, trova

21 Il divieto di divulgazione non è infine opponibile nei procedimenti giudiziari nei quali una determinata dichiarazione sia invocata al fine contestare un'accusa di responsabilità professionale correlata al procedimento collaborativo in cui è resa.

22 In virtù della *Rule* 14 infatti «*Before a prospective party signs a collaborative law participation agreement, a prospective collaborative lawyer shall: (1) assess with the prospective party factors the lawyer reasonably believes relate to whether a collaborative law process is appropriate for the prospective party's matter; (2) provide the prospective party with information that the lawyer reasonably believes is sufficient for the party to make an informed decision about the material benefits and risks of a collaborative law process as compared to the material benefits and risks of other reasonably available alternatives for resolving the proposed collaborative matter, such as litigation, mediation, arbitration, or expert evaluation; and (3) advise the prospective party that: (A) after signing an agreement if a party initiates a proceeding or seeks tribunal intervention in a pending proceeding related to the collaborative matter, the collaborative law process terminates; (B) participation in a collaborative law process is voluntary and any party has the right to terminate unilaterally a collaborative law process with or without cause; and (C) the collaborative lawyer and any lawyer in a law firm with which the collaborative lawyer is associated may not appear before a tribunal to represent a party in a proceeding related to the collaborative matter, except as authorized by Rule 9(c), 10(b), or 11(b)*».

23 I principi sopra enucleati sono infatti recepiti a livello legislativo ancora in pochi stati, tra i quali rientrano il North Carolina, al California e il Texas. Ed è qui che il *Family Code* nel *Chapter* 15 codifica il *Collaborative Family Law Act*. Nel ribadire i tratti salienti che contraddistinguono questa nuova via di composizione del conflitto coniugale è espressamente contemplata la possibilità dei coniugi di ricorrere al *Collaborative Law* anche nel corso della procedura giudiziale già instaurata: in tali casi, oltre all'onere delle parti di rendere edotto, entro trenta giorni dalla data di sottoscrizione dell'accordo, il tribunale della procedura in corso, è espressamente contemplato quello di informarlo dello stato della procedura entro termini prestabiliti (180 giorni dalla sottoscrizione, un anno e due anni) depositando contestualmente una *motion for continuance* nel caso in cui non intendano abbandonare le trattative. Allo scadere del biennio il giudice competente può tuttavia respingere la richiesta e disporre la prosecuzione del procedimento giurisdizionale. In virtù della *Rule* 15.505 l'accordo raggiunto è esecutivo al pari degli accordi transattivi di cui alla *Rule* 154.071 e il giudice può a sua discrezione recepire i termini dell'accordo nel proprio provvedimento finale. In deroga alla *Rule* 11, una parte ha diritto a impugnare l'accordo transattivo se esso contiene una dichiarazione ben visibile in grassetto, in maiuscolo o sottolineato, che l'accordo non è soggetto a revoca e se è firmato da ciascuna delle parti e dai rispettivi avvocati.

24 Secondo i report statistici diffusi dall'*American Bar Association*, reperibili sul sito <http://collaborativedivorcetexas.com>.

25 Così A. Carratta, in Ruo (a cura di) *Negoziazione assistita nelle separazione e divorzio e procedura davanti all'ufficiale di stato civile*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 157 ss.; D. Dalfino, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra collaborative law e procedure partecipative*, cit., 29 s. e M. Bugetti, *Nuovi modelli di composizione della crisi coniugale tra collaborative law e tutela della libertà negoziale*, cit., 269 ss.

26 In tal senso C. Perago, *La compatibilità costituzionale della negoziazione assistita obbligatoria in tema di risarcimento del danno da sinistro stradale*, cit., 1914 e D. Dalfino, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra collaborative law e procedure partecipative*, cit., 30 cui si rinvia per l'analisi delle conseguenze negative che da detta assenza discendono.

27 V. in particolare l'art. 37 *relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires*.

Sulla *procédure participative* francese A. D'Ippolito e P. Della Valle, *La negoziazione assistita nella crisi coniugale*, Torino, 2018; 53 ss.; N. Fricero, C. Butruille-Cardew, L. Benrais, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes de résolution des différends 2017/2018*, Dalloz, Paris, 2017; L. Cadiet e T. Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Paris, 2017, 56 ss.; G.A. Parini, *La negoziazione assistita da avvocati: tecniche e linee evolutive*, cit., 71 ss.; D. Dalfino, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra collaborative law e procedure partecipative*, cit., 30 ss.; L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, 2013, 314 e ss.; L. Cadiet, *Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français*, in *Ritsumeikan law review*, 2011, 28, 147 ss.; V. Larrybau-Terneyre, *Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale*, in *Droit fam.*, 2012, 13 ss.; N. Fricero, *Le décret du 20 janvier 2012 : vers une résolution thérapeutique des*

i natali la *procédure participative*<sup>28</sup>: una procedura di risoluzione alternativa delle liti, diversa sia dalla *conciliation* che dalla *médiation*, di carattere volontario ed esperibile per tutti i diritti disponibili (con l'eccezione del contenzioso di lavoro), incluse – sia pur con alcuni correttivi – le questioni di diritto di famiglia, inserita nel titolo XVIII al libro terzo del *Code Civil*<sup>29</sup> e poi normata dal *Code de procédure civile* in virtù dell'art. 2 del Decreto n. 66 del 20 gennaio 2012.

Mutuando i principi del *Collaborative law* il legislatore francese incentiva il ricorso a forme di composizione autonoma delle controversie e ne regola le procedure ed effetti. La collocazione dell'istituto di nuovo conio nel codice civile, che così completa la disciplina del contratto, palesa le caratteristiche principali dell'accordo stipulato dalle parti con la obbligatoria assistenza dei rispettivi avvocati (chiamati a promuovere la soluzione conciliativa e a svolgere attività di *moral suasion* nei confronti dei propri clienti per evitare il giudizio contenzioso)<sup>30</sup>.

E' l'art. 2062 c.c. a disciplinare la *convention de procédure participative* attraverso la quale le parti si impegnano ad operare congiuntamente e in buona fede per la risoluzione amichevole della lite o per il *pre-trial*. In virtù delle modifiche apportate dall'art. 9 della legge de *modernisation de la Justice* del 18 novembre 2016, cd. «*J21*» (*Justice of the 21st century*), che parzialmente riforma le modalità alternative di risoluzione delle controversie nell'obiettivo di promuoverle, la *procédure* non è più relegata alla fase anteriore al giudizio, potendo essere attivata anche nel corso del procedimento giudiziale o arbitrale<sup>31</sup> **e può divenire una componente del cd. pre-trial.**

Sono espressamente stabiliti i contenuti minimi della convenzione – redatta in forma scritta a pena di nullità – che dovrà indicare la durata della procedura<sup>32</sup>, l'oggetto della stessa, unitamente agli atti e ai documenti necessari per dirimere la controversia<sup>33</sup>.

Il Codice di rito aggiunge alcuni elementi in relazione alla convenzione, che ad esempio dovrà menzionare i nomi, i cognomi e gli indirizzi delle parti e dei loro avvocati, che potrà prevedere l'intervento di un consulente tecnico<sup>34</sup> e che dovrà precisare le modalità tramite cui debba avvenire la comunicazione delle memorie e dei documenti tra le parti.

In forza delle modifiche intervenute ad opera della l. *J21* e del *Dècret* del 6 maggio 2017 n. 892, la stipula della convenzione provoca la sospensione della prescrizione durante il corso del processo partecipativo<sup>35</sup> e, in virtù dell'art. 2065 c.c., finché il procedimento è in corso ogni domanda giudiziale sul medesimo oggetto è irricevibile<sup>36</sup>, restando esperibili solo azioni d'urgenza e cautelari qualora ne ricorrano le condizioni di legge<sup>37</sup>.

*contentieux familiaux par la procédure participative assistée par avocat*, in *AJ fam.*, 2012, 66 ss. ; Id., H. Poivey Leclerc e S. Sauphanor, *Procédure participative assistée par avocat*, 2002, Lamy Axedroit ; J.P. Chazal, *Présentation du décret no 2012-66 du 20janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends*, *JCP*, 2012, X, 9 ss. ; S. Cacace, *La riforma francese su mediazione e conciliazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 726 ss.

28 Preceduta dal rapporto “*L’ambition raisonnée d’une justice apaisée*” di Serge Guinchard, Presidente della Commissione per la ripartizione del contenzioso e reperibile sul sito [www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392.pdf](http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392.pdf).

29 Art. 37 legge n. 1609 del 22 dicembre 2010 che ha introdotto gli artt. 2062 – 2067 del *Code civil*.

30 In relazione ai compensi per l'attività professionale dagli stessi espletata, la procedura partecipativa è accessibile anche tramite il gratuito patrocinio. Tanto in virtù dell'art. 10, comma 2°, della l. n. 91-647 del 10 giugno 1991 *relative à l'aide juridique*, secondo cui «*Elle peut être accordée pour tout ou partie de l'instance ainsi qu'en vue de parvenir, avant l'introduction de l'instance, à une transaction ou à un accord conclu dans le cadre d'une procédure participative prévue par le code civil*».

31 La precedente formulazione della norma escludeva la sottoscrizione di una convezione allorché la controversia fosse stata già sottoposta all'esame di un giudice o di un arbitro. Della riscrittura della norma ha poi tenuto conto il decreto 6 maggio 2017 n. 892 che ha modificato l'art. 1543 del codice di rito. Per indicazioni sulle modifiche normative v. N. Fricero, C. Butruille-Cardew, L. Benrais, B. Gorchs-Gelzer, G. Payan, *Le guide des modes de résolution des différends 2017/2018*, cit. e H. Croze e R. Laffly, *Dispositions de procédure civile generale du décret n° 2017-892 du 6 mai 2017*, in *JCP*, 2017, 600 ss.

32 Ai sensi dell'art. 2062 c.c. infatti «*Cette convention est conclue pour une durée déterminée*».

33 Per effetto delle modifiche intervenute ad opera della l. 18 novembre 2016, cit., anche l'art. 2063 c.c. che elenca il contenuto della convenzione è arricchito con un ulteriore inciso in virtù del quale gli avvocati possono stabilire con controfirma che vengano compiuti determinati atti, secondo un modello predisposto con decreto da Consiglio di Stato.

34 In forza degli artt. 1544-1555 del codice di rito, le parti possono scegliere di comune accordo di nominare un tecnico determinandone il mandato. Egli sarà remunerato dalle parti, secondo le modalità convenute tra di loro e, prima di accettare l'incarico, sarà tenuto a comunicare tutti i fatti che possono inficiare la propria indipendenza. L'esperto è del resto chiamato ad espletare la sua attività con coscienza, diligenza ed imparzialità nel rispetto del principio del contraddittorio. Il suo operato, che costituisce la base per la negoziazione tra le parti, si formalizza in un rapporto scritto che può, a determinate condizioni, essere prodotto in giudizio all'esito evidentemente del fallimento della negoziazione.

35 *La prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative*. Ed in tal caso, in forza dell'art. art. 2238, comma 2°, c.c., il termine di prescrizione ricomincia a decorrere dal termine della convenzione, per un tempo che non potrà essere inferiore ai sei mesi.

36 Fatta eccezione per i casi di inadempimento della convenzione ad opera di una delle parti.

37 Precisa, infatti, l'art. 2065 c.c. che «*En cas d'urgence, la convention ne fait pas obstacle à ce que des mesures provisoires ou conservatoires soient demandées par les parties*».

In caso di mancato raggiungimento di un accordo, le parti che intendano adire l'autorità giudiziaria sono esentate dall'esperienza del tentativo di conciliazione o di mediazione preventiva, ove previste dalla legge o dalle clausole contrattuali<sup>38</sup>.

La procedura convenzionale si intende conclusa per effetto dello spirare del termine della convenzione partecipativa, della risoluzione anticipata della convenzione o per effetto della stipulazione dell'accordo. Solo in tal caso – e con l'eccezione delle domande di divorzio o di separazione su cui è tenuto a provvedere a norma della sezione II del capo V del titolo I del libro III (ossia delle norme inerenti al divorzio e alla separazione) – il giudice può concedere, su istanza delle parti, l'omologa (o eventualmente decidere, in caso di accordo parziale, in merito alla parte del contenzioso rimasto in sospeso utilizzando, se del caso, i materiali probatori emersi in fase di negoziazione)<sup>39</sup>.

L'omologa del tribunale conferisce all'accordo efficacia di titolo esecutivo.

In relazione alle controversie aventi ad oggetto i rapporti coniugali, il dettato chiarisce che può essere stipulata una convenzione di procedura partecipativa, ma che tuttavia, in forza dell'art. 2067<sup>40</sup>, soggiace ad una regolamentazione specifica.

In particolare, qualora i coniugi intendano cercare una soluzione consensuale di divorzio o di separazione<sup>41</sup>, è espressamente disposta l'inapplicabilità dell'art. 2066 c.c. che regola la possibilità di ottenere l'omologazione dal giudice o di ottenere l'esenzione dal tentativo di conciliazione in caso di mancato accordo. Ne consegue che la domanda di divorzio o separazione legale presentata a seguito di una *convention* sottostà alla procedura ordinaria e alle norme contenute nel titolo VI del libro I della legge sul divorzio<sup>42</sup>, essendo possibile ottenere l'omologa dei soli accordi relativi all'esercizio dell'autorità parentale<sup>43</sup>.

Nonostante gli iniziali entusiasmi, la *procédure participative* non gode di larghi consensi e nella pratica conosce rara applicazione, complice probabilmente una disciplina che non appresta sufficienti garanzie a tutela della *informal disclosure* (sicché lascia le parti esposte al rischio che l'attività svolta nel corso della procedura risulti pregiudizievole in un eventuale futuro giudizio) e che esalta i poteri di ingerenza del tribunale a scapito dell'autonomia delle parti<sup>44</sup>. Ciò è tanto più vero nella materia familiare, là dove il necessario ricorso alla procedura ordinaria nonostante l'intercorso accordo si pone in contrasto con le esigenze di speditezza ed economicità che dovrebbero informare l'istituto.

### **Segue... l'esperimento italiano della negoziazione assistita.**

In Italia la l. 10 novembre 2014, n. 162, recependo le indicazioni del ceto forense<sup>45</sup>, codifica la procedura

38 V. l'art. 2066, comma 2°, c.c. secondo cui «*Lorsque, faute de parvenir à un accord au terme de la convention, les parties soumettent leur litige au juge, elles sont dispensées de la conciliation ou de la médiation préalable le cas échéant prévue*».

39 E poi espressamente imposto che, qualora l'accordo richieda la capacità di discernimento di un minore, la richiesta di omologa dovrà dare atto dell'assolvimento degli obblighi informativi attinenti al diritto del minore ad essere ascoltato dal giudice e ad essere assistito da un avvocato. V. l'art. 1557, comma 3°, c.p.c. secondo cui «*Lorsque l'accord concerne un mineur capable de discernement, notamment lorsqu'il porte sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, la requête mentionne les conditions dans lesquelles le mineur a été informé de son droit à être entendu par le juge ou la personne désignée par lui et à être assisté par un avocat*».

40 *Toute personne, assistée de son avocat, peut conclure une convention de procédure participative sur les droits dont elle a la libre disposition, sous réserve des dispositions de l'article 2067.*

41 *Une convention de procédure participative peut être conclue par des époux en vue de rechercher une solution consensuelle en matière de divorce ou de séparation de corps.* Così recita l'art. 2067, primo comma, c.c.

42 In forza dell'ultimo inciso dell'art. 2067 c.c. «*La demande en divorce ou en séparation de corps présentée à la suite d'une convention de procédure participative est formée et jugée suivant les règles prévues au titre VI du livre Ier relatif au divorce*». I coniugi dovranno, quindi, comparire innanzi all'autorità giudiziaria la quale: tenterà la riconciliazione, richiamerà la loro attenzione sull'importanza degli impegni che intendono assumere e potrà modificare, con il loro consenso, gli accordi non conformi all'interesse della prole e del coniuge debole.

43 V. art. 1557, comma 3°, c.p.c.

44 Precisa, peraltro, C. Perago, *La compatibilità costituzionale della negoziazione assistita obbligatoria in tema di risarcimento del danno da sinistro stradale*, cit., 1914, che lo scarso successo dell'istituto in parola è anche da ascrivere alla convivenza con quello della transazione che nell'ordinamento francese è munita di efficacia esecutiva.

45 V. G. Trisorio Liuzzi, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Giusto processo civ.*, 2015, 2 ss., il quale precisa che, constatati gli insuccessi dei precedenti tentativi, l'Avvocatura ha proposto la negoziazione assistita in risposta alla mediazione obbligatoria. Sui disegni di legge presentati in Parlamento che hanno preceduto il d.l. 132/2014 e la l. 162/2014 ancora Id., *op. ult. cit.*, 3.

Sulla disciplina della negoziazione assistita in relazione alla crisi familiare v., per tutti, C. Cecchella, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Torino, 2018, 292 ss.; B. Polisenò, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, 179 ss.; Id., *La procedura di negoziazione assistita in materia di separazione e di divorzio*, in Aa.Vv., *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, cit., 67 ss.; Id., *La degiurisdizionalizzazione del "non contenzioso" familiare: l'impatto sulle prassi e la promozione del fenomeno anche per le unioni civili*, in Aa. Vv., *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, a cura di D. Dalfino, Roma, 2016, 473 ss.; Id., *Negoziazione assistita e accordi «amministrativi» in materia di separazione e divorzio*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 191 ss.; Id., *La convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e*

di negoziazione assistita da uno o più avvocati volta alla ricerca di un componimento amichevole della lite<sup>46</sup> e ne estende l'ambito applicativo anche ai procedimenti di separazione, divorzio e di revisione delle condizioni di separazione o divorzio già precedentemente stabilite.

Una buona novella questa, se si considera che circa il 75 % delle negoziazioni concluse positivamente e formalizzate in un accordo riguarda proprio la materia familiare<sup>47</sup>.

Avvalendosi della procedura delineata dall'art. 6 della l. 162/14 i coniugi, con l'assistenza di almeno un avvocato per parte, si impegnano a risolvere in via amichevole la controversia insorta: si tratta di una novità assoluta nel contesto giuridico nazionale, una rivoluzione copernicana, si è detto<sup>48</sup>. Con la gestione collaborativa del conflitto coniugale si erode, di fatto, il principio secondo cui nelle controversie familiari è imprescindibile l'intervento dell'autorità giudiziaria, essendo ogni modifica in materia di *status* incasellabile nell'alveo della tutela giurisdizionale costitutiva necessaria. Per la prima volta è lasciato ai coniugi il potere di regolamentare i diritti, talvolta personalissimi, di cui essi sono portatori<sup>49</sup>.

L'innovazione si fa ancora più evidente se si considera che, a differenza di quanto previsto originariamente dal d.l. 132/2014, la disposizione di nuovo conio *apertis verbis* allarga l'ambito applicativo del procedimento in parola anche alle ipotesi in cui vi siano figli minori, maggiorenni incapaci, portatori di *handicap* grave o economicamente non autosufficienti<sup>50</sup>.

Il chiaro tenore letterale della norma esclude però di ipotizzare estensioni in via analogica del nuovo istituto ad ambiti non specificamente previsti *ex lege*. Il pensiero corre alle ipotesi di crisi della famiglia non fondata sul matrimonio, sicché, qualora cessi la convivenza, le questioni attinenti all'affidamento o al mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio restano demandate all'autorità giurisdizionale<sup>51</sup>. Non sono chiare le ragioni che giustificano siffatta esclusione e che abbiano indotto i *conditores* a non recepire le proposte contenute nel progetto di legge Contento – Paniz n. 4376 del 25 maggio 2011<sup>52</sup>.

In relazione invece alle ipotesi di scioglimento dell'unione civile è espressamente sancita dall'art. 1, 25° comma,

*divorzio*, in *Foro it.*, 2015, V, 34; M. Bove, *Vie stragiudiziali per la separazione e divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 891 ss.; C. Perago, *La compatibilità costituzionale della negoziazione assistita obbligatoria in tema di risarcimento del danno da sinistro stradale*, cit., 1912; S. Caporusso, *Commento all'art. 6, in La nuova riforma del processo civile*, a cura di F. Santangeli, Roma, 2016, 99 ss.; M. Giorgetti, *Negoziazione assistita*, Milano, 2015, 28 ss.; E. D'Alessandro, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *Giur. it.*, 2015, 1278 ss.; G. Dosi, *La negoziazione assistita da avvocati*, Torino, 2015.

46 Ai sensi dell'art. 2 della l. cit., l'oggetto della controversia non deve riguardare diritti indisponibili o vertere in materia di lavoro. Nei casi espressamente indicati dall'art. 3 l'esperienza del procedimento di negoziazione assistita costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Per le analogie con la disciplina dettata in tema di mediazione obbligatoria, v. D. Dalfino, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, cit., 53 ss. e G. Trisorio Liuzzi, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, cit., 10 ss.

In relazione alla negoziazione assistita obbligatoria v., da ultimo, Trib. Verona 27 febbraio 2018, in [www.eclegal.it](http://www.eclegal.it), 15 maggio 2018 con nota di E. Bertillo, *Sulla (in)compatibilità tra negoziazione assistita obbligatoria e diritto europeo*, ove si legge che la disciplina *ex art. 3, comma 1°*, del d. l. 132/14 cit. deve essere disapplicata in quanto in contrasto con l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Le procedure ADR obbligatorie sono compatibili con i principi comunitari della tutela giurisdizionale effettiva purché non generino costi ingenti per le parti: la disciplina italiana della negoziazione, invece, presupponendo l'intervento di un difensore, comporta costi non contenuti, tenuto conto dei criteri di determinazione del compenso di avvocato attualmente vigenti.

47 Dato fornito dal Ministro della giustizia nell'intervento presso il Consiglio Nazionale Forense del marzo 2016. Per indicazioni in ordine ai procedimenti in materia familiare avviati all'indomani dell'entrata in vigore della l. 164/2014 cit., cfr. i dati statistici analizzati da B. Polisenò, *La degiurisdizionalizzazione del "non contenzioso" familiare: l'impatto sulle prassi e la promozione del fenomeno anche per le unioni civili*, cit., 474 ss. e D. Ravenna, *ADR: le proposte della Commissione Alpa ed un'analisi dei risultati più recenti*, in *Immobili e proprietà*, 2017, 239 ss. V. anche G. Buffone, *Mediazione e negoziazione assistita: i primi risultati e le prospettive di riforma*, *Sguardo all'Europa*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

48 Tra i tanti F. Danovi, *Vie alternative per la risoluzione delle controversie di famiglia e nuove frontiere della tutela dei diritti*, in *Giusto processo civ.*, 2016, 1035.

49 Sulla forte accentuazione della struttura privatistica dei rapporti familiari, v. F. Tommaseo, *Libertà negoziale e principio dispositivo nei procedimenti in materia di famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2018, 419 ss. Per alcune riflessioni sulla presunzione di indisponibilità delle situazioni sostanziali coinvolte nella crisi del matrimonio, v. le considerazioni di B. Polisenò, *Negoziazione assistita e accordi «amministrativi» in materia di separazione e divorzio*, cit., 193 s.

50 Sulla formulazione originaria del d.l. 132/2014, v. le osservazioni di A. Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: Negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, in *Corr. giur.*, 2015, 515 ss.

51 In tal senso v. Trib. Como, 13 gennaio 2016, in [www.osservatoriofamiglia.it](http://www.osservatoriofamiglia.it), ove si precisa che lo strumento della negoziazione assistita nella materia familiare è previsto espressamente solo per le coppie coniugate, separande o divorziande, onde elaborare o modificare la disciplina delle condizioni di separazione e di divorzio, da sottoporsi al vaglio del pubblico ministero. Rilevato quindi che non è prevista la estensione di detto istituto ai fini della regolamentazione delle relazioni genitoriali per le coppie non coniugate, l'accordo deve essere depositato ed esaminato dal tribunale in camera di consiglio, ai fini della ratifica delle conclusioni condivise dalle parti, previa audizione dei genitori da parte del giudice relatore, in conformità al protocollo adottato dall'ufficio per i ricorsi proposti congiuntamente dai genitori naturali *ex art. 337 bis cc*.

Sul punto si segnala che la Commissione di studio ministeriale incaricata di elaborare una disciplina organica di riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione presieduta dal Prof. Guido Alpa, reperibile su [www.milianosservatorio.it/wp-content/TESTO-FINALE-COMMISSIONE-ALPA-Aggiornato.pdf](http://www.milianosservatorio.it/wp-content/TESTO-FINALE-COMMISSIONE-ALPA-Aggiornato.pdf), ha in effetti proposto di allargare l'ambito oggettivo di operatività della negoziazione assistita nei procedimenti relativi alla famiglia, facendovi rientrare anche la soluzione di controversie in tema di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio.

52 In [www.camera.it/\\_dati/lavori/spampati/pdf/16PDL0049450.pdf](http://www.camera.it/_dati/lavori/spampati/pdf/16PDL0049450.pdf). Ivi era infatti contemplata l'estensione la disciplina della negoziazione anche agli accordi per l'affidamento e il mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio e la previsione di un'omologa da parte del tribunale anche senza la convocazione delle parti.

della legge 20 maggio 2016, n. 76, l'applicabilità delle statuizioni contenute negli artt. 6 e 12 della l. 162/2014<sup>53</sup>.

## IL PROCEDIMENTO CHE CONDUCE ALLA SOTTOSCRIZIONE DELL'ACCORDO DI SEPARAZIONE O DIVORZIO

L'*iter* che conduce all'accordo è sommariamente disciplinato nell'art. 6 della l. 162/2014: all'invito che la parte ed il suo avvocato rivolgono alla controparte segue l'accettazione di quest'ultima e quindi la stipula della convenzione di negoziazione. Trovano applicazione, per quanto non espressamente disposto, le norme di carattere generale previste dal capo II della legge relative a tutte le ipotesi di negoziazione assistita, sicché l'invito a stipulare la convenzione deve indicare l'oggetto della controversia e contenere l'avvertimento che la mancata risposta allo stesso entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto possono essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli artt. 96 e 642, 1° comma, c.p.c.<sup>54</sup>.

All'invito, che può essere inoltrato in tutte le forme idonee a dare certezza della ricezione da parte del destinatario (e quindi sia tramite raccomandata, sia tramite posta elettronica certificata), segue l'accettazione e poi la redazione della convenzione – i cui contenuti minimi sono sanciti dall'art. 2 – mediante la quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza degli avvocati<sup>55</sup>.

Esse restano libere di integrare il contenuto della convenzione prevedendo eventualmente la possibilità di ricorrere ad esperti o consulenti che facilitino la composizione bonaria. Le esperienze americane e i risultati raggiunti dal *team* collaborativo insegnano del resto che l'approccio multidisciplinare e di squadra consente una più efficace e consapevole gestione del conflitto e che l'esperienza e la professionalità di figure specializzate permettono di focalizzare l'attenzione sul benessere e sugli interessi dei minori, oltre che di ristabilire la comunicazione tra i coniugi.

L'invito non è comunque presupposto di validità della convenzione: le manifestazioni reciproche di disponibilità pervenute anche oralmente non inficiano la convenzione. Un sicuro presupposto di validità dell'accordo, quantomeno in relazione alla negoziazione familiare, è invece rappresentato dalla convenzione *ex art. 2* di negoziazione trattandosi di patti altrimenti non raggiungibili secondo il diritto comune<sup>56</sup>.

Dell'accordo si occupa l'art. 6, 3° comma, che espressamente ne disciplina contenuti ed efficacia. In relazione ai primi, merita di essere evidenziato che nell'accordo i difensori devono certificare di aver tentato di conciliare – o forse riconciliare – le parti<sup>57</sup>, di averle informate della possibilità di esperire la mediazione familiare, nonché dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori. Il riferimento espresso alla mediazione familiare merita di essere salutato con favore: è riconosciuto ora anche normativamente il valore di procedure stragiudiziali che finora si innestavano in un procedimento già avviato su iniziativa del giudice investito della controversia.

La mediazione familiare, generalmente intesa alla stregua di una parentesi "infraprocessuale" rimessa al potere discrezionale dell'organo giurisdizionale e comunque normata a livello nazionale solo in poche e circoscritte ipotesi (cioè unicamente in relazione al caso in cui il giudice abbia emanato un ordine di protezione contro gli abusi familiari, ai sensi dell'art. 342 *ter* c.c., o allorché egli debba adottare uno dei provvedimenti

53 Sulla disciplina ivi prevista, v. le considerazioni di L. Prendini, *Considerazioni in ordine a taluni profili processual-civilistici della convivenza di fatto, di cui alla legge n. 76 del 2016*, in *Giusto processo civ.*, 2017, 1185 ss.; F.S. Damiani, *Aspetti processuali della disciplina delle unioni civili*, *id.*, 2016, 695 ss, spec. 714; G. Casaburi, *Le unioni civili tra persone dello stesso sesso nella l. 20 maggio 2016, n. 76*, in *Foro it.*, 2016, I, 2246 ss. e B. Polisenò, *Un istituto ad hoc per le sole unioni civili di coppie omosessuali*, in *Guida al dir.*, 2016, fasc. 9, 22 ss., ai quali si rinvia per approfondimenti.

54 Rispetto alla mediazione il nesso con il processo è qui più sfumato: le sanzioni incidono infatti unicamente sul profilo delle spese, della responsabilità e dell'esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo. Per approfondimenti v. D. Dalfino, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, *cit.*, 44 s. Sulla portata deterrente della sanzione contemplata dall'art. 4 del d.l. 132/2014 v. A.D. De Santis, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, 285 s. Sui contenuti essenziali della convenzione di negoziazione v., da ultimo, S. Deplano, *Sul rapporto tra convenzione di negoziazione assistita dagli avvocati e «accordo che compone la controversia»*, in *Giusto processo civ.*, 2017, 1219 ss.

55 Per rilievi sulla portata delle norme che sanzionano il comportamento scorretto delle parti nelle procedure di composizione alternativa delle liti, v., per tutti, B. Zuffi, *La tutela della buona fede negli obblighi (convenzionali e legali) di composizione alternativa delle liti*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 839 ss.

56 In tal senso F.P. Luiso, *Le disposizioni in materia di separazione e divorzio*, in *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, a cura di Luiso, Torino, 2014, 39.

57 Sul pleonastico obbligo v. B. Polisenò, *La procedura di negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, *cit.*, 74, nt. 19, la quale non manca di osservare che dette attestazioni sono destinate a tradursi in mere formule di stile.

di cui all'art. 337 *ter* c.c.<sup>58</sup>), entra così a gamba tesa nella procedura stragiudiziale prodromica all'accordo, là dove è destinata a sortire più benefici effetti<sup>59</sup>. Mediazione e negoziazione, infatti – seppur strutturalmente differenti – condividono l'approccio conciliativo e non rappresentano due strumenti alternativi di gestione del conflitto: la negoziazione costituisce piuttosto un'occasione ulteriore per sperimentare l'utilizzo della mediazione familiare nella fase che più gli è consona (esterna e precedente alla fase giudiziale).

L'accordo raggiunto regola (o modifica) le condizioni personali e patrimoniali della separazione o del divorzio: conterrà la modifica dello *status* dei coniugi, da sposati a separati o divorziati, gli aspetti economici della cessazione dell'unione coniugale, nonché le disposizioni riguardanti i figli e quindi la misura e il modo in cui i genitori dovranno contribuire al loro affidamento e mantenimento.

## IL VAGLIO DELLA MAGISTRATURA REQUIRENTE

Raggiunto l'accordo è normativamente contemplato l'onere degli avvocati di certificare l'autografia delle firme e la conformità dello stesso alle norme imperative e all'ordine pubblico, nonché di trasmetterlo al Procuratore della Repubblica presso il tribunale competente.

Il procedimento delineato dall'art. 6 della l. 162/2014 cit. contempla infatti l'intervento dell'organo giurisdizionale nella fase finale della procedura<sup>60</sup>. Una deviazione questa rispetto alla disciplina dettata per la negoziazione in generale ai sensi dell'art. 2 e ss. della l. 162/2014, in relazione alla quale l'accordo sottoscritto dalle parti e vidimato dai difensori costituisce titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale senza necessità di omologa da parte del tribunale<sup>61</sup>.

Nelle fattispecie in esame il deposito dell'accordo apre il varco al controllo demandato all'autorità giurisdizionale, controllo che, nelle ipotesi in cui non vi siano figli minori, maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave o economicamente non autosufficienti, è circoscritto alla verifica della regolarità formale dell'accordo stipulato dai coniugi. In caso di esito positivo il pubblico ministero concede agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti indicati nell'art. 6, comma 3°, che si traducono nella trasmissione, entro dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, della copia autenticata dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'art. 5<sup>62</sup>.

Si tratta di un'attività del tutto nuova i cui confini incerti sollevano le perplessità degli operatori: il controllo “meramente formale” riservato al pubblico ministero nelle ipotesi in cui non vi siano minori o soggetti

58 In virtù dell'art. 336 *octies*, comma 2°, c.c., infatti, il giudice qualora ne ravvisi l'opportunità, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, può rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 337 *ter* c.c. «per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli».

59 Ci si augura un mutamento di attitudine, una maggiore propensione alla mediazione familiare anche da parte degli avvocati: sebbene manchi una compiuta regolamentazione della mediazione familiare è sicuramente opportuno che essa si innesti regolarmente anche e soprattutto nella fase della negoziazione prodromica all'accordo. In quest'ottica si pone il disegno di legge 2686, *Istituzione della figura del mediatore familiare e disposizioni in materia di mediazione familiare*, attualmente all'esame della Commissione Giustizia, che nel disciplinare compiti e funzioni e responsabilità, conferisce cittadinanza alla figura del mediatore familiare così promuovendo la rilevanza pubblica e la funzione sociale dell'attività da questi svolta. In relazione alla mediazione familiare, con l'auspicio che ad essa possa essere assegnato il valore che in ambito internazionale le viene ormai comunemente riconosciuto, v. F. Danovi, *Vie alternative per la risoluzione delle controversie*, cit., 1049 s. V. anche D. D'Adamo, *La mediazione familiare come metodo integrativo di risoluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 377 ss.; F. Tommaseo, *Mediazione familiare e processo civile*, in *Fam. e dir.*, 2012, 831 ss.; Oberto, *Gli aspetti della separazione e divorzio nella famiglia*, Padova, 2012, 172 ss.; G. Impagnatiello, *La mediazione familiare nel tempo della mediazione finalizzata alla conciliazione civile e commerciale*, in *Fam. e dir.*, 2011, 525 ss.; M. Buzzi e J.M. Haynes, *Introduzione alla mediazione familiare*, Torino, 2011, 15 ss.

60 Critica nei confronti della scelta legislativa di investire – ancora una volta – della tutela degli *status* borganico che forse meno si presta ad assolvere questo compito è S. Caporusso, *Profili processuali delle nuove procedure consensuali di separazione e divorzio*, in *Riv. dir. civ.*, 10715 ss., a parer della quale sarebbe stato più opportuno affidare la tutela di quegli *status* direttamente al Presidente.

61 Sull'esecutività dell'accordo lì raggiunto e sulla bontà delle scelte legislative compiute dai *conditores* v. G. Trisorio Liuzzi, *La procedura di negoziazione assistita*, cit., 19 s. e D. Dalfino, *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, cit., 51 s. e F. Danovi, *Il d.l. 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2014, 952.

62 E' qui il caso di sottolineare il più ristretto ambito applicativo del procedimento in parola nella originaria formulazione del d.l. 132/2014 che escludeva il ricorso alla negoziazione assistita in presenza di figli minori, maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave o economicamente non autosufficienti. La limitazione era comunque controbilanciata dalla mancata previsione dell'omologa da parte del tribunale. Per approfondimenti v. M. Gradi, *Inefficienza della giustizia civile e “fuga” dal processo*, Messina, 2014, 105 ss.

Per approfondimenti e per ulteriori riflessioni sul ruolo che il pubblico ministero è chiamato ad assolvere a tutela dell'interesse del minore, v. B. Polisenò, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, cit., 179 ss.

E' peraltro in tal caso normativamente imposta la trasmissione dell'accordo al Consiglio dell'ordine del luogo ove l'accordo è raggiunto o presso cui l'avvocato è iscritto. Ciò al fine di consentire al consiglio nazionale forense di monitorare le procedure (sebbene, precisa G. Trisorio Liuzzi, *op. ult. cit.*, sarebbe stato preferibile ritenere obbligatoria la trasmissione in ogni caso, cioè anche nell'ipotesi di mancato raggiungimento dell'accordo o di rifiuto dell'invito, in modo da valutare non solo il successo della procedura ma anche il suo grado di accettazione da parte della classe forense). In relazione agli obblighi di trasmissione, si segnala l'iniziativa del Consiglio nazionale forense che volta a mettere a disposizione degli avvocati un Gestionale che facilita il deposito degli accordi e fornisce agli operatori il fac-simile per l'invito, l'adesione, la convenzione ecc.

meritevoli di particolare tutela è da intendersi limitato alla verifica dei contenuti minimi dell'accordo così come stabiliti dalla legge e all'accertamento della non contrarietà dello stesso alle norme imperative e all'ordine pubblico. La legge espressamente adopera il sostantivo *nullaosta*, omette di definire quali siano i termini entro i quali esso deve pervenire<sup>63</sup> e le attività prodromiche al suo rilascio. Non è quindi chiaro se il procuratore possa svolgere attività di indagine, senz'altro ipotizzabile in ragione della natura requirente dell'organo, se possa richiedere alle parti informazioni e documenti non forniti inizialmente<sup>64</sup> e, soprattutto, non è chiaro l'oggetto del suo controllo con specifico riferimento al contenuto dell'accordo<sup>65</sup>.

Esulano sicuramente dal controllo l'opportunità o la convenienza dei patti sottoscritti dai coniugi. Indiscusso è invece il potere-dovere del pubblico ministero di verificare documentalmente l'esistenza di un matrimonio validamente contratto, le condizioni stabilite dalla legge per procedere al divorzio, il rispetto dei termini imposti dalla l. 164/2014, l'adempimento, da parte degli avvocati, degli obblighi – anche informativi – loro imposti, la regolarità delle sottoscrizioni, ecc.<sup>66</sup>.

Il problema, tuttavia, si pone in merito alla valutazione della conformità dell'accordo ai principi di ordine pubblico e alle norme imperative<sup>67</sup>. Più precisamente, occorre domandarsi se, nell'ottica della tutela del coniuge *debole*, l'organo giurisdizionale sia tenuto a verificare, di volta in volta, l'esatta e corretta osservanza da parte dei coniugi dei criteri codificati e applicati nel diritto vivente. Non si vogliono ripercorrere e approfondire le questioni interpretative poste in relazione al dovere dei coniugi di contribuire ai bisogni della famiglia (si allude a titolo esemplificativo alla *querelle* attinente alla corretta esegesi delle prescrizioni di cui all'art. 156 c.c. e all'art. 5 della legge 898/1970, in relazione al diritto del coniuge di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, all'entità dell'assegno di mantenimento e ai criteri valevoli per determinarlo, ecc.), tuttavia non può qui non domandarsi se gli indici normativi relativi agli obblighi gravanti sui coniugi dopo la fine della convivenza o sugli *ex* coniugi, così come intesi e applicati dalla giurisprudenza anche di legittimità, siano da considerarsi liberamente derogabili o se, al contrario, nonostante l'intervenuto accordo restino configurabili alla stregua di norme imperative e, quindi, oggetto di valutazione da parte del pubblico ministero<sup>68</sup>.

Se alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, la giurisprudenza della Cassazione è concorde nel ritenere alcuni diritti – anche di ordine patrimoniale – indisponibili sarà certamente tenuto il pubblico ministero a negare il *nullaosta* tutte le volte in cui le determinazioni assunte dai coniugi in sede di accordo implicino violazione dei principi valevoli in sede giudiziale: la conformità dell'accordo alle norme imperative dovrà investire allora anche determinazioni di tal fatta, non perdendo i criteri di legge il loro carattere di inderogabilità a fronte del mutuo consenso delle parti<sup>69</sup>.

63 Sebbene ci si orienti, nella pratica, a ritenere che esso debba pervenire entro cinque giorni dal deposito dell'accordo, in simmetria con quanto disposto dalla norma in relazione all'ipotesi in cui vi siano minori o soggetti cd. deboli.

64 Ammette siffatta possibilità, nonostante i ristretti tempi a sua disposizione, A. Ronco, *Negoziazione assistita e separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, 2015, 1043.

In relazione ai documenti da sottoporre all'esame del pubblico ministero, le linee guida fornite dal CNF e dalle Procure della Repubblica consigliano di depositare: in caso di separazione personale, l'estratto per riassunto dell'atto di matrimonio, il certificato di residenza di entrambi i coniugi; se ci sono figli la dichiarazione dei redditi degli ultimi tre anni e la certificazione sanitaria, mentre in caso di divorzio: l'estratto per riassunto dell'atto di matrimonio; il certificato di residenza di entrambi i coniugi, il certificato di stato di famiglia di entrambi i coniugi, eventualmente la copia del verbale e l'omologa della separazione consensuale e della sentenza di separazione giudiziale passata in giudicato o la convenzione di separazione di negoziazione assistita da avvocati o l'accordo concluso innanzi all'ufficiale di stato civile, oltre alla dichiarazione dei redditi degli ultimi tre anni e alla certificazione sanitaria.

65 Nutre oltretutto dubbi sulla capacità delle procure di svolgere con la dovuta attenzione i compiti assegnati dal legislatore S. Chiarloni, *Minime riflessioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, 224 s.

66 Sulle attività di controllo demandate al pubblico ministero, v. A. Ronco, *Negoziazione assistita e separazione personale dei coniugi*, cit., 1403 s.; M.A. Lupoi, *Separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 293; M. Crescenzi, *La degiurisdizionalizzazione nei procedimenti di famiglia*, in *www.questionegiustizia*, 1, 2015 § 3 e Gabassi, *Separazione e divorzio semplificati o complicati? Prime note agli artt. 6 e 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, in l.10 novembre 2014, n. 162*, in *Studium Juris*, 2015, 139.

67 Nega al procuratore il potere-dovere di verificare la non contrarietà dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico, essendo a ciò deputati gli avvocati delle parti, E. D'Alessandro, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, cit., 1283, ma *contra* M. Bove, *Vie stragiudiziali per separazione e divorzio*, cit., 894, che peraltro si domanda come potrebbe il procuratore della Repubblica concedere un *nullaosta* in presenza di un evidente errore degli avvocati. In questo senso vedi anche F. Tommaseo, *La separazione e il divorzio. Profili processuali e «degiurisdizionalizzazione» alla luce delle recenti riforme*, in *Corriere giur.* 2015, 1141 ss., spec. 1146.

68 Si pensi agli accordi economici che abbiano ad oggetto la rinuncia a un futuro diritto o la limitazione della libertà processuale delle parti, quale, ad esempio, la rinuncia al diritto agli alimenti, o al diritto di mantenimento o, ancora, o alla revisione dell'assegno, ecc.

69 Non manca chi demanda al pubblico ministero la verifica in ordine alla effettiva volontà dei coniugi di separarsi o divorziare, sì da evitare il raggiungimento di accordi fittizi, diretti a fini fiscali o pensionistici. In tal senso M. Crescenzi, *La degiurisdizionalizzazione nei procedimenti di famiglia*, cit., § 2, secondo cui il pubblico ministero dovrebbe, tra le altre cose, «verificare che siano indicati i diversi luoghi di residenza che assumeranno i coniugi o pretendere, quantomeno, una pianta della casa con un progetto di divisione, perché se si sospetta che una separazione sia finta non si può dare il *nullaosta*».



Ciò implica però valutazioni assai più complesse, presuppone competenze specialistiche ed un certo grado di esperienza che gli uffici della procura non possono sempre assicurare.

La mancata previsione di una regolamentazione dettagliata indurrà poi il proliferare di prassi differenti da ufficio a ufficio: nessuna delle linee guida diffuse dai Tribunali d'Italia regolanti i termini e le modalità operative in caso di trasmissione dell'accordo, peraltro, specifica alcunché in relazione alle valutazioni rimesse al pubblico ministero nella specifica ipotesi in cui debba essere rilasciato un mero nullaosta<sup>70</sup>.

## SEGUE... LA STRUTTURA EVENTUALMENTE TRIFASICA DEL PROCEDIMENTO

Si è già detto che in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di *handicap* grave ai sensi dell'art. 3, comma 3°, della l. 104/1992, ovvero economicamente non autosufficienti, l'art. 6, comma 3°, della l. 162/2014 cit. delinea un procedimento più complesso e del tutto nuovo: il vaglio del pubblico ministero a cui l'accordo è trasmesso ha ad oggetto, questa volta, non soltanto la regolarità formale bensì anche la congruità dello stesso all'interesse dei soggetti deboli coinvolti e conduce in caso positivo ad un'«autorizzazione»<sup>71</sup>.

L'intervento più pregnante dell'organo giurisdizionale mitiga l'autonomia negoziale delle parti e – si è detto – la privatizzazione in atto<sup>72</sup>. Il ruolo del pubblico ministero, non assimilabile a quello che egli ricopre nell'ambito del procedimento giurisdizionale<sup>73</sup>, assume qui una particolare valenza: egli è ora chiamato a valutare il merito dell'accordo al pari dell'organo giudicante e a trasmetterlo al Presidente del tribunale allorché lo reputi non rispondente all'interesse superiore dei minori.

In tal caso valgono, a maggior ragione, le osservazioni già svolte in ordine alla possibilità che il pubblico ministero svolga attività investigativa dovendo la sua verifica estendersi alla bontà e all'opportunità delle soluzioni accordate dai coniugi in vista di un sano ed equilibrato sviluppo psicofisico del minore<sup>74</sup>.

Non è escluso che il pubblico ministero possa richiedere ai coniugi documenti fiscali, bancari o immobiliari atti a determinare le capacità contributive e di mantenimento di ognuno e spingersi ad estendere l'indagine sulle ragioni addotte per giustificare le modalità di affidamento dagli stessi prescelte. Si tratta di una valutazione in ogni caso sommaria svolta dall'organo requirente entro termini assai ristretti e senza il coinvolgimento dei coniugi<sup>75</sup>.

La mancata autorizzazione dell'accordo innesta una ulteriore fase dal momento che il pubblico ministero adito, *se ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei figli, lo trasmette entro cinque giorni al Presidente del tribunale il quale fissa entro i successivi trenta giorni la comparizione delle parti e provvede senza ritardo*.

Anche in relazione al subprocedimento imbastito in caso di diniego dell'autorizzazione ad opera del procuratore

70 A maggior ragione il problema della tutela del coniuge debole si pone in relazione all'accordo concluso innanzi all'ufficiale di stato civile ai sensi dell'art. 12 della l. 162/2014, là dove la presenza dell'avvocato non è nemmeno obbligatoria.

71 Sulla portata del controllo richiesto, M. Giorgetti, *La negoziazione assistita*, cit., 30 ss.; A.N. Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: Negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco*, cit., 522 s., la quale si interroga se la differente terminologia legislativa corrisponda ad una voluta differenziazione degli atti oppure se essi abbiano comuni effetti e funzioni.

72 Scrive B. Polisenò, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, cit., 179; Id., *La procedura di negoziazione assistita in materia di separazione e di divorzio*, cit., 77, che l'intervento del pubblico ministero denota una certa titubanza del legislatore nei confronti della liberalizzazione in atto, titubanza che lo induce a introdurre nella fase finale della procedura una sorta di surrogato dell'intervento giurisdizionale vero e proprio. In tal senso anche F. Danovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: un'intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam e dir.*, 2014, 1144.

73 V. B. Polisenò, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, cit., 181 ss., che sottolinea il duplice ruolo che il pubblico ministero riveste nella crisi del matrimonio: se nel procedimento giurisdizionale egli assume una valenza marginale limitandosi egli ad apporre il visto prima del provvedimento di omologa, in caso di negoziazione gli è conferito un ruolo invece centrale di valutazione dell'accordo.

74 Nel senso che la violazione dell'obbligo informativo posto a carico degli avvocati e avente ad oggetto l'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascun genitore, seppur non presidiato da sanzione di nullità della negoziazione, osta all'autorizzazione all'accordo qualora sia tale da comportare la determinazione di un calendario di visita in contrasto con l'interesse del minore a conservare una relazione continuativa con uno dei genitori nel rispetto del principio di bigenitorialità, v. Trib. Torino, 30 maggio 2017, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Conciliazione in genere*, n. 28 e in *Merito*, 2017, con nota di M. Giammarelli, *L'omissione dell'obbligo informativo nella negoziazione assistita*.

Sugli eccessivamente elastici margini delle valutazioni rimesse al pubblico ministero v. A. Ronco, *Negoziazione assistita e separazione personale dei coniugi*, cit., 1044, a parer del quale l'organo requirente ha senz'altro il dovere di controllare la coerenza interna dell'atto, ossia «la consonanza tra le (eventuali) premesse descrittive e i patti riguardanti i figli, tra i singoli patti riguardanti i figli, tra i patti riguardanti le parti e quelli relativi ai figli»; egli poi dovrà considerare se gli accordi relativi alla permanenza con l'uno e l'altro genitore rischiano di generare nel figlio situazioni di disagio o di difficoltà nella conduzione della quotidiana esistenza, ecc.

75 Precisa F. Danovi, *Vie alternative per la risoluzione delle controversie*, cit., 1042 che il procedimento qui descritto, semplificato e nelle sue linee portanti anche per ciò che concerne il coinvolgimento dell'organo requirente rappresenta un chiaro indice del generale intento di degiurisdizionalizzazione perseguito dal legislatore. Le attività di mero controllo ad egli affidate non valgono dunque a reintrodurre l'idea della giurisdizionalità.

della Repubblica la laconicità del dettato lascia all'interprete il gravoso compito di delinearne i confini<sup>76</sup>.

Controversa è la natura stessa del procedimento che innanzi al Presidente si instaura. All'indomani dell'entrata in vigore della novella si era ipotizzato che per effetto della *translatio* dell'accordo dovesse *ex officio* attivarsi il procedimento di separazione consensuale *ex art. 711 c.p.c.*, di divorzio congiunto *ex art. 4, 16° comma, l. div. o quello camerale di revoca delle condizioni già stabilite ex art. 710 c.p.c.*, con l'ulteriore possibilità di adottare i provvedimenti temporanei ed urgenti di cui all'art. 708, terzo comma, c.p.c.<sup>77</sup>.

Le ragioni che inducono ad escludere che, con l'imprecisa formula «*provvede senza ritardo*», il legislatore abbia voluto alludere alla trasformazione del rito in consensuale o congiunto sono molteplici. Prima tra tutte, l'assenza di un atto introduttivo del processo ad opera delle parti – uniche legittimate ad agire – da cui si evinca la volontà delle stesse di esercitare il proprio personalissimo diritto a separarsi o divorziare<sup>78</sup>. Peraltro, se in caso di diniego ad opera del pubblico ministero del nullaosta le parti sono libere di sottoporre all'organo requirente un nuovo e diverso accordo o di fruire degli ordinari procedimenti giurisdizionali, non si rinven- gono ragioni che inducano a ritenere esclusa siffatta autonomia di scelta tutte le volte in cui vi siano minori o altri soggetti meritevoli di tutela.

La rispettosa osservanza del principio della domanda e di quello della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato induce ad avallare una linea interpretativa diversa e a ritenere che il nuovo subprocedimento lungi dal comportare un'inversione della procedura e l'instaurazione di un giudizio ordinario, introduce un nuovo procedimento camerale di volontaria giurisdizione, in parte atipico, in quanto assoggettato alla competenza di un organo monocratico e destinato a concludersi con un provvedimento che assume la forma del decreto<sup>79</sup>.

La circostanza che, per effetto della trasmissione, si attivi un ulteriore *genus* di separazione o divorzio su accordo non desta meraviglia rappresentando uno sviluppo plausibile del procedimento in vista del superiore interesse dei minori o dei soggetti cd. deboli coinvolti<sup>80</sup>, né comporta un aggravio in termini di tempo e costi per i coniugi intenzionati a comporre con l'ausilio del Presidente il conflitto coniugale. Tanto in considerazione dei termini assai ristretti prescritti per la comparizione delle parti<sup>81</sup>, nonché della mancata debenza del contributo unificato.

In virtù dell'orientamento interpretativo espresso dall'intervento ministeriale del 31 luglio 2015 e poi ribadito nella circolare 14 giugno 2018, l'esenzione dal contributo unificato di iscrizione al ruolo prevista

76 All'indomani della novella si chiede infatti cosa avvenga dopo la comparizione delle parti F. Danovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: un'intricata pluralità di protagonisti*, cit., 1142 ss.

77 In tal senso A. Carratta, in Carratta- D'Ascola, *Nuove riforme per il processo civile: il d.l. 132/2014*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it) § 2.3. Nel senso che la fase innanzi al Presidente è vita al procedimento giudiziale vero e proprio anche F.P. Luiso, *Processo civile efficiente e riduzione dell'arretrato*, Torino, 2014, 39; M.A. Lupoi, *Separazione e divorzio*, cit., 295; C. Punzi, *La degiurisdizionalizzazione della giustizia civile*, in Aa. Vv., *Il processo civile. Sistema e problematiche, Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, 212. Sia pur in attesa di valutare la questione alla luce dell'avvicinarsi delle prassi, così si è espressa inizialmente anche B. Polisenò, *Negoziato assistita e accordi «amministrativi» in materia di separazione e divorzio*, cit., 2012 s. e Id., *La procedura di negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, cit., 79. Nella giurisprudenza v., per tutte, v. Trib. Pistoia, 16 marzo 2015, che, successivamente al diniego del PM e della trasmissione al Presidente, ha omologato la separazione consensuale previa consultazione dei coniugi ed integrazioni documentali. Secondo Trib. Torino, 15 gennaio 2015 (in *Fam. dir.*, 2015, 392 ss., con nota di F. Tommaso, *Separazione e negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*; in *Giur. it.*, 2015, 1400, con nota di A. Ronco, *Negoziato assistita e accordi tra coniugi: il ruolo del pubblico ministero e del presidente del tribunale*, cit.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 695, con nota di A. Nascosi, *I poteri del presidente del tribunale nell'ipotesi di diniego dell'accordo da parte del pubblico ministero in sede di negoziazione assistita*, nonché in [www.eclegal.com](http://www.eclegal.com), con nota di M. Ciccone, *Negoziato assistita familiare tra ADR e processo*), allorché i coniugi non intendano recepire le osservazioni del pubblico ministero, saranno tenuti a depositare un ricorso *ad hoc* per l'avvio del procedimento giurisdizionale, contenente la rinuncia ad avvalersi del procedimento di negoziazione. Come sottolinea B. Polisenò, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, cit., 184, nt. 106, nella stessa direzione muove il Tribunale di Bologna nelle cui linee guida è *apertis verbis* chiarito che la trasmissione determina l'attivazione di un ordinario procedimento di separazione consensuale, di divorzio o di revisione delle condizioni di separazione o divorzio già assunte.

78 Esclude l'instaurazione *ex officio* di un processo senza alcuna domanda di parte M. Bove, *Vie stragiudiziali per separazione e divorzio*, cit., secondo cui la «eufemistica «leggera» previsione certamente non possa essere intesa in un modo che si porrebbe in netto contrasto con principi fondamentali della giustizia civile».

79 Così Trib. Torino, 20 aprile 2015, in [www.eclegal.com](http://www.eclegal.com), con nota di M. Ciccone, *Negoziato assistita familiare tra ADR e processo*, cit., ove si legge che in caso di diniego del pubblico ministero nel concedere l'autorizzazione richiesta, la competenza demandata al Presidente non comporta una conversione della procedura e l'insaturazione di un giudizio ordinario di separazione, divorzio o modifica delle relative condizioni, ma introduce una procedura nuova e in parte atipica. Nel senso che il provvedimento finale assume la forma del decreto v. Trib. Palermo, 1° dicembre 2016, in *Merito extra*, n. 2017.505.1, che peraltro esclude la competenza del tribunale in composizione collegiale che dovrebbe pronunciare decreto di omologa, sentenza di divorzio o decreto di revisione: soluzione questa «che si scontra con l'assenza, fin dall'inizio, di una domanda giudiziale per cui pronunciare statuizione giurisdizionale decisoria e che finirebbe con il cancellare il ruolo dell'accordo di negoziazione che, invece, rimane centrale».

80 In senso fortemente critico, di *quintum genus* di separazione o divorzio su accordo (da aggiungersi alle ipotesi tradizionali, a quelle davanti al sindaco ai sensi dell'art. 12 della l. 162/2014 e a quelle contemplate dall'art. 6, per la negoziazione assistita senza figli o autorizzata dal pubblico ministero) parla F. Danovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: un'intricata pluralità di protagonisti*, cit., 1143.

81 L'utilizzo dell'espressione letterale «deve» fa propendere per la perentorietà del termine. A favore della natura ordinatoria dello stesso v. G.A. Parini, *La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 20605, che fa leva sull'art. 152 c.p.c., in base al quale i termini giudiziari si presumono ordinatori, in mancanza di specifica previsione contraria.

per la trasmissione al pubblico ministero<sup>82</sup> deve ritenersi, infatti, estesa anche alla fase successiva innanzi al Presidente, «*considerata una mera continuazione (eventuale) del procedimento che per definizione di legge, è degiurisdizionalizzato*»<sup>83</sup>.

La fase “presidenziale” pone all’interprete un’ulteriore questione problematica, attinente questa volta ai poteri delegati al Presidente: la norma non chiarisce se, a fronte del diniego del PM, egli possa solo invitare le parti ad uniformarsi alle valutazioni dell’organo requirente o se possa autorizzare l’accordo a condizioni diverse da quelle indicate. In tal senso militano ragioni di opportunità e di coerenza del sistema. Sarebbe da escludere in primo luogo che un organo giudicante debba ritenersi vincolato alle verifiche, superficiali e cartolari, dell’organo requirente. In secondo luogo non può non sottacersi che l’autonomia di valutazione da riservarsi al Presidente discende direttamente dalle più incisive attività cognitive a questi riservate dalla legge. Il tratto distintivo tra i due procedimenti è dato infatti dalla audizione delle parti, contemplata solo in relazione alla fase cd. presidenziale: in tale sede il Presidente potrà richiedere delucidazioni e potrà, sulla base delle indicazioni delle parti (e dei minori eventualmente ascoltati<sup>84</sup>) oltre che delle integrazioni anche documentali disposte, assumere liberamente qualsiasi giudizio di approvazione o disapprovazione dell’accordo.

In tal senso si orienta la giurisprudenza più recente<sup>85</sup> e la soluzione è ulteriormente rafforzata dalla lettura del testo finale del 18 gennaio 2017 elaborato della commissione di studio ministeriale incaricata di elaborare una disciplina organica di riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione presieduta dal Prof. Guido Alpa<sup>86</sup>. Ivi si auspica la riscrittura dell’ultima parte del 2° comma dell’art. 6 della l. 162/2014 che – più opportunamente – dovrebbe stabilire che il presidente del tribunale possa concedere *con decreto* l’autorizzazione *in luogo del pubblico ministero*<sup>87</sup>.

Ulteriore punto oscuro è rappresentato, nell’attuale regolamentazione, dalla configurabilità di un potere di impugnativa avverso i provvedimenti del pubblico ministero o del Presidente del tribunale. E’ lecito domandarsi se il pubblico ministero possa impugnare l’autorizzazione concessa nonostante il proprio dissenso o, ancora, se le parti possano esperire un reclamo avverso il provvedimento negativo in applicazione, in via analogica, degli artt. 739 e ss. c.p.c.

82 V. la Circolare ministeriale 15 giugno 2018, n. 121894. Già la Circolare ministeriale del marzo 2015 aveva escluso il pagamento del contributo unificato di iscrizione a ruolo di cui all’art. 9, decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, dovuto “per ciascun grado di giudizio” su richiesta di attività giurisdizionali delle parti al momento del deposito dell’accordo in vista del nullaosta o dell’autorizzazione. Nella medesima circolare, sempre in relazione al procedimento di negoziazione assistita, si esclude anche applicazione della sospensione feriale dei termini processuali di cui all’art. 1, l. 7 ottobre 1969 n. 742 «in coerenza con la natura del procedimento non giurisdizionale».

83 Così la Circolare ministeriale del 29 luglio 2015 che, in attesa dell’istituzione presso le singole Procure di un registro formale, auspica poi l’utilizzo in ogni segreteria giudiziaria di un registro di comodo contenente i dati essenziali di ciascun provvedimento di negoziazione assistita (e ciò anche per la fase (eventuale) di negoziazione assistita dinanzi al Presidente del tribunale «in quanto l’iscrizione nel registro informatico della volontaria giurisdizione falserebbe il dato statistico relativo alla tipologia di provvedimento in esame»).

84 Sebbene sul punto non si registri unanimità di vedute. In senso favorevole, in piena simmetria con quanto avviene nell’udienza presidenziale con le forme e le garanzie previste dagli artt. 336 bis c.c. e 38 bis disp. att. c.c., si esprimono F. Tommaseo, *La tutela dell’interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. e dir.*, 2015, 161 (secondo cui, peraltro, la mancata previsione di tale possibilità desta dubbi di legittimità costituzionale); A. Carratta, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, in *Giur. it.*, 2015, 1260, ma contra v., per tutti, M. Crescenzi, *La degiurisdizionalizzazione nei procedimenti di famiglia*, cit., §3. In senso dubitativo si pone A. Ronco, *Negoziazione assistita e accordi tra coniugi: il ruolo del pubblico ministero e del presidente del tribunale*, cit., 1406. Sulla possibilità che i figli maggiorenni partecipino alla procedura di negoziazione assistita, esercitando in questa sede un diritto che – come si è detto – è loro riconosciuto nei giudizi di separazione o divorzio v. F. Tommaseo, *La tutela dell’interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, cit., 163.

85 V. Trib. Torino, 13-05-2016, in *Fam. e dir.*, 2017, 236, con nota di A. Trinchi, *Negoziazione assistita per la separazione o il divorzio: tutela dei figli minori e poteri del presidente* e in *Giur. it.*, 2017, 2162 ss., con nota di F. Tizi, *Questioni varie in tema di negoziazione assistita in materia familiare*, secondo cui in materia di negoziazione assistita avente ad oggetto negozi compositivi di crisi familiare, la fase avanti al presidente è da ricondurre *lato sensu* alle forme del rito camerale e al giudicante deve riconoscersi autonomia di valutazione rispetto al diniego del pubblico ministero quanto alla portata delle condizioni della separazione o del divorzio o della modifica delle originarie pattuizioni, anche sulla scorta delle delucidazioni che le parti possono fornire comparendo personalmente in udienza. In termini analoghi v. Trib. Palermo, 1° dicembre 2016, cit. Nel senso che, pur dovendosi escludere la possibilità di autorizzare condizioni troppo differenti da quelle depositate alla Procura della Repubblica, pena, diversamente opinando, lo svuotamento della funzione che la normativa attribuisce a tale organo, al Presidente è demandato il riesame delle conclusioni cui il pubblico ministero è pervenuto con il proprio diniego che, in qualche caso, potrebbe risultare non fondato o anche solo non condivisibile alla luce di una più attenta considerazione della condizione e delle esigenze dei figli, v. Trib. Torino 20 aprile 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

86 Per indicazioni sui lavori si rinvia alla nt. 30. Sulla portata della proposta v. D. Ravenna, *ADR: le proposte della Commissione Alpa ed un’analisi dei risultati più recenti*, cit., 239 ss. e L.T. Cerizzi, *Commenti alla relazione della commissione di studio Alpa per la riforma della mediazione*, in *Contratti*, 2017, 243 ss.

87 Osserva che i problemi di carattere interpretativo meritano comunque di essere ridimensionati alla luce delle rilevazioni statistiche dalle quali si evince che i casi di trasmissione al Presidente appaiono esigui un pò in tutta Italia, B. Polisenio, *Profili di tutela del minore*, cit., 186. Si interroga, tuttavia, sulla ragione per cui il legislatore, piuttosto che prevedere due distinte procedure, una innanzi al pubblico ministero e l’altra innanzi al Presidente del tribunale, non abbia pensato di affidare il compito di autorizzare o non autorizzare l’accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita ad un’unica procedura con la presenza di entrambi i magistrati, M.P. CALOGERO, *Negoziazione assistita familiare: poteri del Procuratore della Repubblica e del Presidente del tribunale*, in *Giur. it.*, 2018, 2112.

L'assenza di indicazioni normative in tal senso lascia presagire la non impugnabilità di dette pronunce (si badi, della pronuncia, non già dell'atto negoziale con cui le parti compongono la lite, ma sul punto v. oltre) potendo i coniugi recepire le eventuali indicazioni del pubblico ministero in un nuovo accordo o non recepirle ed in tal caso, stante la chiusura della procedura, essi potranno liberamente intraprendere la strada della tutela giurisdizionale.

## L'EFFICACIA DELL'ACCORDO

Allorché l'autorità giurisdizionale abbia fornito il nullaosta o l'autorizzazione, l'accordo, trasmesso all'ufficiale dello stato civile per l'annotazione a margine dell'atto del matrimonio o per la sua trascrizione, produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziari che definiscono i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o divorzio<sup>88</sup>. A differenza di quanto accade in relazione al *Collaborative Divorce*, nella negoziazione assistita sono compiutamente regolamentate le sorti dell'accordo raggiunto privatamente dai coniugi e autorizzato dall'autorità giudiziale. Esso costituisce titolo esecutivo per le previsioni a carattere patrimoniale in esso contenute ed è idoneo anche a fondare l'esecuzione diretta contro il terzo.

Si tratta di un titolo esecutivo contenuto in un accordo privato che rientra nel novero della categoria "aperta" dei titoli esecutivi indicati nell'art. 474, comma 2°, n. 2 (ove si fa espresso riferimento agli altri «*atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva*») e che, in virtù di una lettura sistematica del codice di rito e della perfetta simmetria esistente tra l'art. 474 e l'art. 475 c.p.c., non necessita della formula esecutiva. L'art. 475 c.p.c. individua infatti soltanto alcune delle categorie dei titoli esecutivi menzionati dall'art. 474 c.p.c. per i quali è necessaria l'apposizione della formula esecutiva. In particolare l'art. 475 c.p.c. fa riferimento alle sentenze e agli altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria (richiamati dall'art. 474 n.1 c.p.c. primo periodo) e agli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli. Non si fa riferimento invece a "gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva", nel cui novero rientra l'accordo. Pertanto, la circostanza che l'art. 475 c.p.c., che indica quali titoli necessitino dell'apposizione della formula esecutiva non richiami "gli altri atti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva", fa sì che non sia necessario dover apporre la formula esecutiva per poter agire *in executivis*<sup>89</sup>.

Tale interpretazione è oggi suffragata dalla riscrittura dell'art. 12, comma 2°, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, modificato dall'art. 5, comma 4° *bis* della l. 162/2014, il quale prevede che l'accordo di conciliazione debba essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'art. 480, secondo comma, c.p.c. Pertanto, analogamente a quanto avviene per l'assegno e la cambiale, per dare esecuzione all'accordo di conciliazione sarà sufficiente riportare il tenore letterale dell'accordo nel corpo del precetto, unitamente alla dichiarazione di conformità da parte dell'ufficiale giudiziario, senza necessità di spedire in forma esecutiva il titolo.

L'accordo costituisce anche titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale senza necessità dell'autentica delle firme ad opera di un pubblico Ufficiale, al pari di quanto invece previsto in generale per la trascrizione dal comma 3° dell'art. 5.

Proprio tal ultima disposizione genera incertezze interpretative legate alla discrasia esistente tra il dettato di cui all'art. 5, in virtù del quale, nel caso in cui con l'accordo siano conclusi i contratti o compiuti gli atti per i quali la legge prevede il regime di pubblicità immobiliare, ai fini della trascrizione è necessaria l'autentica del pubblico ufficiale a ciò autorizzato e quello contenuto nell'art. 6 che espressamente equipara gli accordi ivi contemplati ai provvedimenti giudiziari.

88 In forza dell'art. 6, terzo e quarto comma, della l. 162/2014 cit., entro 10 giorni dal *placet* del pubblico ministero è infatti onere degli avvocati trasmettere copia dell'accordo all'ufficiale dello stato civile. Il deposito consente l'attivazione della procedura amministrativa volta all'annotazione dell'accordo a margine dell'atto di matrimonio, nonché la trascrizione dello stesso. L'inosservanza della trasmissione comporta una sanzione a carico dell'avvocato negligente che va dai 2.000 ai 10.000 euro. Nessuna sanzione o conseguenza è contemplata, invece, nel caso in cui vengano poste irregolarità dall'ufficiale dello stato civile nell'espletamento della procedura a lui delegata.

Sull'efficacia dell'accordo con riferimento allo scioglimento della comunione legale v. F. Tizi, *La nuova normativa sul divorzio breve: analisi della disciplina e aspetti problematici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 1079 ss. Più in generale, sulla natura dell'"accordo-risultato" S. Deplano, *Sul rapporto tra convenzione di negoziazione assistita dagli avvocati e «accordo che compone la controversia»*, cit., 1228 ss.

89 Analogamente a quanto accade in relazione al verbale di conciliazione e all'accordo ad esso allegato.

E' una questione non nuova che vede contrapposte le categorie professionali degli avvocati, da una parte, e quella dei notai dall'altra costantemente preoccupata di difendere il monopolio delle proprie competenze. Le pronunce finora edite si assestano su posizioni antitetiche.

A favore della trascrivibilità degli accordi anche in assenza di autentica del pubblico ufficiale si esprime quella giurisprudenza di merito che fa leva sulla specialità della disciplina dettata in relazione alla negoziazione familiare e sulla totale equiparazione dell'accordo in seno ad esso concluso ai provvedimenti giudiziali che definiscono i procedimenti in materia di separazione, divorzio e di modifica delle relative condizioni. In applicazione di una sorta di proprietà transitiva, si è detto, se le sentenze e le ordinanze dell'autorità giudiziaria, così come previsto dall' art. 2657 c.c., costituiscono titoli idonei affinché si possa procedere alla trascrizione presso la Conservatoria e se gli accordi di cui all'art. 6, comma 3° producono gli effetti e tengono luogo dei provvedimenti giudiziali in materia, ne consegue che essi sono idonei ad essere trascritti, *sic et simpliciter*, purché autenticati dai difensori delle parti ai sensi dell'art. 5, comma 2° e muniti del prescritto nulla-osta<sup>90</sup>.

Maggioritaria appare tuttavia l'opzione interpretativa avallata da chi, argomentando dalla intrinseca differenza esistenza tra l'accordo – che conserva la natura di negozio transattivo<sup>91</sup> – e l'atto promanante dagli organi giurisdizionali, dalla particolarità della materia relativa alla trascrizione e dagli interessi di natura pubblica sottesi alla sua disciplina, esclude che «una previsione dettata in modo non certo specifico ed anzi di natura generica, possa essere interpretata come una deroga ad un principio codicistico fondamentale del nostro ordinamento». In ossequio al brocardo *ubi lex voluit dixit*, del resto, se il legislatore avesse voluto far dipendere dal potere di autentica dei difensori delle parti anche la produzione degli effetti idonei a consentire la trascrizione dell'accordo nei registri immobiliari, avrebbe espressamente attribuito ai difensori tali specifiche pubbliche funzioni<sup>92</sup>.

## L'IMPUGNABILITÀ DELL'ACCORDO

A differenza delle proposte presentate dall'avvocatura, nulla il legislatore stabilisce in relazione all'impugnabilità dell'accordo. Solo l'art. 5, comma 4°, della l. 162/14 cit. specifica che costituisce illecito deontologico per l'avvocato impugnare un accordo alla cui redazione abbia partecipato, lasciando così presagire che le transazioni possano essere impugnate da altri legali<sup>93</sup>. Una disposizione questa che, sia pur vagamente, ricorda il *Disqualification requirement* del *Collaborative law* sebbene dettato qui più nell'ottica di assicurare il rispetto dei doveri deontologici a carico dei professionisti, che non in quella di favorire la fattiva collaborazione degli stessi alla procedura negoziale.

Potrebbe in via di prima approssimazione asserirsi che, trattandosi di accordi che si fondano sulla

90 Così Trib. Pordenone, 17 marzo 2017, in *Giur. it.*, 2017, 1601, con nota di P. Cardinale, *Sulla trascrizione di accordi di negoziazione assistita contenenti trasferimenti immobiliari*, in *Fam. e dir.*, 2018, 333 ss., con nota di A. Trinchi, *Negoziazione assistita per la separazione o il divorzio: tutela dei figli minori e poteri del presidente*, cit., 234, in *www.judicium.it*, 23 marzo 2017, con nota di S. Izzo, *L'accordo di negoziazione assistita in materia familiare può essere trascritto senza autenticazione delle sottoscrizioni*, in *Nuova gir. civ.*, 2017, con nota di A. Cardosi, *Sulla trascrizione degli accordi di negoziazione assistita in materia familiare*, 1163 ss. e in *Notariato*, 2017, 237 ss., con nota di F. Auletta, *Notariato e giurisdizione. La trascrizione dell'accordo di negoziazione per nulla osta del pubblico ministero: il caso Pordenone*. In senso analogo v. Trib. Roma, 17 marzo 2017 e 17 maggio 2016, ined., secondo cui gli avvocati delle parti sono gli unici soggetti abilitati dalla legge ad autenticare l'accordo raggiunto dai coniugi che si separano con lo strumento della negoziazione assistita.

91 Non essendo i controlli del pubblico ministero idonei a mutarne la natura, in quanto egli è chiamato dalla legge unicamente a verificare la regolarità della procedura onde assicurare l'effettività di tutela ai figli e al coniuge più debole, senza che possa spingersi a verificare l'autenticità delle sottoscrizioni o la regolarità dei trasferimenti immobiliari.

92 Così App. Trieste 30 maggio 2017, in *www.judicium.it*, 4 luglio 2017, con nota di S. Izzo, *L'autenticazione notarile delle sottoscrizioni è requisito essenziale ai fini della trascrizione dell'accordo di negoziazione in materia familiare*, che sconfessa Trib. Pordenone cit. escludendo che la *previsione di cui all'art. 6, comma 3°, che regola gli effetti della negoziazione assistita in materia familiare, possa costituire deroga alla previsione generale di cui all'art. 5, comma 3°*. In questo senso anche Trib. Genova, 8 aprile 2016, in *Foro it.*, 2017, I, 1776; Trib. Napoli, 29 gennaio 2016, in *Foro it.*, 2017, I, 1779 ed ivi per ulteriori riferimenti.

In dottrina in tal senso È. Fabiani, *Autenticità del titolo e trascrizione nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 50 ss., che fa leva sul principio di autenticità del titolo quale parte integrante e ineliminabile del sistema della pubblicità immobiliare; A. Todeschini Premuda, *La trascrizione degli accordi tra coniugi nell'ambito della negoziazione assistita*, in *Nuova giur. civ.*, 2018, 124 ss.; D. Dalfino, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, cit., 52; I. Zingales, *Art. 5 – Esecutività dell'accordo raggiunto a seguito della convenzione e trascrizione*, in *La nuova riforma del processo civile. Degiurisdizionalizzazione, processo e ordinamento giudiziario nel d.l. 132/2014 convertito in l. 162/2014*, a cura di F. Santangeli, cit. 91 ss.; G. Frezza, *"Degiurisdizionalizzazione", negoziazione assistita e trascrizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 18 ss. Ed in effetti, precisa B. Polisenio, *La procedura di negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, cit., 75, nt. 23, le linee guida diffuse dalle Procure della Repubblica si esprimono nel senso di ritenere che la sottoscrizione del processo verbale di accordo debba essere autenticata dal pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

93 Della bontà della disposizione dubita G. Trisorio Liuzzi, *La procedura di negoziazione assistita*, cit., 21 s., ben potendo verificarsi ipotesi di impugnativa dell'accordo che esulano dalla possibile condotta illecita del professionista (si pensi, ad esempio, al caso in cui siano stati scoperti nuovi documenti o sia stata rilevata la falsità degli stessi).

volontà delle parti e da queste sempre modificabili, i coniugi siano privi di interesse ad impugnare l'accordo da essi stessi voluto. In realtà, l'esperienza insegna che la volontà delle parti può essere viziata e che le norme giuridiche possono essere violate.

Riconosciuta quindi l'esperibilità di un rimedio, non sarebbe peregrino ipotizzare il ricorso all'impugnativa "processuale" da proporsi nelle forme dell'impugnazione esperibile avverso il provvedimento corrispondente. Se l'accordo tiene luogo e produce i medesimi effetti del provvedimento che «definisce» i procedimenti espressamente indicati, potrebbe ritenersi che il passaggio in giudicato serri ai coniugi la strada dell'impugnazione ordinaria lasciando percorribile unicamente quella dell'impugnazione straordinaria<sup>94</sup>.

La soluzione, che meglio risponde alle esigenze di celerità e sicurezza nei rapporti giuridici ed è in linea con l'intento deflattivo perseguito dalle novelle, giacché consente l'instaurazione di un solo grado di merito, non sembra tuttavia coerente con le scelte legislative operate in punto di efficacia dell'accordo. Dal tenore letterale del testo normativo si evince, infatti, che l'equipollenza dell'accordo ai provvedimenti giudiziari opera infatti solo sul piano degli effetti: esso, sebbene subordinato all'assenso dell'organo giurisdizionale, non muta i suoi aspetti tipologici e, quindi, la sua natura di atto negoziale e rappresenta espressione della capacità e della volontà dei coniugi di autodeterminarsi responsabilmente.

In ragione di ciò in dottrina è stata unanimemente riconosciuta l'ammissibilità dell'impugnativa negoziale per annullamento e per nullità nei casi in cui è ammessa l'impugnazione della transazione<sup>95</sup>, da proporsi nelle forme del giudizio ordinario di cognizione davanti al tribunale competente o anche in sede di opposizione all'esecuzione nel caso in cui l'accordo debba essere utilizzato come titolo esecutivo<sup>96</sup>.

Potrà allora sempre contestarsi la validità dell'atto con un'azione di impugnativa negoziale per vizi del consenso delle parti o con un'azione di nullità, per contrarietà alle norme imperative, alle norme di ordine pubblico, per illecità dell'oggetto o della causa o per essere stato l'accordo concluso per un motivo illecito comune, ecc.<sup>97</sup>.

Purché ne abbiano interesse, anche i terzi potranno esperire l'impugnazione: tra questi meritano di essere annoverati sicuramente i creditori o gli aventi causa di uno dei coniugi (o *ex* coniugi), compresi gli eventuali figli pretermessi dall'accordo<sup>98</sup>.

Esperita vittoriosamente l'azione di impugnativa negoziale è però tutta da chiarire la sorte dei diritti e dei rapporti regolamentati dall'accordo invalidato dagli organi giurisdizionali. Se l'accordo produce i medesimi effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziari pronunciati dal tribunale della famiglia, *quid est* allorché esso

94 Così, «per assurdo», G. Finocchiaro, *L'eventuale impugnazione dei patti conclusi*, in *Quotidiano, Enti locali e P.A.*, 11 dicembre 2014.

95 Tra i tanti v. D. Dalfino, *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, cit., 50; G. Trisorio Liuzzi, *La procedura di negoziazione assistita*, cit., 21 s.; M. Bove, *Vie stragiudiziali per la separazione e divorzio*, cit., 200, il quale, pur riconoscendo la possibilità che l'accordo sia dichiarato invalido o comunque privo di effetti, qualora posto in essere in violazione dei limiti che la legge ha posto al potere negoziale dei privati, distingue ipotesi in relazione alle quali la violazione della legge squalifica l'accordo da quelle per le quali la violazione della legge non è sanzionata con l'invalidazione dell'atto. Rientrano in quest'ultimo gruppo le ipotesi di violazioni dei doveri imposti agli avvocati: lungi dall'invalidate l'accordo le condotte eventualmente illecite dei professionisti non inficeranno l'atto, ma avranno valenza sul piano meramente disciplinare. Sull'impugnabilità all'accordo di conciliazione all'indomani dell'entrata in vigore del d. leg. 28/10, Id., *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. «decreto del fare»*, in *www.judicium.it*; Id., *L'accordo conciliativo*, in *Società* 2012, 82; D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, 461 ss.; R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2013, 266 ss.; F. Valerini, *L'efficacia esecutiva del verbale di accordo*, in Aa. Vv., *Corso di mediazione civile e commerciale*, 2012, 222 s., a cura di R. Tiscini; R. Caterina, *Natura e disciplina dell'accordo raggiunto dalle parti in sede di mediazione*, in *Giur. it.*, 2012, 234 ss.; in relazione invece al verbale di conciliazione *ex d. lgs. 17 gennaio 2003*, n. 5 v. G. Miccolis, *La conciliazione e la disciplina del nuovo processo introdotto con il d. legis. n. 5 del 2003*, 10 c., in *Riv. dir. civ.*, 2004, 20097 ss. V., infine, F.P. Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1213;

96 Sulla possibilità di ricorrere alle impugnative negoziali anche nelle ipotesi di accordi di separazione sottoposti ad omologazione o recepiti nella sentenza di divorzio, prevalendo l'elemento volontaristico che sorregge la dichiarazione negoziale dei coniugi sull'intervento dell'organo giurisdizionale (la cui attività, volta alla verifica delle compatibilità della convenzione alle norme cogenti ed ai principi di ordine pubblico, resta estranea al contenuto intrinseco dell'atto), v. Cass. 21 aprile 2015, n. 8096, in *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 7; 20 agosto 2014, 18066, in *Fam e dir.*, 2015, 357, con nota di C. Filaurio, *Gli accordi della crisi coniugale alla luce dell'interesse ad impugnare: una presa di posizione della giurisprudenza di legittimità*. Sulla questione anche E. de Belvis, *I rapporti tra simulazione e separazione consensuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11437 s. Per un'ampia analisi delle ragioni che inducono l'interprete a riconoscere l'esperibilità del rimedio dell'impugnativa negoziale, l'unica idonea a garantire alle parti le utilità della cognizione piena e a permettere anche ai terzi di suscitare un controllo da parte del giudice, ove necessario, I. Pagni, *Vizi del consenso e annullabilità della separazione consensuale omologata: lo sfuggente rapporto tra autonomia negoziale e controllo giudiziale*, in *Fam e dir.*, 2005, 508 ss.

97 Potrà sicuramente essere disposto l'annullamento dell'accordo entro 5 anni in caso di consenso viziato per errore, se uno dei coniugi ha mentito sulle proprie condizioni economiche, se sussiste un vizio che ha comportato la conclusione dell'accordo, in caso di accordo estorto con l'inganno o le false rappresentazioni, ecc. Per una analitica elencazione delle ipotesi che aprono il varco alla dichiarazione di nullità o all'annullamento dell'atto v. G. Trisorio Liuzzi, *La procedura di negoziazione assistita*, cit., 21 s.

98 Di modifica, non già di impugnazione, potrà discutersi in caso di figli sopravvenuti (si pensi alla separazione intervenuta dopo il concepimento), in caso di maggiorenni che abbiano raggiunto l'autosufficienza economica o, ancora, in caso di rilevanti modifiche delle condizioni economiche delle parti, ecc. Esclude la possibilità di invalidare l'atto stipulato in violazione dei diritti di figli M. Bove, *Vie stragiudiziali per la separazione e divorzio*, cit., 201, a parer del quale atto resta valido ed efficace, restando al figlio «dimenticato» il diritto al mantenimento da far valere nelle sedi giudiziarie utili.

sia invalidato? Il ripristino della situazione *ex ante* è sempre possibile?

Si pensi al caso in cui prima del fruttuoso esperimento della procedura di negoziazione sia stato emesso un decreto ingiuntivo nei confronti di uno dei coniugi. Potranno considerarsi consolidati gli effetti dell'ingiunzione? Ancora, si pensi al caso in cui sia stato oggetto di regolamentazione un diritto nei confronti del quale l'intervenuta prescrizione renda non più azionabile la tutela giudiziaria. Qualora gli accordi abbiano apportato modifiche a quelli stipulati in precedenza e recepiti nella sentenza di separazione o di divorzio<sup>99</sup>, l'assetto dei rapporti intercorrenti tra le parti dovrà tenere conto della reviviscenza delle sentenze poste nel nulla per effetto della legge sulla *deiurisdictio*?

L'eventualità di regolamentare la situazione ricorrendo nuovamente alla negoziazione assistita sembra in tali ipotesi fortemente compromessa: il conflitto tra le parti, alimentato dall'intercorso giudizio di impugnativa, lascia presagire che nessuno degli *ex* coniugi si impegni a cooperare con buona fede e lealtà per risolvere la controversia in via amichevole! Né, al fine di evitare distorsioni di tale natura, può ritenersi che l'efficacia dell'accordo resti subordinata all'inutile decorso del tempo prescritto dalle norme civilistiche per l'esperimento dell'azione di annullabilità. Soluzione peraltro nemmeno ipotizzabile in caso di vizi che consentano l'azione di nullità. Si tratta di una questione particolarmente spinosa, soprattutto in ragione delle molteplici ipotesi astrattamente configurabili che giustificano l'esperimento dell'azione di nullità o di annullamento e dell'assoluta assenza di indicazioni normative e giurisprudenziali.

In relazione alla prescrizione i problemi potrebbero trovare ridimensionamento argomentando dall'art. 8 della l. 162/2014, là dove è espressamente chiarito che «dal momento della comunicazione dell'invito o dalla sottoscrizione della convenzione si producono sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data è impedita la decadenza ma se l'invito è rifiutato o non è accettato nei termini la domanda può essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal rifiuto, dalla mancata accettazione del termine ovvero dalla dichiarazione di mancato accordo certificata dagli avvocati»<sup>100</sup>. In virtù di un'interpretazione letterale del dettato, lo svolgimento delle attività di negoziazione determina l'effetto interruttivo-sospensivo della prescrizione ai sensi l'art. 2943, 1° comma, c.c., effetto che dovrebbe perdurare sino alla vigenza dell'accordo frattanto perfezionatosi. Solo in ipotesi di intervenuta declaratoria di nullità e/o annullabilità dell'atto negoziale il termine, coerentemente, tornerà a decorrere cumulandosi con quello maturato, con riferimento ai diritti controversi, anteriormente alla procedura di negoziazione. Tanto, prescindendo dal riconoscimento espresso del diritto richiamato dall'art. 2944 c.c., quale condizione per l'operatività degli effetti interruttivi.

Analogamente, sul versante processuale, potrebbe ritenersi che l'avvio della fase di negoziazione valga a congelare i termini prescritti dal codice di rito per impugnare o per esperire opposizione, termini destinati a "rivivere" a far data dalla pronuncia giudiziale di invalidità dell'accordo.

Assai più delicate appaiono però le questioni attinenti allo *status*: si pensi al caso in cui l'*ex* coniuge abbia contratto nuovo matrimonio. A seguito di una pronuncia giudiziale di invalidità dell'accordo dovrà ipotizzarsi lo scioglimento del nuovo vincolo coniugale. E ciò con buona pace dell'interesse alla certezza degli *status*?

## IL NUOVO RUOLO DEMANDATO ALLA CLASSE FORENSE

Nella consapevolezza che la negoziazione assistita rappresenta una terza via per la gestione della disputa, alternativa sia al procedimento giudiziale sia alla mediazione, la procedura di nuovo conio presuppone un cambiamento paradigmatico del ruolo dell'avvocato<sup>101</sup>. Ciò è tanto più vero in relazione alla composizione del

99 Ad analoghe considerazioni giunge del resto la giurisprudenza di legittimità V., per tutte, Cass. 2015, n. 24621, in *Fam e dir.*, 2016, 747 ss., con nota di A. Carratta, *La Cassazione e gli accordi tra i coniugi in pendenza di giudizio di separazione*, con riferimento a una transazione avvenuta in pendenza di un appello proposto nei confronti di una sentenza di separazione, un giudizio d'appello poi estinto per inattività delle parti, evidentemente appagate del nuovo assetto dato ai loro rapporti patrimoniali dalla stipulata transazione. Ivi peraltro si precisa che l'accordo transattivo relativo alle attribuzioni patrimoniali dei coniugi, concluso tra le parti in occasione di un giudizio di separazione, ha natura negoziale senza necessità di essere sottoposto al giudice per l'omologazione.

100 Sulla portata della prescrizione che riprende quella contenuta nel d. leg. 28/2010 v. D. Dalfino, *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, cit., 43 s.; R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2013, 230 ss.; G. Impagnatiello, *La domanda di mediazione: forma, contenuti ed effetti*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 715; R. Martino, *La domanda di mediazione e i suoi effetti sostanziali*, in *Materiali e commenti sulla mediazione civile e commerciale*, Bari, 2011, 63 s.; G. Arieta, *La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento*, in *Corr. giur.*, 2011, 569.

101 Sulle sfide lanciate al ceto forense con l'avvento della degiurisdizionalizzazione da intendersi non come "esternalizzazione" o "privatizzazione"

conflitto coniugale: qui i *conditores* conferiscono alla classe forense un ruolo ancor più pregnante rispetto a quello ad essa accordato in relazione alla negoziazione assistita in generale. E' espressamente chiarito nell'*incipit* dell'art. 6, infatti, che la negoziazione assistita familiare presuppone la presenza di *almeno* un avvocato per parte. Si scommette in sostanza sulla professionalità e – perché no? – sulla sensibilità del ceto forense chiamato ora ad assistere le parti e a condurle fattivamente ad un accordo, da un lato, e a garantire la conformità dello stesso alle norme imperative e di ordine pubblico, dall'altro<sup>102</sup>. Le note prassi invalse tra i professionisti di tentare, con incontri deformalizzati tra coniugi, il raggiungimento di un accordo da sottoporre poi al vaglio del tribunale si evolvono.

Di fronte al pericolo che l'autonomia delle parti possa compromettere la tutela effettiva dei particolari interessi in gioco sono allora ascritti all'avvocato nuovi compiti. Il suo intervento nel ruolo di "calmiere" e di garante è enfatizzato, del resto, da diverse disposizioni – alcune di chiara matrice americana – contenute, sia pur in ordine sparso, nel testo di legge: si pensi ai doveri dei difensori, contemplati dall'art. 9, di comportarsi con lealtà e di tenere riservate le informazioni ricevute, ai doveri d'informativa enucleati nell'art. 6, al dovere di certificare l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative e di ordine pubblico, al divieto di impugnare l'accordo alla cui redazione ha partecipato ai sensi del comma 4° dell'art. 5, all'obbligo di trasmissione dell'accordo all'ufficiale di stato civile contemplato dal comma 3° dell'art. 6. Si pensi, ancora, ai limiti imposti dal diritto vivente al fine di assicurare l'immunità gestionale dell'avvocato e quindi: al divieto di autodifesa (in deroga all'art. 86 c.p.c.), al dovere di astensione imposto allorché alla negoziazione assistano due professionisti appartenenti allo stesso studio legale<sup>103</sup>, ecc.

Il legislatore italiano recepisce evidentemente alcune delle più importanti caratteristiche del diritto collaborativo americano: ci si riferisce in particolare agli obblighi informativi che gravano sugli avvocati, alle modalità di redazione della convenzione e ai doveri di riservatezza e segretezza. In piena simmetria con le garanzie che contraddistinguono l'*informal disclosure*, l'art. 9 della l. 162/2014 codifica l'obbligo degli avvocati e delle parti di comportarsi con lealtà e di tenere riservate le informazioni ricevute. E' espressamente chiarito che le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto, così come non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite coloro che partecipano al procedimento.

Non trova, invece, cittadinanza nella negoziazione il *Disqualification requirement*, sicché in caso di fallimento delle attività di negoziazione gli avvocati restano liberi di rappresentare le parti assistite fino a quel momento. Una soluzione che merita consensi e da cui traspare la fiducia riposta dal legislatore nei confronti dell'avvocatura: non è la minaccia della "squalifica" a responsabilizzarla e ad assicurare un suo più efficace intervento. Tutt'altro, se si considera che il divieto di rappresentanza e assistenza nel futuro giudizio contenzioso potrebbe in alcuni casi indurre i professionisti a stipulare accordi "a tutti i costi", anche in pregiudizio dei delicati interessi in gioco.

Inizia a vacillare lo stereotipo secondo cui tutti i mali della giustizia sono da ascrivere agli avvocati: essi, del resto, hanno interesse quanto le parti a risolvere la controversia insorta in tempi brevi! In quest'ottica l'unica nota stonata è rappresentata dalla mancanza di disposizioni che prevedano la possibilità di ricorrere al gratuito patrocinio per i non abbienti. Sebbene meriti di essere segnalato l'interessante disegno di legge S-2135 presentato al Senato, intitolato appunto "*Patrocinio a spese dello Stato nella procedura di negoziazione*

della giustizia, ma come apertura a strumenti che si affiancano alla giurisdizione per consentire maggiore e migliore efficacia della stessa, v. M.P. Lessi, *Cambiamenti e nuove possibilità per la professione forense*, in *Questione giustizia*, 2015, 1.

Nel senso che il ruolo del professionista assume ora colorazioni pubblicistiche pur non coincidendo con quello del pubblico ufficiale, v. D. Borghesi, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), § 11.

102 Precisa che, in considerazione della funzione sociale assunta dall'avvocato, egli, nella doverosa assistenza del padre o della madre, deve sempre anteporre l'interesse primario del minore e, in virtù di esso, arginare la micro-conflittualità genitoriale, scoraggiare litigi strumentali al mero scontro moglie-marito, proteggere il bambino dalle conseguenze dannose della lite, in particolare assumendo una posizione comune a difesa del minore e non assecondando diverbi fondati su situazioni prive di concreta rilevanza, v. Trib. Milano, 23 marzo 2016, in *Fam. e dir.*, 2016, 1151 ss., con nota di F. Danovi, *I doveri deontologici dell'avvocato nel diritto minorile e la giurisdizione forense*. Per ulteriori rilievi Id., *La giurisdizione civile e la nuova cultura della professione di avvocato*, in *Corr. giur.*, 2018, 333 ss.

103 Nel senso che la nomina da parte dei coniugi di avvocati appartenenti al medesimo studio legale deve essere censurata anche alla luce dell'art. 24 del nuovo Codice Deontologico forense il quale, al fine di evitare conflitto di interessi, contempla espressamente un dovere di astensione a carico di avvocati che siano partecipi di una stessa società di avvocato o associazione professionale, v. Trib. Torino, 13 maggio 2016, in [www.ordineavvocatifirenze.eu](http://www.ordineavvocatifirenze.eu). Sull'importanza di mantenere distinte le posizioni degli avvocati assistenti e di assicurare immunità gestionale del professionista rispetto al coinvolgimento emotivo e d'interesse dei due coniugi si esprime anche Trib. Palermo 25 marzo 2016, *ibidem*, ove si legge che l'avvocato non può separarsi con la negoziazione assistita senza ricorrere a un altro collega che lo rappresenti e difenda. L'inapplicabilità in tali ipotesi dell'art. 86 c.p.c., che regola la difesa personale della parte senza escludere le cause di famiglia, si legge nella parte motiva della pronuncia, è determinata dall'assenza di giudice terzo che gestisca i rapporti e decide del merito.



*assistita*», che promuove la riscrittura degli artt. 3 e 6 e che si aggiunge alle proposte presentate dalla commissione di studio ministeriale presieduta dal Prof. Alpa<sup>104</sup>, non è ad oggi assicurata alle parti che si affidano alla negoziazione assistita la possibilità di accedere al gratuito patrocinio per i non abbienti.

A differenza di quanto accade nella *procédure participative*, il compenso per l'opera professionale svolta dagli avvocati nel corso della procedura rimane a carico delle parti ed anzi, in virtù della stravagante disciplina di cui all'art. 3 della l. 162/2014, qualora la negoziazione costituisca condizione di procedibilità della domanda, all'avvocato non è dovuto compenso dalla parte che si trovi nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato<sup>105</sup>.

In relazione alla mediazione obbligatoria, è a tutti nota la *querelle* relativa alla possibilità di ricorrere al gratuito patrocinio allorché sia stato raggiunto l'accordo e non sia quindi stato necessario ricorrere all'autorità giudiziaria per comporre la controversie. In netta antitesi all'orientamento che riconosce siffatta possibilità a favore della parte in possesso dei requisiti reddituali richiesti<sup>106</sup>, si pone un altro filone interpretativo da ultimo avallato dal Tribunale di Roma che esclude l'applicabilità del patrocinio a spese dello Stato all'attività difensiva nei procedimenti di mediazione (anche) obbligatoria allorché si sia pervenuti all'accordo<sup>107</sup>. Le motivazioni addotte muovono dalla considerazione secondo cui il buon esito del procedimento non consente alle parti di rivolgersi all'autorità giudiziaria e quindi di instaurare la fase contenziosa: l'interpretazione letterale e restrittiva dell'art. 75, D.P.R. n. 115/2002, *Testo unico in materia di spese di giustizia*, limita infatti l'invocabilità delle norme in tema di gratuito patrocinio alla sola fase contenziosa in senso stretto e, sebbene la Consulta abbia nel tempo ampliato la nozione di attività giudiziale rientrandovi anche quella stragiudiziale che siano complementari e strumentali alla successiva azione giudiziaria e che siano svolte in virtù di un mandato alle liti<sup>108</sup>, detta attività può essere posta a carico dello Stato *solo unitamente* alla liquidazione delle spese per l'attività giudiziale effettivamente espletata.

Non è questa la sede per approfondire la questione in relazione alla mediazione facoltativa e obbligatoria o alla negoziazione assistita in generale. La sopra citata pronuncia del giudice capitolino offre però il destro per riflettere sulla disciplina invocabile per la negoziazione in materia familiare. In ragione della peculiarità del procedimento delineato dall'art. 6 della l. 162/2014, le argomentazioni lì addotte sembrano, infatti, condurre proprio alla diretta applicabilità del D.P.R. n. 115/2002 cit.: l'innesto obbligato, ai fini della validità dell'accordo concluso tra i coniugi, di una subprocedura innanzi all'organo giurisdizionale induce a ritenere soddisfatte le condizioni imposte dall'art. 75 del D.P.R. in parola ove testualmente si legge che «l'ammissione al patrocinio è valida per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le *eventuali procedure*, derivate ed accidentali, comunque connesse» e dalla giurisprudenza della Suprema corte. All'attività stragiudiziale strumentale dell'avvocato segue in effetti, qui, un'attività «giudiziale» di controllo della procura e/o del Presidente: il diritto al compenso del difensore a carico dell'erario, oltretutto connesso alla obbligatoria presenza di *almeno* un avvocato per parte e alla peculiarità degli interessi ivi sottesi, sembra così trovare un opportuno, seppur indiretto, riconoscimento normativo.

104 Ove si evidenzia che per rendere effettiva la procedura di negoziazione in tema di famiglia (dove, com'è noto, occorre l'assistenza di almeno un avvocato per parte) e per assicurare la pratica fruibilità anche ai non abbienti, è opportuno prevedere la possibilità di essere ammessi al patrocinio a spese dello Stato per accedere alla negoziazione, e ciò ad evitare che i non abbienti siano costretti a riversare sui tribunali la definizione di controversie che essi sarebbero disposti a risolvere attraverso la via convenzionale con l'assistenza di un avvocato.

La disciplina di dettaglio che si propone di introdurre (nell'ambito dell'art. 6 del decreto-legge n. 132 del 2014) prevede: che le condizioni per l'ammissione sono quelle stabilite dall'art. 76 del testo unico in tema di spese di giustizia; che competente ad accogliere o respingere la domanda è il consiglio dell'ordine del luogo in cui ha sede il tribunale che sarebbe competente per la relativa controversia; che, qualora il consiglio dell'ordine respinga o dichiari inammissibile l'istanza, questa può essere proposta al procuratore della Repubblica; che il procuratore della Repubblica è anche l'organo abilitato a liquidare il compenso all'avvocato (con provvedimento opponibile), entro i limiti, minimi e massimi, stabiliti da apposito decreto del Ministro della giustizia. Per ulteriori riferimenti sui lavori della Commissione v. nt. 67.

105 Sulla vessatorietà e la sospetta incostituzionalità della disposizione, che finisce col minare l'indipendenza e l'autonomia dei professionisti chiamati ad assumere un ruolo decisivo per il successo dell'istituto, si è espressa, in maniera unanime, la dottrina. V. G. Trisorio Liuzzi, *La procedura di negoziazione assistita*, cit., 12; D. Dalfino, *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, cit., 64; M. Marinaro, *Negoziazione: cala l'incostituzionalità*, in *Guida al diritto*, 2014, 49 s.; S. Chiarloni, *Sempre aperto il cantiere delle riforme del processo civile*, in Aa. Vv., *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio*, in *Giur. it.*, 2015, 1261., che peraltro rileva che gli avvocati difficilmente accetteranno la rappresentanza e la difesa a tali condizioni, con conseguente violazione del diritto di difesa della parte che non troverà un difensore disposto ad assisterla.

106 Trib. Firenze 13 dicembre 2016, in [www.processocivile.it](http://www.processocivile.it) che *apertis verbis* chiarisce che il gratuito patrocinio vale anche nella mediazione obbligatoria conclusa con l'accordo. Ancor più liberale è l'orientamento avallato da Trib. Ascoli, 12 settembre 2016, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it), secondo cui anche in caso di mediazione facoltativa, conclusasi nel caso di specie con esito negativo, è dovuto all'avvocato il compenso a spese dello Stato.

107 Trib. Roma, 11 gennaio 2018, in [www.eclegal.com](http://www.eclegal.com) con nota di E. Bertillo, *Procedura di mediazione obbligatoria e patrocinio a spese dello Stato*.

108 V. per tutte Cass. 19 aprile 2013, n. 9529, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Avvocato*, n. 280 e 2011, n. 24723, *id.*, Rep. 2011, voce *Patrocinio a spese dello Stato*, n. 13.

# A TEORIA DA AÇÃO DE CLASSE (CLASS ACTION)<sup>1</sup>

Owen Fiss<sup>2</sup>

As ações de classe possuem diversas possibilidades de uso, mas o mais persuasivo ocorre em situações em que há dano pulverizado – quando um direito público é violado e, embora os danos sociais sejam significativos, o impacto negativo em cada indivíduo é minúsculo. Em uma das mais proeminentes ações de classe nos Estados Unidos, a inicial alegava que um grupo de corretores da Bolsa de Valores havia conspirado para fixar preços violando o “*Sherman Antitrust Act*”.<sup>3</sup> Estima-se que o dano total causado tenha sido de aproximadamente US\$ 60 milhões. Contudo, o prejuízo suportado por qualquer indivíduo que tenha se utilizado do serviço destes corretores foi de apenas US\$ 70. A ação de classe permite que uma pessoa possa litigar em nome de todas as vítimas do ilícito, e, ao invés de reaver US\$ 70 – já que ninguém ajuizaria uma ação por um valor tão ínfimo – ter possibilidade de recuperar US\$ 60 milhões.

## REPRESENTAÇÃO SEM CONSENTIMENTO

A legitimidade para ajuizar uma ação de classe se baseia na possibilidade de se ter um indivíduo – o nominado autor ou parte presente – representando um grande número de indivíduos inominados – a classe. Para avaliar a validade dessa premissa é preciso diferenciar dois tipos de representação – representação por mandato e representação por interesse.

Representação por mandato requer um acordo de consentimento entre a parte representante e a parte representada. Isto ocorre quando um indivíduo – normalmente denominado mandante – indica outro para ser seu representante – denominado procurador ou mandatário. Em sistemas que adotam um regime de governo político-democrático, as eleições são o meio utilizado para a escolha dos representantes de um distrito eleitoral e o poder desses representantes se funda no consentimento. Isso não significa que todo e qualquer eleitor tenha votado naquele que foi eleito. A pessoa eleita é considerada, a partir de regras pré-estabelecidas, a representante de todo o distrito eleitoral. Sua autoridade está respaldada no consentimento daquela região, como unidade política, e constitui uma forma de representação mandatária.

Ao contrário, não há, nas ações de classe, qualquer vínculo de consentimento entre a parte representante e os membros inominados que compõem a classe. O próprio autor se indica para atuar como representante da classe e em condições de defender os interesses do grupo. Normalmente, membros da classe recebem notificação informando da pretendida representação, com a oportunidade de se retirar da classe. Contudo, isso não deve ser compreendido como uma vinculação consensual constituída entre os membros da classe e o autor da ação de classe. A inércia não pode ser considerada equivalente ao consentimento, especialmente quando há diversas explicações para tal comportamento.

É possível que alguns membros da classe não recebam a notificação. Aqueles que a receberam podem não tê-la compreendido. Parte dos que receberam e compreenderam podem ainda ter deixado de respondê-la em razão de problemas da vida cotidiana, como, por exemplo, porque os filhos ficaram doentes. Ademais, todo destinatário da notificação, ainda que tenha recebido, compreendido e tido tempo disponível, sendo capaz de respondê-la, pode ter se sentido desmotivado a se pronunciar em razão do valor – de apenas US\$ 70 – por ser tão diminuto. É verdade que, ao deixar de responder, esse indivíduo estará comprometendo não apenas este irrisório valor, mas também seu direito de processar os réus no futuro. Ao caracterizar a decisão nesses termos parece que

1 Texto traduzido para o português por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Professor Titular de Direito Processual Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e na Universidade Estácio de Sá (Unesa), e Carolina Paes de Castro Mendes, bacharelanda de Direito na Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro (PUC-RJ).

2 Professor Emérito da Universidade de Yale e autor de inúmeros livros e artigos, com formação em Dartmouth, Oxford, and Harvard

3 Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156 (1974).

os custos de não responder são altos e mais do que suficientes para que o indivíduo que receba a notificação tome as medidas necessárias para se proteger, mas isso não é verdadeiro quando se analisa a questão de forma pragmática – US\$ 70 ainda são US\$ 70. Portanto, seria desarrazoado tratar a inércia – a omissão em responder a notificação ou se retirar da classe – como consentimento com a representação oferecida pelo autor presente.

Alternativamente, é possível que se tente construir uma relação de consentimento entre o autor e os membros da classe ao se introduzir a ideia de consentimento hipotético: supõe-se que os membros da classe consentiriam com a representação se estivessem plenamente cientes da ação e das consequências com ela advindas. Eles têm algo a ganhar, se o autor for vencedor, e muito pouco a perder, em caso de insucesso. Essa colocação certamente é verdadeira. No entanto, consentimento hipotético não é o mesmo que consentimento.<sup>4</sup> Não há exercício do livre arbítrio ou escolha feita pelo indivíduo e, conseqüentemente, não há base na ideia de consentimento para vincular o membro individual da classe às consequências dos atos realizados pelo autônomo autor. Sendo assim, este não pode ser visto como um mandatário dos membros da classe: ele não pode pretender nada além do que representar os interesses da classe.

A ação de classe não é o único cenário no qual se verifica a representação por interesse, envolvendo, como se sabe, a auto-escolha. É possível encontrá-la nos fundamentos mais primitivos dos Estados Unidos como nação. Os indivíduos que se encontraram na Filadélfia no verão de 1787 elegeram a si próprios como representantes daqueles que moldavam a Constituição<sup>5</sup>. Representação por interesse ocorre em situações mais corriqueiras também, como na família – considere a autoridade dos pais em relação a seus filhos – onde permitimos que alguém fale em nome de um grupo – que atue como seu representante – embora os indivíduos representados não tenham consentido em serem representados por aquela pessoa. O mesmo vale para as universidades do país. Os líderes das universidades falam em nome de todos os interessados, incluindo alunos, o corpo docente e ex-alunos, ainda que aqueles que estão sendo representados não tenham consentido, em qualquer acepção da palavra, com a representação.

Evidentemente, há uma força moral intuitiva inerente à representação que se baseia no consentimento, que está ausente na representação por interesse. Uma vez estabelecida a relação de consentimento, não há necessidade de se apresentar qualquer justificativa adicional para tornar legítimo o poder do mandatário para vincular aqueles que representa. Já na representação por interesse, é preciso identificar um objetivo social relevante que deve ser promovido de modo a permitir que o declarado representante se pronuncie e, com isso, vincule todos aqueles que estão supostamente representados. Este requisito é manifestamente atendido nos exemplos aqui mencionados – para encontrar uma saída de um mecanismo constitucional estagnado e debilitante (os Artigos da Confederação), ou, como no caso das famílias ou universidades, para garantir um harmonioso e contínuo funcionamento de importantes instituições sociais. Nas ações de classe, há bons motivos para que se permita a representação por interesse em contextos de dano difuso. Potencializa-se a automotivação, ou, em palavras mais grosseiras, a ganância dos advogados particulares para servir ao propósito público, e, com isso, dar conteúdo prático à ideia do *private attorney general*<sup>6</sup>. Advogados particulares não iriam patrocinar uma causa de US\$ 70, mas não se pode dizer o mesmo se o valor almejado fosse de US\$ 60 milhões.

A ação de classe não é, de modo algum, o único método disponível para implementar direitos públicos em situações de dano disperso. Por exemplo, agentes públicos podem ser incentivados a litigar de modo a reforçar direitos públicos. Os defensores da ação de classe apontam para as diversas práticas que desafiam a dependência exclusiva em relação aos legitimados públicos para proteger o interesse público – corrupção, conflitos de interesse, limites orçamentais. Os que são favoráveis à ação de classe buscam proteger a sociedade dessas terríveis práticas e alcançar metas públicas ao capitalizar a iniciativa privada. É certo que iniciativas privadas podem ser realizadas por organizações civis, como a Sierra Club, que é fundada por doações beneficentes. Evidentemente, os partidários da ação de classe são gratos por esses esforços, mas, ao mesmo tempo, buscam outros caminhos para reivindicar o interesse público – que não estejam apoiados em doações beneficentes, mas na promessa de uma recompensa – não de US\$ 70 e sim de US\$ 60 milhões – que possa ser obtida em face dos supostos infratores. Os advogados do autor da demanda são a verdadeira força motriz por trás da ação de classe e receberão honorários com base

4 Ronald Dworkin, *The Original Position*, 41 U. Chi. L. Rev. 500, 519 – 33 (1973).

5 Bruce Ackerman, *We the People: Foundations 167-175* (1991).

6 Nos Estados Unidos, utiliza-se o termo “private attorney general” para se referir aos advogados que ajuízam ações consideradas de interesse público.

na indenização concedida à classe, isto é, nos US\$ 60 milhões, e não nos US\$ 70.

## AS RESPONSABILIDADES ESPECIAIS DO ÓRGÃO JULGADOR

Embora a representação por interesse seja uma forma viável de representação e a ação de classe deva ser permitida, uma vez que atende a importantes propósitos públicos, deve-se reconhecer que este mecanismo é suscetível de abuso. Ele pode excluir o direito de ação de inúmeros indivíduos que jamais tomaram conhecimento da ação, muito menos que estavam sendo representados nela. Essa ação de classe também pode se tornar, na visão do réu, coerciva, na medida em que permite a agregação de indenizações – potencialmente transformando uma demanda de US\$ 70 em um julgamento de US\$ 60 milhões. Na opinião do autor deste artigo, esses riscos não necessariamente inviabilizam o uso da ação de classe, mas reclamam fortes medidas de supervisão por parte do Poder Judiciário a serem tomadas caso a caso.

1. *A Superioridade da Ação de Classe.* O órgão judicial deve resolver se a permissão para o processo seguir com base em uma ação de classe proporcionaria vantagens sociais nítidas em comparação com a postulação lastreadas em diversas ações individuais. Isso provavelmente ocorrerá em situações de dano pulverizado. Nesses casos, questões comuns de direito e de fato são predominantes – tornando o modelo da ação de classe mais eficiente para o sistema jurídico. Outrossim, optar pela ação de classe torna o litígio mais viável do ponto de vista econômico posto que o dano para cada indivíduo é bastante pequeno, enquanto as indenizações potencialmente agregadas são muito mais expressivas<sup>7</sup>. Em alguns casos, como, por exemplo, naqueles envolvendo produtos farmacêuticos, uma ação individual poderá ser possível na prática – os danos individuais excedem US\$ 100,000 – mas as questões em comum ainda seriam predominantes e os gastos dos réus podem ser impressionantes a ponto de contribuir para um grave desequilíbrio de poder entre as partes. Nessas hipóteses, um senso elementar de justiça justificaria as agregações de indenizações e o prosseguimento na forma de ação de classe.

2. *Representação Adequada.* O juiz também deve examinar se o autor representa adequadamente a classe. Na verdade, essa aferição se voltará mais para a qualidade dos advogados que estarão patrocinando o autor e a classe que este almeja defender. O juízo deve determinar se os advogados possuem a experiência e habilidades necessárias para apresentar de modo efetivo os fatos e o direito. Além disso, deve aferir se há algum conflito de interesse capaz de limitar ou atenuar a defesa dos advogados. O juízo é responsável, ainda, por decidir sobre os honorários advocatícios. Em quanto devem ser fixados? Normalmente, os honorários são estabelecidos por acordo entre o advogado e seu cliente, mas, dada a limitada natureza do interesse econômico do autor na ação de classe e o risco inerente à sua própria auto-indicação – processo no qual os advogados têm um papel crucial – a análise independente pelo juiz é essencial para garantir que uma justa parcela da indenização obtida no processo seja distribuída entre os membros inominados que compõe a classe.

Antes de tomar a decisão sobre a adequação da representação do autor e seus advogados, o juiz deve determinar que uma notificação seja enviada para os membros da classe informando sobre a pendência do processo e os intimando a expressar eventuais objeções à representação. Essa notificação pode ser realizada de diversas formas: anúncio no jornal, publicação em quadro de avisos públicos ou por meio de cartas individualmente enviadas para todos ou alguns membros da classe.

Ao elaborar esta notificação, o juízo deve ser claro quanto ao seu propósito. A notificação não é uma tentativa de criar uma relação de consentimento entre a classe e o autor, ao permitir a possibilidade de auto-exclusão (ou inclusão) no processo. Fosse esse o objetivo, seria necessário enviar uma notificação para cada membro de toda a classe. Ao contrário, o propósito da notificação é colher as informações fundamentais para o juiz poder apurar se o nomeado autor é um representante adequado da classe. Por esse motivo, a notificação individualmente enviada pode ser seletiva, ou até aleatória; deve ser dirigida àqueles que são mais prováveis de fornecer ao órgão judicial as informações imprescindíveis para a respectiva decisão.

A resposta de alguns membros da classe à notificação pode tenazmente objetar a representação oferecida. O juízo pode indeferir as objeções e permitir o prosseguimento do processo como ação de classe, assumindo

7 No direito norte-americano, as ações de classe estão nominalmente disponíveis para representar réus, mas são especialmente problemáticas porque envolvem a nomeação de um representante pelo autor (o adversário da classe). Ações de classe são permitidas também em casos em que o remédio legal é uma medida inibitória ao invés de reparatória, mas, pelas razões explicadas no “The Class Action Rule, Notre Dame Law Review, 1419, 1431-33 (2003) (com John Bronsteen)”, as ações de classe não são o meio apropriado nessas hipóteses.

que já foi decidido ser este meio melhor que o individual. Apenas objeções pertinentes à representação pelo autor (por exemplo, que há conflito de interesse) podem ser consideradas, e, nesse momento processual, isso será um ônus para aqueles que pretendem seguir adiante com esta objeção específica.

Se o impugnante for incapaz de sustentar tal encargo e a objeção de adequação da representação for indeferida, o juiz ainda tem poderes para permitir que a pessoa se exclua da ação. Porém, o juiz pode considerar que a eventual permissão de *opt-out* do impugnante poderia implicar prejuízo na capacidade do automeado autor em prosseguir com a ação de classe e, nessas circunstâncias, o juiz estaria autorizado a negar ao oponente a possibilidade de exclusão. Não há razão para se conferir ao indivíduo um direito que não foi conferido aos membros da classe que não receberam, não compreenderam ou não estavam em condições de responder a notificação.

Por outro lado, reconhecendo o caráter anômalo da representação por interesse, o juiz pode permitir que o impugnante participe ou intervenha no processo – não com a intenção de destituir o nomeado autor de seu papel representativo, mas como uma forma simples de permitir que a pessoa que apresentou uma objeção à representação possa falar em seu próprio nome. Uma coisa é suportar a representação por interesse porque atende a um importante fim público, outra é permitir que um designado autor, que só adquiriu poderes por auto indicação, possa falar em nome de alguém que não quer ser representado por ele.

3. *Chance razoável de Sucesso.* Além de estabelecer que a tramitação como ação de classe é melhor do que a individual e de verificar se o autor designado representa adequadamente a classe, o juiz deve fazer um juízo preliminar do mérito. Mais especificamente, ele deve considerar se o autor tem uma chance razoável de sucesso. Embora esse juízo apenas ocorra após os dois primeiros – da superioridade da ação de classe frente à individual e da adequação da representação – esta apreciação deve ocorrer antes que o juiz permita o início da fase probatória e do julgamento.

Uma das características mais notáveis do sistema processual norte-americano é que permite o empoderamento de um indivíduo para comandar o poder do Estado simplesmente ao protocolar um pedaço de papel – uma inicial – que alega que o juízo tem competência e que o réu violou um dever legal em relação ao autor. (O indivíduo sequer precisa jurar serem verdadeiras as alegações fáticas contidas na inicial.) Uma vez protocolada a inicial, exige-se que o réu se apresente e responda de uma forma ou de outra. Deixando de se manifestar, o processo correrá sob sua revelia e o Estado estará pronto para condená-lo ou executá-lo.

Uma indagação que poderia ser feita, entretanto, é se este regime deveria ser modificado quando o indivíduo supostamente lesado não quer representar apenas a si mesmo e seus interesses, mas os interesses de um vasto número de pessoas que permanecem inominadas e, possivelmente, desconhecidas. A minha inclinação é de não negar ao autor o direito de dar início a uma demanda no contexto de uma ação de classe, mas condicionar o seu direito de prosseguir à fase de instrução e julgamento à demonstração de que possui uma razoável boa chance de sucesso no mérito. Tendo em conta a agregação de indenizações inerente à ação de classe, considero que os réus possuem direito a este grau mínimo de proteção.

A análise preliminar do mérito é análoga à realizada nos procedimentos de concessão de medidas liminares. Uma medida liminar é uma determinação judicial, levantada no processo antes da apreciação final de mérito, que concede uma tutela para a parte requerente, enquanto pendente o processo. Aquele que requer a concessão de uma tutela de urgência deve demonstrar, entre outros, a probabilidade do sucesso do seu direito no processo. Em razão da necessidade, a parte requerente precisa se socorrer de métodos rápidos e eficazes de exposição – breves considerações de direito e declarações de pessoas que poderão ser posteriormente chamadas como testemunhas. Esses métodos podem ser utilizados na aplicação da norma especial que estou propondo para ações de classe.

Existe, é claro, o risco de que a decisão preliminar sobre a razoável chance de sucesso do autor influencie as fases subsequentes do processo, notadamente, o julgamento do mérito. Todavia, aprendemos a viver com os riscos das tutelas de urgência, algumas vezes, por exemplo, ao designar dois diferentes juízes para o caso, um para a tutela de urgência e outro para o julgamento do mérito. Técnicas como essa podem ser empregadas em ações de classe também, onde a equidade e imparcialidade requerem medidas adicionais para a proteção do réu.

## LIMITANDO O ESCOPO DOS ACORDOS

A teoria da representação em ações de classe – representação por interesse – tem sido indicada por impor responsabilidades especiais ao órgão judicial antes que este possa certificar uma ação como de classe e permitir

que se prossiga à fase probatória e ao julgamento. O juiz deve decidir se a ação de classe possui nítidas vantagens sociais (quando em comparação com uma ação individual) e se o autor é um representante adequado da classe, bem como se o mesmo possui razoáveis chances de sucesso no mérito. Considero também que um devido cuidado com o caráter anômalo da representação por interesse – em particular, que este não implica em consentimento dos representados – põe em questão uma prática muito empregada em ações de classe: o acordo. Em outras oportunidades, tenho arguido contra os acordos com base na teoria de que não se deve confundir justiça com paz<sup>8</sup>. Aqui, a minha preocupação com o acordo é mais limitada, e está vinculada ao método único de representação utilizado na ação de classe.

Em um processo judicial ordinário, autor e réu frequentemente adentram negociações e, como resultado disso, chegam a um acordo: o réu irá oferecer ao autor certa quantia de dinheiro para desistir da demanda e prometer não postular novamente. Se o autor aceita esta proposta, dizemos que o caso foi acordado, e assumimos que, por força dos princípios contratuais, o caso está totalmente resolvido. Em uma ação de classe, o autor também pode aceitar o acordo, mas, neste contexto, não será apenas com a intenção de resolver sua própria pretensão, mas também a de todos os membros da classe.

Se uma ação de classe é certificada pelo juízo – as três questões preliminares que tenho mencionado foram apreciadas em sentido favorável ao processamento – e se o caso vai para julgamento, o resultado deste julgamento será vinculante para todos os membros da classe – independentemente se o nomeado autor é vencedor ou vencido. Os membros da classe não terão direito de mover uma ação judicial contra o réu novamente, seja individual ou de classe. Esse efeito preclusivo nasce do direito – das provas de fato e das considerações de direito que são declaradas pelo juiz como fundamento do julgamento. Um acordo, no entanto, não surge da adjudicação, mas, como qualquer contrato, se forma a partir do consentimento das partes, e que, como argumento, necessariamente limita o escopo do efeito preclusivo do acordo no contexto das ações de classe.

Um acordo é simplesmente um contrato e, como qualquer outro, apenas vincula aqueles que tenham consentido. O acordo vincula o autor que negociou o pacto e o aceitou, mas não pode, por força do direito obrigacional, vincular os membros inominados da classe, uma vez que estes nunca concordaram em se tornar parte no processo, de serem representados pelo nomeado autor ou com o próprio acordo. Em alguns casos, o acordo pode ser homologado por um pronunciamento do órgão judicial. Nesses casos, o juízo deverá declarar o que se refere a um acordo judicial, mas, como a denominação indica, a autoridade deste pronunciamento deriva não de uma adjudicação, mas do consenso das partes. O juiz não terá autoridade para vincular terceiros a um pronunciamento judicial que está lastreado em nada além do consentimento. O juiz é um agente público e a sua decisão deve se basear em um julgamento e nas provas e conclusões jurídicas que emergem de um julgamento.

Não importa que o juiz tenha determinado no início do processo que o nomeado autor era um representante adequado da classe. Essa avaliação permite que o autor prossiga à fase probatória e ao julgamento, mas não o autoriza a firmar acordos que vinculem terceiros – os inominados membros da classe. Para decidir sobre a adequação da representação, o órgão judicial deve requerer que todos os membros da classe sejam notificados. Alguns podem ter respondido à notificação, requerendo seu ingresso no feito, e, deferido o pedido, esses indivíduos tornam-se partes, podendo intervir nas negociações do acordo, de modo que estarão vinculados, por força dos princípios das obrigações e contratos, ao acordo firmado. Quanto aos demais membros da classe – aqueles que nunca receberam a referida notificação ou não a compreenderam ou, por motivos razoáveis, decidiram não tomar nenhuma medida – não se deve presumir que houve qualquer autorização implícita para o autor contratar em nome deles.

Uma vez alcançado o acordo entre o autor e os réus, o direito norte-americano exige que o juízo verifique se o acordo é justo. Como prelúdio desta aferição, o juiz deve determinar uma segunda notificação aos membros ausentes. Essa segunda notificação irá informá-los da proposta de acordo e dar a oportunidade aos notificados de objetar o acordo (*opt out*) ou de manifestar, positivamente, a sua concordância (*opt in*). Aqueles que optarem pela inclusão (*opt in*) estarão vinculados ao acordo, uma vez que aquiesceram com a vinculação. Já os membros inominados da classe que optarem pelo direito de exclusão compõe uma categoria diferente. O mesmo vale para aqueles que não responderem à notificação, mesmo que tenham recebido e entendido o comunicado. O contrato não pode vincular uma pessoa simplesmente porque esta recebeu uma carta e deixou

8 Contra La Conciliación, in El derecho como razón publica, 127 (2007).

de respondê-la. O elemento da vontade no acordo em ações de classe se dá da mesma forma que em qualquer outro contrato – pela assinatura de uma linha pontilhada.

Seguindo-se esta segunda rodada de notificação, o órgão judicial deve, de acordo com a legislação norte-americana, realizar uma denominada “*fairness hearing*” (audiência de equidade) e aprovar o acordo tão somente se nesta audiência restar verificado que o acordo é justo, razoável e adequado.<sup>9</sup> Esta audiência acerca da justiça da proposta não preenche o vazio conceitual criado pelo silêncio dos membros inominados da classe. Quando o juízo se pronuncia sobre o mérito de um caso, os argumentos legais e as provas produzidas por ambas as partes são levadas em consideração para que se determine a solução legal aplicável. Quando o juízo avalia um acordo, entretanto, as escolhas das partes no processo de negociação são respeitadas, não se exercitando o julgamento independente sobre a demanda. A essência da decisão é verificar se o acordo é manifestamente injusto. Esta avaliação sobre justiça circunscreve as opções disponíveis para as pessoas que estão negociando – o nomeado autor e o réu acompanhados de seus advogados – mas o efeito vinculativo decorre do acordo de vontade daqueles que negociaram, e não da adjudicação ou do devido processo legal.

A regra que este autor propõe – negando o efeito preclusivo dos acordos sobre as pretensões dos membros inominados da classe – torna o acordo menos atrativo aos réus, pois estes não poderiam usá-lo para se resguardar de eventuais ações ajuizadas no futuro pelos membros inominados da classe. De modo semelhante, o acordo seria menos atrativo aos autores. O universo de pessoas representadas seria reduzido, assim como a fatia do bolo – a quantia de dinheiro – que o nomeado autor iria receber e, com isso, reduziria o valor que os advogados do autor iriam receber a título de honorários, independentemente se estes são determinados pelo critério da contingência ou se foram acordados com o autor.

É assim que deveria ser. Em que pese o acordo seja capaz de preservar as disponibilidades do Poder Judiciário e das partes, ele tem levado a espinhosos problemas no contexto das ações de classe. Um problema surge do fato de que, uma vez alcançado um acordo entre o autor e os réus, nenhuma parte irá se opor categoricamente à adequação do acordo. Haverá uma lacuna de contraditório. Não obstante os membros ausentes da classe tenham razões para se opor, vale lembrar que, no contexto dos danos pulverizados, deve-se presumir que a parcela de cada um é tão minúscula ou pequena que levaria à passividade.

Um segundo problema surge dos riscos excepcionais causados aos réus pela acumulação de danos permitida pela ressaltada teoria da ação de classe – a auto eleição e a representação por interesse. Em razão da acumulação de danos, os réus se queixam que acabam sendo obrigados a firmar acordos em ações frívolas ou totalmente improcedentes simplesmente porque as consequências seriam demasiadamente grandes caso fossem para julgamento e perdessem. Contudo, se a coisa julgada fosse como o autor deste artigo sugere, os autores teriam incentivo menor de ajuizar ações de classe baseadas em direito fraco. Julgamentos são custosos e os advogados do autor, que provavelmente recebem honorários pelo critério da contingência, investiriam seu tempo e cobririam os custos da fase probatória e do julgamento apenas se tivessem uma chance razoável de ganhar.

## O FUTURO DAS AÇÕES DE CLASSE

A ação de classe é uma maravilha a ser mantida. Representa a moderna adaptação de um antigo procedimento.<sup>10</sup> Trata-se de um instituto que visa aproveitar a motivação e a energia privada para servir a nobres interesses públicos. Nos Estados Unidos, deram vida – econômica – à ideia de “private attorney general” e desempenhou importante papel na efetivação de uma grande variedade de normas públicas. Algumas envolvem antitruste, outras buscam proteger consumidores da sobrecarga de bancos e empresas de crédito, podem envolver ainda o meio ambiente ou até possíveis pedidos relacionados à discriminação racial ou sexual.

Todavia, não se pode apenas admirar este instituto e sua promessa de reforçar o cumprimento de normas públicas. É necessário reconhecer que é propício ao abuso. Deve haver uma avaliação crítica e, como juristas, devemos separar o bom do ruim. Assim, e apenas então, a ação de classe será capaz de responder ao apelo da justiça e alcançar grandes propósitos públicos.

9 Federal Rule of Civil Procedure 23 (e) (2).

10 Stephen Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action* (1987).

# LA TUTELA D'URGENZA E LE RIFORME PROCESSUALI ITALIANE

**Paolo Biavati**

Ordinario dell'Università di Bologna

Sommario. 1. – Introduzione. 2. – L'emergere nella prassi delle misure d'urgenza. 3. – L'impegno della dottrina. 4. – La riforma del 1990 e i suoi adeguamenti successivi. 5. – La tutela d'urgenza nel processo amministrativo e in quello tributario. 6. – Alcuni problemi aperti. 7. – Le ragioni di una buona riforma.

1. – L'occasione che ci viene offerta da questo convegno è particolarmente preziosa<sup>1</sup>. Il confronto fra la recentissima riforma brasiliana e le ripetute ed interminabili riforme italiane ci permette di verificare due diverse modalità di adeguamento del sistema processuale alle esigenze della società: da un lato, una nuova codificazione completa e, dall'altro lato, una serie di interventi, non di rado occasionali e in più di una volta rapidamente rinnegati dopo che la prassi concreta ne aveva decretato l'inadeguatezza.

Il tema che mi è stato assegnato – la tutela d'urgenza – si colloca, in questo quadro, in una luce particolare. Infatti, a differenza di quasi tutti gli altri settori della nostra materia, l'ambito normativo di cui sono chiamato ad occuparmi, dopo la riforma del 1990 e dopo alcuni utili aggiustamenti, è rimasto indenne dalla pioggia di misure modificative dell'ultimo lustro. In un incontro sul tema delle riforme, mi piace indagare sulle ragioni di questa eccezione.

In particolare, penso che si possa dire che la riforma del 1990 ha dato buona prova di sé e che è stata una buona riforma<sup>2</sup>. E' interessante capire perché.

2. – Al riguardo, occorre partire dal dato storico della crescita esponenziale del peso della tutela cautelare a partire dalla decade degli anni Settanta del secolo scorso. In specie, si tratta di riflettere sullo sviluppo pratico di una norma come l'art. 700 del codice di procedura civile italiano, introdotta nel codice del 1942 e rimasta invariata nel tempo<sup>3</sup>. Senza addentrarmi in analisi che non mi competono, è certo che erano anni di radicale trasformazione della società italiana, che entrava in modo tumultuoso nella fase della postmodernità. Emergevano nuovi diritti e nuove attese, che toccavano il mondo sindacale, la preoccupazione per l'ambiente, la parità fra i sessi, la partecipazione politica.

A poco a poco, i giudici civili si resero conto di avere nelle mani uno strumento duttile ed efficace per veicolare attese non adeguatamente protette dal rito ordinario: i provvedimenti di urgenza regolati dall'art. 700 c.p.c. Nello stesso tempo, norme come gli artt. 18 e 28 dello statuto dei lavoratori aprivano frontiere di intervento fino a quel momento sconosciute. Fu così che le misure cautelari, presenti nel codice ma oggettivamente marginali anche negli studi della dottrina, cominciarono ad assumere un rilievo straordinario.

Non voglio, con queste parole, dare l'impressione che quella fosse un'età dell'oro della giustizia italiana. Le forti connotazioni ideologiche alla base dell'impiego dei provvedimenti di urgenza ne facevano talvolta

---

1 Questo scritto riproduce, con adattamenti, la relazione svolta a Roma il 27 novembre 2015 al seminario internazionale "Sistemi processuali a confronto: il nuovo codice di procedura civile del Brasile tra tradizione e rinnovamento". Mi pare quindi particolarmente indicato a ricordare Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira.

2 SASSANI (*Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *I Colóquio Brasil-Itália de Direito processual civil*, Salvador Bahia, 2016, p. 381 ss., spec. 393) concorda con questo giudizio, pur esprimendo perplessità sull'efficacia pratica della riforma.

3 A questo istituto di tutela atipica, il manuale di Francesco Carnelutti, nell'edizione del 1941, dedicava dieci righe (CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Roma, 1941, p. 41); quello di Enrico Redenti nella ristampa della seconda edizione del 1957, saliva a quasi una pagina e mezzo (REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, 2<sup>a</sup> ed., rist., Milano, 1957, p. 94-96). Il maestro bolognese così si esprimeva: "L'impiego di questi provvedimenti atipici, di recente introduzione, resta tuttavia scarso e sporadico, il che sta a dimostrare come nei più dei casi bastassero ai reali bisogni della pratica i provvedimenti tipici tradizionali" (*op. cit.*, p. 94).



uno strumento più da temere che da applaudire e l'idea di una giustizia di parte (schierata, cioè, a fianco di una data parte politica) iniziò a farsi largo nella coscienza sociale, con conseguenze che, con modalità e toni diversi, durano tuttora. Anzi, la dottrina prese ad interrogarsi su quali forme di correzione fossero necessarie per rendere la tutela d'urgenza, affidata fino ad allora a norme piuttosto scarse, un metodo di giustizia meglio verificabile e quindi socialmente più accettato.

I punti chiave erano essenzialmente due. Il primo era la separazione fra il giudice dell'urgenza, che per l'art. 700 c.p.c. era il pretore, e il giudice del successivo giudizio di merito, che era normalmente il tribunale. Il secondo punto era dato dall'impossibilità di impugnare immediatamente il provvedimento d'urgenza, che rimaneva efficace fino alla sentenza di merito, che, all'epoca, doveva intendersi come sentenza di secondo grado. Proprio la forte discrezionalità con cui non di rado i pretori maneggiavano i provvedimenti d'urgenza rendeva indispensabile il contrappeso di una verifica da parte di un diverso magistrato.

E' interessante notare (e riprenderò questo aspetto più tardi) che gli operatori pratici, a quell'epoca, invocavano una riforma, lamentando i problemi che la lacunosa normazione esistente forse non provocava, ma certamente non impediva<sup>4</sup>.

Il legislatore non era sordo a queste esigenze. Il disegno di legge delega approvato dal Consiglio dei ministri l'8 maggio 1981 si poneva l'obiettivo di affrontare la questione, rilevando come "altro sintomo del crescente disagio avvertito dagli operatori pratici del processo civile è costituito dalla sempre maggiore diffusione dei procedimenti d'urgenza, procedimenti cautelari atipici, contemplati dall'art. 700 ss. c.p.c., che da strumenti eccezionali di tutela preventiva e provvisoria tendono a trasformarsi in procedimenti anticipatori della decisione definitiva, la quale, intervenendo dopo lungo lasso di tempo perde ogni efficacia soddisfattiva della situazione sostanziale"<sup>5</sup>. Va detto che la soluzione inizialmente immaginata era quella di affiancare un procedimento sommario a contraddittorio necessario ad un modello unitario di procedimento cautelare.

3. – La decade degli anni Ottanta fu particolarmente ricca di studi e di dibattiti su questi aspetti, dando luogo a importanti lavori monografici<sup>6</sup>.

Non si trattò – è bene rilevarlo – di un tema che attraeva l'interesse di singoli studiosi, seppure numerosi e qualificati: in realtà, si trattò di uno sforzo collettivo, che, in una polifonia di contributi diversi, manifestò a chiare lettere un bisogno di riforma.

Mi riferisco, ad esempio, al XV° convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, che si svolse a Bari nei giorni 4 e 5 ottobre 1985. E' sempre prezioso rileggere, a distanza di tempo, gli atti di questi convegni, che marciano la storia della nostra disciplina. Lo è particolarmente nel caso dell'incontro barese, perché i relatori di spicco che si alternarono al tavolo cercarono di apportare, *de iure condito*, soluzioni convincenti per risolvere le difficoltà che erano sotto gli occhi di tutti<sup>7</sup>. Ebbene, tutte quelle relazioni, pure lucide e di notevole spessore, finivano per cozzare contro un dato normativo che non consentiva di risolvere pienamente i due grandi problemi del collegamento fra il giudice dell'urgenza e quello del merito e dell'impugnabilità delle misure urgenti. Non restava che domandare a gran voce una modifica legislativa.

In effetti, l'Associazione incaricò Giovanni Fabbrini, Andrea Proto Pisani e Giovanni Verde di preparare un progetto di riforme urgenti, che, fra l'altro, toccavano il profilo della tutela cautelare. Il progetto fu presentato e discusso in un incontro di studio a Modena il 14 giugno 1986. Il testo, per ciò che riguarda il procedimento d'urgenza, ha avuto una decisiva influenza sulla riforma del 1990, che ne riproduce la struttura e in più punti il dettato normativo<sup>8</sup>.

4 Fra i molti, v. M. FINOCCHIARO, *Usi ed abusi dell'art. 700 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2117 ss.

5 Si tratta del c.d. progetto Liebman, pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 645 ss. (il passo citato è riportato a p. 646).

6 Cito, fra gli altri, il volume collettaneo *I processi speciali – Studi offerti a Virgilio Andrioli dai suoi allievi*, Napoli, 1979, in cui segnalo, fra i molti contributi di rilevante spessore, quelli di VERDE, *Considerazioni sul procedimento d'urgenza (come è e come si vorrebbe che fosse)*, ivi, p. 407 ss. e di LA CHINA, *Quale futuro per i provvedimenti d'urgenza?*, ivi, p. 154 ss. Vanno poi ricordate le monografie di ARIETA, *I provvedimenti di urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Padova, 1982 e di TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983.

7 Le relazioni di Mandrioli, Carpi e Verde sono raccolte nel volume *La tutela d'urgenza. Atti del XV° convegno nazionale*, Rimini, 1986.

8 Si veda il testo del progetto, insieme alle relazioni di Giorgio Costantino e Giovanni Fabbrini e al ricco dibattito, nel volume *Atti dell'incontro di studio su riforme urgenti del processo civile*, Milano, 1987.

La dottrina, però, non si limitò a riflettere in chiave nazionale, ma cercò di lavorare sul piano della comparazione e del confronto con le soluzioni degli ordinamenti a noi più vicini. Il 12 e il 13 ottobre 1984 Giuseppe Tarzia organizzò a Milano un incontro di studi, sul tema “Les mesures provisoires en procédure civile”, chiamando a discutere alcuni fra i maggiori studiosi europei dell’epoca<sup>9</sup>. Fu chiaro che una molteplicità di forme di controllo, seppure diverse da Stato a Stato, rendeva più lineare la concessione delle misure urgenti, attraverso strumenti allora ignoti al sistema italiano. Era un modo serio di preparare le riforme e di studiarle in chiave europea.

Verso la fine della decade, fu proprio il diritto comunitario a dare forza a queste esigenze: la tutela cautelare e urgente era da considerarsi un elemento essenziale per l’effettività della tutela giurisdizionale, secondo la lezione della Corte di giustizia in casi come *Factortame*<sup>10</sup>.

4. – Si giunse, infine, all’attesa riforma, con la legge n. 353 del 26 novembre 1990<sup>11</sup>. Non è compito di queste brevi note riassumerne i contenuti: nell’ottica del colloquio con i colleghi brasiliani mi limito a ricordare che in forza di quella novella fu istituito il procedimento cautelare uniforme, il giudice dell’urgenza fu tendenzialmente identificato con il giudice del merito e le misure urgenti furono rese assoggettabili a reclamo e sempre passibili di revoca o modifica<sup>12</sup>.

Mi interessa segnalare, piuttosto, che la riforma, dopo un quarto di secolo, ha richiesto solo alcuni parziali aggiustamenti<sup>13</sup>, ha manifestato capacità espansiva verso altri settori dell’ordinamento e si è sottratta alla pioggia di manipolazioni del codice degli anni più recenti. Mi soffermerò brevemente su ciascuno di questi profili.

Per quanto concerne gli adeguamenti normativi, si è trattato essenzialmente di due modifiche.

Il testo originario della novella (e per l’esattezza, l’art. 669-*terdecies* c.p.c.) ammetteva il reclamo soltanto contro i provvedimenti che avessero positivamente concesso una misura cautelare. La scelta era comprensibile, perché, come detto, il vuoto normativo si avvertiva soprattutto nei confronti di provvedimenti d’urgenza, in tesi concessi al di fuori dei presupposti di legge, contro i quali le parti e i terzi erano privi di reazione. Tuttavia, ben presto si avvertì che, nel caso di un provvedimento cautelare non concesso, non bastava la previsione dell’art. 669-*septies*, che ne permetteva la riproposizione sulla base di eventuali mutamenti delle circostanze ovvero di nuove (e cioè non preesistenti) ragioni di fatto e di diritto, ma si rendeva necessaria la tutela piena, offerta da un reclamo, che potesse correggere immediatamente l’eventuale errore, in fatto o in diritto, commesso dal primo giudice. Fu la Corte costituzionale, con la sentenza n. 253 del 23 giugno 1994 a sancire l’incostituzionalità della disparità di trattamento fra i cautelari positivi e quelli che invece rigettavano la domanda di tutela<sup>14</sup>; il legislatore completò il lavoro con la novella di cui alla l. 14 maggio 2005, n. 80.

Il secondo aspetto è in qualche misura più complesso e deve tenere conto di una tendenza emersa in modo netto nella prima decade del secolo in corso e poi, negli anni più recenti, in parte attenuata.

9 Gli atti sono raccolti nell’omonimo volume, pubblicato a Milano nel 1985. Intervenero Perrot, Habscheid, Broniewicz, Matscher, Pessoa Vaz, Van Compernelle, Ramos Mendez, Kerameus e, per l’Italia, Luigi Montesano. Per meglio comprendere l’approccio di Tarzia, è opportuno rileggerne l’introduzione, dal titolo *La tutela cautelare*, ora in TARZIA-SALETTI, *Il processo cautelare*, 5° ed., Assago, 2015, p. XXIII ss.

10 Sentenza 19 giugno 1990, in causa 213/89, in *Raccolta di giurisprudenza della Corte di giustizia*, 1990, p. 2433 ss. Fra i molti commenti, v. CONSOLO, *Fondamento comunitario della giurisdizione cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 261 ss. L’attenzione al dato processuale comunitario era presente alla dottrina: v. ad esempio TIZZANO, *I provvedimenti urgenti nel processo comunitario*, in *I processi speciali*, cit., p. 399 ss.

11 Sulla fase finale dei lavori preparatori, v. CARPI, *I procedimenti cautelari e l’esecuzione nel disegno di legge per la riforma urgente del c.p.c.: la competenza e il procedimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 1225 ss.; TARZIA, *I provvedimenti urgenti sul processo civile approvati dal Senato*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 737 ss.

12 Sulla disciplina cautelare a seguito della riforma del 1990, v. fra i molti contributi, PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro it.*, 1991, V, c. 57 ss.; VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, ivi, 1992, V, c. 432 ss.; ANDOLINA, *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, ivi, 1993, V, c. 65 ss.; CONSOLO, *Il nuovo procedimento cautelare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 309 ss.; CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002.

13 E’ interessante rileggere gli atti dell’incontro di studio dell’Associazione fra gli studiosi del processo civile svoltosi a Roma il 27 maggio 1995, pubblicati nel volume *Prime esperienze del nuovo processo cautelare*, Milano, 1996.

14 Sulla sentenza della Corte costituzionale, v. fra gli altri CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la “parità delle armi” ritrovata (e dei corollari che ne discendono, anche in tema di giudizio possessorio)*, in *Giur. it.*, 1994, I, p. 409 ss.; TOMMASEO, *Rigetto della domanda cautelare e garanzia del reclamo*, in *Corriere giuridico*, 1994, p. 498 ss.; VACCARELLA, *Il procedimento cautelare dopo l’intervento della Corte Costituzionale sul reclamo avverso i provvedimenti negativi*, in *Giust. civ.*, 1995, II, p. 511 ss.

L'idea coltivata da parte significativa della dottrina muoveva dal presupposto, indubbiamente esatto, che la tutela d'urgenza, seppure meglio costruita dal legislatore del 1990, scontava comunque un limite: quello, cioè, di essere fruibile soltanto da alcuni diritti. Solo per i diritti a carattere personale e non per quelli a carattere patrimoniale (mi si conceda questa semplificazione eccessiva, per la brevità del discorso) era infatti possibile la tutela urgente governata dall'art. 700 c.p.c., perché solo per essi si poteva dare il presupposto della non riparabilità (e quindi della non piena risarcibilità patrimoniale) del diritto di cui era minacciata la lesione. Di qui, l'ipotesi di misure a carattere sommario, non idonee al giudicato, applicabili ad ogni diritto, con la facoltà per l'interessato di domandare un successivo accertamento pieno di merito<sup>15</sup>.

Il superamento del giudicato, in quanto spesso inutile per le parti, le cui esigenze venivano soddisfatte dall'immediata fruibilità del risultato, venne esteso, nell'ottica di questa impostazione, anche alla tutela urgente. Gli artt. 23 e 24 del d.l. gs. n. 5 del 2003, che introduceva il processo c.d. societario (poi, come è ben noto, abrogato in occasione della novella del 2009), costituirono il primo banco di prova per questa prospettiva, in quanto i provvedimenti d'urgenza nella materia oggetto della normazione speciale non perdevano la loro efficacia, se, una volta concessi, ad essi non seguiva l'instaurazione della causa di merito<sup>16</sup>.

La riforma del 2005<sup>17</sup> innovò, su questa medesima linea, il regime dell'efficacia delle misure cautelari anticipatorie<sup>18</sup>, permettendo a tali misure, con la modifica dell'art. 669-*octies* c.p.c., di conservare i loro effetti anche senza l'instaurazione, peraltro sempre possibile, del giudizio di merito (e con esclusione espressa dell'efficacia di giudicato)<sup>19</sup>. Va detto che negli anni successivi, ampia parte della dottrina ha mostrato di non accogliere pienamente le potenzialità di questa riforma, offrendone una lettura, a mio avviso, troppo restrittiva<sup>20</sup>. Così pure, si deve segnalare che il legislatore ha cercato di costruire metodi di decisione più rapida, ma connotati dall'idoneità al giudicato e dalla fruibilità per la generalità dei diritti: in specie, va segnalata l'introduzione del rito a cognizione semplificata, che pare destinato a conoscere un futuro di sempre più ampia applicazione<sup>21</sup>.

Al di là di altre modificazioni di minore momento, il tessuto complessivo del procedimento cautelare uniforme, come impostato dal legislatore del 1990, ha mantenuto una forte solidità. Anzi, il modello processualciviltistico si è esteso anche ad aree in cui la tutela d'urgenza era originariamente esclusa: il processo amministrativo e quello tributario.

5. – La ricerca di una tutela più effettiva aveva indotto a cercare rimedi che potessero assicurare protezione alle posizioni soggettive affidate alla giurisdizione amministrativa. La l. 6 dicembre 1971, n. 1034, offriva lo strumento della richiesta di sospensione dell'atto amministrativo impugnato: tuttavia, questo tipo

15 V. per questo impianto teorico E.F. RICCI, *Verso un nuovo processo civile?*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 211 ss., il quale così si esprime a proposito dei nuovi provvedimenti anticipatori, commentati in sede di progetti di riforma: "L'idea di fondo, che sorregge il nuovo istituto, è molto semplice: se non è l'accertamento che si vuole, non vi è bisogno di quel processo di cognizione, che proprio in funzione dell'accertamento è stato pensato e costruito" (*ibidem*, p. 215). Si legga anche l'importante saggio di MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 869 ss.

16 L'art. 23 del decreto legislativo n. 5 del 2003 così recitava: "Nelle controversie di cui al presente decreto, ai provvedimenti d'urgenza e agli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della decisione di merito non si applica l'art. 669-*octies* del codice di procedura civile ed essi non perdono la loro efficacia se la causa non viene iniziata". Al riguardo, v., fra gli altri, SALETTI, *Del procedimento cautelare*, in SASSANI (a cura di), *La riforma delle società – Il processo*, Torino, 2003, p. 221 ss.; ARIETA-DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, p. 381 ss.; TOMMASEO, *Lezioni sul processo societario*, Roma, 2005, p. 93 ss.; MARINELLI, *Note in tema di tutela cautelare nel nuovo rito societario*, in *Corriere giuridico*, 2004, p. 1248 ss.; M. FABIANI, *Il rito cautelare societario (contraddizioni e dubbi irrisolti)*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1181 ss.; A. ROMANO, *Riflessioni sui provvedimenti cautelari nel nuovo processo societario*, *ivi*, 2004, p. 1173 ss.

17 Per l'esattezza, il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (c.d. decreto sulla competitività), convertito in legge con rilevanti modifiche con l. 14 maggio 2005, n. 80.

18 V. in argomento GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 781 ss.; CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 135 ss.; ARIETA, *Le tutele sommarie. Il rito cautelare uniforme. I procedimenti possessori*, Padova, 2005, spec. p. 991 ss.; OLIVIERI, *Brevi considerazioni sulle nuove norme del procedimento cautelare uniforme (l. 14 maggio 2005, n. 80)*, in *www.judicium.it*.

19 Si veda l'ampia trattazione di QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006.

20 BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in *Sulla riforma del processo civile – Atti dell'incontro di studio Ravenna 19 maggio 2006*, Bologna, 2007, p. 67 ss.; SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in TARZIA-SALETTI, *Il processo cautelare*, *cit.*, p. 283 ss.

21 Sul rito c.d. sommario, v. fra gli altri MENCHINI, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corriere giuridico*, 2009, p. 1025 ss.; CAPONI, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702-bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*; CAPONI, *Commento agli artt. 702-bis ss.*, in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, p. 196 ss.; DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1582 ss.; FERRI, *Il procedimento sommario di cognizione*, *ivi*, 2010, p. 92 ss.; BINA, *Il procedimento sommario di cognizione*, *ivi*, 2010, p. 117 ss.; BIAVATI, *Appunti introduttivi sul nuovo processo a cognizione semplificata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 185 ss.; PORRECA, *Il procedimento sommario di cognizione*, Milano, 2011; TEDOLDI, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2013.

di tutela, seppure largamente utilizzato, non riusciva a raggiungere quei casi, anch'essi numerosi, in cui non bastava paralizzare gli effetti di un provvedimento, in attesa della decisione di merito, ma occorreva anche conseguire un esito anticipatorio. La limitazione dell'art. 700 c.p.c. alla protezione d'urgenza dei diritti azionabili "in via ordinaria" era normalmente intesa come riferita ai soli diritti soggettivi tutelabili dinanzi al giudice civile e quindi la norma non poteva essere trasposta nel contesto del giudizio amministrativo.

Nel corso del tempo, lo strumento della sospensione aveva ricevuto in giurisprudenza una lettura progressivamente ampliata: ad esempio, poteva riferirsi anche a casi in cui l'atto amministrativo non solo era stato emesso, ma aveva anche ricevuto attuazione, con la conseguente paralisi anche degli effetti conseguiti.

Tuttavia, è solo con la l. 21 luglio 2000, n. 205<sup>22</sup> e con il c.d. codice del processo amministrativo (vale a dire, il d. lgs. n. 104 del 2010 e successive modifiche) che si attua una più piena realizzazione della tutela, secondo le linee già sperimentate in materia civile.

Così (e senza scendere qui in ulteriori dettagli), l'art. 55 del d. lgs. n. 104 ammette il ricorrente, che alleggi di subire un pregiudizio grave e irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso, a chiedere l'emanazione delle misure cautelari (compresa l'ingiunzione a pagare una somma in via provvisoria) che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della futura decisione. La domanda cautelare si propone al tribunale amministrativo competente per il merito (art. 55, comma 13°), anche anteriormente alla causa (art. 61); può essere riproposta, ovvero ne può essere chiesta la revoca o la modifica quando si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare (art. 56); in ogni caso, contro la misura cautelare può essere proposto appello nei trenta giorni successivi alla notificazione dell'ordinanza dinanzi al Consiglio di Stato (art. 62). Il giudice dell'urgenza, nel decidere, è tenuto anche a indicare i profili che inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso (art. 55, comma 9°)<sup>23</sup>.

Come si può notare, la tutela d'urgenza in sede amministrativa è stata costruita secondo le linee di fondo della riforma processuale del 1990: può avere carattere anticipatorio, è proposta al giudice del merito, ammette sia la possibilità di revoca o modificazione che quella di impugnazione del provvedimento cautelare dinanzi a un'istanza superiore.

Meno netta, ma ugualmente significativa, è l'evoluzione della normativa cautelare di fronte alle Commissioni tributarie. Qui, l'art. 47 del d. lgs. n. 546 del 1992 (testo sostanzialmente coevo alla riforma del codice di procedura civile, ma incisivamente modificato dal recente d. lgs. n. 156 del 24 settembre 2015) permette al ricorrente di chiedere alla competente commissione tributaria la sospensione dell'esecuzione dell'atto impositivo impugnato, qualora possa provare che gli possa derivare un danno grave ed irreparabile<sup>24</sup>. È interessante notare che, come nel codice di procedura civile, è ammessa l'ipotesi di una sospensione *inaudita altera parte*, in caso di eccezionale urgenza e che il provvedimento cautelare positivo può essere successivamente modificato o revocato<sup>25</sup>.

22 V. per tutti PANZAROLA, *Il processo cautelare*, in SASSANI-VILLATA, *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Torino, 2001, p. 19 ss.

23 V. l'ampia monografia di LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012. V. inoltre ALLENA-FRACCHIA, *Il ruolo e il significato della tutela cautelare nel quadro del nuovo processo amministrativo delineato dal d. lgs. 104/2010*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 191 ss.; CAVALLO, *La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo*, ivi, 2010, p. 1165 ss.; GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, spec. p. 98 ss. e p. 185 ss.

24 È utile riportare il testo della norma modificata nel 2015. "1. Il ricorrente, se dall'atto impugnato può derivargli un danno grave ed irreparabile, può chiedere alla commissione provinciale competente la sospensione dell'esecuzione dell'atto stesso con istanza motivata proposta nel ricorso o con atto separato notificata alle altre parti e depositato in segreteria sempre che siano osservate le disposizioni di cui all'art. 22. 2. Il presidente fissa con decreto la trattazione della istanza di sospensione per la prima camera di consiglio utile disponendo che ne sia data comunicazione alle parti almeno dieci giorni liberi prima. 3. In caso di eccezionale urgenza il presidente, previa delibazione del merito, può disporre con decreto motivato la provvisoria sospensione dell'esecuzione fino alla pronuncia del collegio. 4. Il collegio, sentite le parti in camera di consiglio e deliberato il merito, provvede con ordinanza motivata non impugnabile. Il dispositivo dell'ordinanza deve essere immediatamente comunicato alle parti in udienza. 5. La sospensione può anche essere parziale e subordinata alla prestazione della garanzia di cui all'articolo 69, comma 2. 5-bis. L'istanza di sospensione è decisa entro centottanta giorni dalla data di presentazione della stessa. 6. Nei casi di sospensione dell'atto impugnato la trattazione della controversia deve essere fissata non oltre novanta giorni dalla pronuncia. 7. Gli effetti della sospensione cessano dalla data di pubblicazione della sentenza di primo grado. 8. In caso di mutamento delle circostanze la commissione su istanza motivata di parte può revocare o modificare il provvedimento cautelare prima della sentenza, osservate per quanto possibile le forme di cui ai commi 1, 2 e 4. 8-bis. Durante il periodo di sospensione cautelare si applicano gli interessi al tasso previsto per la sospensione.

25 In argomento, con riferimento al testo anteriore alla recente modifica, v. fra gli altri TESAURO, *Manuale del processo tributario*, 2° ed. Torino, 2013, p. 119 ss.; SOCCI-SANDULLI, *Manuale del nuovo processo tributario*, Bologna, 1997, p. 253 ss.; GILARDI-LOI-SCUFFI, *Il nuovo processo tributario*, Milano, 1997, p. 251 ss.

6. – Nessuna riforma, anche se positiva ed efficace, sfugge al confronto con le nuove esigenze, che progressivamente maturano. Vi sono quindi, indiscutibilmente, aspetti che richiedono un ripensamento e un'evoluzione. Ne segnalo alcuni.

Il primo è quello del rapporto fra le misure d'urgenza e l'arbitrato. L'istituto arbitrale ha ormai acquisito una valenza di modalità di processo dichiarativo, alternativa al giudizio statale. Nei limiti di queste note, basti ricordare gli arresti della Corte costituzionale, che ha elaborato il concetto della fungibilità della tutela arbitrale con quella della giurisdizione pubblica<sup>26</sup>. In questo senso, fra le misure di ausilio giudiziario all'arbitrato, sussiste anche la possibilità di domandare la tutela cautelare al giudice dello Stato, quando il merito della controversia è compromesso in arbitri, non solo rituali, ma anche irrituali.

Tuttavia, per le parti che intendono ricorrere alla giustizia privata, il necessario passaggio dinanzi alle corti dello Stato appare come un elemento dissuasivo: e ciò tanto più per i *litigators* internazionali, abituati a controvertere di fronte ad arbitri dotati di poteri cautelari.

Qui, la normazione italiana resta ferma al divieto di misure cautelari imposto agli arbitri dall'art. 818 c.p.c., anche se nel settore specifico dell'arbitrato societario vi è una deroga espressa, offerta dall'art. 35 del d. lgs. n. 5 del 2003, che permette agli arbitri di sospendere le delibere assembleari impugnate e anche se una lettura estensiva dell'art. 832 c.p.c. consente alle parti, a mio avviso, di utilizzare le facoltà cautelari attribuite agli arbitri da taluni regolamenti di arbitrato amministrato<sup>27</sup>.

Un secondo aspetto che mi pare vada sottolineato è quello dell'attuazione delle misure urgenti, oggi affidato ad una norma di ampia portata, ma proprio per questo di non sempre agevole applicazione, come l'art. 669-*duodecies*. Rafforzare il profilo dell'esecuzione della disposizione cautelare è un elemento centrale nella tutela, tutte le volte che non si tratti di misure *self-executing*. Ad esempio, si ritiene che anche alla materia cautelare sia applicabile l'art. 614-*bis* c.p.c., ma è indubbio che un chiarimento legislativo potrebbe giovare<sup>28</sup>.

Un terzo punto (che in realtà un punto non è, ma piuttosto una galassia di problemi) riguarda le misure cautelari in materia di proprietà industriale e intellettuale. Se è vero che le norme non mancano, è altrettanto vero che la loro collocazione in testi diversi ed eterogenei e i non pochi disorientamenti giurisprudenziali potrebbero fare pensare all'utilità di un *restyling*, per ricondurre questo settore dell'ordinamento a sistema<sup>29</sup>.

7. – La recente stagione delle riforme in Italia si è connotata per una pioggia di interventi, spesso disorganici e privi di reale efficacia in vista della risoluzione dei problemi di funzionamento della giustizia civile: problemi legati, come è a tutti noto (tranne che al legislatore) a carenze organizzative e strutturali della macchina amministrativa<sup>30</sup>. Questo scenario desta negli studiosi forti perplessità e fa correre il rischio, per chi mantenga un atteggiamento critico, di essere accusato di mero conservatorismo, quando si tratta non certo di contrastare le riforme corrette, ma di biasimare quelle apparenti ed inutili.

Orbene, una materia sembra essere finora sfuggita al mirino di chi ritiene di migliorare il processo civile rappazzando in modo casuale il codice: ed è esattamente la materia della tutela cautelare.

In recenti proposte<sup>31</sup>, molti sono i punti toccati, ma non il procedimento cautelare uniforme, né le disposizioni sui singoli provvedimenti cautelari. Insomma (e salvo smentita), sembra che il legislatore sia convinto che la tutela d'urgenza funziona bene, così come regolata attualmente.

26 Mi riferisco alle sentenze della Corte costituzionale n. 376 del 2001 e n. 223 del 2013.

27 Ho analizzato il problema nel saggio *Spunti critici sui poteri cautelari degli arbitri*, in *Riv. arb.*, 2013, p. 329 ss.

28 In questo senso CAPPONI, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, Torino, 2010, p. 32.

29 Per un apprezzabile sforzo in questo senso, v. GIUSSANI, *Corso di diritto processuale delle imprese*, Bologna, 2015, p. 61 ss.

30 Mi permetto un richiamo ad alcune mie pagine pubblicate in BIAVATI-CAVALLINI-ORLANDI, *Aspetti della giustizia civile e penale in Italia*, Bologna, 2016, p. 117 ss.

31 Ad esempio il disegno di legge delega n. 2953, presentato nella XVII<sup>a</sup> legislatura repubblicana. Per chiarezza, va detto che in questo testo sono contenute innovazioni positive, come quella del principio di sinteticità degli atti processuali e del previsto coordinamento fra le norme del codice e le disposizioni sul processo civile telematico. Non sono poche, però, le previsioni inutili e talora decisamente deprecabili. V. in tema MENCHINI, *Il disegno di legge delega per l'efficienza del processo civile: osservazioni a prima lettura sulle proposte di riforma del giudizio ordinario di cognizione*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 335 ss.

*Rara avis*, dunque, la tutela urgente: e allora, mi sembra interessante domandarsi perché.

La risposta discende, credo, dalla storia della riforma del 1990 e ci consente di distinguere ciò che caratterizza una buona riforma, da ciò che invece connota le false riforme.

Gli elementi distintivi mi sembrano tre.

Prima di tutto, la riforma della materia cautelare è stata preceduta da un intenso dibattito dottrinale, da un lungo confronto di posizioni, dalla maturata consapevolezza di quali erano i punti nevralgici su cui intervenire. Come ho avuto occasione di notare, gli articoli 669-*bis* e seguenti del codice di procedura civile trovano un diretto ed inequivocabile precedente nel progetto di Fabbrini, Proto Pisani e Verde: il legislatore, insomma, si trovò a lavorare su una base di alta qualità, vagliata da un'ampia discussione<sup>32</sup>. Certo, non è questo ciò che accade quando il codice viene novellato con provvedimenti estemporanei.

In secondo luogo, la riflessione sulla tutela d'urgenza si svolse con una speciale attenzione all'aspetto comparativo ed europeo. Le esperienze degli altri paesi servono per capire come si sono affrontati i problemi e, senza copiare ciò che vale in un determinato ordinamento, in presenza di condizioni che non si danno in Italia, cogliere il senso di quelle soluzioni e utilizzarlo come elemento di riflessione. E' fin troppo facile notare che il confronto con l'Europa, nonostante le molte parole, è del tutto carente e che i riferimenti a sistemi esteri, quando ci sono, risultano frutto di una frettolosa trasposizione, difficilmente idonea allo scopo che ci si era prefissi<sup>33</sup>.

E infine, *last but not least*, la domanda degli operatori. Ho ricordato come la riforma della tutela cautelare fosse oggetto di una richiesta dei pratici di regolare istituti, come il provvedimento d'urgenza, la cui rilevanza concreta era divenuta enorme e che pure risultavano privi di un corredo procedimentale adeguato. Il legislatore, dunque, rispose ad un'esigenza diffusa e la riforma trovò una positiva accoglienza. Oggi, di fronte al succedersi di ripetute innovazioni superflue, l'atteggiamento dei giudici e degli avvocati è prevalentemente quello opposto.

Agli amici brasiliani, auguro che la loro recentissima riforma abbia gli esiti sperati. Quanto agli amici italiani, ci aspetta il non facile compito di correggere in positivo, con un attento lavoro di interpretazione e coordinamento, le difficoltà provocate da un legislatore più pronto a leggere le classifiche del *doing business* che ad ascoltare la domanda di chi quotidianamente si confronta con i problemi della giustizia civile<sup>34</sup>.

32 Né si deve dimenticare il ruolo che svolse in quegli anni, nella sua qualità di relatore parlamentare, il prof. Modestino Acone.

33 E' il caso dei richiami al par. 522 *ZPO*, al momento dell'introduzione degli artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c. con la l. 7 agosto 2012, n. 134. Si legga un'efficace e puntuale analisi di questo aspetto in VERDE, *Diritto di difesa e nuova disciplina delle impugnazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 507 ss.

34 CAPONI, *Doing business come scopo del processo civile ?*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 10 ss.

# HOT TOPICS NAS ESPECIFICIDADES PROCESSUAIS DA ARBITRAGEM SOCIETÁRIA: DISPONIBILIDADE DO DIREITO DE NOMEAÇÃO DE ÁRBITRO E OBJETIVIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO OU DO RIGOR DAS PALAVRAS QUE APRENDI COM BARBOSA MOREIRA

Paula Costa e Silva

1. O presente texto tem a sua origem na intervenção que preparámos para o painel sobre “As especificidades processuais da arbitragem societária; a arbitragem institucionalizada”, intervenção que decorreu em Lisboa, em 2017.

Atendendo ao objeto que nos foi destinado, supomos não cumprir aqui aprofundar a matéria da arbitrabilidade das pretensões que podem reconduzir-se a um *contencioso societário*, partindo-se do princípio que conseguimos encontrar um consenso quanto ao significado desta expressão<sup>1</sup>. Em texto escrito na vigência da LAV 1986,<sup>2</sup> contávamos, ainda, com um problema relativo ao contencioso de nulidade (não ao de anulação). Uma vez que a LAV dispunha no seu art. 1º, n.º 1, como critério de arbitrabilidade a disponibilidade da situação jurídica litigada<sup>3</sup>, haveria resistência à admissibilidade de submissão a decisão por árbitros de pretensões de declaração de nulidade de deliberações sociais.

Com a alteração do critério de arbitrabilidade – é arbitrável tudo quanto seja patrimonial –, desaparecem as dificuldades levantadas pela indisponibilidade das situações jurídicas concretamente controvertidas. Hoje pode dizer-se que, no contencioso societário, tudo é arbitrável<sup>4</sup> (será possível localizar pretensões não patrimoniais, insusceptíveis de transação, no contencioso societário?), dispensando-se uma enunciação casuística em regra especial salvo se, numa decisão estritamente política<sup>5</sup>, o legislador ordinário entender operar restrições. Entre estas, por exemplo, as referentes a pretensões em que esteja em causa não apenas a tutela de interesses individuais (dos sócios contra a sociedade, dos sócios entre si ou dos sócios contra a administração, sendo inadequada a transposição das questões suscitadas em torno da competência primária dos tribunais estaduais para o conhecimento de pretensões exercidas através de ações *ut singuli* para a aferição da arbitrabilidade das pretensões) mas também a de interesses supra-individuais. O contencioso das sociedades abertas e, de entre estas, especialmente o daquelas cujos valores mobiliários se encontrem admitidos à negociação em mercado organizado, é fértil em exemplos. O direito italiano revela-nos como o legislador entendeu adequado operar este corte.

2. Se a natureza das pretensões não suscita especiais dificuldades – no momento em que escrevemos, nada

1 Para a dificuldade de demarcação do conceito de contencioso societário e dos problemas que suscita especificamente na determinação das pretensões que, integrando esse contencioso, podem ser submetidas a arbitragem, Cavalini, *Arbitrato societario*, n. 1, arbitrabilità oggettiva, in *Treccani online*, último acesso em 20.08.2017.

2 Arbitrabilidade e tutela coletiva no contencioso das deliberações sociais, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, volume IV,

3 Esta a nossa posição em face do disposto no art. 1º, n.º 1 da LAV de 1986. O que caracterizava a nossa colocação era a perspectiva analítica de que ela partia. Isto porque nos parece que a única instância que poderia interessar à arbitrabilidade era a pretensão concretamente atuada. Isto significa que a arbitrabilidade apenas pode ser aferida em função daquilo que concretamente estiver em discussão. Deste modo, cláusulas que se reportam, com enorme vacuidade, à submissão a arbitragem de todos os litígios decorrentes da interpretação ou execução de certo título – tipicamente, um contrato – nada depõem, ainda, acerca da arbitrabilidade das concretas pretensões que venham a ser acionadas.

4 A regra da universalidade objetiva não impõe, porém, a construção de soluções unitárias nomeadamente quanto aos critérios de decisão. Se inúmeras pretensões podem ser apreciadas de acordo com o critério da equidade, outras deverão sê-lo com fundamento exclusivo no direito estrito. Neste contexto, vale a pena recordar o art. 36, n.º 1 da Lei italiana, segundo o qual “(a)nche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a *decidere secondo equità*” ovvero con lodo non impugnabile, gli arbitri debbono decidere secondo diritto, con lodo impugnabile anche a norma dell’articolo 829, secondo comma, del codice di procedura civile quando per decidere abbiano conosciuto di *questioni non compromettibili ovvero quando l’oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari.*” desajustado prever que todo o conteúdo de direito estrito como seria impossível

5 Para que se não gerem equívocos em torno desta expressão, desambiguamo-la: legislar é dispor regras e dispor regras é optar por uma entre diversas soluções possíveis. Este o campo da política, ou seja, o da escolha racional entre diversos modelos de solução atendendo a critérios de oportunidade e adequação.

impede que pretensões atinentes *v.g.* ao estatuto do sócio, às relações entre os sócios e a sociedade, dos sócios entre si ou dos sócios com administradores, com o contencioso das deliberações sociais sejam submetidas a decisão por árbitros – porque vem sendo a arbitragem societária alvo de tão intensa atenção? Se os instrumentos atualmente disponíveis, permitem, já, o recurso a tribunal arbitral para decisão de conflitos societários que razão (ou razões) justifica(m) a particular atenção que neste momento se confere a esta área de conflitualidade?<sup>6</sup>

Talvez que uma incursão pelo nosso tema possa justificar parte das razões. Isto porque a enunciação da expressão arbitragem societária convoca imediatamente questões no plano da vinculação à convenção de arbitragem e à decisão. Tentaremos compreender se algum destes problemas respeita apenas à arbitragem societária e se, respeitando, se integra ou não no tema que nos foi adjudicado.

3. Pensando sobre o modo ou método de tratamento do tema que nos foi adjudicado, ocorreu-nos a introdução de um escrito do Professor Barbosa Moreira. Na matéria, este pouca ligação tem com o que nos cumpre analisar; no texto a que nos referimos, Barbosa Moreira interroga-se acerca do *instituto da relativização da coisa julgada*. Mas o que imediatamente capta a atenção do leitor é o modo como o Autor dá início ao estudo. Citando-o livremente, diz Barbosa Moreira: falar de relativização da coisa julgada não me parece coisa acertada. Pois só pode ser relativizado aquilo que tem a aptidão de ser absoluto. Ora, porque a coisa julgada não é um *quid* absoluto, será pouco rigoroso falar na sua relativização.

Por que razão nos lembrámos do *texto* de Barbosa Moreira no *contexto* de uma intervenção sobre especificidades processuais da arbitragem societária? Porquanto dizer o que é específico supõe identificar o que o objeto analisando tem de particular ou singular.

Perguntar-se-á, então: o que tem a arbitragem societária de particular? A resposta a esta interrogação depende do prévio esclarecimento de um outro ponto. Saber o que a arbitragem societária tem de específico significa saber o que a distingue de outras espécies próximas. E quais serão as espécies próximas relativamente às quais a arbitragem societária apresenta – ou pode apresentar – especificidades?

Duas são as hipóteses:

- a. A arbitragem societária poderá ter especificidades processuais relativamente à arbitragem não societária;
- b. A arbitragem societária poderá ter especificidades processuais relativamente ao contencioso societário decidido em tribunais diversos dos tribunais arbitrais.

Para que a arbitragem societária tenha especificidades processuais relativamente à arbitragem não societária, teria de ser identificada alguma particularidade nas pretensões que integram o contencioso societário e que lhes convocam adaptações no plano processual; seja este o dos pressupostos processuais, seja este o do procedimento.

Para que a arbitragem societária tenha especificidades processuais relativamente ao contencioso societário decidido em tribunais diversos dos tribunais arbitrais terá de existir alguma particularidade decorrente da natureza da instância de decisão – o tipo de tribunal – que, no exercício de uma função materialmente jurisdicional decide um litígio societário.

4. Se cruzarmos os dois planos de referência antecedentes, podemos enunciar as seguintes proposições:

- I. A arbitragem societária pode apresentar alguma especificidade face ao contencioso não societário nos conjuntos de casos em que, havendo diversos titulares de situações jurídicas materiais homogêneas, se verifique uma tripla condição. Em primeiro lugar, que a lei não faça depender a legitimidade da constituição de todos os titulares de situações jurídicas materiais homogêneas como partes. Em segundo lugar, que a lei imponha, atendendo à natureza da pretensão, que a decisão tenha conteúdo igual para todos aqueles que foram constituídos como partes. E, por último, que a decisão, tal como formada, seja oponível a todos aqueles que, sendo titulares de situações jurídicas materiais homogêneas, não tenham

6 Ocorre-nos, neste ponto, o que sucedeu em Itália, na sequência da publicação do Decreto Legislativo n.º 5 de 2003. Com referências a este diploma, Arbitrabilidade e tutela coletiva no contencioso das deliberações sociais *cit.*, n.º 43. Bem mais parcimonioso – e absolutamente eficaz – foi o legislador brasileiro que se limitou a prever, num primeiro momento, na Lei das sociedades por ações, a arbitrabilidade dos conflitos entre os sócios e a sociedade e dos sócios entre si para, com a Lei n.º 13.129/2015, incluir um novo art. 136-A na mesma lei, dispondo sobre a vinculação dos accionistas à convenção de arbitragem inserta nos estatutos. Sobre estas últimas alterações, Müssnich/Peres, Arbitrabilidade subjetiva no direito societário e direito de recesso, *in* A reforma da arbitragem, coord. Leonardo de Campos Melo/Renato Resende Beneduzi, Forense, 2016, 673-694. De forma compreensiva sobre a arbitragem societária no Brasil, Pedro Baptista Martins, Arbitragem no direito societário, Quartier Latin, 2012; Diego Franzoni, Arbitragem societária, Revista dos Tribunais, 2015.



sido constituídos como partes.

II. O que a arbitragem societária pode apresentar de peculiar face ao contencioso societário decidido em tribunais estaduais radica no fundamento da jurisdição.

5. Começamos pela contraposição entre a arbitragem societária e a arbitragem não societária. Como dissemos, a especificidade da primeira decorre da tripla circunstância de havendo uma pluralidade material, o litisconsórcio ser simultaneamente voluntário mas unitário, com vinculação direta de terceiros – os titulares de situações materiais homogêneas não constituídos como partes na ação – à decisão proferida. A pluralidade material vai traduzir-se na submissão de todos os titulares de situações jurídicas homogêneas a uma só decisão, estando, porém, desacompanhada de uma pluralidade processual necessária. Repita-se: o contencioso societário parece ser peculiar quando, não sendo imposto o litisconsórcio – ou seja, quando a presença de todos os sujeitos da situação material controvertida não seja necessária para assegurar a legitimidade – se compreende que a decisão de mérito proferenda só pode ser igual para todos, sejam estes todos partes – fenómeno explicado pela figura do litisconsórcio unitário que, por não respeitar à legitimidade mas sim ao conteúdo necessário da decisão no confronto das partes tal constituídas, deve ser entendido, no uso da expressão *litisconsórcio, cum grano salis* –, sejam estes terceiros.

A circunstância de o litisconsórcio ser qualificado como voluntário pode causar estranheza. Então não será necessário que todos os sócios sejam constituídos como partes, conjuntamente com a sociedade, para que a decisão proferenda possa produzir o seu efeito útil normal? Não seria mais razoável – e tecnicamente mais rigoroso – entender que a pluralidade subjetiva material seria acompanhada de uma pluralidade subjetiva processual necessária?

A resposta a esta interrogação – que apontaria para a qualificação do litisconsórcio nas ações relativas ao contencioso das deliberações sociais como um litisconsórcio necessário natural – é negativa. Com efeito, a decisão que invalide uma deliberação, ainda que pudesse não vincular os demais interessados – provavelmente com maior rigor, os demais titulares de situações jurídicas homogêneas – produziria o seu efeito útil normal: regularia definitivamente a situação concreta das partes relativamente ao pedido formulado. Mas veja-se que uma coisa é afirmar que a constituição de litisconsórcio está na disponibilidade do demandante, outra diversa seria afirmar que esta opção do demandante prejudica a possibilidade de terceiros interessados intervirem na ação. Em casos como o analisado, o que é necessário garantir é que possa intervir quem, querendo exercer pessoalmente o contraditório, tenha um interesse igual ao de demandante ou demandado. Mas esta intervenção não visa sanar uma ilegitimidade: ela visa atribuir àquele que se constitui como parte o estatuto de parte principal, com tudo quanto esta qualidade implica de um ponto de vista processual. Dito de outro modo, o facto de o litisconsórcio ser voluntário, não pode impedir a intervenção principal de terceiros.

Semelhante liberdade permite, também, compreender sem obstáculos provindos de alegadas violações de direitos processuais fundamentais, a vinculação de terceiros à decisão proferida em processo de impugnação em que não tenham sido constituídos como partes. Se a sua intervenção não é necessária para assegurar a legitimidade, ela é admissível, dependendo, apenas, da sua iniciativa.

Este último ponto tem relevância porquanto a lei – sendo, aqui, a lei relevante o Código das Sociedades Comerciais –, não impõe que às ações de impugnação seja conferida publicidade. Ora sem esta publicidade terceiros que desconheçam a pendência da ação e que nela queiram intervir, não o poderão fazer. Esta questão prende-se com uma outra que tipicamente é pressuposta mas não integralmente enunciada. Quando se fala na intervenção de terceiros não constituídos como partes originárias, há de indagar-se em que qualidade poderão intervir. Neste domínio, podem afigurar-se como possíveis duas alternativas. A primeira, a de tais sócios pretenderem litisconsorciar-se com a demandante; a segunda, a de quererem intervir ao lado da demandada (necessariamente a sociedade no contencioso de impugnação que é aquele que agora nos interessa). Caso pretendam intervir ao lado da sociedade, levanta-se um problema: em que qualidade intervirão? A intervenção de tais sócios apenas se justifica porquanto pretenderão que a deliberação impugnada se mantenha. O aprofundamento desta questão não constitui objeto da presente intervenção e nem é, sequer, problema específico da resolução de conflitos societários por via arbitral; trata-se de questão geral e não específica do contencioso

de impugnação. Não obstante sempre diremos supor que, neste ponto e como tantas vezes vem sucedendo no diálogo entre o processo civil e o contencioso administrativo, a permuta de adquiridos no que respeita ao contencioso administrativo com intervenção de contrainteressados dará uma boa ajuda.

Em jeito de conclusão e antes de passarmos ao ponto seguinte, sublinhe-se uma ideia que nos parece central: quanto se disse até ao presente momento não constitui especialidade alguma da resolução de conflitos societários por via arbitral. A configuração dos pressupostos processuais, a natureza unitária da decisão e a vinculação de titulares de situações homogêneas à decisão proferida em processo de que não foram partes ocorre em qualquer contencioso societário de impugnação. Neste domínio – afinal aquele que maiores dificuldades parece apresentar – a arbitragem societária – ou, dito talvez com maior rigor, a resolução de conflitos ou litígios societários por tribunal arbitral – não traz dificuldades dogmáticas diversas daquelas que conhecemos do contencioso societário que pende perante tribunais estaduais.

6. Porém, e com isto esgotaremos as referências à arbitragem institucionalizada, a natureza potencialmente multitudinária da arbitragem societária pode aconselhar – ainda que não impor que para tanto não há justificação – a escolha de uma instituição de arbitragem para decidir aqueles conflitos. Interessa-nos agora um ponto específico, aquele que se prende com a composição do tribunal, aspeto que suscitou muitos e acesos debates doutrinários. Talvez que se assentarmos num ponto prévio a pressão em torno desta questão possa diminuir. “Pisando leve//o chão que o luar desmente”, diremos que qualquer argumentação que aponte no sentido de a parte – ou de cada parte – ter o direito de escolher o *seu* árbitro entra em campo minado. Se existe uma ligação entre realidade e linguagem, dificilmente uma expressão poderia ser mais contraditória: aquilo que qualifica um árbitro, qualquer árbitro, é a sua imparcialidade. O que pode querer significar-se quando se diz que a parte tem direito a escolher quem integra o tribunal? Que a parte possa recusar árbitros parciais ou dependentes, indicados por terceiro, pode compreender-se; que ela tenha o direito à nomeação, não é algo de inelutável<sup>7</sup>. No fundo, houve que encontrar uma forma de garantir a constituição do tribunal sempre que não houvesse recurso aos tribunais do Estado. E a que historicamente surgiu como mais adequada foi a que acolheu a composição por indicação paritária com cooptação do terceiro árbitro. Mas veja-se que o alcance desta regra é estritamente pragmático: através dela não se acautela nenhum direito processual fundamental. Quando se afirma que a parte tem direito a um tribunal imparcial e a juízes independentes, está longe de se dizer que, para garantir que assim seja, tem de se atribuir à parte o direito de nomeação de um árbitro.

A aceitar-se este postulado – o da diferenciação entre a atribuição de um direito, que qualificaremos como disponível, à nomeação de árbitro e o direito fundamental a um tribunal imparcial e independente – aceitar-se-á que as ingentes dificuldades suscitadas no campo da composição de tribunais arbitrais para decisão de conflitos plurissubjetivos – ou relacionadas com a intervenção de terceiros constituído o tribunal –, tendem a mitigar-se. Ora, apesar de ser possível prever regras de constituição de tribunais quando os conflitos sejam plurissubjetivos – assim sucede com a lei portuguesa que, no seu art. 11º, regula a composição do tribunal em caso de pluralidade de demandantes ou demandadas, prevendo, em certas hipóteses, a cooperação dos tribunais estaduais neste procedimento – este ponto surge-nos como relevante quando se pergunta se haveria vantagem na adjudicação dos conflitos societários a instituição de arbitragem: esta poderá estar melhor colocada do que os tribunais estaduais para operarem uma rápida e eficiente composição.

7. O ponto mais complexo acaba por ser – como quase sempre acaba por ser quando falamos de arbitragem voluntária – o que entronca na jurisdição. Na verdade, aquilo que verdadeiramente distingue a resolução de litígios por via arbitral da resolução por via estadual é a natureza da situação jurídica da parte demandada: enquanto na jurisdição estadual ela encontra-se em estado de sujeição simplesmente decorrente do poder do Estado sobre si, na arbitragem voluntária essa sujeição pressupõe uma aceitação da vinculação.

7 Concluído este texto em 20 de agosto de 2017, acedemos, em novembro do mesmo ano, à obra de Catherine A. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press, 2014. E aí encontramos referenciadas as posições de Jan Paulsson (*Ethics, Elitism, Eligibility*, *Arb. Int.* 14 (1997), fortemente criticado por David Hacking no artigo *Ethics, Elitism, Eligibility: A Response. What happens if the Icelandic Arbitrator falls through the Ice?*, *Arb. Int.* 15 (1998), disponível em [www.lordhacking.com](http://www.lordhacking.com), consultado em 9.12.2017) e de van den Berg (*Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration*, disponível em [www.arbitration-icca.org](http://www.arbitration-icca.org)., consultado em 9.12.2017) que, ainda que em contextos distintos daquele em que nos movemos, sustentam a necessidade de repensar o direito de intervenção da parte na constituição do tribunal arbitral.

Sublinhe-se que a vinculação a tribunal arbitral não se identifica com a vinculação a um concreto tribunal arbitral. Uma coisa é saber se um sujeito está sujeito à resolução de certos litígios a arbitragem; outra perguntar se, estando ele sujeito a tal jurisdição, deverá submeter-se à competência exercida por um concreto órgão de decisão. Ora, se bem que a arbitragem societária possa colocar-nos problemas nas duas instâncias, o maior desafio, porque colidente com a autonomia privada, é o que tange à submissão da pessoa a uma jurisdição diversa da estadual. Esta submissão, ainda que não absolutamente pura de um ponto de vista principiológico, não choca sobremaneira quando a vinculação a decisão arbitral consta do ato constitutivo da sociedade ou de alteração estatutária anterior à aquisição do estatuto de sócio. Quando se cria um consenso de que a vinculação de um atleta de alta competição a uma jurisdição (arbitral) desportiva não viola os limites da autonomia privada uma vez que ele não foi coagido a aceitar aquela jurisdição<sup>8</sup>, omitindo-se que, se a não aceitasse, não poderia competir no nível em que compete – ou em que joga – dificilmente se trilhará caminho dissidente quando o sócio adquire participações sociais em sociedade que dispõe nos seus estatutos que certos litígios serão resolvidos por via arbitral. Tal como terá de aceitar o conteúdo das demais cláusulas, deverá aceitar inelutavelmente o desta. Dir-se-á que faz parte da configuração do seu *status* de sócio a submissão à regra inserta nos estatutos segundo a qual certos litígios são decididos por via arbitral. Em rigor, não será assim: o estatuto de sócio nada tem que ver com a instância perante a qual leva os seus conflitos a decisão ou perante a qual aceita discuti-los em termos vinculantes. A jurisdição é uma instância de afirmação e definição do estatuto de sócio, quer no confronto da sociedade, quer no confronto dos outros sócios; não é, ela própria, vector definidor daquele estatuto. Esta linha de pensamento sempre nos determinou a qualificarmos a arbitragem decorrente deste tipo de vinculação como de arbitragem putativamente voluntária<sup>9</sup>.

Mais problemática surge a vinculação a cláusula arbitral de sujeito que tinha já o estatuto de sócio e que viu a sociedade integrar, por maioria, uma cláusula de arbitragem nos seus estatutos para a resolução de certos conjuntos de litígios. Neste caso, o sócio rejeitou a jurisdição arbitral. Pode ser a ela submetido?

Uma primeira observação: o factor que, antes de mais, há de ser tido em consideração e que vai influenciar a resposta entrona no tipo societário e nas regras de governo para ele vigentes. Se este impuser que qualquer alteração estatutária deva ser deliberada por unanimidade (como tipicamente sucede com as sociedades de pessoas), a regra da unanimidade aplicar-se-á à deliberação de introdução – ou de supressão – de cláusula nos – ou dos – estatutos.

Este o problema processual específico que a arbitragem suscita por contraponto à resolução de conflitos por recurso a jurisdição estadual. É evidente que ele *não é específico da arbitragem societária* pelo que, em rigor, poderíamos deixá-lo neste ponto. Enunciemos, porém, aquela que pode ser a via de harmonização dos diversos interesses em conflito.

8. A pergunta-chave que há de ser resolvida é a seguinte: pode o sócio dissidente ser compelido a aceitar a alteração estatutária que consagra a resolução de certos conflitos por recurso a arbitragem? A pergunta assim enunciada parece de fácil resposta: parece evidente que o sócio tem de aceitar a alteração estatutária e, através dela, a submissão a arbitragem dos conflitos integrados no contencioso societário, como tem de se resignar a qualquer alteração estatutária democraticamente instituída. A vigência do princípio democrático nas sociedades de capitais, com as suas maiorias de deliberação, imporia este resultado.

Mas há um contraponto a este enquadramento. Com efeito, não é claro que o direito de acesso aos tribunais não esteja, pela sua essência, mais próximo de um direito especial do que de um direito comum do sócio. E, se assim for, a supressão do direito não se submete ao princípio democrático mas à regra do consenso: só se o sócio aceitar a submissão à alteração estatutária é que ela repercutirá efeitos na sua esfera jurídica.

8 Neste sentido, BGH 7.06.2016 – KZR 6/15 [Claudia Pechstein].

9 A nova face da Justiça. Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, Coimbra Editora, 2009, II.9.4.

Nesta contraposição entre princípio democrático e regra do consenso, não podem impressionar-nos por decisivos argumentos de ordem prática: se se impuser o consenso dos sócios, bastará que um não aceite a alteração para que a vida da sociedade paralise; impossibilidade de recurso aos tribunais arbitrais implicará anos de pendência de qualquer conflito societário perante os tribunais estaduais; consagração de cláusula arbitral, ainda que sem uma deliberação unânime do colégio de accionistas, é essencial para o bom funcionamento da sociedade e como bloqueio da ação daqueles que pretendem bloquear a vida da sociedade. Apesar de muito relevantes, estes argumentos cederão caso se considere que o direito de acesso aos tribunais não é susceptível de ablação potestativa. A eventual proposição constitucional nesse sentido – caso exista – supera razões práticas, pelo menos até ao limite em que tal proposição deva ceder em face de outros valores constitucionais identicamente relevantes. A necessidade e a proporcionalidade poderão levar a uma compressão do direito de acesso aos tribunais quando este colida com outros direitos de idêntica natureza e raiz constitucional.

Se olharmos para sistemas jurídicos estrangeiros – e sem tomarmos em consideração os documentos que, no plano internacional e no contexto de instituições também elas internacionais, têm sublinhado a importância de se encontrarem mecanismos eficientes de resolução de controvérsias que envolvam empresas, entre estes se contando a arbitragem – temos três pontos de referência: os direitos italiano e brasileiro<sup>10</sup>.

Ainda que com variações significativas, estes sistemas admitem a aprovação de inserção de cláusula arbitral por deliberação maioritária dos sócios<sup>11</sup>. No direito italiano, dispõe o art. 34º, n.º 6 da Lei de 2003, que “(l)e modifiché dell’atto costitutivo, introduttive o soppressive di clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i *due terzi del capitale sociale*. I soci assenti o dissenzienti possono, entro i successivi novanta giorni, *esercitare il diritto di recesso*. Idêntica solução foi adoptada pelo legislador brasileiro. De acordo com o novo art. 136-A da lei das sociedades por ações, conjugado com o art. 136 da mesma Lei, a deliberação que aprove a inclusão de cláusula arbitral nos estatutos deverá ser aprovada por maioria, conferindo-se direito de retirada ao accionista dissidente.

A existência de uma contrapartida a atribuir ao sócio dissidente pode estranhar-se: que sentido tem atribuir ao sócio um direito de retirada? Ele não tem liberdade para vender a sua participação social? Especialmente se ela for uma participação muito líquida? Neste ponto há que recordar um aspeto central da lei italiana, exatamente porque nele reside uma das maiores diferenças para o direito brasileiro que, consagrando solução idêntica – concessão de direito de retirada como contrapartida da consagração de um regime de deliberação formada por apelo ao princípio democrático e não com respeito pela regra do consenso – aplica a sua solução a um universo diametralmente distinto de sociedades. Veja-se que enquanto no direito brasileiro a inclusão de convenção de arbitragem nos estatutos da sociedade é condição para a sua admissão ao Novo Mercado (um dos segmentos dos mercados da BOVESPA), o direito italiano exclui do regime previsto na lei as sociedades “che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio a norma dell’articolo 2325-bis del codice civile<sup>12</sup>.” Também por esta razão o § 2º do art. 136-A da Lei das sociedades por ações permite que ao dissidente não seja reconhecido direito de retirada com contrapartida paga pela sociedade: afinal, se a sua participação tem elevada liquidez, ele poderá sempre vendê-la em mercado.

Tanto a solução italiana quanto a brasileira se integram em sistemas jurídicos de matriz constitucional idêntica à nossa: Estados de Direito democráticos, que consagram o direito de acesso aos tribunais ou a inafastabilidade dos tribunais em caso de lesão ou de ameaça de lesão a direito. Delas se pode extrair uma presunção de conformidade constitucional da regra que prevê a ablação do direito de acesso aos tribunais estaduais

10 Quanto à recente entrada em vigor de um lei especialmente ordenada a disciplinar a arbitragem societária na Rússia, cfr. o Relatório n. 5/2017, da ASSONIME [www.sipotra.it], acedido em 20.08.2017.

11 Com indicação de um conjunto de hipóteses em que pode haver submissão de conflitos societários a arbitragem, sem inserção de convenção de arbitragem nos estatutos, Cavalini, *Arbitrato societario*, n. 1, arbitribilità oggettiva, in *Treccani online*, último acesso em 20.08.2017.

12 Segundo esta regra, “sono societa’ che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio le societa’ con azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse fra il pubblico in misura rilevante.”

contra a vontade do sócio. Mas não mais do que isto. Neste contexto, e para além da posição já conhecida do Tribunal Constitucional português – que vem aceitando a arbitragem necessária sempre que a decisão final seja recorrível para tribunais estaduais, tal como sucede, *v.g.*, com a arbitragem de medicamentos ou com a arbitragem desportiva –, pouco podemos – porque não sabemos – adiantar. A saída provavelmente mais segura, no plano das regras constitucionais, talvez seja a que acima apontámos: a de se fazer uma ponderação entre os diversos valores em jogo. De um lado, temos o direito do sócio a recorrer a tribunal estadual, com quanto isso implica<sup>13</sup>; do outro, a ordenação da vida em sociedade segundo o princípio democrático.

9. Resta-nos descrever o que queremos significar com a expressão *objetivização do contraditório* a que aludimos no título.

Uma das dificuldades de gestão das arbitragens – como de qualquer processo – com múltiplas partes prende-se com a possibilidade de processamento efetivo pelo colégio decisor de todas as postulações. Se pensarmos numa ação de anulação de deliberação social de sociedade aberta – ou, mesmo, de uma sociedade com centenas de accionistas – percebemos que o tribunal dificilmente conseguirá processar toda a informação que lhe é submetida.

Como conciliar a liberdade de intervenção processual de todos os titulares de situações homogêneas – de modo a que possam, querendo, exercer o contraditório – com os limites humanos ao processamento de dados inerentes à natureza dos decisores e com a preservação da garantia fundamental de todos os sujeitos processuais de obtenção de uma decisão em prazo razoável?

Haverá, aparentemente, apenas duas saídas. Ou se impõe ao tribunal que, haja o que houver, tudo veja e tudo pondere; ou se limitam as intervenções.

A primeira saída é má: ela impõe que se aceite, por inelutável, que dificilmente a decisão poderá ser proferida, ainda que em prazo aceitável atendendo à complexidade da instância, em prazo útil para os interesses substantivos em jogo. A opção de se limitarem as intervenções também não é ausente de problemas. Com efeito, haveria que encontrar critérios que permitissem justificar que uns possam intervir e outros não. E que critérios poderiam ser esses? Seguir a regra da expressão percentual da participação social? A regra da prioridade na prática do ato? A regra da antiguidade na qualidade de sócio?

Se pensarmos nas razões da intervenção dos interessados – todos os titulares de situações jurídicas homogêneas – e na necessidade de esta lhes ser reconhecida, percebemos que qualquer um dos critérios é arbitrário porque inadequado a resolver o problema posto. O que neste momento está em causa é conciliar o direito de cada um a dizer o que entende relevante para influenciar o decisor e a preservação da capacidade efetiva deste mesmo decisor para instruir e julgar a causa.

Partindo desta colocação, compreendemos que o contraditório, do qual defluem situações jurídicas processuais ativas – o direito a postular ou a exercer influência sobre o decisor – se desprende na sua verdadeira relevância – a do exercício de influência – de um sujeito concreto. Este aspeto, pouco visível nos conflitos não multitudinários, avulta com especial acuidade neste conjunto de hipótese. Mais importante do que saber quem exerce o contraditório é saber o que foi dito no exercício desse contraditório. E quanto mais relevante for o que foi dito, maior é a força persuasiva do contraditório exercido.

Esta conclusão nos leva a um novo plano que, devendo estar sempre presente, não é normalmente enunciado: o contraditório não vale por aquele que o exerce mas pelo conteúdo do ato de exercício. Pensemos nos critérios que, há instantes, tentámos encontrar para justificarmos que uma opção que passasse pela limitação das intervenções. Não seria absurdo deixar de considerar a postulação de um sócio titular de uma ínfima percentagem de direitos de voto para se aceitar a de um sócio maioritário se aquela for mais abrangente, certa e tecnicamente rigorosa do que a deste? Mesmo da perspectiva do sócio maioritário, qual seria o contraditório mais eficaz? O que ele exerceu ou aquele que foi exercido pelo minoritário? Quando tem o maioritário, se

13 Nomeadamente no que se refere ao custo ou mesmo à gratuidade desse acesso.

alinhado com o minoritário, maior chance de ver julgada procedente a sua pretensão?

10. A ponderação da verdadeira relevância do contraditório justifica que ele seja desligado de um sujeito processual concreto ou, dito de outro modo, que ele seja objetivizado. Não no sentido de nem todos os sujeitos processuais o poderem exercer – à pergunta se todos os titulares de situações homogêneas podem intervir na ação e exercer o contraditório, entendido como situação jurídica ordenada à persuasão, a nossa resposta é positiva – mas no de nem todo o ato processual praticado ao abrigo do contraditório ter de ser ponderado na instrução e decisão da causa.

Como se fará esta triagem?

Neste ponto, como em tantos mais, os processualistas brasileiros e a nova lei processual civil, apontam-nos o caminho. A circunstância de o Brasil ter uma escala continental, vem obrigando a doutrina e a lei a pensarem em soluções para problemas que só raramente se colocam em países de muito menores dimensões; este o caso de todos os espaços onde, *fama est*, a ciência jurídica é muito desenvolvida. O que teve o Brasil de racionalizar? Entre outros aspetos, o processo de decisão dos milhões de processos – e de recursos – repetitivos que assolam os tribunais. E como o fez? Criando um mecanismo especial, o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Em que medida nos pode o regime do incidente de resolução de demandas repetitivas auxiliar na resolução dos problemas que a necessidade de assegurar o contraditório em processos arbitrais potencialmente multitudinários suscita?

Mostrando-nos que o relevante, quando se determina que o contraditório é um direito fundamental, não é que, sendo ele exercido por um conjunto muito alargado de sujeitos, possa cada um ver a sua intervenção individualmente refletida na instrução e julgamento da causa pelo decisor. O que importa no contraditório é algo que se desprende do individual: é o direito de influenciar o decisor. Não importa o quem, importa o como. E o como que se revele mais abrangente, profundo e tecnicamente rigoroso será aquele cuja influência pode ser decisiva. O contraditório não vale pela pessoa que o exerce mas pelos argumentos que são usados. E se os argumentos usados puderem beneficiar todos, o contraditório foi plenamente assegurado.

20 de agosto de 2017

PS – Já depois de terminado este texto, faleceria, em 26 de agosto, o Professor Doutor José Carlos Barbosa Moreira. Por tudo quanto o Professor Barbosa Moreira me ensinou, este escrito, o último em que o citei durante a sua vida e, provavelmente, o primeiro que publicarei após a sua morte, é-lhe dedicado.

26 de agosto de 2017

# A CONTRIBUIÇÃO DA OBRA DO PROFESSOR JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA PARA O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL<sup>1</sup>

**Paulo Cezar Pinheiro Carneiro**

Professor Titular de Teoria Geral do Processo na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.  
Doutor e Livre Docente pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ  
Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.  
Advogado e Procurador de Justiça aposentado.

Quero primeiro agradecer a honra e o privilégio de participar desta homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.

Certamente sou o decano, apesar de não ser o mais velho, dos alunos da primeira turma que o Professor formou na então Universidade do Estado do Guanabara, em 1972. Sempre afirmo que era a sua preferida, apesar de que, quando instado a revelar a predileta, o Mestre dizia: *“há muitas moradas no coração do pai.”*

O Professor José Carlos honrou, como poucos, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Sou testemunha ocular de sua passagem, pois fui Procurador de Justiça na Quinta Câmara Cível, que o Professor José Carlos presidia. Era considerada a vitrine do Tribunal. As sessões eram concorridíssimas com a presença de estudantes, advogados e professores que vinham aprender com o Mestre.

Foi emocionante a inauguração da biblioteca “José Carlos Barbosa Moreira” em cerimônia simples e discreta, com o exato perfil do Mestre. Foi mencionado, na ocasião, que a biblioteca que ele doou era o bem mais importante do Professor. Aliás, a biblioteca que tive a oportunidade de frequentar durante as reuniões semanais que ele fazia com o grupo de alunos (Escola Processual de Copacabana), todas as quartas-feiras, por um período de quase dez anos, era um verdadeiro templo onde o Professor passava a maior parte do seu tempo escrevendo e preparando aulas.

Não tenho dúvida de que a presença do Mestre se incorpora definitivamente ao TJERJ, não só pelo valor material da obra, como também, e principalmente, pela energia que dela emana.

O Professor José Carlos Barbosa Moreira deixou um legado importantíssimo nas suas diversas obras, destacando-se dentre tantas os Temas de Direito Processual Civil, com nove séries, nos quais escreveu sobre diversos institutos, princípios e questões processuais.

A sua obra como um todo, especialmente os Temas, serviram de importante fonte para a elaboração do novo Código de Processo Civil. Basta constatar que dentre os onze membros da comissão de juristas, dois deles foram discípulos diretos do Professor JCBM (Professores Luiz Fux – Presidente da comissão – e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro), desde o curso de bacharelado e continuaram sendo vida afora. A maioria dos demais integrantes era também ligada ao Professor José Carlos por laços afetivos e acadêmicos, convivendo com intensidade com o Mestre tanto em eventos profissionais, como sociais (Professores Humberto Theodoro Jr.; Adroaldo Furtado Fabrício; Teresa Arruda Alvim (relatora) e José Roberto dos Santos Bedaque). Os mais jovens membros da comissão eram todos, sem exceção, admiradores do Mestre e conhecedores da sua monumental obra pela qualidade e profundidade que tratava dos mais importantes temas do direito processual como um todo.

Pretendo ao longo desta palestra trazer a voz do Mestre para esta mesa, lembrando trechos importantes de sua obra que influenciaram fortemente na elaboração do novo CPC.

<sup>1</sup> Palestra proferida no dia 13 de abril de 2018 no Plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O Professor José Carlos Barbosa Moreira publicou em 1972 um livro, uma das obras que mais gosto, intitulado “Liticonsórcio Unitário”.

O Professor escreveu esse trabalho como tese para concurso de professor titular. O concurso não saiu e ele achou importante que esse trabalho fosse publicado antes da edição do Código de 1973. E assim foi feito. Nesse magnífico trabalho ele sistematiza o instituto do liticonsórcio, definindo tipos – necessário e facultativo – e regimes – comum e unitário. No final do livro, o Mestre apresentou uma proposta de redação que foi encaminhada pela comissão de juristas que fez a revisão do Código Buzaid, de 1973. A comissão era composta oficialmente pelos professores Frederico Marques, Luiz Antônio de Andrade e Machado Guimarães, sendo que o Professor José Carlos participou, extraoficialmente, de todas as reuniões da comissão que foram realizadas no Rio de Janeiro, onde residiam os Professores Machado Guimarães e Luiz Antônio de Andrade. Esta obra do Professor José Carlos, assim como os diversos artigos sobre o liticonsórcio publicado nos seus Temas, serviram de inspiração, inclusive quanto a aspectos da própria redação, para a sistematização do instituto no novo Código de Processo Civil de 2015, dentre eles o artigo 116: “*o liticonsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver que decidir o mérito de modo uniforme para todos os liticonsortes.*” Este conceito foi adotado pelo Professor José Carlos na mencionada obra e na proposta de redação ao artigo 58A do Código Buzaid de 1973.

Contribuição marcante do Professor José Carlos Barbosa Moreira na redação do novo Código de Processo Civil está relacionada ao contraditório participativo e conseqüente a fundamentação das decisões judiciais, em um artigo escrito na segunda série dos seus Temas, em 1980, intitulado “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito”. Pontuava, “*trata-se de garantir o direito que têm as partes de serem ouvidas, de serem examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado. Esta prerrogativa deve estender-se, ainda no direito de ação, que não se restringe, segunda a concepção hoje prevalente, a mera possibilidade de por em movimento o mecanismo judicial, mas inclui a de fazer valer razões em juízo de modo efetivo e, por conseqüente, de reclamar do órgão judicial a consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos.*”

Também na quarta série dos seus Temas, o Professor publicou um importante trabalho, que ele havia escrito em homenagem a Héctor Fix-Zamudio, publicado inicialmente na revista do Instituto Colombiano de Direito Processual e reproduzido na quarta série dos seus Temas. Esse trabalho foi escrito em fevereiro de 1986, há cerca de 32 anos. Nesse trabalho o Professor também pontuava, como fizera no seu primeiro trabalho de 1980, já citado, “*que no desenvolvimento da atividade processual a tônica do problema recai sobre a igualdade de oportunidades. Deve-se assegurar a ambas as partes o poder de influir igualmente na marcha e no resultado do processo. Assim, ambas devem ter as mesmas possibilidades de atuar e também devem sujeitar-se às mesmas limitações.*” O Professor aqui, inclusive, já antevendo a possibilidade real do desequilíbrio, afirmava que “*alguns ordenamentos jurídicos modernos vêm outorgando ao próprio órgão judicial, em certa medida, atribuições assistenciais que configurariam, na opinião de muitos doutrinadores, um verdadeiro dever de proteção da parte mais fraca.*” E concluía: “*entendendo-se como tal, não necessariamente e sempre, o fato de uma delas, a mais fraca, pertencer a uma classe econômica ou socialmente mais humilde, mas sim, no caso concreto, existir uma situação de inferioridade no processo, fundada em razões estritamente jurídicas.*” E conclui: “*que a função assistencial se exercita, as mais das vezes, por meio de comunicações do juiz às partes acerca dos ônus que correspondem a eventuais conseqüências da sua falta de diligência.*”

Na mesma linha, agora na quinta série dos seus Temas, em 1994, em um trabalho que escreveu em francês como relator geral de um congresso intitulado “Os princípios fundamentais do processo civil em cotejo com a nova Constituição Brasileira”, o Professor afirmava: “*A necessidade de as partes terem oportunidade efetiva de participarem do desenvolvimento do processo expondo suas razões, trazendo provas de suas alegações, contraditando os argumentos da parte contrária e também das provas apresentadas.*”

O novo CPC basicamente encampou estas propostas do Professor. Basta ler o artigo 7º do novo Código que diz: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”; o artigo 9º: “*Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja*



previamente ouvida” e o artigo 10º: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” Influenciou também a redação do artigo 489 no sentido de que a decisão não se considera fundamentada se não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo.

Chamo a atenção também para outro trabalho do Professor, intitulado “Julgamento e ônus da prova”, escrito em 1979 e publicado na segunda série de seus Temas (1980), em que ele trata do princípio da boa fé, da cooperação, afirmando textualmente, na folha 77, “que ambos os litigantes são convocados a colaborar no descobrimento da verdade, independentemente dos respectivos interesses. Assim é que a lei espera de um e de outro, que não omitam, de caso pensado, os fatos essenciais ao julgamento da causa a um devido esclarecimento que não corre apenas à parte interessada”.

O novo Código erigiu, como normas fundamentais, a observância da boa-fé por todos os sujeitos do processo, assim como o dever de cooperação (artigos 5º e 6º).

Outro importantíssimo trabalho do Professor José Carlos e que influenciou o novo Código de Processo Civil, se encontra na terceira série dos seus Temas, intitulado: “Convenções das partes sobre matéria processual”. Neste trabalho, escrito em outubro de 1981, o Professor já chamava atenção “entre os assuntos que no Brasil aguardam interesse dos estudiosos, figura, sem dúvida, o das convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual.”

Notem: já dizia do interesse dos estudiosos em 1981 e só agora, em 2015, 34 anos depois, é que veio tal instituto a ser regulado pelo novo Código de Processo Civil, no artigo 190.

O Professor discutia, num primeiro momento, a natureza jurídica deste acordo processual. *Verbis* “a expressão contrato processual não é encontrada na literatura pátria. Tem-se antes falado de avenças ou acordos processuais. A essas maneiras de dizer, parece-nos preferível a locução convenções processuais de cunho mais técnico.” Neste trabalho o Professor já questionava: “Fez-se menção, de início, ao fato de que vários dispositivos legais contemplam de modo expresso a possibilidade de convenções entre as partes. Desde logo se põe a questão de saber se é facultado a estas celebrá-las fora dos casos previstos.” O Professor já sustentava, àquela época, que era possível celebrar convenções fora dos casos estabelecidos no Código: “restrições desse tipo não eliminam, como é óbvio, a possibilidade limitada embora de convenções processuais fora das hipóteses previstas expressis verbis em lei. Nada impede, v.g., em nossa opinião, que o autor e o réu se comprometam validamente a não indicar assistentes técnicos, deixando a exclusivo encargo do perito a realização da diligência.... mas também se concebe que as partes queiram apenas criar para uma delas ou para ambas a obrigação de assumir determinado comportamento de praticar ou deixar de praticar certo ato processual (não recorrer, desistir do recurso interposto, não executar a sentença, desistir da ação ou da execução, etc). Os autores da língua alemã usam aqui a denominação traduzível por efeitos obrigatórios.” E finaliza esse trabalho dizendo que: “o juiz deve conhecer ex-offício da convenção, desde que constante dos autos, independentemente de arguição da parte interessada em fazê-la valer, exceto quando a lei subordine o conhecimento à alegação.”

Também na quinta série dos seus Temas (1992), no artigo “A Justiça no Limiar de um Novo Século”, o Professor retoma uma preocupação com a velocidade, o ritmo das transformações sem que a justiça se deixe modificar, enfim, um trabalho precursor que levanta aspectos da maior importância e que vieram influenciar e muito o novo Código de Processo Civil. Logo no início o Professor pontuava: “é difícil conceber que modificando-se tudo, e com velocidade sem precedente, só a justiça deixe de modificar-se. Basta considerar a imensa probabilidade de que continuem a avolumar-se, indefinidamente, os desafios com que ela se defronta. O simples aumento da população, que entre nós nada faz crer que se detenha a curto prazo, já seria por si só causa de sobrecarga de trabalho. Nem se trata, apenas, de levar em conta a progressiva elevação do número de habitantes: na verdade, à medida que se vão disseminando o conhecimento dos direitos, a consciência da cidadania, a percepção de carências e a formulação de aspirações, correlatamente emerge, na população já existente, a demanda até então contida, sobre a percentagem dos que pleiteiam, reclamam, litigam, por maior relevância que possam assumir outros meios de solução de conflitos, seria perigoso apostar muito na perspectiva de um desvio de fluxo suficiente para aliviar, de modo considerável, a pressão sobre os congestionamentos dos canais judiciários. Em momentos como estes,

*em que se difunde a convicção da impossibilidade de manter o *stato quo*, é importante que se procure fixar com toda clareza os rumos da reforma desejável.”*

E aí o Professor levanta inúmeros pontos e eu destaco, dentre eles, justamente a dificuldade de identificar, com precisão, os problemas fundamentais e de medir-lhes o alcance. Sobre isso o Professor José Carlos afirmava: *“Vivemos, a esse respeito, mergulhados quase sempre no mais fluido impressionismo: todos temos uma infinidade de impressões, que convertemos em outras tantas opiniões, mas pouco podemos ter um número razoável de certeza. Se nos indagarem em que dados objetivos nos baseamos para discutir, por exemplo, o tema da duração dos processos, seremos forçados, de modo geral, a confessar de que de quase nada dispomos. O gosto pelos levantamentos estatísticos rigorosos, decididamente não faz parte dos hábitos culturais brasileiros, neste como em outros terrenos.”*

O Professor descreve a pesquisa que realizou junto com o Desembargador e professor de sociologia, Des. Felipe Miranda Rosa, no Tribunal de Justiça, destinada a apurar o tempo que se estava empregando no processamento das causas de rito ordinário ou sumaríssimo, aforadas em certo número de juízos da Capital. Os resultados foram sugestivos e publicados no diário oficial e ele destacou, após descrever essa pesquisa, o que se segue: *“Ora é vão pretender atacar, de modo eficaz, o mal de que se desconhece as causas ou pelo menos o peso relativo de cada uma delas. Corremos o risco de sangramos na veia da saúde ou de sair de lança em riste a combater moinhos de vento, enquanto deixamos em paz e sossego os verdadeiros inimigos.”*

E aqui faço um parêntese: o novo Código usou dados estatísticos quando reduziu drasticamente o cabimento do agravo de instrumento, quando resolveu fazer uma aposta nos precedentes vinculantes e, também, nos meios alternativos para a solução dos conflitos.

Em março de 1991, o Professor escreveu um comunicado ao 16º Congresso Nacional Argentino de Direito Processual, publicado nos anais do congresso, na Revista Uruguaia de Direito Processual e na quinta série dos seus Temas, intitulado “Breve notícia sobre a conciliação no Processo Civil Brasileiro”. Naquele trabalho o Professor fazia uma crítica ao Código de 1973, que previa a conciliação por ocasião da audiência de instrução e julgamento, momento no qual ela se mostrava “muito difícil” em razão da animosidade já existente entre as partes, decorrente das razões apresentadas e propunha, como de fato propôs, à comissão revisora do Código de Processo Civil de 73, Código Buzaid, que a conciliação fosse realizada em uma audiência preliminar. Tal proposta veio a ser adotada pelo novo Código de Processo Civil e é praticamente obrigatória, salvo dispensa expressa por ambas as partes (artigo 334). O Professor, também, nesse trabalho, falava da importância da criação de órgãos com competência exclusivamente conciliatórias, sustentando que a finalidade do processo *“consiste em restabelecer a paz social; e a tarefa de pacificação tem obviamente melhores possibilidades de produzir frutos duradouros se conduzida a uma solução considerada como aceitável por ambos dos litigantes ao invés de uma imposição de um resultado que pode ensejar, pelo menos para uma das partes, a amargura da derrota.”*

O novo Código, também nesta linha, determinou: a) que os tribunais criassem centros jurídicos de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências e pelo desenvolvimento de programas com a finalidade de auxiliar, orientar e estimular a autocomposição (artigo 165); b) que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criassem câmaras de mediação e conciliação com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo (artigo 174).

Não foi só. O Professor José Carlos já afirmava, em 1992, que era impossível falar de melhora na qualidade do serviço judiciário sem aludir a necessidade de utilização mais intensa dos modernos recursos tecnológicos, que os meios forenses são geralmente vistos como refratários a inovações e cita a *“estranha resistência à aceitação de peças forenses, sobretudo de recursos transmitidas por meio de sistemas que já se incorporaram, em tantos terrenos, ao cotidiano das sociedades modernas, como telex e o fax. Beiram o pitoresco, para dizer o menos, os argumentos invocados a propósito deste último. Não está reconhecida em original a firma do advogado.”* Segue o professor: *“Essas e outras manifestações de reacionarismo judicial, o tempo naturalmente se encarregará de recolher ao museu de curiosidades históricas. Ali poderão contemplá-las, divertidos, os pósteros ao lado de mais antiquilhas, como hão de ser, por exemplo, algum dia, as cartas precatórias e rogatórias para tomadas de depoimentos, substituídas pela comunicação pessoal entre o juiz da causa e o depoente, onde quer que se encontre, através de um aparelho de*

*televisão ou por meio ainda mais perfeito que se venha a inventar.”*

Hoje, depois de muita luta, temos o processo eletrônico, as regras sobre cooperação entre os magistrados no campo nacional e no internacional (artigos 26 e 67).

Nesse mesmo trabalho, é importante lembrar que o Professor José Carlos era também um mestre da escrita. Ele redigia como poucos com refinada ironia: *“Em larga medida a linguagem processual é, e não pode deixar de ser, uma linguagem técnica; e a nenhuma linguagem técnica se concebe a esperança de ser entendida com facilidade por qualquer pessoa.”* E ele dizia, *“Já proclamei e volto a proclamar que são e serão sempre misteriosas para mim as razões pelas quais se há de chamar remédio heroico ao mandado de segurança ou apelidar de resignação derradeira o recurso extraordinário, para não mencionar outros frutos da inventiva do foro, vários dos quais raiam pelo grotesco. Devemos conformar-nos com o fato de que termos científicos raramente têm sinônimos e mais vale reproduzi-los tantas vezes quanto for preciso do que entregarmo-nos a exercícios desvairados de exotismo vocabular. O geômetra não cora de repetir pentágono enquanto fala do polígono de cinco lados, nem o biólogo de aludir reiteradamente a cromossomos sempre que se refere aos corpúsculos que resultam da divisão do núcleo e transmitem os caracteres hereditários. Uma rosa é uma rosa, é uma rosa; escreveu Gertrude Stein. Uma contestação é uma contestação, é uma contestação, parafraseio eu; e ajunto que uma contestação não é, decididamente não é, uma peça de bloqueio, nem qualquer coisa do gênero.”* Termina com um conselho: *“Disse um grande estadista que é muito difícil sabermos o que precisaríamos fazer para salvar o mundo, mas é relativamente fácil sabermos o que precisamos fazer para cumprir o nosso dever. Se começarmos por aí, não direi que cheguemos a salvar o mundo, mas talvez possamos contribuir – e não será pouco – para torná-lo menos inóspito. É importante que, sem renunciarmos à ambição dos grandes feitos, nem nos despojarmos das reservas de heroísmo necessárias para empreendê-los, nos lembremos também de cultivar as virtudes menores – mediócras, se assim se quiser dizer – no cotidiano profissional. Ouso pensar que, se todos os juízes se dispuserem a aplicar maior empenho em miudezas, como ler com atenção os autos ou respeitar escrupulosamente os prazos, ainda que os anos 90 se extingam sem mudanças espetaculares, já será diferente – e melhor – a justiça no limiar do novo século”* (outubro de 1992).

Na sexta série, em 1997, o Professor novamente demonstra a sua preocupação com a justiça e a efetividade do processo – seria um tema recorrente? – com os trabalhos: *“Efetividade do Processo e Técnica Processual”* (1994); *“Os novos rumos de direito processual civil brasileiro”* (1994); *“Miradas sobre o Processo Civil Contemporâneo”* (1995); *“A Justiça e Nós”* (1996). São também desse volume seus trabalhos sobre *“Ação Civil Pública e Programação da TV”* (1995), culminando com três ensaios de leitura obrigatória: *“A desinformação jurídica”* (1993); *“Direito e Ética no Brasil de hoje”* (1994) e *“Os deveres para com a comunidade”* (1996).

Notem a importância dos trabalhos do Professor. Os títulos falam sozinhos e tudo isto foi objeto de reflexão e serviu como diretriz do novo Código de Processo Civil. Todo esse trabalho doutrinário, todo esse pensamento, àquela época, há 30, 40 anos passados, ainda modernos.

Na sétima série, em 2001, o Professor faz uma incursão sobre o direito processual nos países anglo-saxônicos com trabalhos importantes, dentre eles: *“Notas sobre alguns aspectos do processo (Civil e Penal nos países anglo-saxônicos)”* (1999); *Uma Novidade, O Código de Processo Civil Inglês* (1999).”

Já na oitava série, em 2004, o Professor volta mais uma vez a seu tema – será o predileto? -, *“O futuro da justiça: alguns mitos”* (2000); *“Por um processo socialmente efetivo”* (2001); *“O processo, as partes e a sociedade”* (2003) e ainda neste volume *“O Processo Civil Brasileiro entre dois mundos”* (2001), que trata da influência da produção científica da Europa Continental no Brasil.

Na nona e última série dos seus Temas, que veio a lume no ano de 2007, o Professor José Carlos Barbosa Moreira escreveu importantes trabalhos sobre o direito comparado – *“Processo Civil Contemporâneo, um enfoque comparativo”* (agosto de 2003); *“Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”* (julho de 2004); *“Súmulas, jurisprudência, precedentes, uma escalada e seus riscos”* (março de 2005), já antevendo uma possível mudança com o fortalecimento dos precedentes. Ele tinha dúvidas se seria ou não conveniente e afirmava, sempre, que precisaríamos saber os reais obstáculos à duração dos processos, ou melhor, precisaríamos saber qual o tempo de duração dos processos, quais são os seus entraves, para que pudéssemos, aí sim,

fazer as propostas de modificações que poderiam gerar benefícios. E foi nesta mesma série que ele volta ao tema da importância da estatística num trabalho belíssimo intitulado “O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria”. Esse foi o último trabalho que o Professor José Carlos escreveu, publicado nos seus Temas em abril de 2006.

E o Professor aqui afirmava, mais uma vez: *“a longa duração dos processos vem se convertendo em alvo de grande atenção e não só nos círculos especializados. Dela costumam ocupar-se os meios de comunicação social não raro em termos lamentavelmente superficiais e inexatos.”* Aí ele continua dizendo: *“antes de mais nada cumpre salientar a absoluta irrelevância daquilo a que se pode chamar a exemplificação anedótica.”* Afirma o Professor: *“Quase sempre, quando se trás o assunto à baila alguém supõe contribuir valiosamente para o debate citando determinado caso em que pessoa da família ou do grupo de amigos se viu envolvido em pleito de longa duração. Minha tia é parte em um processo que se arrasta há mais de 20 anos.”* Continua o Mestre: *“Deveria ser desnecessário sublinhar que comentários desse tipo em nada contribuem para o equacionamento correto do problema. Não precisamos de exemplos acidentais. Precisamos sim de dados estatísticos colhidos e tratados com boa técnica. A estatística, todos sabemos, lida com grandes números. Quando se despreza tal princípio, chega-se à conclusão tão risível como seria taxar de criminosos 100% da população estrangeira de uma certa cidade porque um único estrangeiro nela residente cometeu um delito.”*

Na elaboração do novo Código de Processo Civil algumas estatísticas disponíveis foram consideradas, como afirmado anteriormente, mas não bastam. Para saber se as modificações propostas no novo Código, especialmente com relação aos precedentes vinculantes e a diminuição do número de recursos, produziram os efeitos desejados é preciso recorrer a pesquisas de campo nos diversos tribunais do País.

Exemplifico: O instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas está cumprindo a sua função? Quantos já foram objeto de julgamento? Quais foram as consequências? Reduziram o número de processos, impediram que outros similares fossem iniciados? O número de ingresso de processos nesses dois últimos anos continua superior ao número de saídas?

O mesmo se diga aqui do recurso de agravo de instrumento. Diminuíram? Qual a influência no tempo de duração do processo, etc....

Não quero que esta palestra seja de tristeza, mas sim de emoção. Vou encerrá-la citando dois trechos do Professor José Carlos Barbosa Moreira: Um foi uma conferência que ele fez no dia 20 de junho de 1995, no Congresso Brasileiro de Direito Processual Civil realizado em Brasília e está publicado na sexta série de seus Temas, intitulado “Miradas sobre o processo civil contemporâneo”, página 45. Dizia o Mestre: *“Amigos nada de exageros. Nem tanto ao mar, nem tanto a terra. O processo e o direito e a própria vida não se constroem à força de opções sempre radicais e menos ainda de golpes espetaculares, senão com a paciência de combinar elementos heterogêneos e tentar costurá-los, sem grande alarde, sem demasiada ambição, num conjunto, quanto possível, harmonioso. Será pouco talvez, mas é o máximo a que podemos aspirar neste mundo.”* (junho/1995).

O outro quando se despediu da sua primeira turma, da minha turma de 1972: *“Ides agora dispersar-vos; mas só fisicamente é que nos vamos, em certa medida, separar. As marcas impressas em vós e em nós pela comunhão a que me referi, essas já se incorporam ao próprio ser de cada qual, e desafiam tempo e distância. Juntos, mercê de Deus, fizemos algo de belo, e, como cantava o poeta: A thing of beauty is a joy forever.”*

*Despeçamo-nos, pois, em alegria. Parti: algo de nós vos acompanha, muito de vós fica conosco. Parti. Sede Felizes.”*

# IL SISTEMA DEI PRECEDENTI NEL C.P.C. BRASILIANO DEL 2015

**Paulo Henrique dos Santos Lucon**

Professore associato di diritto processuale civile  
presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di San Paolo

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza come strumento per le decisioni: i fattori che hanno portato a tale soluzione. – 3. I primi tentativi di introduzione normativa dei precedenti. – 4. Misure adottate dal c.p.c. del 2015 per valorizzare i precedenti. – 5. Ricorso straordinario e ricorso speciale ripetitivo. – 6. Le novità normative sul procedimento e sulla decisione dei ricorsi ripetitivi. – 7. L'incidente di risoluzione di domande ripetitive ("IRDR") e il trattamento molecolare delle controversie. – 8. Incidente di avocazione di competenza ("IAC") e l'attuazione preventiva dei tribunali. – 9. Considerazioni conclusive.

1. – Negli ultimi venti anni, molte riforme legislative avevano alterato varie disposizioni del codice di procedura civile del 1973, ciò che aveva compromesso la sua sistematicità e la sua organicità. Per tali motivi, è sorta l'esigenza di elaborare un nuovo codice.

Inizialmente, è stato presentato al Senato il progetto di legge n. 166/2010, redatto da una commissione di giuristi appositamente nominata. Dopo essere stata approvato dal Senato il 15 dicembre 2010, il progetto è stato inviato alla Camera dei Deputati, in cui una nuova commissione è stata costituita. Il testo è stato, successivamente, approvato il 26 marzo 2014, con diverse modifiche rispetto al progetto iniziale.

Ricordiamo che per più di tre anni ha avuto luogo un intenso dibattito, a seguito del quale si è giunti all'elaborazione di un nuovo testo. Successivamente, sono state effettuate delle modifiche puntuali in Senato, da parte di una nuova commissione, di natura mista, con alcuni membri indicati dal Senato e altri membri indicati dalla Camera dei Deputati. Dopo essere stato inviato al Presidente della Repubblica, il codice è stato definitivamente approvato il 16 marzo 2015.

Dobbiamo sottolineare che siamo in presenza del primo codice di procedura civile, nella storia del Brasile, che è stato elaborato in un regime democratico. Tra l'altro, si tratta di un testo con grandi virtù e che contiene importanti novità. Tra le sue maggiori virtù, ricordiamo quella di aver ascoltato tutti gli interlocutori e di aver capito la volontà della maggioranza.

Tra le novità più importanti, finalizzate a far diventare più effettiva la tutela giurisdizionale — come indicato dalla Costituzione Federale del 1988 —, tratterò in questo saggio dei seguenti argomenti: la valorizzazione dei precedenti giudiziari; l'istituto dei ricorsi (quello straordinario e quello speciale) ripetitivi; l'incidente di risoluzione di domande ripetitive, spesso chiamato con l'acronimo "IRDR" ("*incidente de resolução de demandas repetitivas*"); l'avocazione di competenza ("*assunção de competência*"). Questi nuovi istituti tendono a garantire l'uguaglianza degli individui, in quanto conferiscono lo stesso trattamento giuridico a coloro che si trovano in una situazione di fatto simile; tali istituti garantiscono, altresì, la certezza del diritto, grazie al raggiungimento della prevedibilità delle decisioni giurisdizionali.

Altre novità meritano di essere ricordate: il contraddittorio e la motivazione delle decisioni giurisdizionali; l'incentivo ad utilizzare la conciliazione e la mediazione, in particolare la mediazione infra-processuale, ossia quella si svolge dopo la citazione del convenuto; il nuovo regime della tutela provvisoria (tutela cautelare, tutela anticipatoria e tutela di evidenza); l'estensione della cosa giudicata alle questioni pregiudiziali; l'incidente di disconoscimento della personalità giuridica; la produzione anticipata di una prova, indipendentemente dalla sussistenza della condizione dell'urgenza; i negozi giuridici processuali o convenzioni processuali. Questi nuovi istituti non saranno, tuttavia, oggetto della nostra analisi in questo breve saggio.

Prima di entrare nella nostra analisi, ricordiamo che l'obiettivo del nuovo codice è quello di garantire la concessione della tutela giurisdizionale in un termine ragionevole e con una risoluzione appropriata delle controversie, in base alle esigenze attuali del paese.

2. – Senza dubbio, nella società moderna l'accesso alla giustizia non solo è garantito, ma è anche incentivato. In questa direzione, l'opera di Mauro Cappelletti e le nuove ondate innovatrici, di cui l'autore ha parlato, dimostrano con chiarezza l'evoluzione di tale quadro. Con la prima ondata, abbiamo avuto la garanzia dell'accesso alla giustizia per le persone meno abbienti, ciò che è stato ottenuto, in Brasile, attraverso l'istituzione della giustizia gratuita e la creazione dell'ufficio del Difensore Pubblico. La seconda ondata ha avuto il merito di predisporre la tutela giurisdizionale dei diritti collettivi *lato sensu* e, più in particolare, dei diritti dei consumatori e il diritto dell'ambiente, creando, a tal fine, gli strumenti processuali per tutelare questi diritti, come l'azione popolare, l'azione civile pubblica, l'azione collettiva e il *mandado de segurança* collettivo. Infine, la terza ondata ha garantito l'accesso e l'effettività della giustizia, attraverso, in primo luogo, la creazione dei *Juizados* speciali (prima chiamati *Juizados* di piccole cause) e, in secondo luogo, con la valorizzazione dei mezzi alternativi di composizione delle controversie.

In questa terza e ultima ondata, dando effettività alle norme processuali, si cerca di fare del processo un reale strumento per la concretizzazione dei diritti delle parti. Attualmente ci troviamo in questa fase (1).

Senza dubbio le ondate innovatrici sono state e sono fondamentali per lo sviluppo della giustizia in tutto il mondo. Nel frattempo, quale effetto riflesso di tale tendenza, si è avuto, in particolare in Brasile, un aumento rilevante del numero delle nuove domande proposte dinanzi agli organi giurisdizionali.

Per illustrare la questione, in base alla Relazione presentata dal Consiglio Nazionale di Giustizia nel 2017 e intitolata "Giustizia in Numeri" ("*Justiça em Números*"), se gli organi giurisdizionali brasiliani non ricevessero nuovi processi e si dedicassero solo a decidere quelli pendenti al 31 dicembre 2016, dovrebbero, comunque, lavorare per due anni e otto mesi. In base alla menzionata ricerca, nel 2016 risultano essere pendenti all'incirca 109 milioni di processi.

Malgrado ogni tipo di sforzo del c.p.c. del 2015, dovremo pensare e ripensare ad altre soluzioni e ciò in un breve spazio di tempo. In poco tempo, avremo più automobili che strade, più processi rispetto alla popolazione brasiliana (ricordiamo che ogni processo ha almeno due parti). Sappiamo che una delle migliori caratteristiche dei brasiliani è la loro creatività e la loro capacità di affrontare situazioni sfavorevoli. In questo quadro, oltre a studiare e analizzare il c.p.c. del 2015, noi processualisti dovremo pensare, fin d'ora, a nuove soluzioni: l'incentivo alla conciliazione e alla mediazione pre-processuale, la degiurisdizionalizzazione degli atti processuali (compresa la fase della esecuzione forzata) e l'utilizzo prioritario del processo collettivo.

Le descritte ondate innovatrici, insieme alle garanzie dei diritti contenuti nella Costituzione Federale del 1988, costituiscono uno dei principali motivi per i quali il Potere giudiziario subisce un aumento progressivo, durante gli ultimi anni, del numero di domande proposte (2). Ciò nonostante, sussistono altre ragioni che spiegano l'enorme numero di processi pendenti davanti ai giudici brasiliani, tra cui ricordiamo le più importanti: 1) il consumo e l'economia di massa, in cui la maggior parte dei prodotti e dei servizi sono di facile accesso alla generalità della popolazione; 2) una più ampia conoscenza dei cittadini rispetto ai propri diritti; 3) delle prestazioni inesatte da parte del servizio pubblico; 4) un aumento del numero di avvocati che sono, attualmente in Brasile, più di un milione; 5) la divulgazione dell'esistenza di controversie di massa ad opera dei mass media; 6) la mancanza di un'organizzazione giudiziaria, nell'intero territorio nazionale, che dia priorità assoluta alla decisione delle azioni collettive; 7) l'impossibilità di utilizzare il processo collettivo nella maggioranza dei casi, per varie ragioni (l'inammissibilità delle azioni collettive contro la pubblica amministrazione in molte ipotesi); 8) la litigiosità della stessa pubblica amministrazione.

Allo stesso tempo, si deve ricordare che la mancanza di una giurisprudenza uniforme rende la litigiosità attrattiva, dal momento in cui molte domande vengono proposte come un "biglietto della lotteria", sul quale la

1 In questo senso, si veda la Risoluzione n.125/10 del Consiglio Nazionale Giudiziario (CNJ): "*CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa e a soluções efetivas*", pubblicata in [http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/Resolucao\\_n\\_125-GP.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf) (consultato il 26.7.2016).

2 Si veda lo studio "Demandas repetitivas e a morosidade na justiça cível brasileira", effettuato dal Consiglio Nazionale di Giustizia del 2009, disponibile in [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq\\_sintese\\_morosidade\\_dpi.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/pesq_sintese_morosidade_dpi.pdf) (consultato il 18.11.2016).

parte “scommette” che da quella lite possa ottenere un vantaggio economico inaspettato; fenomeno che diviene più grave nei casi in cui l’attore gode del diritto al gratuito patrocinio, in cui la mancata vittoria non comporta nessun onere. Questo famigerato comportamento viene denominato come “giurisprudenza a lotteria” (3).

Pertanto, negli ultimi anni, la giustizia brasiliana è stata caratterizzata da una crescente litigiosità e dalla presenza di una “giurisprudenza a lotteria” e non uniforme. Questi fatti non sono stati ignorati dal legislatore, il quale già si era preoccupato con la questione e aveva presentato delle proposte di soluzione anche prima dell’elaborazione del c.p.c. del 2015.

3. – Sebbene il c.p.c. del 2015 sia un testo molto avanzato nella creazione di istituti giuridici tendenti a valorizzare e uniformizzare la giurisprudenza, anche attribuendo effetti vincolanti alle decisioni giurisdizionali, non dobbiamo dimenticare che delle misure, tendenti ad utilizzare la giurisprudenza come parametro di decisioni (specialmente in cause ripetitive), erano già presenti nel nostro sistema giuridico (4).

Già nel 1963, su richiesta del giudice Victor Nunes Leal (all’epoca responsabile per l’elaborazione delle massime di giurisprudenza, chiamate *súmulas*, in Brasile), l’art. 15, inciso IV, del Regolamento Interno del Supremo Tribunale Federale, venne alterato al fine di inserirvi la competenza del giudice relatore per dichiarare l’inammissibilità del ricorso straordinario o dell’impugnazione, denominata *agravo de instrumento*, “indicando il corrispettivo numero della *súmula*”. Tale dispositivo venne molto criticato all’epoca e venne presto abrogato (5).

Successivamente, il c.p.c. del 1973 introdusse nel sistema processuale l’incidente di uniformizzazione della giurisprudenza, agli articoli 476 a 479. Anche tale istituto fu oggetto di critiche da parte della dottrina dell’epoca e venne poco usato nella pratica (6).

Nel 1990 venne approvata la legge n. 8038/90, la quale, all’art. 38, disponeva espressamente: “il giudice relatore del Supremo Tribunale Federale o del Superiore Tribunale di Giustizia (...) non darà prosecuzione all’istanza o all’impugnazione (...) in caso di contrarietà, nelle questioni prevalentemente di diritto, con una *súmula* del rispettivo Tribunale”. In tal modo, la *súmula* poteva essere posta a fondamento della dichiarazione di inammissibilità di un’impugnazione (7).

In seguito, la legge n. 9139 del 1995 aveva modificato la prima parte dell’art. 557 c.p.c. del 1973, al fine di permettere al giudice relatore del tribunale di secondo grado (organo simile alla corte d’appello italiana) di non dare prosecuzione all’impugnazione, qualora quest’ultima fosse in contrasto con una *súmula* del rispettivo tribunale o con una *súmula* di un tribunale superiore. Inoltre, la legge n. 9756 del 1998 aveva modificato nuovamente la prima parte dell’art. 557 e inserito anche un §1°-A, rafforzando i poteri del giudice relatore del tribunale.

Poco tempo dopo, la valorizzazione della giurisprudenza venne inserita anche nella Costituzione, con l’introduzione della regola dell’efficacia vincolante delle decisioni emanate in sede di controllo concentrato di costituzionalità, nonché con l’inserimento della *súmula* vincolante nel sistema giuridico, rispettivamente previste all’art. 102, §2°, e all’art. 103-A Cost., come modificati dalla riforma costituzionale n. 45/2004, relativi al Supremo Tribunale Federale (8). Deve essere sottolineato che la vincolatività delle menzionate decisioni riguarda non solo gli organi del potere giudiziario, ma anche la pubblica amministrazione.

Altre riforme vennero approvate, tra cui ricordiamo: la legge n. 11276 del 2006 che, al §1° dell’art. 518 del c.p.c. del 1973, aveva introdotto la “*súmula impeditiva de recurso*”; la medesima legge aveva introdotto, tra l’altro, la possibilità per il giudice di primo grado di applicare i suoi propri precedenti per rigettare la domanda dell’attore, prima della citazione del convenuto (art. 285-A); la legge n. 11418 del 2006, che aveva disciplinato gli istituti della “ripercussione generale” del ricorso straordinario (già previsto

3 Si veda, in proposito, C.R. Dinamarco, *Decisões vinculantes*, in *Revista de Processo*, 2000, n. 100, p. 171. Per l’analisi dei precedenti nell’ordinamento italiano, rinviamo a B. Cavallone, *Sulla citazione dei “precedenti” negli scritti forensi italiani*, in *Riv. dir. proc.*, 2018.

4 Sul punto si veda, A. Alvim, *Novo contencioso cível no CPC/15*, San Paolo, 2016, pp. 521-522.

5 Si veda, nuovamente, C.R. Dinamarco, *Decisões vinculantes*, cit., p. 172.

6 In questa direzione, si rinvia alle critiche formulate all’istituto T. Pará Filho. *A chamada “Uniformização da Jurisprudência”*, in *Revista de Processo*, 1976, n. 1. p. 71 ss.

7 J.R. Cruz e Tucci, *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*, in Daniel Mitidiero; Guilherme Rizzo Amaral (a cura di), *Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*, San Paolo, 2012, p. 248 ss.

8 Si tratta della prima volta in cui è sorto, nel sistema brasiliano, l’uso dell’espressione efficacia vincolante, come ricorda F.N. Andriighi, *Recursos repetitivos*, in *Revista de Processo*, 2010, n. 185, p. 267 ss.

all'art. 102, § 3°, Cost., come modificato dalla riforma n. 45/2004), nonché del ricorso straordinario ripetitivo, di cui rispettivamente agli artt. 543-A e 543-B c.p.c. del 1973; la legge n. 11672 del 2008, che aveva inserito, all'art. 543-C c.p.c. del 1973, il ricorso speciale ripetitivo; la legge n. 12322 del 2010, che aveva modificato l'art. 544 c.p.c. del 1973, aumentando i poteri del giudice relatore rispetto alla pronuncia di inammissibilità del ricorso speciale o del ricorso straordinario.

Quindi, grazie a questa breve sintesi sull'evoluzione normativa del sistema processuale, possiamo evincere che non è una novità l'idea di valorizzare la giurisprudenza e di promuovere la pronuncia di decisioni uniformi, qualora sussista un reiterato orientamento dei tribunali, in particolare di quelli superiori, come il Supremo Tribunale Federale e il Superiore Tribunale di Giustizia<sup>(9)</sup>. In questa direzione, il c.p.c. del 2015 non ha fatto altro che seguire la tendenza attuale e in corso, attribuendo un'efficacia vincolante, a gradi diversi, ad alcune decisioni che la dottrina aveva iniziato a qualificare come precedente.

In realtà, l'espressione "precedenti" nel sistema giuridico brasiliano indica delle decisioni emanate da differenti organi giurisdizionali. Si pensi, ad esempio, agli enunciati di *súmulas*, vincolanti o persuasive, alle decisioni giudiziali, ripetute o con possibilità di esserlo, oppure alle decisioni rese nell'ambito del controllo concentrato di costituzionalità. Tutto ciò si desume dalla redazione dell'art. 927 c.p.c. del 2015.

4. – Il c.p.c. si fonda su alcune premesse, tra cui quella di eliminare alcune ipotesi chiamate "giurisprudenza difensiva" dei tribunali, come ad esempio: il divieto di considerare che un'impugnazione sia stata proposta fuori termine, qualora sia stata presentata prima dell'inizio del decorso del termine per impugnare (c.d. tardività dell'impugnazione per "prematività"), come disposto dall'art. 218, § 4°, c.p.c.; il divieto di dichiarare la "diserzione" della parte dal processo, prima di averla intimata a completare il pagamento delle spese processuali, come disposto dall'art. 1007, § 2°, c.p.c. Altri formalismi, introdotti dalla giurisprudenza solo per dichiarare inammissibile l'impugnazione, sono stati eliminati dal codice del 2015, ma i limiti di questo scritto non ci permettono di approfondire questo aspetto.

In contrappartita al superamento della "giurisprudenza difensiva", il c.p.c. del 2015 ha introdotto dei meccanismi che rendono più difficile o che, comunque, disincentivano le parti ad avvalersi di un accesso illimitato e indiscriminato ai tribunali (di secondo grado e a quelli superiori). Tra questi, possiamo ricordare: la valorizzazione e l'applicazione della giurisprudenza uniforme e vincolante (artt. 926 e 927); la possibilità di instaurare l'incidente di avocazione di competenza per fissare la tesi vincolante in casi futuri (art. 947); l'elenco tassativo di decisioni impugnabili con l'impugnazione dell'*agravo de instrumento* (art. 1015); la maggiorazione degli onorari nelle fasi di impugnazione (art. 85, §11); in questo contesto, possiamo anche inserire la creazione o la valorizzazione di istituti tendenti a sospendere o decidere domande ripetitive, come l'incidente di risoluzione di domande ripetitive e i ricorsi ripetitivi sia straordinario che speciale (art. 928). Il tema dei ricorsi ripetitivi sarà approfondito nel corso di questo scritto anche più avanti.

Nell'art. 926 c.p.c., che apre il libro dedicato ai processi nei tribunali, viene disposto che "i tribunali devono uniformizzare la loro giurisprudenza e mantenerla stabile, integra e coerente". Grazie alla richiamata disposizione, possiamo affermare che il nuovo codice non tollera più l'esistenza di posizioni diverse sulla stessa materia all'interno dello stesso tribunale, ciò che potrebbe accadere prevalentemente in ragione delle particolari condizioni di giudici che si rifiutano di seguire l'orientamento del tribunale rispetto ad un determinato tema, provocando, in tal modo, la violazione del principio della certezza del diritto e andando in contrasto con l'orientamento adottato dallo stesso organo giurisdizionale ai quali i magistrati appartengono<sup>(10)</sup>.

Spingendosi oltre, l'art. 927 c.p.c. stabilisce: "i giudici e i tribunali osserveranno", indicando, quindi, a quali decisioni viene attribuito carattere vincolante. Si tratta, in particolare, delle decisioni emanate nell'ambito del controllo concentrato di costituzionalità, della *súmula* vincolante, di quelle rese nell'ambito dell'incidente di avocazione di competenza, nonché dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive, dei ricorsi straordinario e speciale ripetitivo, delle *súmulas* del Supremo Tribunale Federale e del Superiore Tribunale di Giustizia e, infine, dell'orientamento dell'organo plenario o di quello speciale, al quale sono vincolati giudici e tribunali.

9 F.N. Andrichi, *Recursos repetitivos*, cit., p. 266, la quale ricorda che questi ipotesi normative indicano che il sistema processuale brasiliano già era direzionato verso il riconoscimento della vincolatività delle decisioni.

10 Su questo punto, sia permesso di rinviare a P.H. dos Santos Lucon, *Relação entre demandas*, Brasília, 2016, p. 216.



Oltre alle descritte ipotesi, possiamo ricordarne altre, in cui – direttamente o indirettamente – si dovrà rispettare la giurisprudenza.

La prima di queste ipotesi riguarda la proposizione dell'eccezione di incostituzionalità nell'ambito del controllo diffuso, di cui all'art. 949, paragrafo unico, c.p.c., in base al quale le sezioni dei tribunali non devono rimettere all'assemblea plenaria o ad un organo speciale la decisione su tale eccezione, quando questi ultimi si sono già pronunciati sulla questione, ciò che costituisce una deroga alla regola di competenza dell'assemblea plenaria (art. 97 Cost. e *súmula* vincolante n. 10 del Supremo Tribunale Federale).

La seconda ipotesi, tendente a far rispettare l'orientamento della giurisprudenza, consiste nel motivo di impugnazione per revocazione (denominata azione rescissoria) di cui all'art. 966, V, §§ 5° e 6°, che prevede l'ipotesi della manifesta violazione di una norma giuridica, in base al quale è impugnabile la decisione fondata in un enunciato di *súmula* o in una sentenza pronunciata nell'ambito del giudizio di casi ripetitivi (o di impugnazioni ripetitive), in cui non sia stata considerata la distinzione tra la questione oggetto del processo, che ha dato luogo alla decisione impugnata, e la pronuncia paradigma emanata nel caso caso ripetitivo.

Inoltre, in questa direzione, ricordiamo il reclamo (disciplinato dagli articoli 988-993) che, attualmente, è divenuto non solo uno strumento utilizzato per le questioni costituzionali, ma anche un mezzo per garantire la competenza dei tribunali e l'autorità delle loro decisioni, nonché per far rispettare le *súmulas* vincolanti e le decisioni del Supremo Tribunale Federale nell'ambito del controllo concentrato di costituzionalità. La grande novità è che, attualmente, lo strumento processuale del reclamo è finalizzato anche per tutelare il rispetto della sentenza emanata nell'ambito del giudizio di incidente di risoluzione di domande ripetitive o dell'incidente di avocazione di competenza <sup>(11)</sup>.

Parimenti in materia di rispetto dell'orientamento della giurisprudenza, dobbiamo menzionare il caso della tutela di evidenza, che viene concessa dal giudice quando le allegazioni di fatto possono essere provate solo con prove documentali e sussiste una tesi giurisprudenziale oggetto di un giudizio di casi ripetitivi o di una *súmula* vincolante (art. 311, II, c.p.c.). In tal caso, il giudice potrà pronunciare la tutela di evidenza anche prima dell'instaurazione del contraddittorio (art. 9°, paragrafo unico, II, c.p.c.).

Anche l'istituto del rigetto preliminare della domanda risente della valorizzazione dei precedenti, dal momento in cui le quattro ipotesi, descritte dall'art. 332, nelle quali potrà essere pronunciato il rigetto della pretesa, riguardano casi in cui sussiste un orientamento consolidato dei tribunali. Ricordiamo, in particolare, la seconda delle ipotesi, di cui all'art. 332, che riguarda il caso della sentenza emanata dal Supremo Tribunale Federale o dal Superiore Tribunale di Giustizia nell'ambito del giudizio di impugnazioni ripetitive.

Anche l'istituto della rimessione necessaria in secondo grado (che impone un ulteriore grado di giudizio in caso di condanna a carico della pubblica amministrazione) subisce l'influenza della valorizzazione dei precedenti, in quanto la rimessione non verrà applicata quando la sentenza pronunciata si è fondata su una decisione emanata dal Supremo Tribunale Federale o dal Superiore Tribunale di Giustizia nell'ambito del giudizio di impugnazioni ripetitive, oppure si è fondata su un orientamento elaborato nell'ambito dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive o di avocazione di competenza (art. 496, §4°, I, II e III, c.p.c.).

Una ulteriore incidenza del sistema dei precedenti si rinviene per l'esecuzione provvisoria della sentenza, nella misura in cui la parte non dovrà prestare cauzione quando la decisione, di cui si chiede l'esecuzione, è conforme ad una *súmula* del Supremo Tribunale Federale o del Superiore Tribunale di Giustizia o ad una decisione emanata nell'ambito del giudizio di casi ripetitivi (art. 521, IV, c.p.c.).

Infine, il codice stabilisce che il giudice relatore ha il potere (con decisione monocratica) di dichiarare infondata l'impugnazione proposta, se questa risulta essere in contrasto con un precedente, anche quello emanato nell'ambito del giudizio di impugnazioni ripetitive (art. 932, IV, c.p.c.).

Possiamo, pertanto, osservare che molti istituti processuali risentono della valorizzazione dei precedenti, tra cui rientrano anche le decisioni elaborate nell'ambito delle impugnazioni ripetitive. In questa direzione, i precedenti permettono non solo di liberare il sistema giudiziario da processi in cui si discutono questioni già

11 R.R. Rodrigues, *Reclamação. Origem e novas perspectivas*, in *Revista Forense*, 2016, n. 424, p. 333 ss.

decise, ma consentono anche di facilitare l'attività del giudice rispetto a domande ripetitive e evitare, quindi, l'emanazione di decisioni distinte in casi analoghi, al fine di garantire la certezza del diritto<sup>(12)</sup>.

5. – È possibile individuare una similitudine tra la Corte Costituzionale e il Supremo Tribunale Federale brasiliano (“STF”), da un lato, e tra la Corte di Cassazione e il Superiore Tribunale di Giustizia brasiliano (il “STJ”), dall'altro lato. Tuttavia, in Brasile, i tribunali superiori decidono su questioni concrete; non abbiamo un sistema simile a quello italiano, dove la Corte Costituzionale decide soltanto tesi giuridiche nell'ambito del controllo della costituzionalità delle leggi. Dal canto loro, il “STF” e il “STJ” brasiliani giudicano casi concreti, in base alle impugnazioni proposte dalle parti, e allo stesso tempo decidono sulla corretta interpretazione a esse data alla Costituzione Federale (“STF”) e alla legislazione federale (“STJ”).

Come noto, gli istituti del ricorso straordinario ripetitivo e del ricorso speciale ripetitivo non costituiscono delle novità introdotte dal codice del 2015<sup>(13)</sup>, trattandosi di meccanismi processuali già previsti dal codice del 1973, agli articoli 543-B e 543-C.

Fin dalla loro introduzione nel sistema brasiliano, i richiamati istituti si caratterizzano, in particolare, per due aspetti: la capacità di dare un trattamento uniforme per i diritti individuali omogenei; l'idoneità a influenzare non solo i processi futuri, ma anche e principalmente i processi pendenti. Risulta chiaro, quindi, che la decisione delle impugnazioni ripetitive non consente di tutelare i diritti diffusi, poiché la sua incidenza riguarda solo quelle ipotesi in cui si verifica una omogeneità giuridica<sup>(14)</sup>. Allo stesso modo del processo collettivo, gli istituti dei ricorsi ripetitivi consacrano l'importanza che deve essere attribuita alle decisioni delle Corti Superiori, nella misura in cui mirano ad evitare il cambiamento di tesi giuridiche da applicarsi in casi identici e, allo stesso tempo, perseguono il quadrimio della uguaglianza, certezza del diritto, economia processuale e rispettabilità delle decisioni<sup>(15)</sup>.

In questo paragrafo, la nostra proposta è quella di effettuare una lettura congiunta delle disposizioni che disciplinavano i ricorsi ripetitivi nel codice del 1973 e di quelle che li disciplinano nel codice del 2015, mettendo in luce le principali modificazioni. Nel paragrafo successivo, analizzeremo le nuove disposizioni, ossia quelle del c.p.c. del 2015 che non trovano corrispondenza in quelle del 1973.

La prima osservazione che merita di essere fatta riguarda la scelta (corretta) del legislatore di procedere all'unificazione dei procedimenti del ricorso straordinario ripetitivo e di quello speciale ripetitivo, disciplinati rispettivamente agli artt. 543-B e 543-C c.p.c. del 1973 e che, nel c.p.c. del 2015, sono contenuti agli artt. da 1036 a 1041.

Inoltre, l'art. 1036, nella sua prima parte, comincia la regolamentazione dell'istituto disponendo che questo si applica sempre qualora si abbia una molteplicità di ricorsi straordinari o speciali che si fondano su un'identica questione di fatto o di diritto. Quindi, ci dovrà essere una quantità considerevole di ricorsi, non bastando una pluralità di questi, oltre all'identità della questione di diritto, in ragione del fatto che obiettivo dell'istituto in esame è quello, prima di tutto, di permettere lo svolgimento della funzione nomofilattica delle Corti di vertice<sup>(16)</sup>. La richiamata disposizione prosegue stabilendo che in tale ipotesi verrà pronunciata la decisione del riconoscimento della molteplicità dei ricorsi ripetitivi con identico fondamento, denominata decisione di “afetação”<sup>(17)</sup>, in base a quanto disposto dal regolamento interno del Supremo Tribunale Federale e del Superiore Tribunale di Giustizia. La parte finale dell'art. 1036 c.p.c. del

12 Sul punto, rinviamo alle considerazioni di S.M. Kozikoski, *O “novo” juízo de admissibilidade do recurso especial e extraordinário*, in *Novo CPC doutrina selecionada*, vol. 6, coordinamento generale F. Didier Júnior, organizzatori L. Buril de Macêdo e altri, Salvador, 2016, p. 1032 ss.

13 Si veda A. Alvim, *Novo contencioso cível no CPC/15*, San Paolo, 2016, p. 540, secondo cui: “*Esse procedimento cumpre dois objetivos: primeiramente, evita a remessa de numerosos recursos repetitivos aos Tribunais Superiores; em segundo lugar, propicia a uniformização da jurisprudência sobre determinada matéria de direito federal ou constitucional*”.

14 Si veda sul punto L.G. Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, 4ª ed. San Paolo, 2016, p. 332, secondo cui “*o que realmente diferencia o recurso repetitivo é o fato dele constituir mecanismo voltado à criação de um precedente especialmente preocupado com casos pendentes, ao passo que os precedentes, em si, miram os casos futuros, objetivando dar tutela à previsibilidade no direito*”.

15 P.H. dos Santos Lucon, *Relação entre demandas*, cit., p. 216.

16 Si veda R.V.B. Cueva, *Técnica de julgamento dos recursos repetitivos e a constitucionalidade das decisões vinculativas e outras novidades do NCPC*, in *Revista de Processo*, 2016, n. 257, p. 315.

17 Ricordano N. Nery Jr.; R.M. de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, San Paolo, 2015, p. 2212, che la decisione di “afetação é aquela por meio da qual o STJ ou o STF reconhecem a existência de multiplicidade de recursos com idêntico fundamento de direito. Por meio da decisão de afetação, fica delimitada a questão que permeia todos os recursos extraordinários ou especiais tidos como repetitivos. Tal decisão conecta todos esses recursos, já que providenciará uma mesma solução para a mesma questão que todos discutem”.

2015 è simile §9° dell'art. 543-C c.p.c. del 1973.

L'art. 1036, §1°, stabilisce che il presidente o il vice-presidente del tribunale di giustizia o del tribunale regionale federale selezionerà due o più ricorsi rappresentativi della controversia. A questo proposito, sottolineiamo la presenza di una piccola, ma sostanziale, differenza con quanto disposto dal codice del 1973, agli artt. 543-B e 543-C, nei quali si parlava della selezione di uno o più ricorsi e, nella pratica, veniva selezionato solo un ricorso con forte carica di pregiudizialità rispetto agli altri<sup>(18)</sup>. Riteniamo, infatti, che la completezza della conoscenza della controversia richieda spesso l'analisi di due o più ricorsi.

Il §1° dell'art. 1036 stabilisce che tali ricorsi selezionati saranno indirizzati al Supremo Tribunale Federale o al Superiore Tribunale di Giustizia; tutti i processi, individuali o collettivi, pendenti nello Stato o nella regione verranno sospesi. Al contrario, il paragrafo primo degli artt. 543-B e 543-C indicava solo la sospensione degli altri ricorsi, dando adito all'interpretazione, secondo cui si dovevano sospendere solo i ricorsi straordinari e speciali, senza nessuna conseguenza per gli altri processi che si trovavano in fasi processuali diverse. Riteniamo che tale interpretazione non era adeguata, visto che la funzione dell'istituto dei ricorsi ripetitivi è quella di unificare l'orientamento di una questione che deve essere giudicata.

Effettuando solo una modificazione della redazione della disposizione, ma non alterandone il contenuto, l'art. 543-B, §2°, c.p.c. del 1973<sup>(19)</sup> è stato riportato nell'art. 1039, paragrafo unico, c.p.c. del 2015, secondo cui qualora il Supremo Tribunale Federale ritenga non sussistente la condizione della ripercussione generale del ricorso straordinario selezionato, gli altri ricorsi straordinari, la cui decisione era stata sospesa, saranno automaticamente considerati inammissibili.

Constatiamo, parimenti, una similitudine tra l'art. 543-B, §4°, c.p.c. del 1973, e l'art. 1041 c.p.c. del 2015, secondo cui, dopo la decisione del ricorso selezionato, se l'organo giurisdizionale inferiore decide per il mantenimento della propria decisione in contrasto con la tesi adottata nel ricorso selezionato, l'impugnazione anteriormente sospesa dovrà essere rimessa, a seconda dei casi, al Supremo Tribunale Federale o al Superiore Tribunale di Giustizia per la decisione del ricorso e l'applicazione della tesi giuridica. La redazione del dispositivo del c.p.c. del 1973 era migliore di quella del codice attualmente in vigore, nella misura in cui la disposizione anteriormente vigente permetteva alla Corte di vertice di cassare o riformare, in via preliminare, la sentenza contraria alla tesi giuridica adottata.

Non è stato, invece, riprodotto, nel c.p.c. del 2015, l'art. 543-B, §5°, c.p.c. del 1973 relativo all'analisi del requisito della ripercussione generale nel ricorso straordinario. Avendo il c.p.c. del 2015 unificato il procedimento per la decisione del ricorso straordinario e di quello speciale, il legislatore non ha voluto riprodurre la disposizione sull'analisi del requisito della ripercussione generale, visto che si tratta di un elemento che non viene richiesto per l'ammissibilità del ricorso speciale.

Presenta una parziale corrispondenza l'art. 543-C, §2°, c.p.c. del 1973, con l'art. 1037, II, c.p.c. del 2015, che riguardano la decisione che riconosce l'esistenza della molteplicità dei ricorsi con identico fondamento<sup>(20)</sup> e la determinazione della sospensione degli altri processi. Nel c.p.c. del 2015 viene stabilito che si verificherà sicuramente la selezione e il rinvio dei ricorsi rappresentativi della controversia alla Corte di vertice, mentre nel c.p.c. del 1973 veniva previsto il caso in cui il tribunale di origine non avesse indirizzato il caso alla Corte. Ricordiamo, nuovamente, che il c.p.c. del 2015 prevede la sospensione dei processi, individuali e collettivi, pendenti nel territorio nazionale che riguardino la questione selezionata, mentre il codice del 1973 prevedeva la sospensione solo dei processi pendenti in secondo grado. L'ambito di applicazione della sospensione nel nuovo c.p.c. è, quindi, molto più ampio rispetto a quello del codice anteriore<sup>(21)</sup>. Riteniamo che la sospensione dei processi fino alla decisione del ricorso ripetitivo costituisca, tuttavia, un'ipotesi di flagrante diniego di giustizia, in quanto innumerevoli saranno le parti che dovranno aspettare per ottenere la tutela

18 Si veda sul punto A. do Passo Cabral, *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*, in *Revista de Processo*, 2014, n. 231, p. 212.

19 Si veda J.R. Cruz e Tucci, *O Advogado, a Jurisprudência e outros temas de Processo Civil*, San Paolo, 2010, p. 137 ss.

20 Si veda M. Bonetti Couto, *Arts. 1.036 a 1.041*, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, coordinato da A. de Assis e altri, San Paolo, 2016, p. 1212.

21 In materia, si veda F.C. Jorge, *Arts. 1.036 a 1.041*, in *Código de Processo Civil anotado*, coordinato da J.R. Cruz e Tucci e altri, 1° ed., Rio de Janeiro, 2016, p. 1430 ss.

giurisdizionale che, comunque, deve essere data in base al principio della ragionevole durata, in ossequio alla disposizione costituzionale, di cui all'art. art. 5°, LXXVIII, Cost. Molti casi, oggetto di ricorsi ripetitivi, sono sospesi da diversi anni, ciò che ha sollevato delle giuste critiche da parte dei cittadini. Ricordiamo, altresì, che la sospensione dei processi per durata indeterminata, in applicazione dell'istituto dei ricorsi ripetitivi, si discosta dal regime generale della sospensione adottato dal c.p.c. del 2015 in altri casi analoghi, in cui viene stabilito il limite temporale di un anno, come accade, ad esempio, per la sospensione in ragione della pregiudizialità esterna (art. 313, V, a e §4°) e nell'ambito dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive (art. 313, IV, e art. 980, prima parte e paragrafo unico).

L'art. 543-C, §3°, c.p.c. del 1973, e l'art. 1038, III, §1°, c.p.c. del 2015, regolano la richiesta di informazioni sulla controversia che viene inviata dal giudice relatore della Corte di vertice, chiamata a decidere il ricorso ripetitivo, al tribunale di secondo grado<sup>(22)</sup>; quest'ultimo dovrà presentare tutti gli elementi che ritiene pertinenti per la decisione della causa, indicando i possibili argomenti favorevoli e contrari all'accoglimento del ricorso ripetitivo, alla quantità di processi sospesi, nonché alla quantità di decisioni di merito pronunciate dal tribunale sulla stessa materia e le altre decisioni ritenute pertinenti<sup>(23)</sup>. Il c.p.c. del 2015 mantiene il termine di quindici giorni e aggiunge che gli atti saranno realizzati, se possibile, in via telematica, al fine di aumentare la celerità e l'economia processuale, in particolare nella comunicazione tra organi giurisdizionali.

Con un medesimo approccio, l'art. 543-C, §4°, c.p.c. del 1973 e l'art. 1038, I, c.p.c. del 2015, disciplinano la questione dell'intervento di persone, organi o enti con interesse nella controversia. Secondo una parte importante della dottrina, il richiamato intervento costituisce l'applicazione dell'istituto dell'*amicus curie* durante il giudizio sul ricorso ripetitivo<sup>(24)</sup>. In tal caso, gli intervenienti dovranno allegare dei punti e delle questioni ancora non dedotte nei ricorsi ripetitivi, al fine di ampliare l'oggetto della discussione.

Deve essere sottolineato che nel c.p.c. del 2015, il giudice relatore nella Corte di vertice non svolge più un ruolo di agente passivo del processo, avendo acquisito compiti più attivi. Il giudice, infatti, non si limita ad ammettere gli interventi, poiché può ora sollecitare la manifestazione di un interveniente interessato, quando lo ritiene pertinente in ragione della materia.

L'intervento del pubblico ministero era previsto dall'art. 543-C, §5°, c.p.c. del 1973 e passa ora ad essere regolato dall'art. 1038, III e §1°, c.p.c. del 2015. Tale disposizione deve essere interpretata congiuntamente con gli artt. 176 e 178 c.p.c. del 2015, che trattano dell'attuazione del pubblico ministero come organo che garantisce il rispetto della legge e come interveniente necessario. Non sembra che l'intervento del p.m. sia obbligatorio in tutti i casi di decisione di ricorsi ripetitivi, in quanto trattandosi di diritti individuali e disponibili non sarà necessario ascoltare il suo parere. Il termine per l'intervento del p.m. è sempre di quindici giorni, anche sotto la vigenza del c.p.c. del 2015.

Decorso il termine concesso al p.m. per la presentazione delle sue osservazioni, il giudice relatore del ricorso ripetitivo lo invia agli altri giudici, richiedendo la sua discussione in udienza. La discussione sul ricorso ripetitivo ha un carattere prioritario, tranne rispetto alla parte detenuta e alle richieste di *habeas corpus* (art. 1.038, §2, c.p.c. del 2015 corrispondente all'art. 543-C, §6°, c.p.c. del 1973).

Gli artt. 543-B, §3°, e 543-C, §7°, I e II e §8°, c.p.c. del 1973, e l'art. 1.040, I e II, c.p.c. del 2015 disciplinano la fase processuale che segue all'emanazione della sentenza paradigma e si presentano due soluzioni: il tribunale inferiore (ossia il suo presidente o vice-presidente) non darà prosecuzione ai ricorsi speciali e straordinari sospesi, qualora la sentenza impugnata sia conforme all'orientamento del tribunale superiore; il tribunale inferiore potrà riesaminare il processo o l'impugnazione anteriormente decisa, nel caso in cui la sentenza sia contraria all'orientamento del tribunale superiore.

Le novità introdotte dal c.p.c. del 2015 in materia di ricorsi ripetitivi non sono molte, ma sono comunque rilevanti. Si tratta, infatti, non solo delle regole relative al procedimento e alla decisione dei ricorsi, ma anche di norme sparse che riguardano l'istituto, alcune delle quali già sono state presentate anteriormente,

22 Si rinvia a N. Nery Jr.; R.M. de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 2207.

23 Si veda D. Nunes e altri, *Arts. 1036 a 1.041*, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, a cura di L.L. Streck, D. Nunes e L. Carneiro da Cunha, San Paolo, 2016, p. 1387.

24 In senso contrario, si veda N. Nery Jr.; R.M. de Andrade Nery, *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 2215.

tra cui: l'efficacia vincolante delle decisioni in materia di ricorsi ripetitivi, in quanto precedenti (art. 927, III); l'impugnabilità con la revocazione della decisione basata in un enunciato di *súmula* o di sentenza emanata nell'ambito di un caso ripetitivo (quindi anche nell'ambito di un ricorso ripetitivo), qualora tale decisione non abbia considerato l'esistenza di una distinzione con il caso concreto (art. 966, §§5° e 6°); il reclamo che, prima della legge n. 13256 del 2016, era ammissibile per garantire l'osservanza del precedente emanato nell'ambito di casi ripetitivi (redazione abrogata dell'inc. IV dell'art. 988); la possibilità di concedere la tutela di evidenza (art. 311, II), senza la previa instaurazione del contraddittorio (art. 9°, paragrafo unico, II) nelle cause il cui oggetto sia stato deciso con un ricorso ripetitivo; la possibilità di dichiarare il rigetto preliminare della domanda in quelle cause il cui oggetto sia già stato deciso in un ricorso ripetitivo (art. 332, II); l'inapplicabilità della remissione necessaria (art. 496, §4°, I, II e III); la deroga alla necessità di prestare una cauzione provvisoria (art. 521, IV); il poteri del giudice relatore di rigettare (art. 932, IV, a a c) o di accogliere l'impugnazione (art. 932, V, a a c), attraverso una decisione monocratica.

Successivamente, saranno presentate situazioni processuali relative al procedimento e alla decisione di ricorsi ripetitivi ed anche altre disposizioni del c.p.c. del 2015, che dimostrano l'attuale importanza dell'istituto in esame.

6. – Prima di procedere all'analisi delle novità legislative sui ricorsi ripetitivi, avvertiamo il lettore che verranno prese in considerazione solo le novità più rilevanti.

La prima novità è contenuta nell'art. 1036, §§2° e 3°, c.p.c. del 2015, secondo cui la parte interessata può chiedere al presidente o al vice-presidente del tribunale di origine che il ricorso proposto fuori termine sia dichiarato inammissibile e non venga sospeso; il ricorrente ha, comunque, un termine di cinque giorni per manifestarsi su tale istanza, per dimostrare che il ricorso è stato proposto nei termini e, quindi, evitare che venga dichiarata la sua inammissibilità. Si tratta di una soluzione positiva e salutare, in quanto evita che dei processi rimangano pendenti nel tempo solo in ragione della presenza di un ricorso proposto fuori termine, specialmente quando si considera che i processi aventi ad oggetto la stessa questione rimarranno sospesi fino alla emanazione della decisione paradigma sul ricorso ripetitivo.

La seconda novità è contenuta nell'art. 1036, §§4°, 5° e 6°, c.p.c. del 2015, i quali, correttamente, eliminano il monopolio del tribunale di secondo grado nella scelta delle impugnazioni rappresentative della controversia, che vengono rimesse alle corti di vertice per la futura decisione di selezione del ricorso. In base alla nuova sistemica, la scelta dei ricorsi effettuata dai tribunali di secondo grado non vincola il giudice relatore delle corti di vertice, il quale potrà, infatti, selezionare altri atti di impugnazione rappresentativi della controversia. Tutti i ricorsi scelti e selezionati non si escludono tra di loro, sommandosi per l'analisi della controversia.

L'art. 1036, §6°, adotta una proposta – già elaborata da tempo dalle Corti di vertice – secondo cui solo i ricorsi ammissibili che contengono una argomentazione ampia, rispetto alla questione da decidere, potranno essere selezionati e rimessi ai tribunali superiori<sup>(25)</sup>. Se così non fosse, sarebbe un controsenso rinviare ai tribunali superiori dei ricorsi che non potrebbero essere decisi nel merito<sup>(26)</sup>.

Una volta scelti i ricorsi che saranno valutati per l'elaborazione della sentenza paradigma, il giudice relatore del tribunale superiore emana un provvedimento (denominato in lingua portoghese "*decisão de afetação*"), con il quale viene identificata con precisione la questione dedotta in giudizio, potendo anche chiedere ai tribunali inferiori di rimettere altri ricorsi rappresentativo della controversia (art. 1037, I e III, c.p.c.)<sup>(27)</sup>.

Continuando la nostra analisi, l'art. 1038, II, c.p.c. permette al giudice relatore del ricorso ripetitivo di realizzare un'udienza pubblica per raccogliere il parere di persone con esperienza e conoscenza della materia. Si tratta di una modalità prevista anche dall'art. 927, §2°, c.p.c. che denota quale sia l'importanza della realizzazione di un'udienza pubblica, per permettere la partecipazione di tutti i soggetti interessati al precedente da elaborare<sup>(28)</sup>.

25 Sulla scelta dei ricorsi rappresentativi, rinviamo a F.C. Jorge, *Arts. 1.036 a 1.041*, cit., p. 1429-1430.

26 Sul punto, si veda F.N. Andrichi, *Recursos repetitivos*, cit., p. 270.

27 Si veda L.G. Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 336.

28 Sul punto, si rinvia a D. Nunes e altri, *Arts. 1036 a 1.041*, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes e Leonardo

Un'altra novità si trova nell'art. 1038, §3º, il quale – in base alla redazione voluta dalla legge n. 13256 del 2016 – dispone che il contenuto della sentenza paradigma riguarda solo l'analisi dei fondamenti rilevanti della tesi giuridica discussa e nulla di più. Tale disposizione, a nostro avviso, è criticabile. In effetti, il semplice fatto che la sentenza paradigma debba giudicare una tesi giuridica non solo applicabile ai ricorsi pendenti, ma anche a tutti i processi, pendenti e futuri, che versano su una determinata questione, costituisce un motivo sufficiente per richiedere la redazione di una motivazione completa e esaustiva, anche per scartare gli argomenti non rilevanti per la decisione. Ciò non significa che il tribunale superiore debba, comunque, valutare tutti gli argomenti dedotti, anche quelli totalmente assurdi e sproorzionati. Ma, d'altra parte, poiché finalità dell'istituto dei ricorsi ripetitivi è quella di evitare l'emanazione di future decisioni divergenti sulla stessa materia, tale finalità sarà raggiunta se la sentenza paradigma è completa ed esaustiva nella sua motivazione: in tal modo non ci saranno dubbi rispetto alla interpretazione della questione che verrà applicata in casi analoghi <sup>(29)</sup>.

L'art. 1039, nonostante costituisca una novità rispetto al c.p.c. anteriore, riprende una soluzione già pensata in relazione all'istituto dei ricorsi ripetitivi. Senza dubbio, una volta decisi i ricorsi ripetitivi selezionati, spetta agli organi collegiali dei tribunali superiori dichiarare inammissibili – per mancanza sopravvenuta di interesse – gli altri ricorsi, che hanno ad oggetto la stessa controversia, oppure deciderli applicando la tesi elaborata nella sentenza paradigma <sup>(30)</sup>.

Inoltre, è importante ricordare l'art. 1040, inc. III, secondo cui, una volta pubblicata la sentenza paradigma, i processi sospesi in primo e in secondo grado riprenderanno il loro corso per la decisione, applicando la tesi elaborata dal tribunale superiore.

Lo scopo dell'istituto dei ricorsi ripetitivi non è solo quello di fissare la tesi giuridica che sarà adottata in processi pendenti o futuri, ma anche quello di evitare la proposizione di nuove domande infondate o di incentivare la rinuncia all'azione <sup>(31)</sup>. In questa direzione, la sentenza paradigma viene comunicata ad enti e autorità indipendenti; si permette, altresì, alle parti di rinunciare al processo, se verte su una questione identica a quella risolta nella sentenza paradigma (art. 1040). In tal caso, codice prevede degli incentivi in relazione alle spese processuali per la parte che rinuncia.

Vista l'importanza dell'istituto in esame all'interno del sistema processuale brasiliano, altre disposizioni riguardano i ricorsi ripetitivi.

In questa direzione, ricordiamo che l'art. 927, §3º, permette la modulazione degli effetti temporali della decisione che modifica una tesi elaborata nell'ambito di un giudizio su un ricorso ripetitivo. Sempre in caso di modificazione della tesi giuridica, il §4º del medesimo articolo impone l'emanazione di una decisione con motivazione appropriata e specifica.

L'art. 928 stabilisce chiaramente che il ricorso ripetitivo appartiene alla categoria dei casi ripetitivi, indicando, altresì, che questi ultimi possono avere ad oggetto una questione di diritto materiale o una questione processuale.

Inoltre, l'art. 979 prevede la divulgazione e la pubblicità, con i mezzi digitali da parte del Consiglio Nazionale di Giustizia, dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive e di ricorsi ripetitivi <sup>(32)</sup>.

Nell'art. 998, paragrafo unico, si dispone che la rinuncia al ricorso, ad opera della parte impugnante, non impedisce l'analisi della questione oggetto del giudizio di un ricorso ripetitivo. La disposizione tende ad evitare che con la sua rinuncia, la parte impugnante impedisca la decisione sul ricorso ripetitivo selezionato, come poteva accadere prima dell'entrata in vigore del c.p.c. del 2015 <sup>(33)</sup>.

7. – Non esiste niente di più frustrante per i cittadini della fluttuazione e della instabilità nell'interpretazione

Carneiro da Cunha. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1387.

29 Sul punto, si rinvia a A. Alvim. *Novo contencioso cível no CPC/15*, cit., p. 543.

30 Si veda L.G. Marinoni, *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 286.

31 Sul punto si veda J.I. Botelho de Mesquita e altri, *A repercussão geral e os recursos repetitivos. Economia, direito e política*, in *Revista de Processo*, 2013, n. 220, p. 25 ss., secondo cui "é preciso estar atento ao fato de não ser impossível que a tese vencedora venha a ter um alcance bem maior do que o de limitar simplesmente o número de recursos relativos a uma mesma questão; pode chegar até mesmo a obstar a propositura de ações novas em primeiro grau de jurisdição".

32 In materia, si veda D. Nunes e altri, *Arts. 1036 a 1.041*, cit., p. 1382.

33 Sul punto, si vedano le considerazioni critiche di F.N. Andriighi, *Recursos repetitivos*, p. 274.

delle regole di diritto, fattori che contribuiscono sensibilmente al discredito degli organi giurisdizionali. Proprio per impedire tale fenomeno, il c.p.c. disciplina l'incidente di risoluzione di domande ripetitive, il cui scopo è quello di permettere nell'ambito dei tribunali locali l'elaborazione di una tesi unica, da applicarsi a tutti i processi aventi ad oggetto la stessa questione giuridica. In tal modo, l'istituto in esame è diretto a soddisfare il principio di economia processuale, in quanto – grazie al processo pilota – si evita il compimento di attività identiche e non necessarie in una pluralità di processi.

Secondo quanto disposto dall'art. 976, I e II, tre requisiti sono richiesti affinché l'instaurazione dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive sia ammissibile: 1) rischio della violazione del principio di uguaglianza; 2) rischio della violazione del principio della certezza del diritto; 3) effettiva ripetizione di processi vertenti unicamente sulla stessa questione. Possiamo affermare che il terzo requisito è la causa necessaria dei primi due, pertanto, nell'analisi della necessità dell'instaurazione dell'incidente si deve valutare, innanzitutto, l'esistenza dell'effettiva ripetizione di processi vertenti su un'identica questione giuridica. In assenza della ripetizione di processi, non sussiste il rischio al principio di uguaglianza e di certezza del diritto. L'art. 976, III, specifica che mancando uno dei requisiti per la sua instaurazione, l'incidente è inammissibile, ma può essere in futuro riproposto, se presente il requisito anteriormente mancante.

Constatata la molteplicità di domande, sussiste un rischio di violazione del principio di uguaglianza e della certezza del diritto quando varie decisioni contraddittorie e contrastanti sono state emanate sulla stessa questione giuridica. Ricordiamo che la questione giuridica potrà essere sia di diritto sostanziale che di diritto processuale, ciò che dimostra che il più grande campo di applicazione dello strumento in esame è la litigiosità di massa.

A nostro avviso, anche le questioni di fatto, oggetto di un numero sostanziale di processi e al cui interno si constati una omogeneità totale o parzialmente rilevante, meritano di ricevere il trattamento molecolare dato dall'istituto in esame<sup>(34)</sup>. Potrebbe trattarsi di domande aventi ad oggetto una relazione di consumo o un incidente ambientale, che hanno una comune questione di fatto, come l'introduzione di un'imposta, la maggiorazione di una determinata aliquota o la regolarità di un concorso pubblico. Su tali fatti, che moltiplicano le domande di tutela giurisdizionale, è opportuno che gli organi giurisdizionali si pronuncino attraverso l'incidente di domande ripetitive, al fine di evitare l'emanazione di pronunce contraddittorie.

Non è requisito di ammissibilità dell'incidente in esame la pendenza della causa in grado di appello, di modo che i giudici di primo grado possono instaurare l'incidente, constatando la molteplicità dei processi vertenti su una identica questione.

L'incidente di risoluzione di domande ripetitive può essere richiesto d'ufficio dal giudice di primo grado o dal giudice relatore in secondo grado, oppure può essere chiesto su istanza di parte, del pubblico ministero e dalla istituzione della Difesa Pubblica (organo statale che ha il compito di prestare assistenza giuridica e difendere in giudizio i soggetti meno abbienti). Il pubblico ministero ha, comunque, l'obbligo di intervenire nel corso del giudizio sull'incidente di risoluzione di domande ripetitive. Sempre al fine di garantire una più ampia partecipazione nel giudizio sull'incidente, l'art. 983 dispone che il giudice relatore debba ascoltare le parti e gli altri interessati nella risoluzione della controversia, i quali potranno presentare memorie e depositare documenti in un termine di quindici giorni. Inoltre, il paragrafo unico dell'art. 983 consente la realizzazione di udienze pubbliche per permettere la manifestazione di persone con esperienza e conoscenza della materia oggetto della controversia. Nella stessa direzione, è ammesso anche l'intervento dell'*amicus curiae*. Tutto ciò è finalizzato ad ottenere una decisione basata nell'ambito di una cognizione piena e esauriente degli elementi della controversia.

Qualora sia stata proposta più di un'istanza per l'instaurazione dell'incidente in esame, i tribunali devono scegliere quella che contiene l'argomentazione più ampia, che allega il maggior numero di fatti e deduce il maggior numero di questioni di diritto per il giudizio sulle domande ripetitive. In tal modo, la motivazione della decisione sarà completa ed esaustiva e più ampio sarà l'ambito di applicazione della sentenza elaborata in relazione al caso paradigma.

34 ( ) Si veda, in senso simile, M. de Araújo Cavalcanti, *Incidente de resolução de demandas repetitivas*, San Paolo, 2016, pp. 220-221.

È importante ricordare che l'attuazione degli organi giurisdizionali, attraverso l'istituto dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive, si ricollega all'esigenza di far svolgere al potere giudiziario brasiliano un nuovo ruolo in ragione delle necessità attinenti alle politiche pubbliche e sociali e all'enorme numero di processi vertenti sulle stesse questioni di merito.

A questo proposito, possiamo notare che l'emanazione di una decisione sulle domande selezionate attraverso l'istituto dell'incidente non solo è tecnicamente possibile – essendo effettuata in base ad una cognizione esauriente e rispettando i principi processuali – ma è anche socialmente benefica, in quanto offre un canone di comportamento per i soggetti interessati nella soluzione della questione. Data la rilevanza collettiva dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive, la rinuncia di una parte non impedisce la prosecuzione del giudizio; in tal caso il pubblico ministero assume la titolarità della causa.

Gli organi giurisdizionali competenti per decidere l'incidente di domande ripetitive sono i tribunali di giustizia e i tribunali regionali federali, la cui sezione è stata indicata nel regolamento interno (ricordiamo, nuovamente, che tali tribunali hanno funzioni simili a quelle delle corti d'appello italiane). Risulta, quindi, che i giudici di primo grado possono solo sollevare, anche di ufficio, l'incidente in esame, ma non possono deciderlo.

Sottolineiamo che la decisione emanata sul caso pilota da un tribunale ha un'efficacia vincolante limitata all'interno del tribunale stesso e rispetto agli organi giurisdizionali ad esso subordinati. Per gli altri organi giurisdizionali, la decisione sul caso pilota costituisce solo un precedente persuasivo.

Ricordiamo, altresì, che i tribunali non hanno competenza per decidere sull'incidente di domande ripetitive, se la stessa questione è pendente dinanzi ai tribunali superiori, dovendosi, in tale ipotesi, rispettare l'organizzazione gerarchica degli organi giurisdizionali e la funzione nomofilattica delle corti di vertice.

Verificata la sussistenza dei presupposti, di cui all'art. 976, e dichiarata l'ammissibilità dell'incidente, tutti i processi pendenti, all'interno dello stesso stato o della stessa regione e che presentano lo stesso contenuto, saranno sospesi fino alla decisione sul caso pilota. La sospensione è automatica e decorre dall'emanazione del provvedimento di ammissibilità dell'incidente. Per evitare un ingiustificato pregiudizio per le parti durante la sospensione del processo, è possibile chiedere la concessione di un provvedimento cautelare. Una parte può, comunque, chiedere la prosecuzione del suo processo, se dimostra che quest'ultimo ha ad oggetto una questione diversa da quella oggetto dell'incidente. Si tratta di una tecnica ispirata al *distinguishing*, istituto tradizionale nei sistemi di *common law*. In mancanza di tale previsione normativa, il dispositivo della sospensione sarebbe di dubbia legittimità costituzionale, alla luce dell'art. 5, XXXV, Cost., che garantisce la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti.

La decisione di ammissibilità dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive non sospende, né interrompe, il termine di prescrizione delle domande individuali. Per questo motivo, le parti potrebbero avere interesse a proporre nuove domande individuali, per evitare la prescrizione dei propri diritti. Tale fenomeno è, tuttavia, contrario allo scopo dell'istituto dell'incidente in esame.

Come indicato, all'udienza possono partecipare le parti ed altri interessati alla risoluzione dell'incidente.

In ragione della rilevanza collettiva dell'istituto, la legge esige un maggior grado di profondità e completezza per la motivazione. Il codice del 2015 è particolarmente sensibile alla motivazione, come si desume dalla lettura dell'art. 489, §1°, che indica le ipotesi in cui una decisione non può considerarsi adeguatamente motivata<sup>35</sup>. L'art. 984, § 2°, richiede una motivazione ancor più approfondita, nella misura in cui stabilisce che il contenuto della decisione paradigma debba comprendere l'analisi di tutti i punti sollevati sulla tesi giuridica in discussione, sia favorevoli che quelli contrari alla tesi prevalente. L'esigenza di tale dovere analitico di motivazione attribuisce ancora più stabilità alla tesi giuridica contenuta nella decisione paradigma, che non potrà essere in un momento ulteriore essere messa in discussione in base ad un punto rigettato dal tribunale.

Emanata la decisione sull'incidente, che deve essere pronunciata entro un anno e ha carattere prioritario sugli altri processi (art. 980), la tesi giuridica elaborata verrà applicata a tutti i processi sospesi e a tutti quelli

35 Sul punto, rinviamo a P.H. dos Santos Lucon, *Il principio del contraddittorio e il dovere di motivazione nel c.p.c. brasiliano del 2015*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* (in corso di pubblicazione).



futuri che avranno ad oggetto la stessa identica questione. La certezza, che viene data dalla stabilità della decisione pilota, non deve essere confusa con una indesiderabile immutabilità dell'orientamento giurisprudenziale<sup>(36)</sup>. Per tale motivo, il tribunale d'ufficio, il pubblico ministero o l'istituzione della Difesa Pubblica possono chiedere la revisione della tesi giuridica fissata, purché tale richiesta sia sorretta da una motivazione appropriata e specifica e vengano rispettati i principi della certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento dei cittadini. Le parti possono, comunque, sollecitare i soggetti legittimati a presentare l'istanza di revisione della tesi giuridica. In altre parole, la sentenza sull'incidente di risoluzione di domande ripetitive non potrà essere modificata, fatta salva la possibilità che ci sia una modificazione sostanziale degli elementi che determinarono la decisione. Se, infatti, la decisione sull'incidente potesse essere rivista in ogni momento e senza la presenza di un motivo plausibile, non si raggiungerebbe quella stabilità giurisprudenziale, alla quale il codice tanto aspira.

La sentenza che decide l'incidente è impugnabile con un ricorso speciale o un ricorso straordinario, a seconda delle disposizioni normative violate. Questi ricorsi hanno effetto sospensivo e, in ragione dell'ampiezza soggettiva della materia discussa, sono dotati del requisito della ripercussione generale. Nel momento della proposizione del ricorso, ognuno dei soggetti legittimati per l'instaurazione dell'incidente può chiedere che il tribunale superiore sospenda i processi in corso, in tutto il territorio nazionale, vertenti sulla questione oggetto dell'incidente. Nell'analizzare tale richiesta, i tribunali superiori dovranno agire con molta cautela, richiedendo, se necessario, informazioni ai tribunali locali inferiori sulla opportunità della sospensione. La sospensione dei processi fino alla emanazione della decisione paradigma, infatti, è una misura ragionevole e giustificabile, ma comunque drastica, visto che blocca, seppur temporaneamente, l'esercizio del diritto di azione. Per tale motivo, il legislatore stabilisce che la sospensione possa durare massimo un anno, salvo una decisione motivata del giudice relatore in senso contrario (art. 980, paragrafo unico). La previsione del termine di un anno per la durata massima della sospensione permette di raggiungere due finalità: la certezza del diritto e la celerità processuale.

La decisione che risolve l'incidente di domande ripetitive produce anche altri effetti che, seppur secondari, hanno una grande rilevanza pratica. La questione oggetto dell'incidente costituisce orientamento consolidato di un tribunale e, quindi, potrà essere posta a fondamento di un provvedimento che concede una tutela di evidenza o di un provvedimento che rigetta preliminarmente la domanda contraria alla tesi fissata nell'incidente.

Per dare più forza ed efficacia all'istituto dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive, il codice prevede l'utilizzazione dello strumento del reclamo per preservare l'autorità della decisione pilota, che potrebbe essere violata sia in caso di erronea applicazione della tesi giuridica elaborata che in caso di mancata applicazione della stessa.

Descritto l'istituto dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive, ci sono tre attività processuali che sono molto importanti affinché tale strumento possa funzionare in maniera appropriata. Si tratta, in primo luogo, della identificazione del processo pilota, che dipende dalla analisi dei processi simili e dalla identificazione dei punti tra loro comuni, che richiedono lo stesso trattamento. In secondo luogo, si tratta di delimitare il nucleo della decisione dell'incidente di domande ripetitive da applicare alla fattispecie concreta, che costituisce la *ratio decidendi* o la questione giuridica applicata alla lite individuale. *Last but not least*, si deve applicare tale nucleo ai casi concreti individualmente considerati. Tale triade identificazione-delimitazione-applicazione costituisce l'aspetto più rilevante dell'istituto.

Rispetto all'applicazione della decisione pilota, ci sono diversi gradi di vincolatività sui casi individuali. Possiamo pensare, innanzitutto, ad un'assenza di vincolatività, data dalla inapplicabilità della decisione al caso concreto. Abbiamo, poi, un effetto vincolante minimo, quando la decisione pilota riguarda solo un punto specifico del processo individuale. Abbiamo, ancora, un effetto vincolante medio, quando sussiste un'applicazione parziale di quanto è stato deciso nella sentenza pilota. Infine, abbiamo una vincolatività massima, quando la decisione pilota trova concreta applicazione<sup>(37)</sup>.

36 () In materia, si veda H. Avila, *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*, 2° ed. San Paolo, 2012, p. 72 ss.

37 () Si veda P.H. dos Santos Lucon, *Relação entre demandas*, cit., pp. 209 ss.

8. – Insieme agli altri istituti precedentemente esaminati, l'incidente di avocazione di competenza fa parte del micro-sistema normativo finalizzato ad uniformizzare la giurisprudenza all'interno dei tribunali, scopo indicato dall'art. 926 c.p.c. L'incidente di avocazione di competenza è instaurato in maniera preventiva (cosa che costituisce la sua principale caratteristica), prima che la questione di diritto sia oggetto di molteplici processi. A questi fini, l'art. 947, prima parte, c.p.c. dispone che: "è ammissibile l'avocazione di competenza, quando la decisione su un'impugnazione, la rimessione necessaria o il processo di competenza originaria, coinvolge una rilevante questione di diritto, con grande ripercussione sociale, non ripetuta in molteplici processi". Per questione con grande ripercussione sociale, si deve intendere una questione rilevante dal punto di vista economico, politico, sociale o giuridico che superi gli interessi individuali delle parti del processo. Si tratta della stessa condizione prevista per l'ammissibilità del ricorso straordinario.

L'instaurazione dell'incidente di avocazione di competenza persegue la finalità di evitare la dispersione giurisprudenziale, anche prima della proliferazione di vari processi con diverse decisioni su casi simili. La decisione sull'incidente in esame spetta alla sezione del tribunale incaricata di uniformizzare la giurisprudenza ed è dotata di effetto vincolante nei confronti di tutti i giudici inferiori e le altre sezioni del tribunale. In un'ottica di modelli ideali, l'istituto dell'incidente di avocazione di competenza deve avere la precedenza su quello dell'incidente di risoluzione di domande ripetitive: il primo avendo carattere preventivo e il secondo avendo carattere repressivo. Perseguendo la stessa finalità, si ritiene che tra i due incidenti in esame si possa applicare il principio della fungibilità: dopo l'instaurazione dell'avocazione di competenza, qualora ci sia una moltiplicazione di processi sulla questione, l'incidente potrebbe trasformarsi in un giudizio di risoluzione di domande ripetitive.

Altro aspetto innovatore dell'incidente in esame è dato dalla sua idoneità a risolvere dei conflitti che normalmente non sono giurisdizionalizzati, ma nei quali si evidenzia una chiara lesione ai diritti soggettivi, come è il caso delle multe illegali, comminate dalla pubblica amministrazione, o della pubblicità ingannevole. Speriamo che gli organi giurisdizionali brasiliani utilizzino in pratica il descritto istituto.

9. – Concludendo il presente scritto, possiamo ricordare che gli istituti analizzati (il giudizio sui ricorsi straordinari e speciali ripetitivi, l'incidente di risoluzione di domande ripetitive e l'incidente di avocazione di competenza) formano un micro-sistema normativo diretto ad uniformizzare la giurisprudenza nell'ambito dei tribunali, come indicato dall'art. 926 c.p.c.

L'introduzione di questo micro-sistema per la decisione di domande ripetitive, a partire dalla decisione di un caso pilota, costituisce un'esigenza del nostro tempo per il buon funzionamento del sistema giudiziario brasiliano, in cui ci sono più di cento milioni di processi, molti dei quali possono essere definiti ricorrendo agli istituti precedentemente analizzati in questo scritto.

Riteniamo che i compiti principali degli operatori del diritto per ottenere un buon funzionamento del sistema dei precedenti saranno: (1) una corretta selezione della causa paradigma; (2) un incentivo alla divulgazione e alla partecipazione al processo pilota; (3) il rispetto della regola della motivazione analitica nella elaborazione della tesi oggetto del giudizio degli incidenti processuali in esame; (4) la protezione della stabilità della tesi contenuta nella decisione pilota; (5) il controllo della corretta applicazione della tesi elaborata per la risoluzione di questioni ripetitive; (6) l'ammissibilità del trattamento di questioni ripetitive sia di diritto materiale che di diritto processuale; (7) la fungibilità dell'incidente di avocazione di competenza con quello di risoluzione di domande ripetitive; (8) l'utilizzo dell'incidente di avocazione di competenza per i conflitti macroscopici che non sono giurisdizionalizzati, in ragione del loro basso valore e per avere ad oggetto diritti diffusi o individuali omogenei.

# O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO RECURSAL

**Pedro Miranda de Oliveira**

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Professor de Processo Civil nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Secretário-Geral Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro efetivo do *Instituto Iberoamericano de Direito Processual* – IIDP e da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Diretor-Geral da Escola Superior de Advocacia de Santa Catarina – ESA/SC. Advogado e consultor jurídico.  
pedro.mirandadeoliveira@hotmail.com

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito dos recursos – 3. Primazia da inadmissibilidade dos recursos: prevalência da *jurisprudência ofensiva* – 4. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no NCPC: óbice ao avanço da *jurisprudência ofensiva* – 5. Aplicação do princípio nos recursos ordinários (regra geral): 5.1 Positivização do princípio: contraditório pleno e correção do vício; 5.2 Tempestividade: 5.2.1 Recurso prematuro; 5.2.2 Ratificação do recurso (revogação da Súmula 418 do STJ); 5.2.3 Carimbo do protocolo ilegível; 5.3 Preparo: 5.3.1 Mitigação da regra do preparo imediato; 5.3.2 Equívocos no preenchimento da guia; 5.4 Regularidade formal: falha na formação do instrumento do agravo; 5.5 Cabimento dos embargos de declaração – 6. Aplicação do princípio nos recursos excepcionais (regras específicas): 6.1 Positivização do princípio: descon sideração de vício formal não grave: 6.1.1 Preliminar da repercussão geral; 6.1.2 Ausência de procuração (revogação da Súmula 115 do STJ); 6.1.3 Não juntada do acórdão paradigma; 6.2 Causa decidida: 6.2.1 Revogação da Súmula 211 do STJ; 6.2.2 Voto vencido faz parte do acórdão (revogação da Súmula 320 do STJ); 6.3 Fungibilidade entre recurso extraordinário e recurso especial – 7. Conclusão – Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

A instrumentalidade<sup>1</sup> representa um dos marcos da nova perspectiva do processo moderno, visto como instrumento da concretização do direito, da otimização do sistema e da realização da justiça.

Talvez a noção mais importante do direito processual moderno seja a de instrumentalidade, no sentido de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial. Está a serviço deste, para garantir sua efetividade.<sup>2</sup>

Nas palavras de Sergio Bermudes, “reconhecer a natureza instrumental do processo não implica negar-lhe o valor; antes, significa compreender-lhe a exata utilidade, mas sem perder a perspectiva de que ele não se esgota em si mesmo, devendo, por isso, ser manejado por seus operadores com olhos postos na projeção dos seus efeitos na vida social”.<sup>3</sup>

Tal afirmação não significa que a técnica não deve ser desprezada. Ao contrário. O que se espera é a sua correta utilização, pois a técnica bem aplicada pode consubstanciar-se em meio valioso a serviço da própria efetividade do processo.

1 José Joaquim Calmon de Passos critica veementemente a utilização do vocábulo “instrumentalidade” para designar tal tendência do processo civil: “Falar de ‘instrumentalidade’ em dogmática é utilizar-se palavra de todo inadequada. Instrumento pode ser entendido, no seu sentido mais amplo, como todo meio empregado para se alcançar determinado fim ou resultado. Mas com essa significação ampla, é de nenhuma serventia” (CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 7, p. 5-15, set./out. 2000. p. 13).

2 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20. Menciona Fritz Baur que o processo é *um mezzo* para a verificação do direito substancial e assim deve permanecer (BAUR, Fritz. *Il processo e le correnti culturali contemporanee*. Trad. Corrado Ferri. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. 2, p. 253-271, abr./jun. 1972).

3 BERMUDES, Sergio. A função social do processo. In: \_\_\_\_\_. *Direito processual civil: estudos e pareceres*. 2ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 95-102, 1994. p. 98.

A má aplicação da técnica processual, por outro lado, provoca prejuízos não raramente irreparáveis. Daí não se desprezar os aspectos técnicos do processo, mas tão-somente de não se apegar ao tecnicismo. A técnica deve servir, portanto, de meio para que o processo possa atingir seu fim. Critica-se não o dogmatismo, mas o dogmatismo puro, o formalismo indiferente aos reais problemas a serem solucionados no processo.<sup>4</sup> Afinal, os institutos processuais devem ser utilizados de forma a obter a melhor produtividade possível a serviço dos fins idealizados.

Na lição de Enrico Tullio Liebman, “as formas são necessárias, *mas o formalismo é uma deformação*”,<sup>5</sup> de modo que o respeito à forma que não atende ao ideal da instrumentalidade não passará de um desserviço do processo no sentido de atender ao direito material e aos escopos da jurisdição, o que lhe acarreta perda de valor.

Neste sentido, José Carlos Barbosa Moreira sustenta que “não há censurar a geração dos estudiosos que durante anos lavraram, com instrumentos de uma técnica incessantemente aperfeiçoada, o terreno do processo. Era necessário, e foi útil, que o fizessem. Ninguém deve subestimar o proveito que se tirou, e ainda hoje se tira, do produto desse labor. Não é coisa desprezível podermos trabalhar sobre estruturas sólidas, empregar linguagem precisa, lidar com conceitos bem definidos, saber como se articulam as peças do mecanismo. Muitas e boas razões temos todos para ser gratos aos nossos antecessores pelo legado que deles recebemos”.<sup>6</sup>

Não se pretende com tais colocações, todavia, pregar o culto à forma, mas ressaltar que a técnica processual é um subsídio extremamente útil para a efetividade. O que não se pode conceber é que o formalismo se sobreponha à própria finalidade para a qual o processo foi criado, qual seja, servir como meio de realização do direito material.

Nesse contexto estão os requisitos de admissibilidade dos recursos previstos na legislação e a interpretação que lhes vem sendo dada pelos tribunais. É esse o objeto do presente ensaio.

## 2. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE MÉRITO DOS RECURSOS

Todo recurso prolonga a solução do processo. Sendo assim, é natural que para legitimar a atividade adicional subsequente à interposição do recurso a lei imponha uma série de requisitos específicos. A esse conjunto de condições, cuja análise deverá ser realizada pelo órgão judiciário, previamente ao julgamento do próprio conteúdo do recurso, dá-se o nome de *juízo de admissibilidade*.<sup>7</sup> O recurso, por outro lado, pode ser identificado como uma extensão do direito de ação.

É cediço que para o ajuizamento da ação há a necessidade de preenchimento de certos requisitos, cuja ausência pode impedir o conhecimento do mérito pelo juiz. O mesmo ocorre com os recursos, que devem preencher alguns pressupostos, sem os quais não serão apreciados.

Teresa Arruda Alvim Wambier afirma que, “sem medo de errar, pode-se fazer uma analogia entre o mecanismo que há entre os *pressupostos de admissibilidade do julgamento da lide* (que são, especificamente, os pressupostos processuais e as condições da ação) e o *mérito da ação*, e as *condições de admissibilidade de um recurso e o mérito do recurso*”.<sup>8</sup>

Por essa razão, todo e qualquer pronunciamento acerca da decisão da qual se originou o recurso dependerá do prévio conhecimento. É despropositado, por exemplo, o órgão *ad quem* não conhecer a apelação, mas reformar a sentença. A recíproca também é verdadeira: é despropositado o órgão *ad quem* declarar inadmissível

4 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 51.

5 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I. p. 257-258.

6 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 78, p. 133-144, abr./jun. 1995. p. 134.

7 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 113. Flávio Cheim Jorge afirma que um dos efeitos dos recursos é o *efeito obstativo*. Explica que, “para alcançar o trânsito em julgado, o legislador prevê que tal condição só não será alcançada se a parte legitimada, por iniciativa própria, provocar a atuação jurisdicional, de modo a esticar o estado de pendência para um momento posterior. Esse ‘*elastecimento*’ só é possível se for interposto recurso contra a decisão que teria aptidão para transitar em julgado. Logo, por causa disso, diz-se que é efeito do recurso obstar a formação do trânsito em julgado” (JORGÉ, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 248-249).

8 ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 150.

o recurso porque o fundamento da postulação lhe parece improcedente.<sup>9</sup>

O *juízo de admissibilidade*, portanto, é a primeira etapa do processamento do recurso, quando será verificado o preenchimento do conjunto de requisitos necessários ao julgamento do mérito recursal. Na segunda etapa, então, será analisada a procedência do objeto do recurso.

Costuma-se dizer que no primeiro momento o Poder Judiciário julga se o recurso é admissível ou não, ou seja, decide se conhece ou não o recurso; no segundo decide se lhe concede ou lhe nega provimento. Em outras palavras, preenchidos os requisitos de admissibilidade, o órgão *ad quem* conhecerá (ou admitirá) o recurso, passando ao chamado juízo de mérito, oportunidade em que serão apreciados os fundamentos da impugnação e a pretensão recursal (pedido).

O *juízo de mérito*, por sua vez, diz respeito à verificação dos argumentos trazidos pelo recorrente e ao acolhimento ou não dos pedidos existentes no recurso. Enfim, chama-se *juízo de mérito* a tarefa de verificar se a parte recorrente tem ou não razão quanto ao objeto invocado no recurso.

O conteúdo do juízo de mérito, portanto, é a matéria devolvida ao órgão competente com a interposição do recurso e que pode levar à anulação ou reforma da decisão impugnada. Com a ressalva dos embargos de declaração, que possuem o objetivo de esclarecer ou integrar a decisão, os demais recursos, todos, estão voltados sempre para a reforma ou para a anulação da decisão. Esta é a sua pretensão, seu objetivo e seu mérito.<sup>10</sup>

Portanto, o juízo de mérito pode referir-se ao mérito da causa ou não. Por exemplo, um recurso pode visar tão somente à anulação da sentença. Nesse caso, o mérito do recurso será exatamente a anulação da sentença, que não alcança o mérito da causa.

Havendo coincidência entre o mérito da causa e o mérito do recurso, e se o órgão *ad quem* conhecer o recurso, o acórdão resultado desse julgamento substituirá a sentença na matéria que lhe foi devolvida, fenômeno conhecido como efeito substitutivo dos recursos.

Diferentemente do juízo de admissibilidade, que é bipartido entre os órgãos *a quo* e *ad quem*, a competência para aferir o mérito do recurso é deste último, que terá a incumbência de verificar se o recorrente tem ou não razão, dando ou negando provimento à impugnação da decisão recorrida.

### 3. PRIMAZIA DA INADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS: PREVALÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA OFENSIVA

Há muito se fala de *crise do Poder Judiciário*. A falta de um perfeito funcionamento da estrutura do Estado revela diversas consequências negativas, entre elas a *crise da Justiça*, consubstanciada no descompasso existente entre a atividade judicial que a sociedade deseja e a efetivamente oferecida.

Em outras palavras, os problemas enfrentados pelos tribunais não deixam de ser reflexo das próprias deficiências do Estado e do próprio Direito. A demora na prestação jurisdicional é problema latente, de modo que não surpreende que os entraves que assolam a Justiça brasileira também atinjam os Tribunais Superiores, que estão no topo do ordenamento jurídico.

Poucas décadas após a sua implantação, em 1891, já causava preocupação a sobrecarga de atividades conferidas à Corte Constitucional. Pedro Lessa, referindo-se ao Supremo Tribunal Federal, aludia ao “superabundante trabalho que oprimia e à protelação da decisão dos feitos sob seu julgamento”, e recomendava que era preciso “desafogar o STF de parte de seus trabalhos no interesse da celeridade, ou menor lentidão, nos julgamentos”. Para o autor, já naquele tempo (1915) era “insuportável a lentidão com que se decidiam as causas federais”.<sup>11</sup>

Na verdade, o problema atinge todos os tribunais. É causado pelo crescente número de processos que

9 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007. p. 114.

10 JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 55.

11 LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. p. 23-24.

diariamente chegam ao Poder Judiciário e pela impossibilidade de serem julgados na mesma velocidade. A consequência é o acúmulo de causas sem julgamento e uma progressiva perda de qualidade das decisões que são tomadas pelos tribunais.

Na tentativa de diminuir o número de recursos, os tribunais passaram a criar óbices jurisprudenciais ao cabimento dos recursos, que assumiram um elevado grau de formalismo, tornando-se verdadeiros obstáculos de acesso às Cortes Superiores, ensejando o não conhecimento de muitas questões jurídicas relevantes, sob o argumento do não preenchimento de requisitos formais.

Esse fenômeno ficou conhecido como “jurisprudência defensiva”. No entanto, a referida expressão não reflete sua abordagem e suas consequências.

Aquilo que se convencionou chamar de “jurisprudência defensiva”, a nosso ver, é, na verdade, *jurisprudência ofensiva*: ofende o princípio da legalidade; ofende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; ofende o princípio do contraditório; ofende o princípio da boa-fé; ofende o princípio da cooperação. Enfim, ofende o bom senso, a segurança jurídica e o princípio da razoabilidade. É ofensiva ao exercício da advocacia, pois coloca em xeque a relação cliente/advogado. E, dessa forma, ofende a cidadania.

A *jurisprudência ofensiva* escancara uma lógica perversa: a primazia do *check list* sobre a matéria de fundo, ou seja, a prevalência da forma em detrimento do mérito. Há quem a fundamente *apenas* pelo número elevado de recursos existentes nos tribunais. Todavia, nada justifica a *primazia do formalismo*, consubstanciada na técnica utilizada pelos tribunais para dificultar o acesso do jurisdicionado, por meio da criação de óbices para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos.

Trata-se de verdadeira deformação da interpretação realizada pelo Poder Judiciário baseada em posições absolutamente restritivas e de extremo rigor na análise dos requisitos de admissibilidade dos recursos.

Nessa perspectiva, parece-nos que a *jurisprudência ofensiva* tem legitimidade bastante discutível porque muitas de suas manifestações não têm base legal ou decorrem de interpretação distorcida do texto da lei. Com efeito, tal prática configura negativa de prestação jurisdicional, o que causa enorme preocupação na comunidade jurídica, pois tem sido usada de forma desenfreada pelos tribunais para evitar o grande número de recursos que lhe são encaminhados, significando evidente vedação ao direito do recorrente.

#### 4. O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO RECURSAL NO NCPC: ÓBICE AO AVANÇO DA *jurisprudência ofensiva*

O sistema adotado pelo NCPC é diametralmente oposto. O espírito é outro, na medida em que foco do magistrado deve ser o mérito do recurso, não a forma, o que demonstra uma mudança significativa na postura que os tribunais deverão tomar no novo modelo.

Nesse sentido, dispõe o art. 4º do NCPC: “*As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”.

No primeiro momento o que chama a atenção é o princípio da duração razoável do processo. Todavia, o dispositivo, segundo Fredie Didier Jr., consagra também o princípio da *primazia da decisão de mérito*. De modo bem afirmativo, preceitua que é *direito da parte a solução integral do mérito*: “De acordo com esse princípio, deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ela ocorra. A demanda deve ser julgada – seja ela a demanda principal (veiculada pela petição inicial), seja um recurso, seja uma demanda incidental”.<sup>12</sup>

O princípio em comento é uma decorrência particular do princípio da instrumentalidade das formas<sup>13</sup>

12 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio da primazia da decisão de mérito. In: CABRAL, Antônio; CRAMER, Ronaldo (coord). *Código de Processo Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Forense [no prelo].

13 DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 107.

e apresenta íntima relação com as premissas do formalismo-valorativo em detrimento do formalismo excessivo referidos por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Conforme sua lição, o processo não é um fim em si mesmo, está voltado para a obtenção da justiça material, sendo que seus institutos, no atual estágio de nosso desenvolvimento jurídico, deverão ser conformados pelas máximas estabelecidas pela Constituição da República.<sup>14</sup>

A prevalência do mérito em detrimento da forma reflete, a nosso ver, a vitória do direito material sobre o direito processual.

No âmbito do sistema recursal o *princípio da primazia do julgamento do mérito recursal* tem aplicação ainda mais contundente. Está arraigado no espírito do NCPC e tem como fundamento teórico um tripé formado pelos seguintes dispositivos legais: (a) art. 4º, que positivou expressamente o princípio da primazia da decisão de mérito; (b) art. 932, p. único, que obriga o relator a intimar o recorrente para sanar eventual vício antes de o recurso ser inadmitido; (c) art. 1.029, § 3º, que permite aos Tribunais Superiores desconsiderar vício formal não grave de recurso tempestivo ou determinar sua correção.

Nessa perspectiva, o NCPC, de um lado, acaba com o sistema de admissibilidade bipartido (arts. 1.010, § 3º, e 1.030, p. único), e, de outro, flexibiliza os requisitos de admissibilidade, havendo 23 dispositivos com esse objetivo.

O legislador, nesse particular, foi iluminado pela ideia de que o magistrado deve deixar de se preocupar excessivamente com o direito processual, deslocando o foco da atenção para o que realmente interessa, ou seja, para o direito material. Essa flexibilização permitirá aos tribunais enfrentar o mérito dos recursos, legitimando, assim, sua função constitucional.

Ressalta-se que uma decisão judicial, sobretudo aquelas proferidas pelos Tribunais Superiores, desempenha dupla função. A decisão, antes de mais nada, define a controvérsia, ou seja, decide o caso, resolvendo a lide. Em segundo lugar, no sistema de “precedente judicial” acolhido pelo NCPC, a decisão judicial também terá valor paradigmático.

Segundo Arruda Alvim, as decisões do STJ configuram o referencial máximo relativamente ao correto entendimento do direito federal infraconstitucional. Para o doutrinador, “tais decisões, em devendo ser exemplares, hão, igualmente, de carregar consigo alto poder de convicção, justamente porque são, em escala máxima, os precedentes a serem observados e considerados pelos demais Tribunais”.<sup>15</sup>

O intuito é que o recurso deve gerar um julgamento paradigma, em que o importante não é apenas o caso em si, mas também a questão legal suscitada, a tese que estiver sendo abordada. E, dentro desse conceito, a decisão deve servir de modelo para casos futuros.

O *princípio da primazia do julgamento do mérito recursal*, portanto, parece seguir a tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do julgamento dos recursos, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de uniformização da jurisprudência relativa ao direito substancial.

## 5. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NOS RECURSOS ORDINÁRIOS (REGRA GERAL)

### 5.1. POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO: CONTRADITÓRIO PLENO E CORREÇÃO DO VÍCIO

O princípio aparece também no parágrafo único do art. 932 do NCPC, cuja redação é a seguinte: “*Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível*”.

Extrai-se daqui uma *obrigação* e uma *proibição*. O relator é obrigado a intimar o recorrente para corrigir

14 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 137, p. 7-31, ago. 2006.

15 ARRUDA ALVIM. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 96, p. 37-44, out./dez. 1999. p. 38.

a falha no prazo de 5 dias. De outra parte, o relator está proibido de inadmitir o recurso, sem antes intimar o recorrente para sanar o vício. O desrespeito ao dispositivo, não há dúvida, implicará nulidade da decisão de inadmissão.

A novidade legislativa evidencia a mudança de paradigma no que se refere ao peso dos requisitos de admissibilidade dos recursos e a incidência do *princípio do contraditório pleno* também no âmbito recursal. Eis a essência do novo princípio.

## 5.2. TEMPESTIVIDADE

Todo processo se desenrola por meio da sucessão de atos das partes e do juízo, com a finalidade de, ao final, ser entregue a prestação jurisdicional. Dessa forma, com o fito de delimitar a duração do processo, são impostos prazos para a realização de cada ato processual.

Nesse contexto, o legislador, tendo como parâmetro o princípio da segurança jurídica, impôs um prazo para que o legitimado interponha recurso contra decisão judicial que lhe seja desfavorável, sob pena de, não o fazendo, ocorrer o fenômeno da *preclusão temporal*. Vale dizer, o recurso tem de ser interposto tempestivamente, sob pena de inadmissibilidade.<sup>16</sup>

Contudo, o que parece um requisito simples de se aferir o cumprimento, vem sendo tratado pelos tribunais com uma complexidade desproporcional. Nesse panorama podemos destacar três pontos sensíveis que serão resolvidos com a aplicação do NCPC:

### 5.2.1. Recurso prematuro

Há tempo a jurisprudência pátria vem considerando extemporâneo o recurso interposto fora do prazo recursal, ou seja, quando protocolizado antes da publicação do acórdão, considerando-o intempestivo. Segundo esse entendimento, a intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações – impugnação prematura ou oposição tardia – a consequência de ordem processual é uma só: a inadmissibilidade do recurso, por efeito do não preenchimento do requisito da tempestividade.

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já advertiu que a simples notícia do julgamento, além de não dar início à fluência do prazo recursal, também não legitima a prematura interposição de recurso, por absoluta falta de objeto.<sup>17</sup>

Ainda que haja posicionamento contrário no próprio STF e em outros tribunais, a intempestividade do recurso prematuro expõe uma das faces mais cruéis da *jurisprudência ofensiva*.

Esse entendimento, como se vê, penaliza a parte que interpôs o recurso antes do início do prazo recursal, mesmo que o acórdão já esteja assinado e disponível no *site* do Poder Judiciário. Não há como negar que se trata de uma forma de penalizar o advogado mais diligente. Afinal, como explicar ao cliente que o seu recurso foi considerado intempestivo se foi interposto antes da abertura do prazo?

Pois bem. O NCPC prevê que: “*Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo*” (art. 218, § 4º). Evidentemente que se aplica o preceito ao ato de interposição de recurso, afastando a *jurisprudência ofensiva* que durante anos prevaleceu nos tribunais brasileiros.

### 5.2.2. Ratificação do recurso (revogação da Súmula 418 do STJ)

Como é cediço, a parte vencida tem direito de recorrer da decisão que lhe causou prejuízo. Porém, exercido tal direito, há a consequente consumação. Daí a consistência desse preceito, em que exercido o direito de recorrer, consuma-se a oportunidade de fazê-lo, justo para impedir que o recorrente volte a combater decisão já impugnada.

16 OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002. p. 177.

17 STF, Segunda Turma, RMS 23.782 AgRg/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 06/12/2005, DJU 18/09/2009.



Em outras palavras, há *preclusão consumativa* quando a parte interpõe um recurso. Uma vez impugnada a decisão por meio de recurso, não poderá voltar a fazê-lo. Esse é o chamado *princípio da consumação*.

Contudo, excetua-se do alcance da preclusão consumativa a circunstância de haver, supervenientemente, decisão integrativa aclaradora ou modificativa da que já tenha sido impugnada. Esse é o chamado *princípio da complementariedade*, exceção, portanto, ao princípio da consumação.

O princípio da complementariedade está fundamentado na hipótese de o recorrente complementar suas razões recursais, quando a decisão impugnada for alterada, em virtude de acolhimento de embargos de declaração. Nesse caso, a parte deve complementar o recurso já interposto, na exata medida do que tenha sido introduzido na decisão com o julgamento dos embargos.

A questão mais intrigante diz respeito à decisão que desprovê os embargos de declaração e mantém incólume a decisão embargada, surgindo, conseqüentemente, a seguinte indagação: deve a parte tomar alguma atitude para que o seu recurso anteriormente interposto seja conhecido?

Segundo os tribunais, a resposta é positiva. A questão, aliás, foi sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação” (Súmula 418).

Nesse ponto, o art. 1.024, § 5º, do NCPC, prevê: “*Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte, antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração, será processado e julgado independentemente de ratificação*”.

De fato, o novo sistema afasta a exigência de reiteração do recurso interposto anteriormente ao julgamento de embargos de declaração opostos pela parte adversa, evitando, assim, a inadmissibilidade do apelo por tal motivo.

### 5.2.3. Carimbo do protocolo ilegível

Outro exemplo de jurisprudência ofensiva é o entendimento que, sendo “constatada a ilegibilidade do carimbo do original, deve a parte providenciar uma certidão da Secretaria de Protocolo a fim de ser possível aferir a data real da interposição”<sup>18</sup>. Caso contrário, o recurso não deve ser conhecido, sendo inadmissível a juntada posterior da respectiva certidão que ateste sua tempestividade, pois “incumbe ao recorrente, quando da interposição do agravo de instrumento perante o tribunal de origem, fazer constar a prova da tempestividade de seu recurso, a qual se faz mediante o cotejo entre a certidão de publicação da decisão agravada e a data do protocolo constante da petição recursal”<sup>19</sup>.

Diferentemente, o NCPC (art. 932, p. único) prevê a possibilidade de aferição da tempestividade em momento posterior, pois o relator terá que intimar o recorrente para, no prazo de cinco dias, sanar o vício causado pelo próprio Poder Judiciário (carimbo do protocolo ilegível) e comprovar a tempestividade do recurso por meio de certidão. Nada mais razoável!

## 5.3. PREPARO

O preparo é um dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade dos recursos e consiste no pagamento das custas referentes ao processamento do recurso, abrangidos aí o porte de remessa e de retorno dos autos. O cumprimento desse requisito pelas partes era pra ser algo fácil. Porém, a aferição de seu preenchimento recebeu tratamento complexo nos tribunais brasileiros.

### 5.3.1. Mitigação da regra do preparo imediato

A segunda etapa da reforma recursal (1994-1995) instituiu no sistema processual pátrio a regra do *preparo imediato* (CPC vigente, art. 511). Com a nova redação, restou cristalino que todo recurso em que haja legislação instituindo o preparo, este deve ser efetuado e comprovado no ato de interposição. Nota-se que a lei não exige apenas que o recorrente efetue o preparo, como ocorria com o simples recolhimento

18 STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag 1.137.329/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJU 03/04/2013.

19 STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag 1.137.329/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJU 03/04/2013.

bancário do respectivo valor. Ao determinar a *comprovação do preparo* o legislador reformista exigiu mais: não comprovado o preparo o recurso será considerado deserto.

Esclarecido esse ponto, surge uma questão polêmica quanto ao momento em que o preparo deve ser efetivamente comprovado. Apesar da clareza das disposições do art. 511, há controvérsia sobre a possibilidade de efetivação do preparo em momento posterior à apresentação do recurso, sobretudo dentro do prazo recursal.

Nelson Nery Junior leciona que, por se tratar de ato complexo, composto pela interposição do recurso e pela comprovação do preparo, ambos devem ser praticados simultaneamente. Caso contrário, ocorreria a chamada *preclusão consumativa* e a consequente deserção do recurso. Para o autor, é deserta a apelação interposta no quinto dia do prazo, porém preparada posteriormente, ainda que dentro do prazo de quinze dias.<sup>20</sup>

A concepção majoritária, inclusive do STJ, é a de que o preparo é ato prévio, devendo ser comprovado no momento da interposição do recurso: “A nova redação do art. 511 do Código de Processo Civil vigente é muito clara ao determinar que o recorrente provará no ato de interposição do recurso o respectivo preparo. Concretamente, o recurso preparado após a interposição, ainda que dentro do prazo recursal, deve ser considerado deserto, eis que assim impõe a parte final do mesmo artigo”.<sup>21</sup>

Há duas décadas Cândido Rangel Dinamarco afirmava que inexistia preclusão consumativa na hipótese de o preparo não ser apresentado quando da interposição do recurso, admitindo-se que o seja até o último dia do prazo para recorrer. Argumentava que “essa suposta preclusão, *que não é ditada por lei*, investiria contra o princípio constitucional da pluralidade de graus jurisdicionais, além de constituir-se em óbice pluramente formal ao *acesso à justiça*”.<sup>22</sup>

O NCPC traz um redimensionamento do peso do preparo, diminuindo sua importância para o conhecimento do recurso. Nesse sentido, o § 4º do art. 1.007 preceitua: “O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção”.

É evidente que o NCPC avança, ao impedir o tribunal de decretar a deserção do recurso sem que antes seja dada oportunidade de o recorrente comprovar o pagamento do preparo, ainda que, para tanto, o respectivo valor seja recolhido em dobro.

### 5.3.2. Equívocos no preenchimento da guia

Engana-se quem supõe que aquele seria o único problema envolvendo o requisito do preparo. O tema recebeu contornos dramáticos nos tribunais, tamanha a gravidade da *jurisprudência ofensiva* envolvendo o assunto.

São quatro as hipóteses envolvendo “equívocos” no preenchimento da guia.

A primeira diz respeito à guia de recolhimento das custas recursais que “não foi devidamente preenchida com a correta indicação do código de receita”<sup>23</sup> ou com o número do processo errado<sup>24</sup> (inversão de um dígito, por exemplo).

A segunda hipótese que pode ser citada é o caso de inadmissão do recurso porque o preenchimento da guia de preparo foi feito de forma manual.<sup>25</sup>

20 Em suas palavras, “assim como acontece com o ajuizamento da ação, ocasião em que o autor deve juntar, com a petição inicial, a guia de pagamento das custas iniciais, agora o recorrente tem que juntar, com a petição de interposição do recurso, a guia comprobatória do respectivo preparo. Trata-se de *documento essencial* à interposição do recurso”. (NERY JUNIOR, Nelson. Reflexões sobre o sistema dos recursos cíveis na reforma processual civil de 1994. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 79, p. 118-133, jul./set. 1995, p.122).

21 STJ, Corte Especial, REsp. 105.669/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16/04/1997, DJU 03/11/1997.

22 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo : Malheiros, 1999. p. 164.

23 STJ, Quarta Turma, AgRg no AREsp 449.265/PR, rel. Min. Raul Araújo, DJe 26/3/2014).

24 “Mesmo juntadas guias de recolhimento e comprovantes de pagamento aos autos, a falta de indicação do número correto do processo a que tais documentos se referem enseja a aplicação da pena de deserção (STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 991.087/PR, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 23/9/2013).

25 “AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREPARO. GUIA DE RECOLHIMENTO. ANOTAÇÕES FEITAS À MÃO. NECESSIDADE DE CONSTAR O NÚMERO DO PROCESSO NA ORIGEM. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE ESPECIAL. 1. A eg. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, “a partir da edição da Resolução n. 20/2004, além do recolhimento dos valores relativos ao porte de remessa e retorno em rede bancária, mediante preenchimento da Guia de Recolhimento da União (GRU) ou de Documento

O terceiro exemplo é saber se o recolhimento deve ser feito por meio de GRJ ou GRU. O Superior Tribunal de Justiça já deixou de conhecer recurso especial porque a parte teria *errado de guia* e recolhido o valor para o Estado de origem e não para a União.<sup>26</sup> Desde então o mais seguro para o jurisdicionado passou a ser recolher o mesmo valor duas vezes.

A quarta aplicação de jurisprudência ofensiva é a seguinte: “A ilegitimidade do comprovante de pagamento do porte de remessa e retorno dos autos impede a verificação da regularidade recursal, o que acarreta o não conhecimento do recurso”.<sup>27</sup>

Todos esses problemas serão resolvidos pelo art. 1.007, § 7º do NCPC, cuja redação é a seguinte: “O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias”.

Como se verifica, há determinação expressa de que eventual equívoco no preenchimento da guia de preparo não mais resultará na aplicação da pena de deserção, incumbindo ao relator, em caso de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício em cinco dias ou solicitar informações ao órgão arrecadador.

#### 5.4. REGULARIDADE FORMAL: FALHA NA FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO DO AGRAVO

Talvez a formação do instrumento do agravo talvez seja uma das atividades mais tormentosa no exercício da advocacia, pois prevalece no âmbito dos tribunais o entendimento de que é dever do agravante instruir (e conferir) a petição de agravo com as peças obrigatórias e essenciais ao deslinde da controvérsia. Segundo a jurisprudência, a falta ou incompletude de qualquer dessas peças acarreta o não conhecimento do recurso.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça “é pacífica no sentido de que não deve ser conhecido o agravo de instrumento em caso de ausência, incompletude ou ilegitimidade das peças obrigatórias do art. 525, I, do CPC”.<sup>28</sup>

Pior. Há entendimento no sentido de que se inexistente no processo que tramita no juízo de primeiro grau a procuração do advogado do agravado, compete ao recorrente instruir o agravo de instrumento com uma certidão atestando esse fato.<sup>29</sup>

Com efeito, o problema é resolvido no NCPC pelo parágrafo único do art. 932, cujo texto merece

de Arrecadação de Receitas Federais (DARF), com a anotação do respectivo código de receita e a juntada do comprovante nos autos, passou a ser necessária a indicação do número do processo respectivo” (AgRg no REsp 924.942/SP, de relatoria do e. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado na sessão de 3/2/2010 e publicado no DJe de 18/3/2010). 2. Com isto, ficou consolidado, no âmbito deste STJ, o entendimento de que, em qualquer hipótese, a ausência do preenchimento do número do processo na guia de recolhimento macula a regularidade do preparo recursal, inexistindo em tal orientação jurisprudencial qualquer violação a princípios constitucionais relacionados à legalidade (CF, art. 5º, II), ao devido processo legal e seus consectários (CF, arts. 5º, incs. XXXV e LIV, e 93, IX) e à proporcionalidade (CF, art. 5º, § 2º). Ressalva do entendimento pessoal deste Relator, conforme voto vencido proferido no julgamento do AgRg no REsp 853.487/RJ. 3. Na hipótese em exame, a guia de recolhimento do preparo do recurso especial não foi devidamente preenchida com a correta indicação do número do processo junto ao Tribunal de origem. Portanto, é forçoso reconhecer a inviabilidade de conhecimento do apelo especial. 4. As anotações feitas à mão na respectiva guia de recolhimento não podem ser consideradas, não sendo aptas a demonstrar a regularidade do preparo. Precedentes. 5. Agravo interno a que se nega provimento” (STJ, Quarta Turma, AgRg no REsp 1105229/MG, rel. Min. Raul Araújo, DJe 18/03/2011).

26 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORTE DE REMESSA E RETORNO. RECOLHIMENTO EM GUIA DIVERSA DA INDICADA NA RESOLUÇÃO VIGENTE. DESERÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE ESPECIAL DO STJ. 1. No pagamento dos valores destinados ao porte de remessa e retorno dos autos, a utilização de documento de cobrança diverso do indicado pela Resolução 20/2005 do Superior Tribunal de Justiça, (GRJ, ao invés de GRU), bem como a anotação de código estranho à mesma Resolução, implicam a deserção do recurso, pois imperiosa é a conclusão de que as custas não foram regularmente recolhidas, nos termos em que preconizados pela Presidência desta Corte, a quem cumpre disciplinar tal emolumento, em decorrência de disposição legal. 2. ‘O adequado preenchimento da guia de recolhimento também é importante para propiciar a correta destinação do valor depositado, possibilitando-se que a renda, oriunda do preparo do recurso, seja revertida para o Superior Tribunal de Justiça, haja vista a grande diversidade de receitas que são auferidas pelo Tesouro Nacional’ (EResp 820.539/ES, Rel. Min. Castro Meira, Corte Especial. DJe 23.08.2010). 3. O exame e atestado de higidez processual pelo Tribunal de origem não vinculam este Superior Tribunal de Justiça, a quem compete proceder a tais cotejos segundo a sistemática do Diploma Processual brasileiro” (STJ, Terceira Turma, AgRg no REsp 824318 / RR, rel. Min. Min. Vasco Della Giustina, DJe 02/02/2011).

27 STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag 1300848 / PR, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 02/05/2013.

28 STJ, Quarta Turma, AgRg no AREsp 136866/SP, rel. Min. MAaria Isabel Gallotti, DJe 02/05/2012).

29 Do Superior Tribunal de Justiça: ROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇAS OBRIGATÓRIAS. NÃO CONHECIMENTO. 1. O traslado da procuração do agravado é peça essencial para o conhecimento do agravo, nos termos da atual redação do art. 525 do Código de Processo Civil. 2. A ausência da procuração pode ser suprida por meio de certidão que comprove sua inexistência, o que não ocorreu na hipótese. 3. Agravo regimental desprovido” (STJ, Sexta Turma, AgRg no Ag 1230872 / AL, rle. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 28/10/2013).

ser transcrito novamente: “*Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível*”.

Prevalece o entendimento de que a regularidade formal não pode ser colocada “além da matéria”, por não possuir valor próprio, devendo a essência sobrepujar a forma, confirmando que a função do direito é servir à finalidade pragmática que lhe é própria: a realização da justiça material.<sup>30</sup>

## 5.5. CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Atualmente os tribunais não vêm aceitando a oposição de embargos de declaração contra decisões monocráticas.

Salvo melhor juízo, todas as decisões judiciais podem ser objeto de embargos de declaração, mas a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se orientado no sentido de que não são cabíveis os embargos opostos contra a decisão do Presidente ou Vice-Presidente que, no tribunal *a quo*, nega seguimento a recurso especial. Segundo esse entendimento, “o agravo de instrumento é o único recurso cabível contra decisão que nega seguimento a recurso especial (CPC, art. 544). Desse modo, a oposição de embargos de declaração não interrompe o prazo para a interposição do agravo de instrumento. Precedentes do STF e do STJ”.<sup>31</sup> Tal posicionamento implica trânsito em julgado, pois o agravo seria intempestivo, ainda que os embargos de declaração tenham sido acolhidos.

Alguns tribunais locais, por sua vez, entendem que o único recurso cabível de decisão monocrática proferida pelo relator é o agravo interno. Na hipótese de oposição de embargo de declaração convertem-nos em agravo interno, dando ensejo a essa espécie de decisão:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREPARO.

I – A teor do disposto nos artigos 557, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, a decisão monocrática do relator que nega seguimento ao recurso enseja agravo regimental.

II – Em que pese a aplicação do princípio da fungibilidade recursal, inadmissível o processamento deste recurso como agravo regimental, em virtude da ausência de preparo, nos termos do artigo 511, do Código de Processo Civil, bem como, do item 2, da Tabela I, do Provimento 15/08 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Goiás. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS”.<sup>32</sup>

O referido acórdão, a meu ver, é emblemático, pois demonstra fielmente em que se transformou a jurisprudência ofensiva, ou seja, a junção do desconhecimento do sistema processual com a explícita vontade de inadmitir recursos e não julgar o mérito recursal.

Tais polêmicas também são resolvidas no NCPC. O art. 1.022 prevê que “*cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial*” para sanar os vício de obscuridade, omissão, contradição e erro material.

## 6.. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS (REGRAS ESPECÍFICAS)

### 6.1. POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO: DESCONSIDERAÇÃO DE VÍCIO FORMAL NÃO GRAVE

No que se refere aos recursos excepcionais (recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência), o princípio da primazia do julgamento do mérito recursal vem positivado no § 3º do art. 1.029 do NCPC, que prevê “*O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repunte grave*”.

30 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Revista de Processo, São Paulo, v. 137, p. 7-31, ago. 2006. p. 23.

31 STJ, Quarta Turma, AgRg no Ag 1341818 / RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 31/10/2012.

32 TJGO, Primeira Câmara Cível, AI 13668-95.2012.8.09.0000, Rel. Des. Amelia Martins De Araujo, DJe 03/04/2012.

Por outro lado, os Tribunais Superiores devem inadmitir “o recurso extraordinário ou o recurso especial quando o recorrente não sanar o vício formal do qual foi intimado para corrigi-lo” (Enunciado 220 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Dito isso, a reflexão que deve ser feita é saber o que será considerado *vício formal não grave*. Num primeiro momento, parece-nos que a regra está adstrita aos requisitos extrínsecos de admissibilidade, quais sejam, tempestividade, preparo e, sobretudo, regularidade formal. Em relação à *gravidade*, trata-se de conceito vago, cujo preenchimento dependerá da posição mais ou menos formalista dos Tribunais Superiores.

Diante dessa primeira análise, pode-se dizer que o dispositivo afasta o excesso de rigorismo formal no que tange a: (a) preliminar da repercussão geral no recurso extraordinário, (b) ausência de procuração e (c) não juntada do acórdão paradigma em recurso especial interposto com fundamento na divergência jurisprudencial.

Quanto à competência, o Enunciado 219 do FPPC dispõe que “o relator ou o órgão colegiado poderá desconsiderar o vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

### 6.1.1. Preliminar da repercussão geral

Dispõe o § 2º do art. 543-A do CPC: “O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral”.

O referido dispositivo imputa ao recorrente o ônus de demonstrar a existência de repercussão geral em “preliminar de recurso”. A expressão usada não padece de impropriedade técnica. Como todo requisito de admissibilidade recursal, a repercussão qualificada é questão de natureza preliminar em relação ao mérito do recurso. Quer isto dizer que, considerado ausente esse pressuposto, a pretensão recursal não será julgada. O dispositivo determina que a demonstração do preenchimento do novo requisito seja feita em tópico específico, apartado dos demais e a eles precedente. A propósito, é recomendável que esse capítulo anteceda ao mérito recursal e aos outros capítulos destinados aos demais requisitos de admissibilidade.<sup>33</sup>

Com a adição da expressão “preliminar de recurso”, ficou claro que o capítulo sobre a repercussão geral da questão constitucional deve preceder todas as demais considerações do recurso extraordinário.<sup>34</sup> No entanto, seria formalismo exacerbado e sem significado prático rejeitar recurso extraordinário que verse sobre tema de grande relevância para a nação apenas porque os argumentos da repercussão geral da questão constitucional foram deduzidos em capítulo no final do recurso.<sup>35</sup>

O NCPC dá nova regulamentação ao referido requisito de admissibilidade, limitando-se a dizer: “O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal” (art. 1.035, § 2º).

Fica evidente a incidência do *princípio da primazia do julgamento do mérito recursal*, pois “a existência de repercussão geral terá de ser demonstrada de forma fundamentada, sendo dispensável sua alegação em preliminar ou em tópico específico” (Enunciado 224 do FPPC).

### 6.1.2. Ausência de procuração (Revogação da Súmula 115 do STJ)

Dispõe o Código de Processo Civil vigente que, “sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo” (CPC, art. 37). Sendo assim, “verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser

33 ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O anteprojeto de lei sobre a repercussão geral dos recursos extraordinários. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 129, p. 108-131, nov. 2005. p. 115.

34 LEVADA, Filipe Antônio Marchi. A repercussão geral na Constituição Federal e no Projeto de Lei que acrescenta os arts. 543-A e 543-B do CPC. In: MELLO, Rogerio Licastro Torres de (coord.). *Recurso especial e extraordinário: repercussão geral e atualidades*. São Paulo: Método, p. 89-106, 2007. p. 99.

35 BARIONI, Rodrigo. Repercussão geral das questões constitucionais: observações sobre a Lei 11.418/2006. In: MELLO, Rogerio Licastro Torres de (coord.). *Recurso especial e extraordinário: repercussão geral e atualidades*. São Paulo: Método, p. 215-229, 2007. p. 221.

sanado o defeito” (CPC vigente, art. 13).

Porém, invocando o princípio da consumação, o Superior Tribunal de Justiça inverteu totalmente o sentido da lei e praticamente revogou os mencionados dispositivos, afirmando que aqueles não se aplicam às instâncias extraordinárias.

O equivocado entendimento é no sentido de que a regularidade da representação processual deve ser comprovada no ato da interposição do recurso, considerando-se inexistente a irresignação apresentada por advogado sem procuração. Eis o teor da Súmula 115 do STJ: “*Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos*”.

Atualmente, portanto, não se admite a juntada posterior de procuração nos Tribunais Superiores. Diferentemente, no NCPC o relator deverá possibilitar a correção do vício em prazo razoável, antes que inadmita o recurso ou determine o desentranhamento das contrarrazões (art. 76, § 2º), pois se trata de *vício formal não grave* (art. 1.029, § 3º).

### 6.1.3. Não juntada do acórdão paradigma

Conforme entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, “impõe-se o não-conhecimento do recurso especial sob o fundamento da alínea ‘c’ do permissivo constitucional, porquanto não comprovado o dissídio jurisprudencial, na forma do art. 255 do RISTJ, impossibilitando-se a compreensão da exata controvérsia, por força da ausência de juntada do inteiro teor do acórdão paradigma”.<sup>36</sup>

A Corte Especial, por sua vez, no que se refere especificamente aos embargos de divergência já decidiu que “para a comprovação da divergência que justifica a interposição de embargos, é imprescindível a juntada de cópia dos acórdãos colacionados como paradigma, ou a menção ao repositório oficial no qual tenham sido publicados”.<sup>37</sup>

Constata-se que atualmente há exigência de que, para comprovação do dissídio pretoriano, deve ser juntada cópia integral do julgado paradigma ou, ainda, indicado o repositório oficial de jurisprudência.

Parece-nos que se trata de outro *vício formal não grave* que, assim como os demais, poderá ser desconsiderado ou determinado sua correção, conforme regra expressa prevista no NCPC (art. 1.029, § 3º).

## 6.2. CAUSA DECIDIDA

O requisito de admissibilidade *causa decidida* (alguns autores referem-se a prequestionamento) foi abordado por processualistas consagrados no cenário nacional, bem como por jovens talentos revelados em diversos centros de excelência do estudo do direito processual civil brasileiro. Não obstante, o tema encontra-se mais atual do que nunca, provocando grande transtorno na doutrina e na jurisprudência.

### 6.2.1. Revogação da Súmula 211 do STJ

A admissão do recurso especial e do recurso extraordinário exige a presença, no acórdão, de *causa decidida* (CF, arts. 105 e 102, incisos III). E a polêmica está restrita a isto: *causa (questão) decidida*. Mas, há exceção quanto à regra? A parte tem como obrigar o tribunal a decidir sua causa? É necessária a oposição de embargos de declaração? E se os embargos declaratórios forem *rejeitados*?

Um ponto é pacífico na jurisprudência (Súmulas 211 do STJ e 356 do STF): havendo omissão no acórdão é necessária a oposição dos embargos de declaração para que o tribunal se manifeste acerca da referida questão e decida a causa.

Nos termos da Súmula 356 do STF: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. E da Súmula 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

36 STJ, Primeira Turma, REsp 1080833 / SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 19/11/2008.

37 STJ, Corte Especial, AgRg nos EREsp 1366025 / PA, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 23/09/2013.

Observa-se que, havendo omissão na decisão recorrida, ambas as súmulas exigem o *prequestionamento* (= atividade das partes), como forma de provocar uma *causa decidida* (= atividade do Poder Judiciário).

Todavia, há outro ponto a ser analisado, qual seja, o relativo à hipótese de os embargos de declaração prequestionadores serem *rejeitados* pelo tribunal local, persistindo no acórdão impugnado o vício da omissão. Daí a polêmica existente entre o STF e o STJ quanto ao que se deve entender pelo preenchimento do requisito *causa decidida*, consubstanciado com a edição de duas súmulas: de um lado, tem-se o posicionamento da Suprema Corte, que considera admissível o recurso extraordinário, no caso de o tribunal local se negar a suprir omissão constante no acórdão; de outro, o entendimento do Corte Superior de Justiça, que exige o provimento dos embargos e a conseqüente complementação do *decisum* para que o recurso especial seja conhecido.

A nosso ver, a Súmula 211 do STJ impôs uma das interpretações sobre o verdadeiro sentido da expressão *causa decidida*, em total discordância da posição anteriormente adotada pela Suprema Corte. Assim, a sua incidência, por si só, constitui uma inconstitucionalidade, por ofender o art. 105, inciso III, da Constituição, ao dar uma conotação diferente do que seja *causa decidida* – que não aquela do STF – e, acima de tudo, ao acrescentar um requisito de admissibilidade aos recursos excepcionais que a Magna Carta não previu.

O art. 1.025 do NCPC, a fim de uniformizar a jurisprudência e trazer segurança jurídica ao sistema, revoga a Súmula 211 do STJ ao dispor: “*Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade*”.

Enfim, o referido dispositivo legal consagra o entendimento de que basta a oposição de embargos de declaração para que seja considerado preenchido o requisito da *causa decidida*, deixando cristalino que também, de maneira tácita, o pressuposto pode ser preenchido. É a *causa decidida tácita* ou *facta*.

### 6.2.2. Voto vencido faz parte do acórdão (revogação da Súmula 320 do STJ)

De acordo com entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, cristalizado na Súmula 320, “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Portanto, de acordo com jurisprudência sumulada dessa Corte Superior, as questões enfrentadas no voto vencido são consideradas não decididas acaso o voto vencedor não as aborde também.

Em outras palavras, prevalece o entendimento de que a causa decidida deve constar no voto vencedor, o que invariavelmente impede a admissão do recurso especial, pois muitas vezes a causa foi ventilada justamente no voto vencido, tendo o voto vencedor se negado a analisar a questão apesar da oposição de embargos de declaração com fins específicos de prequestionamento.

A referida súmula, porém, será revogada pela redação do § 3º do art. 941 do NCPC: “*O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento*”.

### 6.3. FUNGIBILIDADE ENTRE RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL

É conhecido o antigo posicionamento do STF no sentido de admitir recurso extraordinário apenas quando a contrariedade for manifesta e resultar de ofensa direta e frontal à Constituição. Entende-se por violação indireta quando há necessidade de se averiguar a aplicação de norma infraconstitucional.

O fato é que o STF exige que a violação a preceito constitucional seja direta e não reflexa (oblíqua ou indireta).

Esse posicionamento está cristalizado na Súmula 636 do STF: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”.

Luiz Henrique Volpe Camargo critica o referido entendimento: “Com efeito, a correta interpretação do art. 102, III, ‘a’, da Constituição Federal indica que inexistente a obrigação da contrariedade ser *direta e frontal* ao texto constitucional. Tal exigência, trata-se de filtro criado pelo próprio Supremo Tribunal Federal em 1954, em entendimento que, depois de tantas vezes repetido, passou a ser tido como óbice corriqueiro ao julgamento do mérito de recursos extraordinários. Assim, neste particular, o STF, sem atribuição para tanto, *legislou* em seu favor para reduzir sua carga de trabalho. Isto comprova que o *ativismo judicial* do Supremo Tribunal Federal, muito comentado nos dias atuais, já vem de longa data”.<sup>38</sup>

O inverso também ocorre: diversos recursos especiais deixam de ser admitidos quando o Superior Tribunal de Justiça entende que a matéria discutida tem cunho constitucional.

Diante desse quadro atual, o NCPC incluiu dois dispositivos prevendo a *fungibilidade* entre recursos excepcionais, quando o recurso especial versar sobre matéria considerada constitucional pelo STJ (art. 1.032)<sup>39</sup> ou se o STF considerar reflexa a ofensa à Constituição Federal afirmada no recurso extraordinário (art. 1.033).<sup>40</sup>

Nesse caso em especial, a inovação legislativa teve o mérito de positivar aquilo que a doutrina já defendia há muito tempo, evidenciando a tentativa de barrar o crescimento da *jurisprudência ofensiva*.

## 7. CONCLUSÃO

O processo, em última análise, deve servir como instrumento e não como obstáculo à concretização de seu objetivo maior: a busca do direito material. Dizer o contrário é negar o motivo de sua existência.

Entretanto, a *jurisprudência ofensiva*, consistente no conjunto de entendimentos destinados a obstaculizar o exame do mérito dos recursos em virtude da rigidez excessiva no exame dos pressupostos de admissibilidade recursal, implica verdadeiras armadilhas utilizadas de forma mutiladora pelos julgadores.

Nesse contexto, o advento do *princípio da primazia do julgamento do mérito recursal* indubitavelmente provocará um rendimento maior no julgamento dos recursos, fazendo com que os tribunais retomem sua verdadeira função, qual seja, efetivar o direito material, determinando a norma de conduta a ser seguida pelos jurisdicionados.

Que entre em vigor novo CPC!

## BIBLIOGRAFIA

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O anteprojeto de lei sobre a repercussão geral dos recursos extraordinários. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 129, p. 108-131, nov. 2005.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 137, p. 7-31, ago. 2006.

ARRUDA ALVIM. A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 96, p. 37-44, out./dez. 1999.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários...* cit., v. 5, p. 262.

\_\_\_\_\_. Os novos rumos do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 78, p. 133-144, abr./jun. 1995.

BARIONI, Rodrigo. Repercussão geral das questões constitucionais: observações sobre a Lei 11.418/2006. In: MELLO, Rogerio Licastro Torres de

38 CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A ofensa direta e frontal é efetivamente exigida pelo art. 102, III, “a”, da Constituição Federal?* In: ABREU, Pedro Manoel; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro; LAMY, Eduardo. (coord.). *Processo civil em movimento: diretrizes para o novo CPC*. Florianópolis: Conceito, p. 844-860, 2013. p. 8857-858.

39 Art. 1.032. *Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.*

40 Art. 1.033. *Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.*



- (coord.). *Recurso especial e extraordinário: repercussão geral e atualidades*. São Paulo: Método, p. 215-229, 2007.
- BAUR, Fritz. Il processo e le correnti culturali contemporanee. Trad. Corrado Ferri. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, v. 2, p. 253-271, abr./jun. 1972.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 2003
- BERMUDES, Sergio. A função social do processo. In: \_\_\_\_\_. *Direito processual civil: estudos e pareceres*. 2ª série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 95-102, 1994.
- \_\_\_\_\_. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CALMON DE PASSOS, J. J. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 7, p. 5-15, set./out. 2000.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A ofensa direta e frontal é efetivamente exigida pelo art. 102, III, "a", da Constituição Federal?* In: ABREU, Pedro Manoel; MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro; LAMY, Eduardo. (coord.). *Processo civil em movimento: diretrizes para o novo CPC*. Florianópolis: Conceito, p. 844-860, 2013.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Princípio da primazia da decisão de mérito. In: CABRAL, Antônio; CRAMER, Ronaldo (coord). *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Forense [no prelo]
- \_\_\_\_\_; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FORNICIARI JÚNIOR, Clito. Recurso especial e extraordinário – Âmbito do juízo de admissibilidade. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* 17/31, Porto Alegre, maio-jun. 2002.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. p. 23-24.
- LEVADA, Filipe Antônio Marchi. A repercussão geral na Constituição Federal e no Projeto de Lei que acrescenta os arts. 543-A e 543-B do CPC. In: MELLO, Rogerio Licastro Torres de (coord.). *Recurso especial e extraordinário: repercussão geral e atualidades*. São Paulo: Método, p. 89-106, 2007.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I.
- MALACHINI, Edson Ribas. Atribuição de efeito suspensivo à apelação (CPC, art. 558, parágrafo único). In: NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Ed. RT, 1999. v. 2.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.
- OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: RT, 2002.

# STREITGEGENSTANDSLEHREN IN DEUTSCHLAND UND DIE KERNTHEORIE DES EUGH

**Peter Gottwald**

This paper is kindly devoted to the memory of Ada Pellegrini Grinover and José Carlos Barbosa Moreira. Both were excellent scientists, highly engaged in comparative procedural law and in international cooperation. With great pleasure I remember the times of our common cordial and productive teamwork within the presidium of the International Association of Procedural Law.

## I. EINFÜHRUNG

### 1. Klageanspruch und Streitgegenstand

Die deutsche Zivilprozessordnung bezeichnet den Gegenstand des Rechtsstreits meist als Anspruch. Dieser wird durch Klage oder Widerklage geltend gemacht. Der Beklagte kann ihn anerkennen oder der Kläger auf ihn verzichten. Durch Urteil wird über den Anspruch entschieden bzw. der Anspruch wird festgestellt, die Rechtshängigkeit ergreift den Anspruch und die Entscheidung über den Anspruch bildet den Gegenstand der Rechtskraft. In anderen Vorschriften spricht die Prozessordnung aber auch vom Streitgegenstand. Aus diesen Regeln geht aber sinngemäß hervor, dass mit Anspruch und Streitgegenstand jeweils dasselbe gemeint ist. Mit jeder Klage wird ein Anspruch erhoben, der den Gegenstand des Rechtsstreits bildet, also eine Klage erhoben, die einen Streitgegenstand hat, über den das Gericht letztlich entscheiden muss.

### 2. MERKMALE DES STREITGEGENSTANDS

Niemand bezweifelt, dass ein Zivilprozess einen bestimmten Gegenstand hat. Vor allem im Hinblick auf vier Fragenkreise kommt es aber darauf an, ob ein bestimmtes Begehren bereits von einem anhängigen oder bereits entschiedenen Streitgegenstand erfasst ist oder war oder einen neuen Streitgegenstand bildet. Die vier Hauptkriterien, um die es dabei geht, sind (1) die Klagehäufung, (2) die Klageänderung, (3) Fragen der Rechtshängigkeit und (4) Fragen der materiellen Rechtskraft.

a) Unter bestimmten Voraussetzungen (Zuständigkeit des gleichen Gerichts und gleiche Prozessart) können nach § 260 ZPO auch mehrere Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten im gleichen Verfahren geltend gemacht werden. Behauptet ein Kläger in der Klage, der Beklagte habe den Vertrag schlecht erfüllt, und bringt in einem zweiten Schriftsatz vor, diese Schlechterfüllung habe zugleich zu einer Eigentumsverletzung des Klägers und damit zu einer unerlaubten Handlung geführt, so stellt sich die Frage, ob dies eine nachträgliche Klagehäufung ist oder ob es sich um eine bloße Konkretisierung und Ergänzung eines bereits eines bereits rechtshängigen Anspruchs und Streitgegenstands handelt.<sup>1</sup>

b) Ähnliche Probleme stellen sich, wenn der Kläger von einer Klage auf Naturalrestitution zum Schadenersatz in Geld übergeht. Ist dies begrifflich wirklich eine Klageänderung, die zumindest sachdienlich sein muss oder hält sich das veränderte Begehren im Rahmen des ursprünglichen Streitgegenstands?

c) Diese beiden ersten Fragen sind relativ problemlos. Von größerer praktischer Relevanz ist die Frage, ob eine bereits anhängige Klage eine weitere Klage, sei es des Klägers, sei es des Beklagten ausschließt, weil die Sache bereits rechtshängig ist. In diesem Bereich bestehen die größten Meinungsunterschiede, wie ich später noch darlegen werde.

d) Schließlich ist der Begriff des Streitgegenstandes für den Umfang der Rechtskraft entscheidend. Worüber ein Gericht bereits rechtskräftig entschieden hat, darüber soll weder neu entschieden werden noch überhaupt

<sup>1</sup> Auf den besonderen Streitgegenstand im arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzprozess kann hier nicht eingegangen werden; vgl. dazu *Preis/Schneider*, Der erweiterte punktuelle Streitgegenstandsbegriff, Festschrift für Prütting, 2018, S. 467.

ein zweites Verfahren stattfinden. Nach § 322 Abs. 1 ZPO erwächst ein Urteil nur hinsichtlich der Entscheidung über den „Anspruch“ selbst, nicht über notwendige Vorfragen in Rechtskraft.

## II. STREITGEGENSTANDSTHEORIEN

### 1. MATERIELL-RECHTLICHE THEORIEN

Wenn die deutsche Zivilprozessordnung von einem Anspruch spricht, meinte sie wohl ursprünglich einen Anspruch des materiellen Rechts. Diese Ansicht beruhte auf dem Buch von *Bernhard Windscheid* über die „Actio des römischen Zivilprozessrechts“ von 1856. Allerdings passt der Anspruchsbegriff von § 194 Abs. 1 BGB nicht für eine Gestaltungsklage und eine Feststellungsklage, weil mit ihr eigentlich kein Tun oder Unterlassen geltend gemacht wird. Schwierigkeiten ergeben sich für diese Theorie auch bei Anspruchskonkurrenz. Führt ein bestimmtes historisches Ereignis zu mehreren Ansprüchen, die sämtlich die gleiche Rechtsfolge zum Inhalt haben, so kann es nicht richtig sein, dass mehrere Klagen erhoben werden können. Konkurrierende Anspruchsgrundlagen bilden zusammen einen Streitgegenstand.<sup>2</sup> Wegen diesen Problemen haben sich Theorie und Praxis schon früh von der materiellrechtlichen Theorie abgewandt und den prozessualen Begriff des Streitgegenstands entwickelt.

*Leo Rosenberg* hat diesen prozessualen Streitgegenstand bereits 1927 in der ersten Auflage seines Lehrbuchs wie folgt definiert:

„Der Streitgegenstand ist das auf rechtskraftfähige Feststellung einer Rechtsfolge gerichtete Begehren, das durch den gestellten Antrag und den zu seiner Begründung vorgetragenen Sachverhalt gekennzeichnet wird.“<sup>3</sup> Diese Definition ist im Grunde auch heute noch gültig.

Allerdings gab es immer wieder Versuche, den prozessualen Streitgegenstand und den materiellrechtlichen Anspruch miteinander zu versöhnen.<sup>4</sup> *Wolfram Henckel* wollte etwa konkurrierende Ansprüche, die sich aus demselben Sachverhalt ergeben, als bloße Anspruchsnormenkonkurrenz verstehen und zu einem materiellrechtlichen Anspruch neuer Art zusammenfassen.<sup>5</sup> Soweit über die Ansprüche nur einheitlich verfügt werden kann, sollte nur ein Anspruch bestehen. Ähnlich argumentierte *Apostolos Georgiades*.<sup>6</sup> Er stellte darauf ab, ob die Ansprüche auf ein einheitliches Ziel gerichtet seien.

Diese Lehren sind in jüngster Zeit wieder von *Johann Braun*<sup>7</sup> und *Jürgen Stamm*<sup>8</sup> aufgegriffen worden. Beide meinen, ein besonderer prozessualer Streitgegenstand sei überflüssig, Streitgegenstand sei einfach das behauptete materielle Recht. Nun besteht sicher kein Zweifel, dass die Parteien um materielle Rechte streiten. Die Preisfrage ist aber, wann streiten sie um dasselbe Recht und wann um mehrere. Darauf gibt das materielle Recht keine Antwort. Aus diesem Grund sind die ganz herrschende Lehre und Praxis dem prozessualen Streitgegenstandsbegriff treu geblieben.

### 2. DER ZWEIGLIEDRIGE STREITGEGENSTANDSBEGRIFF

a) Wie schon von Rosenberg angenommen, geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass der Klageantrag und der Lebenssachverhalt den Streitgegenstand als gleichwertige Elemente bestimmen. Diese Lehre steht in Einklang mit § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wonach die Klageschrift einen bestimmten Antrag und die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs enthalten muss.

b) Trotz Geltung des Beibringungsgrundsatzes kann der Kläger den relevanten Sachverhalt nicht nach seinem Belieben durch seinen Vortrag bestimmen. Abgestellt wird vielmehr auf den wirklichen, den

2 Jüngstes Beispiel: BGH NJW 2018, 1259 (Schadensersatz aus Prospekthaftung nach § 823 II BGB iVm § 264a StGB und aus sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB).

3 *Rosenberg*, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 1927, § 87 II 2 (S. 240 f).

4 S. ausführlich Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl. 2016, Vor § 253 Rn. 30 ff.

5 *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, 1961, S. 262 ff.

6 *Georgiades*, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und im Zivilprozessrecht, 1968.

7 *Braun*, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 2014, § 26 II 2, 3 (S. 397 ff).

8 *Stamm*, Zum Verzicht auf die Streitgegenstandslehre im Sinne einer Rückbesinnung auf die materiellrechtlichen und prozessualen Ausgangsfragen, ZZP 129 (2016), 25, 29 ff.

gesamten historischen Lebenssachverhalt, unabhängig davon, ob die Parteien alle dazu gehörenden Tatsachen vorgetragen haben oder ob sie sie überhaupt kannten und vortragen konnten.

c) Durch das Abstellen auf einen anscheinend nicht juristischen Begriff, wie den Lebenssachverhalt, glaubte man, man habe alle Abgrenzungsprobleme gelöst. Ob ein Tatsachenkomplex einen Lebenssachverhalt oder mehrere Lebenssachverhalte ausmache, sei sozusagen evident. Diese Annahme hat sich aber als falsch erwiesen. Wie ein Lebenssachverhalt abzugrenzen ist, hängt von rechtlichen Wertungen ab, ob eine einheitliche Streitentscheidung geboten ist und einander widersprechende Entscheidungen von vornherein verhindert werden sollen.<sup>9</sup> Die Verpflichtung über unterschiedliche Gefahren einer Kapitalanlage aufzuklären oder die unterschiedlichen Mängel eines Wertpapier-Ausgabeprospektes wurden etwa als einheitlicher Lebenssachverhalt eingestuft.<sup>10</sup> Die unzureichende Aufklärung über die Gefahren einer Operation und die anschließende fehlerhafte Operation werden dagegen als zwei selbstständige Lebenssachverhalte angesehen.<sup>11</sup> Zum Teil hat die Rechtsprechung darauf abgestellt, ob die konkurrierenden Ansprüche identischen Inhalt haben oder nicht. So hat der BGH etwa angenommen, dass ein Anspruch auf Informationszugang (§ 1 IFG) und ein Anspruch auf Akteneinsicht (§§ 13 I, 29 VwVfG) auf unterschiedlichen Sachverhalten beruhen und folglich zu zwei verschiedenen Streitgegenständen führen.<sup>12</sup> Der Unterhaltsanspruch und der Anspruch aus vorsätzlicher Verletzung der Unterhaltspflicht wurden ebenfalls als verschiedene Lebenssachverhalte und damit Streitgegenstände eingeordnet.<sup>13</sup>

d) Besondere Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung des Lebenssachverhalts bei Unterlassungsklagen im Wettbewerbsrecht. Der Bundesgerichtshof hat hier den Lebenssachverhalt durch das Kriterium der konkreten Verletzungsform weiter eingeschränkt.<sup>14</sup>

(1) In der Entscheidung „Markenparfümverkäufe“ vom 23.2.2006 nahm die Klägerin die Beklagte wegen Markenrechtsverletzungen auf Unterlassung in Anspruch. Sie behauptete, die Beklagte habe Parfüm-marken der Klägerin aus dem außereuropäischen Markt unberechtigt in den Europäischen Wirtschaftsraum eingeführt. In einem ersten Verfahren beantragte die Klägerin, die Beklagte zur Unterlassung zu verurteilen, reimportierte Duftwässer ihrer Marken ohne ihre Zustimmung im Inland oder in anderen Staaten des EWS-Raumes in Verkehr zu bringen. Anlass für diese Klage war der Vertrieb des Parfüms der Marke der Marke „Joop!“.

In einem zweiten Verfahren verlangte die Klägerin erneut Unterlassung, Duftwässer der zu Gunsten der Klägerin geschützten Marken einzuführen und anzubieten, soweit sie nicht von der Klägerin selbst in den Verkehr gebracht worden seien. Anlass für diese zweite Klage war der Inlandsverkauf eines Parfüms der Marke „Chopard Mira-Bai“, das die Klägerin an einen Händler in Istanbul veräußert hatte. Landgericht und Oberlandesgericht wiesen die Klage als unzulässig ab, soweit sie die gleichen Marken wie die erste Klage betraf. Der Bundesgerichtshof sah die zweite Klage dagegen als zulässig an und gab ihr statt.<sup>15</sup>

Der BGH folgt zwar der herrschenden Lehre vom zweigliedrigen Streitgegenstand, er meint aber, für Unterlassungsklagen im Wettbewerbsrecht sei damit noch nicht abschließend festgelegt, ob es sich einen einheitlichen Streitgegenstand handele oder nicht. Trotz des gleichen Antrags handele es sich bei einem Unterlassungsantrag, der auf eine Erstbegehungsgefahr gestützt werde und bei einem weiteren Antrag, der auf eine Wiederholungsgefahr gestützt werde, um verschiedene Streitgegenstände. Spätere Verletzungshandlungen führten eine Änderung des Streitgegenstandes, selbst wenn es dabei dieselbe Verletzungsform handele. Dennoch bekräftigte der BGH die Geltung der sog. Kerntheorie, wonach sich der Umfang der Rechtskraft eines Unterlassungsurteils auch auf solche Verstöße gegen das Verbot erstreckte, die den Kern der Verbotsform unberührt ließen.

Dieses Urteil wurde heftig kritisiert. Ein Unterlassungsurteil verurteile nicht nur identische Verletzungen,

9 Vgl. *Musielak*, Der rechtskräftig entschiedene Lebenssachverhalt, NJW 2000, 3593; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 39. Aufl. 2018, Einl II Rn. 30 (Abgrenzung nach der Verkehrsauffassung).

10 BGH ZIP 2015, 1701; weitere Beispiele bei Thomas/Putzo/Seiler (Fn. 9), Einl. II Rn. 31.

11 Vgl. *Nußstein*, Rechtskraft und Arzthaftung, VersR 2016, 1291.

12 BGHZ 199, 159 (Rn. 16 ff) = MDR 2014, 294.

13 BGHZ 209, 168 (Rn. 27) = FamRZ 2016, 972; weitere Beispiele bei Thomas/Putzo/Seiler (Fn. 9), Einl. II Rn. 32.

14 Besonders ausführlich Ahrens/Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 8. Aufl., 2017, Kap. 36 Rn. 56 bis 106.

15 BGHZ 166, 253 = JZ 2006, 1180 (Ahrens); krit. *Gottwald*, Der Streitgegenstand – eine Einheit in Vielheit, Festschrift für Kaissis, 2012, S. 303.

sondern eben im Kern oder im Wesentlichen gleiche oder gleichartige Verletzungshandlungen. Andernfalls laufe ein Unterlassungsurteil leer und habe keine praktische Wirkung für die Zukunft. Es gehe daher nicht an, den Streitgegenstand auf die konkrete Verletzungshandlung zu beschränken.<sup>16</sup>

(2) Diese Begrenzung des Streitgegenstandes durch einen durch einen sehr eng verstandenen Lebenssachverhalt hat der BGH durch Urteil vom 13. September 2012 in der Sache „Bio- mineralwasser“ ausdrücklich aufgegeben. In diesem Fall beantragte die Klägerin, den Beklagten zur Unterlassung zu verurteilen, „natürliches Mineralwasser unter der Bezeichnung Biomineralwasser zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen.“ Die Klägerin, eine Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, stützte ihre Klage auf drei Argumente:

- (1) die Werbung mit einer Selbstverständlichkeit sei unzulässig,
- (2) die Werbung sei irreführend, weil sie den Eindruck einer amtlichen Zertifizierung erwecke, und
- (3) die Werbung sei unzulässig, weil sie eine Verkehrsbezeichnung verwende, die nicht mit der Lebensmittel-Kennzeichnungsverordnung in Einklang stehe.

Nach dem deutschen UWG sind dies drei verschiedene Verletzungstatbestände; dennoch sah der BGH in dieser Klage nur einen Streitgegenstand bzw. einen Lebenssachverhalt, der die Grundlage für die Bestimmung des Streitgegenstands bilde. Der BGH definierte daraufhin den Streitgegenstand wie folgt:

*„Der Streitgegenstand wird durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, den Lebenssachverhalt bestimmt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge ableitet. Zu dem Lebenssachverhalt rechnen alle Tatsachen, die bei einer vom Standpunkt der Parteien ausgehenden natürlichen Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag der Klagepartei zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören. Der Streitgegenstand wird damit durch den gesamten historischen Lebensvorgang bestimmt, auf den sich das Rechtsschutzbegehren der Klagepartei bezieht, unabhängig davon, ob einzelne Tatsachen dieses Lebenssachverhalts von den Parteien vorgetragen worden sind oder nicht, und auch unabhängig davon, ob die Parteien die nicht vorgetragenen Tatsachen des Lebensvorgangs kannten oder hätten vortragen können.“<sup>17</sup>*

In seinen weiteren Gründen führt der BGH aber aus, dass der Kläger mit einer Unterlassungsklage durchaus nur eine bestimmte konkrete Verletzungsform aufgreifen müsse. Richte sich seine Klage gegen diese Verletzungsform, so bestimme diese den Lebenssachverhalt und damit den Streitgegenstand. In Wettbewerbsachen schränkt also weiterhin die Verletzungsform den Lebenssachverhalt und Streitgegenstand ein, auch wenn die Verletzungsform nunmehr weiter gefasst wird. Man kann es auch anders ausdrücken: Nach der neueren Rechtsprechung gehören zum maßgeblichen Lebenssachverhalt alle Tatsachen, die bei einer vom Standpunkt der Parteien ausgehenden natürlichen Betrachtung zu dem durch den Vortrag des Klägers zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören. Dies ist der Fall, wenn sich der Tatsachenstoff nicht sinnvoll auf verschiedene eigenständige, den Sachverhalt in seinem Kerngehalt verändernde Geschehensabläufe aufteilen lässt, selbst wenn diese einer besonderen rechtlichen Beurteilung zugänglich sind.<sup>18</sup>

### 3. DER EINGLIEDRIGE STREITGEGENSTAND

Die Lehre vom zweigliedrigen Streitgegenstand hat Schwierigkeiten, den relevanten Sachverhalt sachgerecht abzugrenzen. Diese Schwierigkeit veranlasste *Karl Heinz Schwab* in seiner Habilitationsschrift von 1954 auf den Sachverhalt als Teil des Streitgegenstandsbegriffs ganz zu verzichten. Streitgegenstand war für ihn „das Begehren der im Klageantrag bezeichneten gerichtlichen Entscheidung“.<sup>19</sup> Die zur Begründung der Klage vorgebrachten Tatsachen sollten nur der Auslegung des Klageantrags dienen.<sup>20</sup> Begrifflich zu Ende gedacht führt diese Lehre dazu, dass selbst Forderungen aus dem Grundgeschäft und einem Wechsel nur einen Streitgegenstand bilden. Ebenfalls nur ein Streitgegenstand würde vorliegen, wenn etwa ein Betrag von 1000 € aus

16 Vgl. *Rißmann*, Die Bindungswirkung von rechtskräftigen Unterlassungsurteilen, Festschrift für Gerhard Lücke, 1997, S. 675, 683.

17 BGHZ 194, 314 (Rn. 18 f) = GRUR 2013, 401; vgl. *Gottwald*, Die Rückkehr zum klassischen Streitgegenstandsbegriff, Festschrift für Helmut Köhler, 2014, S. 173.

18 BGH NJW 2018, 1259 (Rn. 18); BGHZ 198, 294 (Rn. 15) = NJW 2014, 314; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm, UWG, 36. Aufl. 2018, § 12 Rn. 2.23b; s. auch Münchener Kommentar/Ehrliche, Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2014, Vor § 12 UWG Rn. 41 ff.

19 *Schwab*, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954, S. 199.

20 *Schwab* (Fn. 19), S. 183 ff.

einer Forderung aus einem Vertrag vom Jahre 2000, hilfsweise aus einer Forderung vom Jahre 2010 eingeklagt würde. Rosenberg hat diese Lehre sogleich (1954) in die 6. Auflage seines Lehrbuchs übernommen. Auch der Bundesgerichtshof ist dieser Lehre zeitweise gefolgt,<sup>21</sup> hat sich dann aber wieder der zweigliedrigen Lehre angeschlossen. Denn letztlich ist eine Bestimmung des Streitgegenstandes ohne Kenntnis des Sachverhalts auch nach der eingliedrigen Lehre nicht möglich. Gerade die beiden genannten Beispiele führen nach der eingliedrigen Lehre nicht zu überzeugenden Lösungen.<sup>22</sup> Allerdings kann man bei sachgerechter Interpretation mit beiden Lehren zu gleichen sachgerechten Ergebnissen gelangen. Für *Habscheid* war der Unterschied zwischen beiden Lehren daher eher eine Formulierungsfrage.<sup>23</sup>

Einig sind sich beide Varianten der prozessualen Streitgegenstandslehre aber insoweit, als sie für einen einheitlichen Streitgegenstand für alle vier Fragen, Klagenhäufung, Klageänderung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft eintreten.<sup>24</sup>

#### 4. DER RELATIVE STREITGEGENSTAND

Gegen diese herrschende Meinung gibt es aber Widerstand. Schon *Ekkehard Schumann* hat die Ansicht vertreten, dass der Streitgegenstand relativ sei. Für Fragen der Rechtshängigkeit sei er weiter als sonst zu verstehen. Für die Rechtshängigkeitssperre komme es nicht auf den gestellten Antrag an. Alle Ansprüche, die ihren Grund in demselben Sachverhalt haben oder auf das gleiche Interesse ausgerichtet seien, bildeten insoweit einen Streitgegenstand.<sup>25</sup> Für die Rechtshängigkeitssperre kommt diese Ansicht zum gleichen Ergebnis wie die (sogleich zu erörternde) Kerntheorie des EuGH. Dies bedeutet, dass negative Feststellungsklage und nachfolgende Leistungsklage den gleichen Streitgegenstand haben.<sup>26</sup> Der Schuldner, der negative Feststellungsklage erhebt, könne zwar die nachfolgende Leistungsklage nicht verhindern, aber den Gläubiger zwingen, diese bei dem von ihm gewählten Gericht zu erheben. Die deutschen Gerichte sind dieser Ansicht bisher nicht gefolgt,<sup>27</sup> weil der Schuldner sonst Forum Shopping zu seinen Gunsten betreiben könnte.<sup>28</sup>

#### 5. DIE KERNPUNKTTHEORIE DES EUGH

a) Um von vornherein divergierende, einander widersprechende Entscheidungen in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten und damit das Entstehen eines Anerkennungshindernisses (jetzt nach Art. 45 Abs. 1 lit. c, d Brüssel Ia-VO) zu verhindern, hat der EuGH für Fragen der Rechtshängigkeit eine eigene Streitgegenstandslehre, die sogenannte Kerntheorie entwickelt. Nach dieser Lehre hängt die Identität eines Klageanspruchs nicht von dem konkreten Antrag oder dem geltend gemachten Rechtsschutzziel ab. Um Klagen wegen desselben Anspruchs handle es sich vielmehr bei allen Rechtsschutzbegehren, die im Kern denselben Streit über Rechtsfolgen aus demselben weit verstandenen Lebenssachverhalt betreffen. Nach dieser Lehre haben positive Leistungsklage und negative Feststellungsklage, aber auch Leistungsklage und Klage auf Feststellung eines vorgefährlichen Rechtsverhältnisses den gleichen Streitgegenstand, gleichgültig, in welcher Reihenfolge sie erhoben worden sind.<sup>29</sup>

b) Die Kerntheorie hat der EuGH in drei Entscheidungen entwickelt: 1974 im Fall *Gubisch v Palumbo*,<sup>30</sup> 1994 im Fall *Tatry*<sup>31</sup> und 1998 im Fall *Drouot assurances*.<sup>32</sup>

(1) Im Fall *Gubisch* klagte diese Firma beim Landgericht Flensburg gegen den Italiener Palumbo auf Zahlung eines Kaufpreises für eine Maschine. Wenig später klagte der Italiener in Rom auf Feststellung der Unwirksamkeit des Kaufangebotes, hilfsweise auf Aufhebung des Kaufvertrages wegen Einigungsmangels oder

21 Vgl. BGHZ 37, 371 = ZZP 75, 458 (m. Anm. *Schwab*).

22 Ich habe deshalb diese Ansicht mit der von mir bearbeiteten 15. Auflage aufgegeben.

23 *Habscheid*, Die neuere Entwicklung der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess, Festschrift für Schwab. 1990, S. 181, 183.

24 So zuletzt BGHZ 194, 314 („Biomineralewasser“) = MDR 2013, 417.

25 Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 20. Aufl. 1979, Einl. Rn. 283, 285, 291, 294.

26 So Stein/Jonas/Roth, ZPO, 23. Aufl. 2016, Vor § 253 Rn. 46 ff., § 261 Rn. 28 f; *Althammer*, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 88.

27 BGH NJW 1994, 3107 („Parallelverfahren II“).

28 Vgl. *Gottwald*, Negative Feststellungsklage und prozessuale Gerechtigkeit, MDR 2016, 936, 937.

29 Vgl. *Rißmann* u. *Walker*, Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH, ZZP 111 (1998), 399 u. 429, Münchener Kommentar/*Gottwald*, ZPO, 5. Aufl. 2017, Art. 29 Brüssel Ia-VO Rn. 9 ff.

30 EuGH Slg. 1987, 4861 = RIW 1988, 818.

31 EuGH Slg. 1994, I-5439 = IPRax 1996, 108 (dazu *Schack*, S. 80).

32 EuGH Slg. 1998, I-3075 = RIW 1998, 261; dazu *Adolphsen* ZZPInt 1998, 249.

auf Auflösung des Kaufvertrages wegen Nichteinhaltung der Lieferfrist. Die Beklagte erhob gegen diese zweite Klage die Einrede der Rechtshängigkeit. Die italienischen Gerichte wiesen diese Einrede zurück. Sie folgten damit der deutschen Konstruktion, wonach eine Zahlungsklage nicht mit der Klage auf Feststellung des vorgreiflichen Rechtsverhältnisses identisch ist. Auf Vorlage des italienischen Kassationshofs entschied der EuGH, dass Art. 21 EuGVÜ (jetzt Art. 29 Brüssel Ia-VO) vertragsautonom auszulegen sei. Kernpunkt beider Rechtsstreitigkeiten sei die Wirksamkeit des Kaufvertrages. Deshalb hätten beide Verfahren den gleichen Streitgegenstand; auf die formale Identität der Klagen komme es nicht an. Würde man anders entscheiden, bestehe die Gefahr, dass das deutsche Kaufpreisurteil in Italien nicht anerkannt werde, wenn das italienische Gericht zum Ergebnis komme, dass der Kaufvertrag unwirksam sei. Ein solches Ergebnis widerspräche aber den Zielen des EuGVÜ.<sup>33</sup>

(2) Im Fall *Tatry* ging es um die Haftung für bei einem Schiffstransport verunreinigtes Sojaöl. Dieses sollte auf einem polnischen Schiff von Brasilien nach Rotterdam bzw. Hamburg transportiert werden, kam aber verunreinigt an. Der Schiffseigentümer klagte gegen einen Teil der Ladungseigentümer in Rotterdam auf Feststellung, dass er für die Verunreinigung nicht hafte. Ein anderer Teil der Ladungseigentümer klagte zehn Monate später in London nach einem Arrest in das Schiff auf Schadenersatz wegen Verunreinigung der Ladung. Gegen die zweite Klage wurde wieder der Rechtshängigkeitseinwand erhoben. Auf Vorlage an den EuGH meinte dieser, in beiden Verfahren gehe es um das Bestehen oder Nichtbestehen der Haftung. Auch wenn die erste Klage auf negative Feststellung laute und die zweite auf positiven Schadenersatz hätten beide Streitigkeiten jedoch denselben Gegenstand. Grundlage beider Klagen seien derselbe Sachverhalt und dieselben Rechtsnormen, auf die die erste Klage gestützt werde. Negative Feststellungsklage und positive Leistungsklage beträfen denselben Anspruch. Nach der Erhebung der negativen Feststellungsklage könne der Gläubiger seinen Leistungsanspruch nur im Wege der Widerklage im gleichen Gerichtsstand verfolgen.<sup>34</sup>

(3) Im Fall *Drouot assurances* war das Schiff *Sequana* gesunken, seine Ladung aber auf Kosten des Schiffsversicherers gerettet worden. Die Eigentümer der Ladung und ihr Versicherer klagten gegen den Schiffseigentümer vor dem Bezirksgericht Rotterdam, dass sie keinen Beitrag zu den Rettungskosten leisten müssten. Vier Monate später klagte der Schiffsversicherer gegen den Eigentümer der Ladung und dessen Versicherer beim Handelsgericht Paris auf Zahlung eines Beitrags zu den Rettungskosten aus großer Havarie. Die Beklagten erhoben wieder die Einrede der Rechtshängigkeit. Der EuGH nahm an, dass Versicherer und Versicherungsnehmer gleiche Interessen hätten und deshalb grundsätzlich als ein und dieselbe Partei anzusehen seien. Nur wenn zwischen beiden ein Interessengegensatz bestehe, sei dies anders. Der EuGH konnte dies nicht feststellen und gab die Sache insoweit an das vorliegende Gericht zurück.<sup>35</sup>

c) Diese Kerntheorie ist innerhalb des Rechtsschutzsystems der Brüssel Ia-Verordnung und des Lugano Übereinkommens auch von deutschen Gerichten zu beachten. Sie bedeutet, dass der Streitgegenstand in europäischen Fällen nicht durch den Antrag, sondern durch einen autonom abgegrenzten Lebenssachverhalt bestimmt wird. Bei gleichem Lebenssachverhalt werden mehrere Verfahren bei dem zuerst angerufenen Gericht des gleichen EU Mitgliedstaates konzentriert.<sup>36</sup> Trotz der Kritik an der damit geschaffenen Möglichkeit, das Verfahren vor dem eigentlich zuständigen Gericht zu torpedieren, entschied der EuGH, dass die Sperrwirkung der ersten negativen Feststellungsklage auch bei überlanger Verfahrensdauer zu beachten sei.<sup>37</sup>

d) Auch wenn dies in den genannten drei Entscheidungen des EuGH nicht direkt zum Ausdruck kommt, so ist diese Kernpunkttheorie von den Streitgegenstandslehren in Frankreich<sup>38</sup> und England<sup>39</sup> beeinflusst, nach denen auch über Vorfragen rechtskräftig entschieden wird.

Diese Verbindung zeigt sich deutlich in der Entscheidung *Gothaer Allgemeine Versicherung* des EuGH vom 15.11.2012.<sup>40</sup> Es ging um eine Schadenersatzklage der Gothaer als Versicherer aus übergegangenem

33 EuGH Slg. 1987, 4871, 4876 (Rn. 16 ff) = IPRax 1989, 159 (m. Anm. Schack, S. 139).

34 EuGH Slg. 1994, I-5460 (Rn. 39 ff) = NJW 1995, 1883.

35 EuGH Slg. 1998, I-3075 (Rn. 19 f) = ZZPInt 3 (1998), 246 (Anm. Adolphsen).

36 Vgl. Gottwald, Streitgegenstandslehre und Sinnzusammenhänge, in Gottwald/Greger/Prütting, Dogmatische Grundfragen des Zivilprozesses im geeinten Europa, 2000, S. 85, 93.

37 EuGH Slg. 2003, I-14693 (Gasser v. Misat) = IPRax 2004, 243.

38 Vgl. *Cadiet/Jeuand*, Droit judiciaire privé, 9e ed. 2016, no. 731; *Guichard/Chainais/Ferrand*, Procédure civile, 30e ed. 2010, no. 1106.

39 Vgl. Zuckerman, On Civil Procedure, 2nd ed. 2006, no. 24.48, 24.66 et seqq.

40 EuGH, C-456/11, ECLI:EU::2012:719 = IPRax 2014, 163; vgl. Roth, Europäischer Rechtskraftbegriff im Zuständigkeitsrecht?, IPRax 2014, 136.

Recht gegen die Tochtergesellschaft eines irischen Transportunternehmens mit Sitz in den Niederlanden. 2009 hatte das Berufungsgericht in Antwerpen eine Klage rechtskräftig als unzulässig mit der Begründung abgewiesen, das für den Transportvertrag maßgebliche Konnossement sehe eine wirksame ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der Gerichte in Island vor. 2010 klagte die Versicherung erneut, diesmal vor dem Landgericht in Bremen. Auf Vorlage bekräftigte der EuGH, dass das deutsche Gericht an die Feststellung der ausschließlichen Zuständigkeit der isländischen Gerichte in den Gründen der Entscheidung des Antwerpener Gerichts gebunden sei. Daraufhin wurde die Klage als unzulässig abgewiesen; eine Berufung dagegen als unbegründet zurückgewiesen.<sup>41</sup>

e) In der deutschen Literatur wird die Kerntheorie teils begrüßt, teils kritisiert. *Schack* meint, mit der Anerkennung des Vorrangs der negativen Feststellungsklage habe der EuGH ein erfreuliches Zuständigkeitsgleichgewicht herbeigeführt,<sup>42</sup> gleichzeitig kritisiert er aber die dadurch eröffnete Möglichkeit, die Leistungsklage zu torpedieren.<sup>43</sup> Diese Torpedogefahr sei zwar durch den neuen Art. 32 Abs. 2 Brüssel Ia-VO in Fällen einer ausschließlichen Gerichtsstandsvereinbarung eingeschränkt worden, bestehe in anderen Fällen aber weiter.<sup>44</sup> Mit der Betonung des materiellen Anspruchs, auf den die Klagen gestützt seien, nähere sich diese Lehre der überwunden geglaubten materiellrechtlichen Streitgegenstandslehre. Die Abkehr vom Antrag führe zudem zu Unsicherheit. Mit einer engeren Auslegung des Umfangs der Rechtskraft wäre die Entwicklung der Kerntheorie überflüssig gewesen.<sup>45</sup> Kritisiert wird auch, dass die Bindung über die konkreten Parteien hinaus auf Dritte erstreckt wird, die nicht an die Rechtskraft der Erstentscheidung gebunden seien.<sup>46</sup> Auch soweit die Kerntheorie begrüßt wird, wird sie doch auf europäische Fälle beschränkt. Für eine generelle Übernahme in das deutsche Recht tritt, soweit ersichtlich, niemand ein. Wie der Fall der Gothaer Versicherung zeigt, würde dies eine Änderung des deutschen Rechts voraussetzen. Nach § 322 Abs. 1 ZPO entscheidet ein Urteil rechtskräftig nur über den durch Klage erhobenen Anspruch, nicht aber auch über Vorfragen.<sup>47</sup> Solchen Versuchen, die Rechtskraft auf Vorfragen in Fällen eines sog. Sachzusammenhangs zu erstrecken,<sup>48</sup> hat die deutsche Praxis immer widerstanden. Sie meinte, die bewusste Entscheidung des deutschen Gesetzgebers sei zu respektieren und dürfe nicht einfach durch die Rechtsprechung korrigiert werden. Dies gilt jedenfalls, solange man an der prinzipiellen Einheitlichkeit des Streitgegenstandes für Klagehäufung, Klageänderung, Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft festhält.

## 6. DIE LEHRE VON DER ERFÜLLUNGSKONNEXITÄT

a) Wie dargelegt, bereitet es der h.M. durchaus Schwierigkeiten, den relevanten Lebenssachverhalt sachgerecht abzugrenzen. Dazu kommen die Unterschiede zwischen dem engen deutschen Streitgegenstand und dem weiter gefassten Streitgegenstandsbegriff im Rahmen der Kerntheorie des EuGH. Beide Problemkreise waren für *Christoph Althammer* 2012 Anlass, nach einer umfassenden, beide Argumentationen versöhnenden Theorie zu suchen. Er möchte wohl, anders als der EuGH, an einer Begrenzung durch den Klageantrag festhalten, jedoch den Lebenssachverhalt völlig aus dem Streitgegenstand herausnehmen und ihn durch das vom Kläger beanspruchte „Interesse“ ersetzen. Eine zweite Klage habe dann denselben Streitgegenstand, wenn zwischen ihr und der Erstklage „Erfüllungskonnexität“ bestehe. Gemeint ist, ob mit der Erfüllung des zuerst eingeklagten und zuerkannten Anspruchs das Interesse an der Erfüllung des zweiten Anspruchs entfalle.<sup>49</sup> Das Kriterium der Erfüllungskonnexität ist weiter als das des Lebenssachverhalts. Insoweit schließt sich Althammer der Kernpunkttheorie des EuGH an. Anders als diesem geht es ihm aber nicht darum, widersprüchliche Entscheidungen von Gerichten zu verhindern; er meint vielmehr, eine solche Abgrenzung diene dem wohlverstandenen Parteiinteresse. Antrag und Interesse sind im Ansatz prozessuale Elemente, das Kriterium der Erfüllungskonnexität ist dagegen letztlich materiell-rechtlich orientiert. Deshalb wurde

41 OLG Bremen IPRax 2015, 355; dazu *Roth*, Rechtskrafterstreckung auf Vorfragen im internationalen Zuständigkeitsrecht, IPRax 2015, 329. Die Entscheidung überzeugt nicht. Denn sie führt im Ergebnis dazu, dass das Erstgericht den Fall indirekt bindend an ein Zweitgericht innerhalb des Anwendungsbereichs der Brüssel Ia-Verordnung des Lugano-Übereinkommens verweisen kann, obwohl eine bindende Verweisung an das Gericht eines anderen Mitglieds- bzw. Vertragsstaats bisher gerade nicht vorgesehen ist.

42 Ebenso *Linke/Hau*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2015, § 7 Rn. 9.

43 *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 7. Aufl. 2017, Rn. 849, 851.

44 Vgl. *Adolphsen*, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, Kap 4 Rn. 26.

45 Stein/Jonas/Roth, Vor § 253 Rn. 44.

46 Hess, Europäisches Zivilprozessrecht, 2010, § 6 Rn. 158 f.

47 Münchener Kommentar/Gottwald, ZPO, 5. Aufl. 2016, § 322 Rn. 85 ff, 99 ff.

48 Hierfür vor allem *Zeuner*, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, 1959.

49 *Althammer*, Streitgegenstand und Interesse, 2012, S. 404 ff, 510; zust. Stein/Jonas/Roth, Vor § 253 Rn. 40.



diese Lehre als gemischt prozessual-materiell-rechtliche Theorie qualifiziert.<sup>50</sup>

b) Dieser Versuch, deutsches und europäisches Recht miteinander zu versöhnen, ist intellektuell höchst beachtlich. Im Prinzip kann man den Streitgegenstandsbegriff selbstverständlich auch auf demselben Interesse oder dem gemeinsamen Kernpunkt der Streitigkeit(en) aufbauen. Beide Begriffe sind aber im Ergebnis mindestens genauso ungenau wie der Begriff des (natürlich verstandenen) Lebenssachverhalts. Teilweise geht das bloße Kriterium der Erfüllungskonnexität auch zu weit. Denn diese besteht ja auch, wenn eine bestimmte Leistung aus mehreren, historisch voneinander unabhängigen Sachverhalten begehrt wird, etwa 1000 € Kaufpreis primär aus einem Vertrag von 2014, hilfsweise aus einem Vertrag von 2016. Insoweit bestehen gegen diese Lehre dieselben Einwände wie gegen den eingliedrigen Streitgegenstandsbegriff. Auch bei der Verletzung mehrerer paralleler selbständiger gewerblicher Schutzrechte ist es nicht unbedingt sachgerecht, den Berechtigten zu zwingen, aus allen möglicherweise verletzten Rechten in einem Verfahren vorzugehen. Schließlich würde diese Lehre zu einer genauso weiten Rechtshängigkeitssperre wie nach der Kernpunkttheorie, aber auch nach der Lehre vom relativen Streitgegenstand führen, deren Übernahme die deutsche Rechtsprechung bisher wohl zu Recht abgelehnt hat.<sup>51</sup>

### III. ERGEBNIS

Der Inhalt des Streitgegenstandes ist nichts a priori, von der Natur der Sache her, begrifflich Vorgegebenes. Man kann ihn enger oder weiter fassen, je nachdem, ob man die Parteien zu einer Verfahrenskonzentration zwingen und an früher erzielten Prozessergebnissen auch in Folgeprozessen festhalten will. Wer den Streitgegenstand weit fasst, nimmt im Interesse der Rechtssicherheit und der Entlastung der Gerichte in Kauf, dass das Gericht in einem zweiten Verfahren ggf. an eine Beurteilung gebunden ist, deren Fehlerhaftigkeit inzwischen erkannt wurde. Wer für einen engen Streitgegenstand eintritt, verhindert, dass erkannte Fehler fortgeschrieben werden müssen. Andererseits kann dies zu widersprüchlichen Entscheidungen führen. Was ist am Ende gerechter? Darüber kann man trefflich streiten.

Ich glaube jedenfalls, dass die als Folge der Kerntheorie bzw. der Lehre von der Erfüllungskonnexität eintretende Gleichstellung der negativen Feststellungsklage mit der aktiven Leistungsklage nicht sachgerecht ist. Auch wenn dies im nationalen Rahmen weniger gravierende Auswirkungen hat, erscheint es mir nicht gerechtfertigt, dass der Schuldner dem Gläubiger durch eine schnelle Erhebung einer negativen Feststellungsklage den Gerichtsstand bindend vorgeben kann.<sup>52</sup> Richtig ist allerdings, dass die Abgrenzung des Lebenssachverhalts von einem anderen nicht rein begrifflich und logisch eindeutig möglich ist. Wie jede andere Subsumtion verlangt auch diese Rechtsanwendung ein Judiz mit Augenmaß, also eine sachgerechte Abgrenzung in typischen Fällen.

Schließlich erscheint es mir sachgerecht, an der Einheitlichkeit des Streitgegenstandes für alle vier Kriterien (Klagehäufung, Klageänderung, Rechtshängigkeit und Rechtskraft) festzuhalten.<sup>53</sup> Selbst wenn man im Einzelfall Abweichungen für sinnvoll und gerechtfertigt ansieht, hat die prinzipielle Vorstellung einer Einheit den pragmatischen Vorteil der Einfachheit. Sie führt auch stets einen inneren Funktionszusammenhang vor Augen, der nicht ohne Not vernachlässigt werden sollte.

Eine Übernahme der Kerntheorie des EuGH in das allgemeine deutsche Prozessrecht ist nicht zu befürworten. Die Kerntheorie entspricht stärker dem englischen und französischen Prozessrecht und findet sich auch (mit Vorbehalt) in Principle 23.3 der ALI/UNIDROIT-Principles of Transnational Civil Procedure von 2004<sup>54</sup> wieder. Ohne eine Änderung von § 322 Abs. 1 ZPO ist sie aber mit dem autonomen deutschen Prozessrecht nicht vereinbar. Der engere Streitgegenstandsbegriff des deutschen Rechts erleichtert die Prozessführung, da die Parteien im Hinblick auf relevante Vorfragen keine formelle Bindung in eventuellen weiteren Verfahren befürchten müssen. Diesen Vorteil sollte man nicht ohne Not aufgeben. Für eine Erweiterung des allgemeinen Streitgegenstandsbegriffs besteht daher kein Anlass und derzeit auch kein Bedürfnis.

50 So *Prütting*, Neues zum Streitgegenstand, Festschrift für Pekcanitez, Bd. 1, 2015, S. 301; Stein/Jonas/Roth, Vor § 253 Rn. 40.

51 Vgl. *Gottwald*, Die Rückkehr zum klassischen Streitgegenstandsbegriff, Festschrift für Helmut Köhler, 2014, S. 173, 177 ff.

52 *Gottwald*, MDR 2016, 936.

53 Ebenso BGHZ 194, 314 (Rn. 21) = MDR 2013, 417.

54 ALI/UNIDROIT, Principles of Transnational Civil procedure, 2004, S. 48; vgl. *Gottwald*, Die Principles of Transnational Civil Procedure, Festschrift für Dieter Leipold, 2009, S. 33, 44.

# CORTI COMMERCIALI INTERNAZIONALI OVVERO CORTI INTERNAZIONALI D'IMPRESA (INTERNATIONAL BUSINESS COURTS)

Remo Caponi

1. – *Dedica*. Sono molto lieto che i colleghi e gli amici che curano la raccolta di studi in ricordo di Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira mi abbiano invitato a partecipare.

Ho conosciuto José Carlos all'inizio degli anni '90 del XX secolo. Nel corso di una delle sue frequenti visite in Europa era passato da Firenze a trovare il suo amico Andrea Proto Pisani ed io a un certo punto mi offrii di accompagnarlo in albergo. Per me, allora giovane studioso, era un'occasione da non farmi sfuggire: quella di conoscere da vicino uno dei maggiori esponenti della cultura processuale brasiliana. Mi rimase per sempre impressa la sua immediata apertura personale, quasi come se ci conoscessimo ormai da tempo e che fossimo abituati a scambiarci impressioni sulla comune materia di studio e sui nostri due paesi.

Immediatezza e apertura che ho ritrovato qualche anno dopo in Ada, nelle occasioni di incontro che negli ultimi anni erano diventate davvero frequenti (l'ultima nel settembre del 2016, in occasione del convegno a Porto de Galinhas), grazie all'Associazione internazionale di diritto processuale, grazie agli amici comuni che organizzano convegni e incontri di studio in Brasile, ma soprattutto grazie alla incredibile energia di Ada nell'intraprendere frequentemente viaggi transcontinentali anche ad età avanzata.

Ada e José sono uniti nel mio ricordo con grande affetto, per il loro tratto personale e per il livello alto della loro opera scientifica. Entrambi artefici e testimoni dei legami tra cultura processuale italiana e brasiliana, nonché magnifici esponenti, pur di diversa inclinazione, della grandezza di un paese, il Brasile, cui mi sento molto legato.

Ho pensato di dedicare a loro uno scritto su di un tema nuovo, che ho cercato di collegare criticamente alla tradizione dei nostri studi. In questo vorrei seguire l'esempio di Ada e José: quel loro interesse per le novità, mai dimentico della necessità di inserirle nelle coordinate che ci sono state consegnate da chi ci ha preceduto negli studi.

2. – *Titolo e oggetto del saggio*. Il titolo si riferisce a “corti commerciali internazionali”, ovvero a “corti internazionali d'impresa”, giacché nella lingua inglese la terminologia oscilla tra *commercial* e *business*, mentre la mobile collocazione dell'aggettivo “internazionale” intende rendere l'idea (in modo stipulativo) che tale qualità concerna non solo le controversie, che esibiscono aspetti transnazionali, ma anche le stesse corti, che sono chiamate a lavorare in lingua inglese, parimenti estranea al foro, almeno nei paesi dell'Europa continentale. Si risveglia l'idea di giurisdizioni speciali, ma in realtà si tratta di più agili sezioni specializzate presso gli ordinari giudici statali <sup>(1)</sup>.

Il fenomeno rientra nella linea di sviluppo che ho già cercato di delineare qualche anno fa <sup>(2)</sup>. Peraltro,

1 Se n'è parlato il 10 luglio 2018 a Rotterdam, al seminario *Innovating International Business Courts: a European Outlook*, organizzato dalla *Erasmus School of Law* dell'Università di Rotterdam, nel quadro del progetto *ERC Building EU Civil Justice* coordinato da Xandra Kramer, in cooperazione con il *Max Planck Institute for Procedural Law* del Lussemburgo (direttore esecutivo Burkhard Hess) e il *Montaigne Centre for Rule of Law and Administration of Justice* dell'Università di Utrecht (codirettore Eddy Bauw). Gli atti saranno raccolti in un fascicolo speciale della *Erasmus Law Review* (<http://www.erasmuslawreview.nl>), la cui pubblicazione è prevista nel 2019. Se n'è parlato di nuovo il 6 settembre 2018 a Riga, all'incontro dello *Special Interest Group* su *Dispute Resolution*, coordinato dal prof. Thomas Pfeiffer dell'Università di Heidelberg, in seno alla conferenza annuale dello *European Law Institute*. Un ulteriore convegno si svolge a Rotterdam, il 19-20 novembre 2018 (*Challenge Accepted! Exploring Pathways to Civil Justice in Europe*), sempre nel quadro del progetto *ERC Building EU Civil Justice*.

2 Cfr. R. Caponi, *Doing business come scopo della giustizia civile?*, in *Foro italiano*, 2015, V, 6 – 11. Successivamente l'articolo è stato pubblicato di nuovo in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015, nonché negli *Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci*, a cura di J. R. dos Santos Bedaque, F. L. Yarshell, H. V. Mendonça Sica, San Paolo del Brasile, Editora Jus Podium, 2018. Infine ne è uscita una versione aggiornata in lingua inglese: *'Doing Business' as a Purpose of Civil Justice? The Impact of World Bank Doing Business Indicators on the Reforms of Civil Justice Systems: Italy as a Case Study*, in *Instrumentalisierung von Zivilprozessen*, a cura di C. Althammer,

l'accelerazione dei cambiamenti tipica della realtà attuale fa sì che una linea di sviluppo colta appena qualche anno addietro debba essere confrontata con gli eventi correnti, specialmente con i mutamenti in corso nella realtà politica e sociale. Ciò accade anche con riferimento allo studio del processo, che è legato ai valori sentiti nella società da un nesso di reciproco condizionamento. Può persino accadere che fenomeni nati sotto il segno della globalizzazione debbano essere riletti al cospetto della riaffermazione di sensibilità nazionali.

3. – *Profilo generale del fenomeno.* Le corti commerciali internazionali allignano su un terreno intermedio tra giustizia civile statale e arbitrato commerciale internazionale. Infatti, di regola si fondano sull'accordo delle parti per la scelta del foro, danno uno spazio, variabile a seconda degli ordinamenti, all'uso dell'inglese come lingua processuale, adottano frequentemente un sintetico regolamento processuale *ad hoc* e gravano le parti di spese processuali maggiori rispetto al normale contenzioso, ma minori rispetto all'arbitrato.

Tali iniziative si giovano certamente della notevole integrazione dovuta all'esistenza di uno spazio giudiziario europeo, specialmente della liberale disciplina delle clausole di scelta del foro prevista dall'art. 25 reg. UE 1215/2012 (*Bruxelles I bis*), che non richiede un collegamento della controversia con l'ordinamento cui appartiene la corte scelta dalle parti. Inoltre, si valgono di aperture della giurisprudenza della Corte di giustizia sul fronte dell'impiego di una lingua processuale diversa da quella di Stato <sup>(3)</sup>.

Tuttavia, le iniziative non rispondono a particolari indicazioni normative provenienti dalle istituzioni dell'Unione europea, che si trovano piuttosto a rincorrere il fenomeno <sup>(4)</sup>, appesantite dal clima politico generale, nonché dagli esiti tuttora incerti di iniziative europee di armonizzazione in settori limitrofi, come quello della istituzione del tribunale unificato dei brevetti (*Unified Patent Court*) <sup>(5)</sup>.

Fra i principali fattori causali, ve n'è uno di carattere contingente, vicino nel tempo e incidente principalmente sulla regione europea: la *Brexit*. Essa è all'origine del rapido moltiplicarsi delle iniziative nell'arco dell'ultimo biennio (ma l'iniziativa francese è di qualche mese anteriore all'esito del referendum inglese). L'idea sottostante è che, a seconda del tipo di accordo che sarà raggiunto (o meno) tra Regno Unito e Unione Europea nel 2019, vi sia comunque spazio per attirare nuove fette del ricco contenzioso commerciale transnazionale, poiché la piazza giudiziaria londinese potrebbe perdere competitività, a causa della diminuzione del grado di circolazione delle sue pronunce nello spazio giudiziario europeo.

Vi è poi un altro elemento di ordine generale, di lungo periodo e globale, che ha operato almeno come originario fattore d'innescò. L'idea di creare corti commerciali internazionali presso le giurisdizioni statali tiene dietro a sollecitazioni scaturenti da una comune realtà sociale ed economica, generata dalle imprese capitalistiche multinazionali. Essa costituisce espressione di uno spirito del tempo della globalizzazione, che continua a manifestarsi tuttora in modo imponente <sup>(6)</sup>.

In questa cornice si è sviluppata una competizione fra sistemi giudiziari nazionali <sup>(7)</sup>. Stimoli nell'arco degli ultimi due decenni sono derivati dalla formazione di classifiche internazionali sulla base della valutazione

H. Roth, Mohr-Siebeck, Tübingen, 2018, 79-91.

3 Corte giust., 27 marzo 2014, causa C-322/13, *Ulrike Elfriede Grauel Ruffer c. Katerina Pokorná*, ove, sulla base del principio di non discriminazione, si è autorizzato l'uso della lingua tedesca davanti al tribunale di Bolzano alle due parti non italiane. Si trattava di una causa risarcitoria da incidente su una pista di sci tra una cittadina tedesca e una cittadina ceca.

4 Si veda in particolare lo studio promosso dalla commissione JURI del Parlamento europeo, *Building Competence in Commercial Law in the Member States*, realizzato dalla prof. Giesela Rühl dell'Università "Friedrich Schiller" di Jena e pubblicato il 14 settembre 2018 sul sito del Parlamento europeo. Dopo aver analizzato la teoria e la prassi dei contratti commerciali internazionali, nonché la loro disciplina attuale, con particolare riferimento alle clausole di scelta della legge sostanziale e del foro, questo studio constata la maggiore attrattiva di certi ordinamenti rispetto ad altri e suggerisce l'adozione di una serie di misure intese a migliorare la risoluzione delle controversie commerciali transfrontaliere, quali l'istituzione di sezioni specializzate presso le corti degli Stati membri e, infine, la creazione di una "corte commerciale europea". Su questo ultimo suggerimento, v. op. cit., 58 ss. Su questo tema, in precedenza, v. T. Pfeiffer, *Ein europäischer Handelsgerichtshof und die Entwicklung des europäischen Privatrechts*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, ZEuP*, 2016, 795 ss., 797 ss. Per un approccio cauto, se non scettico, sull'istituzione di tale corte, v. E. Themeli, X. Kramer, G. Antonopoulou, *International Commercial Courts: should the EU be next? – EP Study Building Competence in Commercial Law*, in <http://conflictflaws.net>, 23 settembre 2018.

5 Con qualche sviluppo paradossale e sintomatico delle incertezze del tempo presente: il Regno Unito ha ratificato il relativo accordo, nonostante la *Brexit* in corso. Per maggiori notizie, v. *UK ratifiziert das Europäische Patentgericht*, in <https://info.legal-patent.com>.

6 Infatti tale idea non si realizza solo in Europa. A Singapore le porte della *Singapore International Commercial Court* si sono aperte già nel 2015. In Qatar funziona da un certo numero di anni il *Qatar International Court and Dispute Resolution Centre*. Abu Dhabi ospita le *Abu Dhabi Global Markets Courts* e Dubai le *International Financial Centre Courts* (per queste informazioni v. lo studio promosso dal Parlamento europeo e citato nella penultima nota precedente). Infine, nel giugno del 2018 è stata diffusa la notizia che la Cina istituirà la prima corte commerciale internazionale a Shenzhen, nella regione meridionale del paese, e la seconda corte a Xi'An, nella regione nord-occidentale, per risolvere le controversie commerciali transfrontaliere nell'ambito della nuova "via della seta" (fonte: <https://www.agenzia-nova.com>).

7 In tema, da ultimo, E. Themeli, *Great Race Of Courts: Civil Justice System Competition in the European Union*, Eleven Intl Publishing, 2018.

comparativa della prestazione di tali sistemi, determinata da dati prevalentemente numerici o quantitativi<sup>(8)</sup>. La competizione è intesa al miglioramento dei sistemi giudiziari, concepito fondamentalmente come contributo alla creazione di una cornice istituzionale ottimale per lo svolgimento dell'attività di impresa. Fa così la sua bella figura la presenza di *International Business Courts* negli ordinamenti nazionali di volta in volta presi in considerazione.

C'è infatti del metodo nello sfruttare le qualità della lingua inglese: quel suo accattivante anteporre gli aggettivi al sostantivo, che mette subito in bella mostra le caratteristiche delle cose di cui si parla; quella sua elastica approssimazione, che alleggerisce i concetti, li avvolge in una specie di guaina scorrevole, e così neutralizza le mutue idiosincrasie terminologiche che frequentemente affiorano nei discorsi transculturali, facilitando il raggiungimento di un livello intermedio di comprensione (ma d'altra parte capirsi fino in fondo è un esito improbabile anche quando gli interlocutori si parlano nella loro comune lingua madre). Mentre uno s'industria a tradurre letteralmente "sezioni specializzate in materia d'impresa", l'interlocutore forestiero ansioso di trovare un ambiente legale idoneo all'esercizio dell'attività d'impresa... magari ha già rivolto il suo sguardo altrove! Perché non parlare allora di "corti commerciali internazionali" ovvero di "corti internazionali d'impresa", mettendo in campo un calco linguistico dall'inglese che va incontro al destinatario della comunicazione? Così si rende il prodotto più attraente e se ne agevola la competitività e vendibilità sul mercato internazionale dei servizi giudiziari<sup>(9)</sup>. Beninteso: tutto questo lo si scrive con un atteggiamento che oscilla tra una punta di ironia (ma non più di una punta) e una di melanconico *amor fati*.

In effetti, le basi informative delle decisioni d'investimento dei manager delle medie e grandi imprese capitalistiche multinazionali, pur rapidamente allestite grazie alla lettura delle classifiche internazionali dei sistemi paese, recano l'efficienza della giustizia civile come importante voce fissa. Non è un caso che, nel rapporto *Doing Business*, edito dalla Banca Mondiale e giunto nel 2017 alla sua quindicesima edizione<sup>(10)</sup>, si misurano il tempo e il costo necessari per risolvere una controversia commerciale presso una corte di prima istanza e la qualità della procedura giudiziaria, attraverso una serie di indici tra cui, in relazione alla struttura delle corti e alla disciplina del processo, campeggia la presenza di una corte specializzata commerciale o di una sezione presso la corte ordinaria destinata a conoscere esclusivamente controversie commerciali<sup>(11)</sup>.

Anche presso le istituzioni dell'Unione europea potrebbe essersi sviluppata una certa coscienza, e quindi un uso consapevole, del "tranquillo potere degli indicatori", cioè dell'efficacia normativa che di fatto esplica la comparazione fra sistemi giudiziari basata sull'analisi di dati prevalentemente quantitativi. In Europa gioca infatti un ruolo sempre più importante, a tal fine, il *Justice Scoreboard*, giunto nel 2018 alla sua sesta edizione (il relativo testo può essere letto sul sito internet della Commissione europea)<sup>(12)</sup>.

4. – *L'esempio olandese (Amsterdam e Rotterdam)*. In particolare, nel progetto di disciplina olandese<sup>(13)</sup>, che aspira alla istituzione di sezioni commerciali internazionali presso il tribunale di primo grado e la corte d'appello di Amsterdam, si prevede che la corte commerciale possa essere adita di regola su accordo delle parti per controversie civili e commerciali aventi un aspetto internazionale. È predisposta una clausola modello di scelta del foro, con specifico riferimento anche alla facoltà di adire il giudice per la richiesta di un provvedimento provvisorio, oggetto di un procedimento sommario. Le parti convengono sull'uso dell'inglese come lingua processuale. Si applicano il diritto internazionale privato e il diritto processuale olandesi. Competente è un organo collegiale composto da tre giudici, dotati di esperienza nella trattazione di controversie commerciali

8 Per un primo approfondimento, rinvio a R. Caponi, *Doing Business come scopo della giustizia civile?* cit.

9 Per una tempestiva discussione critica della giustizia come "prodotto", sulla scorta dei modelli del *new public management*, A. Vosskuhle, *Das "Produkt" der Justiz*, in *Justiz und Justizverwaltung zwischen Ökonomisierungsdruck und Unabhängigkeit*, a cura di H. Schulze-Fielitz e C. Schütz, Berlin, 2002, 35 ss.

10 Cfr. [www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org). Nel corso degli ultimi cinque anni (2013-2017), l'Italia ha risalito 27 posizioni (da 73 a 46) in questa classifica globale. Quando il presente articolo sarà pubblicato si avrà già l'edizione successiva (2019), poiché gli ordinamenti nazionali devono rimanere continuamente sotto la pressione della classificazione. Un altro *ranking* a livello mondiale è condotto dall'organizzazione *non profit World Justice Project*, cfr. <https://worldjusticeproject.org/>.

11 Cfr. *Doing Business 2018. Reforming to Create Jobs*, 108.

12 Di un "tranquillo potere degli indicatori" parlano S. E. Merry, K.E. Davis, B. Kingsbury, *The Quiet Power of Indicators. Measuring Governance, Corruption, and the Rule of Law*, CUP, 2015. Sull'efficacia normativa fattuale dello *EU Justice Scoreboard*, v. R. Caponi, *Harmonizing Civil Procedure: Initial Remarks*, in *From Common Rules to Best Practices in European Civil Procedure*, Nomos/Ashgate, 2017, 43 ss., 52.

13 Consultabile presso [https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/concept-procesreglement-ncc\\_en.pdf](https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/concept-procesreglement-ncc_en.pdf) (ultimo accesso: 31 luglio 2018).

internazionali complesse. Per rendere più semplice l'applicazione del codice di procedura civile, alcuni tratti fondamentali ne sono stati tradotti in inglese in una specie di regolamento processuale *ad hoc*, senza pregiudizio del significato e degli effetti originari delle norme. Si tratta quindi di specie di linee guida, che rientrano nell'ampia e sfumata categoria del *soft law* e sono destinate ad avere un rilevante impatto pratico. È assicurato un *case management* con approccio proporzionato al caso concreto da trattare, sotto il profilo della durata e delle spese, nonché un'attenzione particolare alle migliori pratiche processuali a livello globale<sup>(14)</sup>. Vi è possibilità di impiegare tecnologie informatiche e telematiche, come videoconferenze, conferenze telefoniche, comunicazioni digitali, accesso al sito della corte ventiquattro ore su ventiquattro, accesso alla rete Internet nei locali della corte, registrazione video e audio delle udienze. Per il primo grado è richiesto il pagamento di un contributo alle spese di funzionamento della corte parti a quindicimila euro (settemilacinquecento euro per il procedimento sommario). Per il secondo grado il contributo è pari a ventimila euro.

È prevista una dettagliata modulazione dell'uso di lingue diverse dall'inglese. Le parti possono chiedere di comune accordo che alcuni aspetti della controversia vengano trattati in olandese. La corte può ordinare di depositare una traduzione di documenti non prodotti nella lingua del processo. Materiali giurisprudenziali e dottrinali in olandese, tedesco e francese non hanno bisogno di essere tradotti, salvo che la corte disponga altrimenti. In occasione del primo impiego in inglese di un termine giuridico olandese, quest'ultimo deve essere indicato tra parentesi. Se una parte non è sufficientemente padrona dell'inglese, può ingaggiare a sue spese un interprete. Quest'ultima operazione diventa necessaria se una parte desidera che sia ascoltato un testimone o un perito che non conosca sufficientemente l'inglese<sup>(15)</sup>.

In precedenza, già dal gennaio 2016, la Corte distrettuale di Rotterdam aveva offerto la possibilità di condurre processi in inglese per certe categorie di controversie, concernenti il diritto del mare, dei trasporti e della compravendita internazionale di merci<sup>(16)</sup>.

Favorevole è il sistema paese in cui questo progetto si inserisce. L'Olanda è tradizionalmente molto aperta all'impiego della lingua inglese fin dall'insegnamento negli istituti di istruzione e occupa nell'edizione 2018 dell'indice *Rule of Law* del *World Justice Project* il quinto posto nella classifica generale (l'Italia ne occupa il trentunesimo) e il primo posto nel settore della giustizia civile (l'Italia ne occupa il cinquantaduesimo)<sup>(17)</sup>.

5. – *L'esempio belga (Bruxelles)*. Il progetto belga aspira a creare una *Brussels International Business Court (BIBC)*, come "corte statale specializzata di alto livello", atta a risolvere in modo efficiente controversie commerciali transnazionali e, a tal fine, chiamata a operare in lingua inglese in primo e unico grado di merito (ma la sentenza è ricorribile in cassazione), in collegi in cui i giudici di carriera sono affiancati da giudici non professionali, sulla base di una disciplina dello svolgimento del processo ispirata alla legge modello UNCTRAL sull'arbitrato commerciale internazionale. Per quanto riguarda l'impiego della lingua inglese, s'invoca a sostegno la posizione del Consiglio di Stato, secondo la quale si può apportare una deroga all'impiego delle lingue ufficiali, quando ciò sia richiesto dalle esigenze del servizio o dall'interesse generale.

6. – *L'esempio francese (Parigi)*. Passando ad analizzare l'istituzione della nuova sezione presso la Corte d'appello di Parigi, essa è diretta "ad andare incontro alle attese di attori economici che desiderano trarre profitto da un sistema giurisdizionale attraente". La nuova sezione è frutto di un protocollo stipulato dal Presidente della Corte, dal procuratore generale presso la medesima e dal Presidente dell'Ordine degli avvocati di Parigi ed è designata a conoscere, di regola su accordo delle parti, con "ampio uso della lingua inglese", controversie sorgenti da contratti commerciali internazionali, soggetti alla legge francese o a quella di un altro paese. In realtà l'impiego della lingua inglese è più limitato rispetto al progetto olandese, poiché gli atti processuali sono redatti in francese e le udienze hanno luogo sempre in francese, ma la parte interessata può richiedere una traduzione simultanea a proprie spese. Viceversa i documenti in inglese possono essere prodotti senza necessità di traduzione e le parti, gli avvocati, i testimoni e i periti sono autorizzati a esprimersi in inglese, se

14 Così almeno si legge nel materiale informativo reperibile presso il sito indicato nella nota precedente.

15 In questo capoverso sono riportate alcune disposizioni selezionate dai primi due articoli della disciplina citata nella nota precedente.

16 Per una prima informazione, v. <https://www.portofrotterdam.com/en/news-and-press-releases/maritime-lawsuits-in-rotterdam-to-be-conducted-in-english> (ultimo accesso: 15 settembre 2018).

17 Cfr. [https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2018-June-Online-Edition\\_0.pdf](https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2018-June-Online-Edition_0.pdf) (ultimo accesso: 15 settembre 2018).

sono stranieri, ma si provvede per una traduzione simultanea a spese della parte che ha chiesto di esprimersi in inglese o ha richiesto tali testimoni o periti.

7. – *L'esempio tedesco (Francoforte)*. Nella Repubblica Federale Tedesca, nell'aprile 2018, è stato presentato in parlamento un progetto di legge, che riproduce sostanzialmente il testo di un progetto già presentato nel 2014, per l'istituzione di sezioni specializzate per controversie commerciali internazionali. Il legislatore tedesco si vale dell'eccellente reputazione che il sistema giudiziario del paese gode a livello internazionale, ma osserva che la possibilità di scegliere un foro tedesco per la risoluzione delle controversie commerciali internazionali è frustrata dal fatto che il § 184 del *Gerichtsverfassungsgesetz, GVG*, la legge sull'organizzazione dei tribunali, prevede solo la lingua tedesca come lingua processuale, per cui importanti controversie attinenti al diritto dell'economia, che potrebbero essere trattate presso corti tedesche, vengono trattate all'estero, presso sedi giudiziarie che consentono l'uso della lingua inglese, oppure seguono la via arbitrale. Il disegno di legge rende possibile l'istituzione di sezioni per le controversie commerciali internazionali, con impiego della lingua inglese (su accordo delle parti), muovendo dal riconoscimento che in Germania ci sono numerosi giudici che conoscono in modo eccellente la lingua inglese, ivi compresa la terminologia tecnica, talché – almeno dopo una formazione professionale complementare – possono leggere atti e documenti, condurre udienze e redigere provvedimenti in lingua inglese.

In questo contesto si segnala in modo particolare l'iniziativa per rafforzare la piazza giudiziaria di Francoforte come sede per la risoluzione delle controversie commerciali internazionali<sup>(18)</sup>, che può trarre profitto anche dalla crescita del suo ruolo come centro finanziario globale<sup>(19)</sup>. Oltre alle prevedibili caratteristiche che l'accomunano a quelle già ricordate, come la creazione di sezioni specializzate presso le corti di primo e secondo grado, composte di giudici versati nella lingua inglese e nella disciplina del commercio internazionale, nonché impiego avanzato di tecnologie informatiche e telematiche, l'iniziativa di Francoforte si profila per il tentativo di creare sinergie con l'ambiente dell'arbitrato. Si progetta contestualmente infatti la creazione di una nuova istituzione arbitrale per la risoluzione delle controversie commerciali internazionali e un interscambio di esperienze tra corti statali e istituzione arbitrale. Sotto il profilo processuale, si pensa di: impiegare la prima udienza del processo come “conferenza di *case management*”; sfruttare in modo intensivo i poteri giudiziali di direzione sostanziale del processo (par. 139 *ZPO*), nonché la produzione di testimonianze scritte (par. 377, 3° comma *ZPO*); valersi della cosiddetta *German disclosure* (par. 142 to 144 *ZPO*); registrare le udienze e predisporre un relativo verbale in formato digitale (par. 160-164 *ZPO*); fare ampio uso della lingua inglese entro la cornice delle norme vigenti e future della legge sull'organizzazione delle corti (par. 184-185 *GVG*), ma non disporre udienze in inglese *ex lege*, bensì *ope judicis*, rispettando la volontà concorde delle parti per quanto possibile; produrre documenti redatti originariamente in lingua inglese senza necessità di tradurli (par. 142, 3° comma *ZPO*); redigere i provvedimenti giudiziali in una tecnica tale da favorirne la rapida traduzione in lingua inglese<sup>(20)</sup>.

8. – *L'esempio irlandese (Dublino)*. – Non rientra nel fenomeno di accelerazione istituzionale dell'ultimo biennio, ma merita sicuramente di essere segnalata pur in questo contesto, l'istituzione della corte commerciale irlandese, come sezione della *High Court*, che avvenne nel 2004 a Dublino. Fin dall'inizio essa si caratterizzò per la speditezza nella trattazione delle controversie. Di regola, la competenza è determinata attraverso un'ampia indicazione tipologica di controversie commerciali (compravendita e trasporto di merci, mercati finanziari, assicurazioni e riassicurazioni, servizi, eccetera), aventi un valore non inferiore a un milione di euro. Vi sono poi casi che rientrano nella competenza della corte commerciale senza limite minimo di valore, come quelli attinenti alla proprietà intellettuale. Infine, pur quando la controversia portata alla sua attenzione non rientri nella lista predefinita, la corte può decidere di ammetterla alla propria cognizione, se lo ritiene appropriato, come nel caso di ricorsi proposti avverso decisioni di autorità regolatrici. La disciplina processuale è

18 Si veda in particolare l'iniziativa lanciata dai professori B. Hess (MPI Lussemburgo) e T. Pfeiffer (Università di Heidelberg), nonché dall'Avv. Christian Duve (Fressshfields, Bruckhaus & Deringer), con il coinvolgimento di Roman Poseck, Presidente della Corte d'appello di Francoforte. L'iniziativa è stata presentata a Francoforte il 30 marzo 2017, ad un incontro organizzato dal Ministero della giustizia del *Land Assia*.

19 Nel *Global Financial Centres Index* (v. la relativa voce *Wikipedia*), Francoforte ha risalito nel 2018 dieci posizioni.

20 Su tutto ciò, v. B. Hess, *The Justice Initiative Frankfurt am Main 2017*, in <http://conflictflaws.net/2017/the-justice-initiative-frankfurt-am-main-2017-law-made-in-frankfurt/>.

dettata in termini ampi e preordinati ad assegnare alla corte una notevole flessibilità nella gestione dei casi. Altri tratti dell'esempio irlandese lo accomunano alle altre esperienze <sup>(21)</sup>.

9. – *La corte commerciale d'Inghilterra e del Galles*. Per ultima la “regina”: che è finora in Europa la *Commercial Court* londinese. Essa fu creata nel 1895 come sezione specializzata all'interno della *Queen's Bench Division* della *High Court* e divenne nel 1970 una corte distinta all'interno della *High Court Division*, con giurisdizione attualmente focalizzata su controversie commerciali, bancarie e attinenti ai mercati finanziari. Si applicano le *Civil Procedure Rules* con modificazioni. Una guida pratica all'applicazione della disciplina processuale è contenuta nella *Admiralty and Commercial Courts Guide*, ove si prevede che le parti debbano comportarsi con “un alto livello di cooperazione e realismo” nei loro rapporti reciproci e nei rapporti con la corte, in attuazione dell'obbligo processuale di assistere la corte nel trattare la causa in modo adeguato (*justly*) e ad un costo proporzionato. Inoltre, esse sono stimolate a esperire metodi consensuali di composizione delle controversie. Vi è possibilità di nominare un giudice della corte che conduca una iniziale valutazione neutrale (*early neutral evaluation*) della controversia. Successivamente, tale giudice non può essere coinvolto nella trattazione di quest'ultima. Le parti sono tenute a redigere gli atti introduttivi del giudizio nel “modo più breve e conciso possibile”. È previsto un limite massimo di 25 cartelle A4, che la corte può autorizzare a superare solo in circostanze eccezionali. Le controversie sono assoggettate a *case management* e sono assegnate a un giudice istruttore per la trattazione. La prima conferenza di *case management* si tiene entro sei settimane dalla notifica del primo atto difensivo. Le parti sono tenute a informare regolarmente la corte per iscritto circa i progressi della fase *pre-trial*, nonché ad inviare promemoria riassuntivi prima delle conferenze. L'obbligo di esibizione (*disclosure*) di documenti è normalmente limitato ai documenti rilevanti (favorevoli o sfavorevoli alla propria posizione). Lo svolgimento del dibattimento può essere accelerato per ragioni di urgenza o qualora sia comunque importante che la controversia sia risolta prima possibile. È incoraggiato l'impiego delle tecnologie informatiche e telematiche. Le dichiarazioni testimoniali sono assoggettate a *cross-examination*. Le pronunce possono essere anche in forma orale, sebbene la forma scritta (successiva alla conclusione del dibattimento) sia più frequente. L'appello è soggetto ad autorizzazione da parte della stessa corte commerciale o della corte d'appello, che è rilasciata se l'impugnazione ha una reale prospettiva di successo o se vi è un'altra seria ragione. Sempre su autorizzazione è inoltre possibile adire la corte suprema su un punto di diritto. Secondo una riforma sperimentale avviata dall'ottobre 2015 le parti possono concordare l'anticipazione dello svolgimento del dibattimento o variazioni dello svolgimento del processo (*Short Trial Pilot Scheme e Flexible Trial Pilot Scheme*). Più in generale, la corte commerciale londinese è stata sempre all'avanguardia dell'innovazione processuale, promuovendo metodi consensuali di composizione delle controversie, la semplificazione degli atti introduttivi e l'assunzione di dichiarazioni testimoniali in forma scritta <sup>(22)</sup>.

Nello spazio giudiziario europeo, la corte commerciale inglese si è posizionata come il centro più importante per la composizione di controversie transfrontaliere, specialmente finanziarie. Sono trattate circa mille controversie all'anno, fra le quali almeno duecento vedono coinvolte parti di altri paesi europei. Il valore delle controversie si aggira di regola intorno a cifre con sei o sette zeri.

10. – *La situazione italiana*. In Italia si registra fondamentalmente la stasi, in linea con la situazione difficile in cui si trova il paese. Il che però potrebbe anche significare che ci attende un futuro radioso, in ogni caso migliore del presente. Innanzitutto stasi non significa “ora zero”, purché abbiamo pur sempre le sezioni specializzate in materia di impresa, su cui si potrebbero innestare questi sviluppi, almeno in una grande città (senza fare nomi, ma ve n'è una che negli ultimi anni sta visibilmente accelerando su molti fronti rispetto alle altre). Sul piano dell'insegnamento universitario si segnalano inoltre i corsi di diritto processuale dell'impresa, all'interno dei quali si comincia a trattare il tema delle corti commerciali internazionali <sup>(23)</sup>.

21 Di queste informazioni sono debitore nei confronti del *Justice* irlandese Paul Gilligan, grazie al suo incisivo intervento all'incontro di Riga, menzionato indietro, nella nota n. 1. Paul Gilligan, a riposo dal maggio 2018, è uno dei più noti giudici irlandesi, per aver trattato molti casi delicati e di alto profilo, e anche per aver ricoperto prestigiosi incarichi a livello internazionale, tra cui nel 2012 quello di presidente della rete europea dei consigli per la magistratura (ENCJ).

22 Le informazioni riportate in questo capoverso sono tratte da J. Sorabji, *The Commercial Court in England and Wales*, in *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging (TCR)*, 2016, 140 ss.

23 Si veda per esempio il corso di *Diritto processuale dell'impresa* svolto da M. A. Lupoi e M. Zoppellari presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Bologna nell'anno accademico 2018/2019. Cfr. inoltre A. Giussani, *Corso di diritto processuale delle imprese*, BUP, 2015.

Gli stessi precedenti contributi, progetti, gruppi di lavoro e realizzazioni in materia di buon uso della lingua italiana nella giurisprudenza <sup>(24)</sup> potrebbero essere recuperati e funzionalizzati in questa direzione, poiché – come è oggetto di osservazione comune – non vi è miglior strumento per promuovere il buon uso della lingua che la “prova del forestiero”, cioè compiere l’esperienza mentale (e pratico) di concepire il testo in funzione della traduzione in una lingua diversa o comunque in funzione della comprensione da parte di una persona appartenente per cultura al settore sociale cui ci si riferisce, ma proveniente da un altro ordinamento. Inoltre, una proposta legislativa tesa a rendere più flessibile la disciplina della lingua processuale, sulla falsariga di esempi esteri appena passati in rassegna <sup>(25)</sup>, potrebbe avvalorare caute aperture già presenti nella giurisprudenza in tema di interpretazione degli artt. 122 e 123 c.p.c. <sup>(26)</sup>.

Inoltre, sul piano teorico, nel quadro di studi risalenti a più di dieci anni fa sugli accordi processuali, si erano già lamentati i limiti di una concezione di stampo classicamente liberale, che specialmente nell’ambiente italiano non conosceva chiaroscuri o vie intermedie tra la giustizia arbitrale, da un lato, e la giustizia statale, dal lato opposto <sup>(27)</sup>.

Infine, nel quadro di studi di poco successivi relativi agli elementi di giusto processo nelle controversie transnazionali si era riflettuto sulla crisi del principio della *lex fori*, cui indirettamente si collega il tema attuale <sup>(28)</sup>.

11. – *Tra neoliberalismo ‘spinto’ e dottrina ordoliberalale*. Poiché l’intento di questo articolo è essenzialmente informativo, esso si potrebbe concludere a questo punto. Tuttavia, vorrei soddisfare la curiosità di qualche lettore, eventualmente interessato a conoscere almeno un primo abbozzo di indice degli argomenti da affrontare in una ipotetica futura riflessione critico-ricostruttiva.

Punto di partenza metodologico è che il processo, come oggetto di riflessione teorica e di pratica professionale, riflette le conoscenze, i valori, le attitudini e i modi di comportamento della società in cui si inserisce; mentre dall’altro lato, il processo può a sua volta contribuire a costruire conoscenze, valori, attitudini e modi di comportamento che influenzano a loro volta la società <sup>(29)</sup>. Processo civile e valori “sentiti” <sup>(30)</sup> nella società sono collegati da nessi di reciproco condizionamento <sup>(31)</sup>, anche se molto spesso tali nessi seguono un “andamento carsico” e possono essere ricostruiti solo con una certa dose di pazienza nel cimentarsi lungamente con i problemi tecnico-processuali, unita alla conservazione (o maturazione) della consapevolezza che tale cemento può avere un senso compiuto solo se poi si sforza di inserire la maggior parte delle scelte tecnico-processuali in un contesto più ampio, quasi in un campo magnetico generato da una pluralità di polarità ideali o ideologiche.

24 Se si limitano i riferimenti alla letteratura ormai ampia sul tema ai recenti interventi in questa *Rivista*, v. la silloge *Il linguaggio della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2016, V, 357 (con contributi di G. Barbagallo, V. Ferrari, S.L. Gentile, G. Grasso, E. Scoditti). Cfr. anche *L’involutione del linguaggio giuridico*, atti del XXVIII seminario della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Bologna, 16 dicembre 2016, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 393 (con relazioni e contributi di G. Alpa, P. Biavati, B. Brunelli, G. De Nova, E. Ferrante, R. Guastini, M. Guernelli, N. Lipari, B. Pozzo, M. Taruffo).

25 Ma si potrebbe semplicemente prendere spunto dagli *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure*, Principio n. 6.

26 Cfr. Cass. 18 maggio 2018, n. 12365, che non ha ritenuto tardiva la produzione, con la memoria di cui all’art. 183, 6° comma, n. 3, c.p.c., della traduzione in italiano di documenti redatti in lingua straniera tempestivamente depositati. Infatti detta traduzione non integra un nuovo mezzo di prova soggetto alle preclusioni istruttorie di cui alla norma citata, poiché l’attitudine dimostrativa di uno scritto discende dal contenuto che esso esprime, quale che sia l’idioma impiegato nella sua redazione, sicché è con la produzione del documento in lingua straniera che la parte assolve all’onere di comprovare le proprie allegazioni difensive, mentre la traduzione, che può essere disposta dal giudice ai sensi dell’art. 123 c.p.c. senza previsione di termini, è incombente meramente accessorio e facoltativo che si colloca al di fuori dell’area delle attività processuali finalizzate alla definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, soggette a termini perentori.

27 Cfr. R. Caponi, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ. civ.*, 2008, supplemento al n. 3, 99-120; in *Accordi di parte e processo*, Milano, 2008, 99-119. Il contributo è pubblicato altresì in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, a cura di G. Scarselli, Napoli, 2010, 145-161 (con leggere modifiche); nonché in *Coleção grandes temas do novo CPC*, vol. 1, *Negócios processuais*, terza ed., a cura di P. H. Nogueira e A. do Passo Cabral, Editora Juspodium, 2017, 239-253; e in *www.civilprocedurereview.com*. Traduzione in spagnolo: *Autonomia privada y proceso civil: los acuerdos procesales*, a cura di L. Cárdenas Rodríguez, in *Convenciones Procesales. Estudios sobre Negocio jurídico y proceso*, a cura di P. E. Nogueira e R. Cavani, Lima, Raguél Ediciones, 2015, 59-84.

28 Cfr. R. Caponi, *Giusto processo e controversie transnazionali*, Rapporto generale presentato al XIV congresso mondiale dell’Associazione internazionale di diritto processuale, IAPL, Heidelberg, 25-30 luglio 2011, paragrafo 5, inedito, disponibile su file presso l’autore. In quel paragrafo si concludeva che il fondamento dell’applicazione della regola della *lex fori* è da individuare in considerazioni di ordine pragmatico attinenti alla sua adeguatezza pratica, per cui l’applicazione è chiamata ad incontrare eccezioni tutte le volte in cui il canone di proporzionalità suggerisca soluzioni di segno opposto. Antesignano sotto questo profilo, W. Grunsky, *Lex fori und Verfahrensrecht*, in *ZfP* 89 (1976), 241. Una sintesi del rapporto generale è stata pubblicata in lingua inglese: R. Caponi, *Transnational Litigation and Elements of Fair Trial*, in *Procedural Justice*, a cura di P. Gottwald e B. Hess, Giesecking, Bielefeld, 2014, 493-536.

29 Cfr. O. Chase, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituale*, trad. it. di M. R. Ferrarese, Bari, 2009. Titolo originale: *Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York – London, 2005.

30 Cfr. M. Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik. Neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus*, a cura di C. Bernes e A. Hand, Hamburg, 2014, 321.

31 Cfr., nella letteratura italiana, i classici studi di M. Cappelletti, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969; V. Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971; M. Cappelletti, *Giustizia e società*, Milano, 1972.



Da questo punto di vista, il fenomeno delle corti commerciali internazionali si trova al centro di un interessante crocevia di concezioni ideali e di movimenti storici. Esso è un aspetto della introduzione, nell'amministrazione statale della giustizia di diversi paesi, di strumenti che si ispirano parzialmente alla concezione neoliberale, dominante da qualche decennio a livello globale. Alla base di questa concezione vi è l'idea che il benessere umano può essere promosso nel modo migliore liberando le energie e i talenti imprenditoriali individuali, all'interno di un quadro istituzionale caratterizzato da una tutela incisiva dei diritti di proprietà, della libertà dei mercati e del commercio <sup>(32)</sup>.

Uno degli assunti di base dell'approccio neoliberale, che si potrebbe qualificare come 'spinto', è *che, se si rende più efficiente il quadro istituzionale in cui si esercita la libertà d'impresa*, abbassandone fondamentalmente la densità della regolazione e invocando una *Rule of Law* protesa ad assecondare le esigenze del mercato, si sviluppa l'intero sistema economico, cosicché alla fine si incrementa il benessere di ciascuno dei membri della compagine sociale. Insomma, si genera la mitica marea che solleva tutte le imbarcazioni, dagli yacht alle piccole barche. Specialmente lo scoppio della crisi economico-finanziaria del 2008 e l'aumento delle disuguaglianze in campo sociale, economico hanno rivelato gli inconvenienti profondi di un approccio così 'nord americaneggiante' nella sua esasperazione tesa a liberare i talenti imprenditoriali da 'lacci e laccioli', nel puntare sugli stimoli all'offerta (*supply-side economics*) per agevolare la crescita economica e nel considerare quest'ultima come il fattore esclusivo del benessere individuale e sociale <sup>(33)</sup>, ma il canovaccio recitato dai principali attori sulla scena internazionale è duro a cambiare. Si è trattato di un completo ribaltamento della stagione, propria del primo trentennio successivo alla seconda guerra mondiale, caratterizzata da grande fiducia nell'espansione del novero di interessi pubblici che le pubbliche amministrazioni erano chiamate a proteggere.

Provvisoriamente perdente è rimasta la versione che si potrebbe definire 'moderata' dell'orientamento neoliberale, che ha conosciuto il suo momento più alto nella dottrina ordoliberal di matrice tedesca e nelle sue concrete realizzazioni attraverso lo sviluppo di un'economia sociale di mercato dopo la seconda guerra mondiale in Germania. L'esigenza di ordine affianca l'idea di libertà su un piano di parità e di reciproca integrazione. L'obiettivo di mettere in condizione iniziale paritaria gli individui nel dispiegare le loro energie creatrici rimane l'obiettivo di fondo da perseguire, ma si riconosce un ruolo decisivo dello Stato (e del diritto) nel creare e preservare, con incrementi e manutenzioni continui, una cornice istituzionale appropriata a mantenere concretamente aperta la prospettiva di realizzare quest'obiettivo.

"Se si imposta la questione in termini di maggiore o minore intervento dello Stato – scriveva Walter Eucken all'inizio degli anni '50 – si omette di cogliere il punto essenziale. Non si tratta di un problema quantitativo, ma qualitativo. Lo Stato deve evitare di dirigere il processo economico, ma deve parimenti evitare di abbandonare il sistema economico a se stesso. Pianificazione statale delle forme: sì! Pianificazione e direzione statale del processo economico: no! **È essenziale** riconoscere la differenza tra forma e processo e comportarsi di conseguenza. Solo così si può raggiungere l'obiettivo che non una piccola minoranza, ma tutti i cittadini possano indirizzare l'economia attraverso il meccanismo dei prezzi. L'unico sistema economico, in cui questo è possibile, è quello della 'concorrenza completa'. Esso è realizzabile solo se tutti gli attori del mercato vengono privati della possibilità di modificare le regole del gioco del mercato. Lo Stato deve predeterminare attraverso una corrispondente cornice giuridica la forma del mercato – cioè le regole del gioco nelle quali il sistema economico opera" <sup>(34)</sup>.

Mi sembra che negli ambienti italiani, specialmente della pubblicistica quotidiana, frequentemente nelle opere di divulgazione e talvolta anche nei contributi scientifici animati da precomprensioni più o meno larvamente ideologiche, vengano bollati come genericamente neoliberali e assoggettati a una critica complessiva approcci teorici e applicazioni pratiche spesso molto diversi tra di loro, che vanno dalle opere

32 Cfr. la definizione di D. Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, 2005, *Introduction* (citato dalla edizione digitale).

33 Uno dei maggiori critici italiani della concezione neoliberale è Luciano Gallino, in una serie di scritti degli ultimi anni. Si veda per esempio, *Il denaro, il debito e la doppia crisi spiegati ai nostri nipoti*, Einaudi, Torino, 2015.

34 Così W. Eucken, *Unser Zeitalter der Misserfolge. Fünf Vorträge zur Wirtschaftspolitik*, Tübingen, 1951, 71. Cfr. I. Pies, *Eucken und von Hayek im Vergleich. Zur Aktualisierung der ordnungspolitischen Konzeption*, Tübingen, 2001, 136, con indicazione dei passi di Hayek similmente orientati.

dei *Chicago boys* al servizio di Augusto Pinochet, passano per l'era di Margaret Thatcher nel Regno Unito e di Ronald Reagan negli Stati Uniti, conglobano in una sorta di *hysteron proteron* il classico ordoliberalismo tedesco, non lasciano indenne la presidenza di Bill Clinton, cui viene rimproverato di aver lasciato passare senza colpo ferire il superamento della netta separazione tra attività bancaria tradizionale e attività bancaria d'investimento, approdano da ultimo alla teoria dei "mercati radicali" (35).

Le ragioni di questo fare di tutte le erbe un fascio sono molteplici. Innanzitutto vi è la tendenza, cresciuta impetuosamente dopo la crisi finanziaria ed economica del 2008, a cercare un nemico esterno all'origine dei problemi italiani, che invece hanno fattori causali prevalentemente interni (come può facilmente constatare chi ha occasione di viaggiare in giro per il mondo con attenzione alla comparazione). In secondo luogo, se si considera specificamente l'approccio che tende ad appiattire la dottrina ordoliberale tedesca su quella neoliberale di matrice anglosassone, campeggia talvolta un sentimento antitedesco non di rado becero e ignorante (nel senso proprio che non sa di che cosa parla, quando parla della Germania). Solo in terza posizione collocherei certe rigidità tedesche dell'era di Angela Merkel. Dinanzi a tali appiattimenti sia sufficiente richiamare il vecchio detto: *Distingue frequenter!*

Il lettore si domanderà a questo punto quale percorso sotterraneo potrà mai collegare la classica dottrina ordoliberale al fenomeno delle corti commerciali internazionali. Ebbene, nel nesso di interdipendenza e di reciproco arricchimento della liberale disciplina attuale delle clausole di scelta del foro nell'art. 25 del reg. UE 1215/2012, da un lato, e il rigoglio istituzionale di quel fenomeno, dall'altro lato, davvero non si potrà cogliere il riflesso, nei recessi della giustizia civile statale, di quel nesso tra ordine e libertà, *Ordnung und Freiheit*, proclamato da quella dottrina? Ma tutti gli sviluppi nel dettaglio dovranno essere affidati a una futura *pars costruens*, poiché adesso si imposta solo qualche elemento di un indice.

12. *Tra globalizzazione e rete internazionali di dispositivi intonati a un sovranismo moderato (soft)*. Sono consapevole che discorrere di sovranismo moderato o *soft* è un poco come parlare di una ruota quadrata o di un quadrato rotondo, ma il lettore perdonerà l'impiego di un mero espediente retorico per continuare a catturare la sua attenzione verso la fine di un discorso ormai lungo.

All'inizio si è scritto che l'idea di creare corti commerciali internazionali presso le giurisdizioni statali tiene dietro a sollecitazioni scaturenti da una comune realtà sociale ed economica, quella della globalizzazione. In particolare le *International Business Courts* costituiscono uno degli aspetti del fenomeno messo in luce da Saskia Sassen: "La trasformazione dell'epoca che si chiama globalizzazione si sta producendo all'interno della dimensione nazionale più di quanto comunemente si pensi. È qui che i significati più complessi della dimensione globale vengono a costituirsi [...]. Una buona parte della globalizzazione consiste in una enorme varietà di microprocessi che iniziano a denazionalizzare ciò che era stato costruito come nazionale: politiche, capitali, soggettività politiche, spazi urbani, cornici temporali e una varietà di altri elementi" (36). Il discorso si attaglia perfettamente alle corti internazionali d'impresa. In questa cornice anche la mobile collocazione dell'aggettivo "internazionale" (37), poiché segnala che il carattere transnazionale delle controversie trasmuta anche i tratti delle corti che le conoscono, dispiega una notevole forza immaginifica, evocatrice di uno di questi processi di denazionalizzazione.

È però passato ormai un decennio da quando Saskia ha pubblicato il suo libro: quasi un'era geologica se lo si commisura alla rapidità del cambiamento degli umori sociali. Può così accadere che un fenomeno promosso dalla globalizzazione, come le corti commerciali internazionali, possa rivelare un profilo nuovo, illuminato da un fascio di luce di moderata nazionalizzazione. In fondo potrebbe trattarsi di una variante della "glocalizzazione" (38).

Si ripensi all'attuale situazione politica italiana. Abbiamo un governo per il quale il lancio di una corte commerciale internazionale in Italia potrebbe avere un notevole impatto di immagine (collegata alla

35 E. A. Posner, E. G. Weyl, *Radical Markets. Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*, Princeton, 2018.

36 Così, S. Sassen, *Territory, Authority, Rights: From Medieval to Global Assemblages*, Princeton, 2008, 1.

37 V. indietro, il primo capoverso del primo paragrafo.

38 Per un primo avvicinamento, v. <https://it.wikipedia.org/wiki/Glocalizzazione>.

sostanza), da spendere come affermazione di una identità nazionale competitiva nel quadro internazionale, financo nutrita di qualche stoccata retorica diretta ad arginare le *élites* europee (rifiuto di una centralizzata corte commerciale europea, in favore di una valorizzazione delle esperienze e delle specificità nazionali, pur inserite in reti transnazionali), nonché forse diretta ad arginare le *élites* dell'arbitrato commerciale internazionale. L'apparato giudiziario statale al servizio delle imprese, soprattutto di quelle medio-piccole (*access to justice for small business*, si potrebbe dire): una concreta innovazione istituzionale interstiziale, piuttosto che roboanti prospettive di riforma costituzionale, fragorose nella loro caduta.

13. – *Dalla tutela giurisdizionale differenziata alla tutela giurisdizionale frammentata?* – L'ultimo punto dell'indice provvisorio della parte ricostruttiva è il più delicato. Il rapporto tra autonomia e strumentalità del processo civile (nei confronti del diritto sostanziale) non è mai dato una volta per tutte nel suo modo di essere, ma è il punto d'ingresso nella teoria della giustizia civile dei mutamenti delle atmosfere politiche, culturali e ideologiche negli ambienti sociali in cui lo studio e la pratica del processo civile si svolgono. Mantenere vigile la consapevolezza del ruolo strumentale del processo civile contribuisce a percepire i nessi tra i mutamenti della disciplina processuale e le oscillazioni negli orientamenti politici e ideologici di fondo di una società.

A tale proposito l'esperienza italiana è particolarmente significativa. All'inizio degli anni '70 del secolo XX, l'introduzione del procedimento di repressione della condotta antisindacale<sup>(39)</sup> e la riforma del processo del lavoro<sup>(40)</sup> costituirono importanti riflessi processuali di un ambiente politico-sociale fortemente intonato alla tutela dei diritti dei lavoratori, sebbene non dimentico del quadro di compatibilità con le esigenze più generali del sistema economico. All'epoca, la costituzionalità di quelle scelte legislative fu difesa teorizzando la necessità di una "tutela giurisdizionale differenziata" alla luce dell'art. 3, 2° *comma Cost.*<sup>(41)</sup>.

Si potrà dire che l'istituzione di corti commerciali internazionali rappresenta oggi un esempio di tutela giurisdizionale differenziata a vantaggio dell'impresa multinazionale, sorretto da un ambiente politico radicalmente mutato, che si ispira alle concezioni ordoliberali? In effetti, negli ambienti tedeschi si tende a sostenere che la notevole concentrazione di risorse giudiziali necessarie alla creazione di corti commerciali internazionali non lede la parità di trattamento nei confronti dell'accesso alle corti, poiché è la risposta adeguata e proporzionata all'importanza qualitativa del contenzioso, nonché ai bisogni di tutela delle imprese multinazionali.

Indubbiamente, la simmetria tra la tutela giurisdizionale differenziata di allora e – in ipotesi – una tutela giurisdizionale differenziata di oggi si presenta come accattivante, dal momento che illumina il nesso intercorrente tra mutamenti delle atmosfere politiche, culturali e ideologiche, da un lato, e scelte tecniche dei sistemi processuali, dall'altro.

Si dovrà però resistere a questa tentazione.

In primo luogo, il perno sul quale girava la teoria della tutela giurisdizionale differenziata era l'art. 3, 2° comma Cost., ma il principio di eguaglianza in senso sostanziale invano si ricercerebbe a fondamento della scelta di introdurre corti commerciali internazionali. Quest'ultima è piuttosto espressione di quella che si potrebbe definire, con un poco di fantasia: "*supply side justice and economics*".

In secondo luogo, allargando la prospettiva, la teoria della tutela giurisdizionale differenziata si muoveva allora nella consapevolezza di un sistema politico che, fondamentalmente, riusciva a governare ancora i processi di cambiamento della società, nonché era in grado di impartire direttive ispirate all'obiettivo del bene comune. Viceversa, al giorno d'oggi, i sistemi politici, gli apparati amministrativi e giudiziari (nazionali, internazionali e sovranazionali) appaiono difficilmente in grado, da un lato, di arginare gli

39 Cfr. art. 28 l. 20 maggio 1970 n. 300.

40 Cfr. l. 11 agosto 1973 n. 533.

41 A questo punto sarebbe necessario il riferimento all'opera di un autore, che tuttavia si omette poiché egli probabilmente non gradirebbe di essere citato nel contesto di un contributo che pone in qualche modo in correlazione – sebbene in modo critico – il tema della tutela giurisdizionale differenziata con il fenomeno delle corti commerciali internazionali. Si legga peraltro anche l'ultima nota a piè di pagina di questo contributo.

effetti distruttivi di determinate energie sociali, particolarmente avvertibili non solo nell'economia, ma anche nella scienza e nella tecnologia e nei nuovi mezzi di comunicazione <sup>(42)</sup>, dall'altro non riescono a fronteggiare movimenti migratori che interpellano fino in fondo la storia dell'occidente, il suo modo di essere e di rappresentarsi.

Sistemi politici e apparati amministrativi e giudiziari appaiono oggi piuttosto alla mercé di ambienti sociali ed economici sempre più frammentati lungo linee di frattura alimentate dal progredire delle disuguaglianze. Tali frammenti collidenti quasi s'impadroniscono degli apparati amministrativi e giudiziari, con la forza d'impatto del loro potere economico (*è il fenomeno* che si è analizzato in questo articolo), o – viceversa – con l'urgenza e la forza d'impatto financo fisica dei movimenti epocali sui quali si assidono (per esempio, *è il fenomeno* dell'immigrazione e del conseguente contenzioso, che si vorrebbe affrontare in un prossimo contributo; per tacere di coloro che tale contenzioso non riescono ad alimentare, perché muoiono nel tragitto).

Non sorprenda questo affiancamento finale di mondi così diversi. Essi meriterebbero di essere inseriti e analizzati in un unico contesto, in cui quella frammentazione sociale ed economica frammenta la stessa tutela giurisdizionale dei diritti <sup>(43)</sup>.

## ABSTRACT – INTERNATIONAL BUSINESS COURTS

*This contribution is dedicated to the dear memory of Ada Pellegrini Grinover and José Carlos Barbosa Moreira.*

*The governments of a number of Member States of the European Union have set up or are about to set up “international business (or commercial) courts” to make transnational litigation easier for business. In February 2018, the French Ministry of Justice launched the International Commercial Chamber within the Paris Court of Appeal. In March, the Dutch House of Representatives adopted the proposal establishing the Netherlands Commercial Courts (NCC). In May, the proposal for the creation of the Brussels International Business Court (BIBC) was put before the Belgian Parliament. In 2017 an initiative had already been launched in Germany to strengthen Frankfurt as a centre for commercial litigation in Europe.*

*This article is to inform the Italian readership about these developments, check whether such perspectives could open up in Italy too, and make some critical points.*

42 Cfr. G. Teubner, *Verfassungsfragmente*, Suhrkamp, 2012, 11. Edizione italiana: G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, 2012.

43 Certamente alcuni di noi avrebbero voluto nascere intorno al 1945, per poter vivere, nella giovinezza e nell'età matura, in quel periodo di progresso sociale ed economico in cui le speranze e l'impegno di lavoro per l'attuazione della Costituzione si tradussero in realtà, almeno in parte significativa. Fondamentalmente, non è colpa nostra se siamo costretti a interessarci di una tutela giurisdizionale dei diritti che va in frammenti.

# ARTIGO: NOTAS A RESPEITO DA VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES NO NOVO CPC

Ricardo de Barros Leonel<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A denominada “teoria dos precedentes” no novo CPC. 3. Escopo da diretriz legislativa. 4. Posicionamento e alcance. 5. Crítica sistemática: ausência de diferenciação e tratamento idêntico de institutos essencialmente distintos. 6. A eficácia vinculante e sua discutível constitucionalidade. 7. Delimitação da hipótese da inconstitucionalidade. 8. Argumentos pela inconstitucionalidade. 9. Argumentos contra a inconstitucionalidade. 10. Ainda sobre a questão da inconstitucionalidade ou constitucionalidade da vinculação. 11. Falta de homogeneidade quanto ao emprego da técnica. 12. Importância da motivação no contexto da valorização dos precedentes. 13. Conclusões. 14. Bibliografia.

**Resumo:** O texto analisa de forma crítica a valorização dos precedentes no novo Código de Processo Civil.

**Summary:** The text brings a critical analysis over the precedents system in the new procedural Law.

**Palavras-chave:** Precedentes. Constitucionalidade. Novo CPC.

**Key-words:** Precedentes. Constitutionality. New procedural Law.

## 1. INTRODUÇÃO

Como toda obra humana, o novo CPC apresenta inúmeros pontos positivos e negativos. É necessária a reflexão crítica em torno da disciplina por ele implantada, com o espírito essencialmente científico e construtivo, voltado aos objetivos de melhor conhecê-lo e compreendê-lo. Com isso será viável dele extrair os melhores resultados ou potencialidades, sem prejuízo de indicar fragilidades e deficiências, quando tal conclusão se mostrar necessária.

A finalidade deste texto é, de forma objetiva, trazer reflexões a respeito dos pontos positivos e negativos da valorização dos precedentes adotada no novo CPC, examinando, ademais, as perspectivas a respeito do debate sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade desse sistema, sem perder de vista a preocupação em dar sentido prático e possível aos dispositivos legais envolvidos.

## 2. A DENOMINADA “TEORIA DOS PRECEDENTES” NO NOVO CPC

Não nos parece correto afirmar que a adoção, como diretriz legislativa, da valorização dos precedentes, signifique que o Direito Processual Civil brasileiro esteja abandonando o sistema de “civil law” e ingressando nos confins do denominado “common law”.

A realidade contemporânea, plasmada por fenômenos que demonstram a interação de todos os ocupantes do orbe terrestre em diferentes perspectivas (econômicas, culturais, políticas, etc.), inclusive no âmbito do Direito, permite o aproveitamento de experiências de outros países e outros sistemas.

O legislador brasileiro tem feito isso em reformas legislativas. O fenômeno se repete no Direito Processual, sem significar simples transposição ou importação de institutos.

---

<sup>1</sup> Professor Associado do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Promotor de Justiça em São Paulo.

Exemplos como o desenvolvimento da “teoria dos precedentes”, no novo CPC, ou mesmo o desenvolvimento de técnicas de julgamento de casos repetitivos, demonstram que a experiência estrangeira tem sido, em alguma medida, aproveitada, sem simples transposição, com adequações à nossa realidade.

Reforça tal conclusão, na temática examinada, a constatação de que o novo

CPC não se refere, em verdade, apenas aos precedentes, mas também à jurisprudência e às súmulas, sendo, notadamente as últimas, típicas da realidade nacional, sob a influência do direito lusitano.

No mesmo sentido é importante lembrar que a nossa sistemática de precedentes surge por imposição legislativa, ao passo que nos países filiados ao sistema de “common law” a valorização dos precedentes, em linhas gerais, foi um fenômeno que surgiu e se desenvolveu naturalmente, sem que para tanto tenha sido necessária previsão ou determinação legislativa.<sup>2</sup>

### 3. ESCOPO DA DIRETRIZ LEGISLATIVA

Os escopos da diretriz legislativa adotada pelo novo CPC, com o incremento do valor atribuído aos entendimentos firmados nos tribunais a respeito de determinadas questões de direito, direcionam-se, quando menos, à isonomia na aplicação da lei, à previsibilidade dos julgamentos do Poder Judiciário, à proteção da confiança e à segurança jurídica.

Inegável, ainda, que esse sistema de valorização dos entendimentos firmados pelos tribunais a respeito de determinadas questões de direito também é utilizado pelo legislador como um mecanismo de gestão da massa de processos que, aos milhões, têm ano após ano chegado ao Poder Judiciário.

Trata-se de tentativa de resposta, eleita pelo legislador, para fazer frente à busca cada vez maior do Poder Judiciário, sem, entretanto, incorrer em alternativa mais drástica e necessariamente inconstitucional de puramente negar-se o acesso à Justiça; reconhece, ademais, a realidade de que o incremento da estrutura do Poder Judiciário encontra limites materiais (inclusive orçamentários) e que, por si só, não responderia à demanda por prestação de Justiça.

### 4. POSICIONAMENTO E ALCANCE

O legislador optou por alocar os principais dispositivos sobre o tema entre as disposições gerais do Título I do Livro III do novo CPC, que cuida “Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”.

As regras centrais a propósito, portanto, estão nos artigos 926, 927 e 928 do novo CPC.

Merecem reflexão, entretanto, outros preceitos cuja compreensão é imprescindível ao conhecimento e adequado funcionamento do sistema de precedentes, como: (a) a disciplina peculiar da motivação das decisões (art. 489, § 1º); (b) bem como as aplicações dessa diretriz (tutela da evidência [art. 311, II]; improcedência liminar [art. 332]; o reexame necessário [art. 496, § 4º]; a dispensa de caução no cumprimento provisório de sentença [art. 521, IV]; os poderes do relator nos recursos [art. 932, IV e V]; o conflito de competência [art. 955, parágrafo único]; a reclamação [art. 988]).

A análise sistemática e compreensiva dessa disciplina é, portanto, imprescindível.

### 5. CRÍTICA SISTEMÁTICA: AUSÊNCIA DE DIFERENCIAÇÃO E TRATAMENTO IDÊNTICO DE INSTITUTOS ESSENCIALMENTE DISTINTOS

O novo CPC insere na disciplina ora examinada três institutos diversos, ou seja, os precedentes, os

2 Neil Duxbury (The Nature and Authority of Precedent. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2008, p. 57) recorda que, independentemente de imposição legal, os precedentes passaram naturalmente, num processo de evolução histórica, a ser seguidos. (“The authority of precedent has much to do with the fact that precedents came to be understood, and valued, as sources of reason, not merely as rulings, in materially identical cases.”). Análoga observação é formulada por José Rogério Cruz e Tucci (Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004, p. 158), ao pontuar que “é então a partir das primeiras décadas do século XIX que vem reconhecida a eficácia vinculante do precedente judicial”.

enunciados de súmulas, bem como a jurisprudência.

A propósito, algumas críticas importantes são pertinentes:

- a. não houve delineamento, para fins de distinção, dos institutos (embora, em regra, seja premissa geralmente aceita a ideia de que a lei não trazer conceitos, na matéria em exame talvez fosse melhor que isso tivesse sido feito);
- b. por consequência, não foram estabelecidas as diferenças entre eles existentes;
- c. foram eles empregados, no tratamento do tema, de forma casuística, e, conseqüentemente, com deficiência técnica.

Cumpra registrar, nesse sentido, ainda que de modo sintético, que:

- a. precedente é o caso concretamente julgado, do qual se pode ou não extrair regra de julgamento (ratio decidendi) que, entre outros aspectos, pela sua consistência, valerá como referência para o julgamento de casos futuros;<sup>3</sup>
- b. jurisprudência é corrente de entendimento jurídico a respeito de determinada questão de direito, formada em razão da reiteração de julgamentos nos quais foi adotada certa posição quanto à matéria discutida;<sup>4</sup>
- c. enunciados de súmulas são disposições sintéticas, que pretendem exprimir a essência de determinado entendimento referente a específica questão jurídica, que se assentou no âmbito do tribunal que os editou.<sup>5</sup>

A síntese conceitual acima não esgota todas as nuances de cada um dos referidos institutos, que comportam descrição e explicação mais aprofundada, mas, como indício de sua conceituação, demonstra: (a) a insuficiência do novo CPC, nesse ponto, pois, reitera-se, determinou o emprego dos três institutos (precedentes, jurisprudência, e enunciados de súmulas), sem fazer qualquer distinção entre eles; e (b) previu seu emprego indistintamente.

Em outras palavras, em que pese a imprecisão terminológica, evidencia-se que o emprego da expressão precedentes, nesse contexto, vem ganhando sentido impróprio, de sorte a abranger todas as formas de entendimento consolidado dos tribunais, sejam eles o precedente (em sentido estrito), a jurisprudência dominante, ou mesmo os enunciados sumulados.

3 Rupert Cross e J. W. Harris (Precedent in English law. New York: Oxford University Press, 2004, p. 4), assinalam, precisamente, que o “precedente” é a decisão de caso singular (“The fact that English law is largely a system of case-law means that the judge’s decision in a particular case constitutes precedent”). Neil Duxbury (op. cit., p. 1), observa tratar-se de evento (singular) passado (“A precedent is a past event – in the law is nearly always a decision – which serves as a guide for present action”). A mesma linha de raciocínio é perceptível em José Rogério Cruz e Tucci (op. cit., p. 12), ao afirmar que “pressupondo, sob o aspecto temporal, uma decisão já proferida, todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (ratio decidendi) do provimento decisório.” Rosenberg, Schwab e Gottwald (Zivilprozessrecht, 17. Auflage. München, Beck, 2010, p. 865), muito embora destacando a inexistência de efeito vinculante dos casos antes julgados (ressalvando os julgados do Tribunal Constitucional alemão), examinam o precedente (Präjudizienwirkung) acentuando tratar-se do caso concretamente decidido, e seu efeito de persuasão para julgamentos futuros. (“Diese Wirkung besteht darin, dass das Präjudiz Hilfsmittel Richtiger Normenkenntnis, -auslegung und -fortbildung ist.” Trad. Livro: esse efeito consiste em que o precedente é meio pelo qual se pode alcançar o correto conhecimento, interpretação e desenvolvimento do direito).

4 Entre os vários sentidos tributáveis à locução, demonstrando a complexidade do estudo do tema, anota Gino Gorla (“Giurisprudenza”, Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1970, p. 490) que a jurisprudência pode ser compreendida como “l’attività dei tribunali (o loro decisioni, o gli stessi tribunali) nella loro funzione di interpretare la legge per applicarla al caso sub iudice”. Rodolfo de Camargo Mancuso (Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 4. Ed., São Paulo: RT, 2010, p. 148, lembra que numa acepção técnico-jurídica a jurisprudência é a “sequência ordenada de acórdãos consonantes sobre certa matéria”. Eduardo de Albuquerque Parente (Jurisprudência: da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006, p. 5), pontua que “jurisprudência é o conjunto de decisões proferidas de tribunais sobre determinada matéria em sentido isonômico, reiterado e predominante. Também, apesar de entendimentos diversos, há diferença conceitual entre jurisprudência e precedente. Este último é a decisão integrante ou não de um conjunto harmônico e reiterado e não necessariamente gerado por colegiado”. José Marcelo Menezes Vigliar (Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar. São Paulo: Atlas, 2003, p. 74), acentuando a nota nos adjetivos (“a jurisprudência que se deseja unificada e com efeitos vinculantes”) e com apoio na doutrina de Rubens Limongi França, aponta que “há, portanto, jurisprudência, (...) quando se pode falar em um ‘conjunto de pronunciamentos, por parte do mesmo Poder Judiciário, num determinado sentido, a respeito de certo objeto, de modo constante, reiterado e pacífico’”. V. ainda, Cândido Rangel Dinamarco (Instituições de direito processual civil, t. I, 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 83).

5 José Rogério Cruz e Tucci (op. cit., p. 135), com apoio em Guilherme Braga da Cruz, lembra da origem histórica dos “assentos”, no direito lusitano, anotando que “os julgamentos que então eram efetivados à luz dessa lei e devidamente registrados no ‘livrinho’, logo ‘tomaram o nome de ‘assentos’; e tinham um valor normativo em tudo idêntico ao das próprias leis interpretadas’, e, portanto, ‘projetavam eficácia vinculativa para casos semelhantes’”. No mesmo sentido Rodolfo de Camargo Mancuso, op. cit., p. 217 e ss. Pedro Miranda de Oliveira (“O binômio repercussão geral e súmula vinculante”, in: Direito jurisprudencial, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: RT, 2010, p. 708), anota que a súmula identifica-se com “um resumo das ideias contidas em reiteradas decisões de um tribunal, proferidas num mesmo e determinado sentido. Na verdade, trata-se da apreensão do conteúdo jurídico essencial de decisões num mesmo sentido. Resume-se, no enunciado da súmula, a posição jurídica que se adotou, repetidamente, num mesmo sentido, em certo tribunal.” Luiz Guilherme Marinoni (Precedentes Obrigatórios, São Paulo: RT, 2010, p. 216/217), lembra que as súmulas são “enunciados do tribunal acerca de suas decisões, e não uma decisão que se qualifica como precedente. Trata-se, neste sentido, de uma metalinguagem, pois votada a enunciar algo que já faz parte da linguagem da decisão judicial”.

Ademais, quanto à jurisprudência, há outro problema.

O novo CPC refere-se ao emprego da “jurisprudência dominante”, sem definir em que consiste ela. Esse problema, é verdade, não é novo, pois nesse vício já incorria o CPC/73, notadamente após as reformas que procuraram, na mesma linha do novo CPC, prestigiar os entendimentos consolidados dos tribunais<sup>6</sup>.

Ficam, entretanto, possíveis indagações: em que consiste a jurisprudência dominante? Quantos julgados são necessários para que determinado entendimento possa ser considerado dominante? Quem poderá definir qual corrente de entendimento em determinado tribunal configura jurisprudência dominante?

Não há novidade, entretanto, na conclusão quanto à extrema dificuldade em encontrar-se uma definição precisa do que vem a ser a jurisprudência dominante.

Manteve-se, portanto, um problema que já existia.

Talvez fosse melhor que, em ponto de valorização dos posicionamentos assentados dos tribunais, tivesse sido utilizada a referência exclusivamente aos precedentes formados no julgamento de casos paradigmáticos (julgamento de processos repetitivos) e enunciados de súmulas, por ter-se, nesse contexto, maior objetividade nas definições.

## 6. A EFICÁCIA VINCULANTE E SUA DISCUTÍVEL CONSTITUCIONALIDADE

Ponto essencial, que irá permear a discussão sobre a validade e alcance das regras relativas à valorização dos entendimentos firmados nos tribunais diz respeito ao reconhecimento (ou não) do seu caráter vinculante e à constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) dessa diretriz legal<sup>7</sup>.

O novo CPC não emprega o adjetivo “vinculante” para qualificar todos os entendimentos firmados nos tribunais sobre questões de direito. A expressão é empregada para qualificar determinados enunciados, ou seja, as súmulas vinculantes (art. 311, II; art. 927, II; art. 988, III), sem criar, nesse passo, qualquer novidade, dada a sede constitucional dessas súmulas, e a eficácia imperativa que a norma constitucional lhes atribui (art. 103-A da CF, red. EC 45/2004).

Por outro lado, ao tratar do incidente de assunção de competência, o art. 947,

§ 3º, afirma que o acórdão nele proferido “vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese”.

A inexistência de afirmação literal, entretanto, do caráter vinculante quanto aos demais entendimentos firmados (referidos no art. 927), não elimina a nítida percepção de que a intenção do legislador é de que tais posicionamentos dos tribunais tornem-se mesmo impositivos aos demais órgãos a eles hierarquicamente vinculados, por força da estrutura judiciária nacional.

Ademais, o art. 927, “caput”, afirma que os juízes e tribunais “observarão”, seguindo-se, no dispositivo, o arrolamento dos entendimentos assentados que devem ser atendidos pelos tribunais e juízos singulares.

O caráter imperativo da redação do referido preceito não deixa espaço para discussão, no sentido de que não há alternativa, para os juízes e tribunais, quanto a atender ou não o que estiver fixado nos entendimentos assentados nos órgãos judiciários com posição superior na estrutura judiciária. Trata-se, portanto, de verdadeiro dever de observância, não mera faculdade, o que, de forma concreta e prática, deve ser compreendido como vinculação.

Some-se a isso que ao cuidar da reclamação o novo CPC arrola entendimentos assentados cuja

6 Araken de Assis (Manual dos recursos, São Paulo: RT, 2007, p. 275), acentuou a dificuldade de delimitação do conceito, ponderando que “entende-se por tal a existência de um número variável de precedentes uniformes e reiterados no mesmo sentido. Não é necessário que a tese seja pacífica; obviamente há de ser atual: nenhum sentido presidiria a invocação de tese já vencida no tribunal. É a jurisprudência que poderia se encontrar sumulada, mas ainda não alcançou semelhante status por falta de amadurecimento e oportunidade”.

7 Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015, p. 1837, nota n. 5 ao art. 927 do CPC/2015), apontam para a inconstitucionalidade, afirmando que “O objetivo almejado pelo CPC/927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu ao devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. (...) Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional.”



inobservância renderá ensejo à cassação da decisão que incidir no desrespeito, bem como à expedição de determinação para cumprimento daquilo que, na própria reclamação, tiver sido determinado (artigos 988, 992 e 993).

Ou seja: a interpretação conjunta dos artigos 927, 988, 992 e 993 permite a conclusão de que, mesmo sem a afirmação de que são vinculantes tais entendimentos assentados, essa orientação está amalgamada na lei.

Adite-se que essa análise não se apoia no argumento meramente literal, mas sim no critério teleológico e sistemático: não é só o modo como foi redigido o dispositivo que impõe a observância dos entendimentos firmados (art. 927), que assinala a necessidade de sua observância em julgamentos futuros, mas sim sua análise contextual, finalista e sistemática.

Estabelecida resta, a partir dessa conclusão, a dúvida quanto à constitucionalidade da imposição desse efeito ou eficácia vinculante.

A relevância do debate é intuitiva.

A valorização dos precedentes, associada ao seu emprego e às técnicas de julgamento de casos repetitivos (incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência, recursos especiais e extraordinários repetitivos) são alguns dos principais eixos metodológicos nos quais o legislador assentou o novo CPC. Minar esses institutos, com o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, significará ferir de morte o elemento estruturante e central que orientou a edição da nova codificação.

Ademais, uma observação se mostra ainda pertinente, de sorte a contribuir para as reflexões em torno desse ponto. Ela pode se revelar através de uma indagação: qual o sentido ou alcance dessa eficácia vinculante dos entendimentos anteriormente firmados pelos tribunais, nos moldes delineados no novo CPC? Ou, de modo mais simples e direto: em que consiste essa eficácia vinculante?

O quadro normativo aponta para a conclusão de que essa vinculação está assentada na ideia de que as teses jurídicas adotadas pelos tribunais, nos termos delineados pela nova codificação, deverão ao final prevalecer no julgamento dos casos concretamente examinados (seja esse resultado alcançado através do emprego da reclamação ou de recursos), salvo revisão levada a cabo pelo próprio órgão judicial que as fixou, ou por tribunal superior, competente para dar a última palavra a respeito do tema.

Assim, se a lei prevê a reclamação como mecanismo para impor determinado entendimento, ou mesmo que no tribunal superior (STF e STJ), ao final, será (em recurso próprio) reformada a decisão que não se ajustou ao entendimento adotado no julgamento de casos paradigmáticos (recursos especiais ou extraordinários repetitivos), para que este venha a prevalecer,<sup>8</sup> o resultado que se tem, em que pese por meios de impugnação distintos, é o mesmo: a prevalência, ao final, do entendimento assentado no tribunal que fixou a tese paradigmática.

Em outras palavras: o que define o caráter vinculante de determinado entendimento assentado pelo tribunal não é apenas a previsão da reclamação como meio para fazê-lo valer, mas sim o fato de que o sistema processual aponta para a prevalência daquela posição ao final, ainda que por outro mecanismo de impugnação da decisão desconforme.

Seja através da reclamação, seja através da previsão de revisão do julgado do tribunal inferior para imposição do entendimento já firmado, o que se tem é o mesmo resultado: aplicação aos casos concretos das teses paradigmáticas já firmadas. Esse é o sentido da eficácia vinculante que se pode extrair do novo sistema processual.

Anote-se, ainda nesse ponto, que não pareceria correto definir o “efeito vinculante” por um elemento externo ao objeto conceituado, ou seja, o cabimento ou não da reclamação. Mais acertado se mostra, em nossa percepção, conceituar o efeito vinculante por sua substância, qual seja a aptidão para fazer com que ao final

<sup>8</sup> Nesse sentido, prevê o art. 1.041, “caput” do CPC/2015 que “mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior”, com a evidente finalidade de que neste seja imposta a reforma àquela decisão, e a prevalência da tese fixada no julgamento paradigmático.

a tese assentada prevaleça nos casos concretos a serem julgados, tomando-a como referência.

## 7. DELIMITAÇÃO DA HIPÓTESE DA INCONSTITUCIONALIDADE

É necessário examinar a crítica consistente na alegação de inconstitucionalidade da opção feita pelo legislador. E nesse debate é possível desde logo realizar delimitação.

Entre os entendimentos assentados que podem, no sistema do novo CPC, receber a qualificação de vinculantes, estão decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados de súmula vinculante (art. 927, I e II; art. 988, III). Quanto a esses dispositivos não é sustentável a imputação de inconstitucionalidade. A eficácia vinculante, nesse caso, já foi imposta por norma constitucional (CF, art. 102, § 2º; art. 103-A). Nesse ponto, o texto do novo CPC apenas repete uma regra já estabelecida na Constituição.

Quanto às demais hipóteses previstas nos dois artigos (artigos 927 e 988) haveria inconstitucionalidade.

Em outros termos, por argumentação, seria inconstitucional a atribuição por norma infraconstitucional, de efeito vinculante, aos seguintes entendimentos assentados, nos termos dos artigos 927 e 988:

- a. acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 927, III; art. 988, IV);
- b. enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (art. 927, IV);
- c. a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os magistrados estiverem vinculados (art. 927, V).

A leitura dos dispositivos permite, ainda, outra restrição à tese da inconstitucionalidade.

Embora no art. 927, IV e V, esteja dito que os juízes e tribunais observarão

“os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”, bem como a

“orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”, o art. 988 não autoriza o uso da reclamação nesses casos.

Assim, ficaria com relação a esses dois incisos, em certa medida, enfraquecida a tese da inconstitucionalidade, em que pese, como já anotado anteriormente, a posição já firmada pelas Cortes tenha aptidão para prevalecer ao final, por força do reexame da decisão divergente veiculado em recursos.

Dentro dessa linha de raciocínio restaria, pois, saber se é aceitável ou não a alegação de inconstitucionalidade da atribuição de efeito ou eficácia vinculante aos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Os demais casos ficariam excluídos dessa indagação pelos motivos antes assinalados.

## 8. ARGUMENTOS PELA INCONSTITUCIONALIDADE

Há argumentos a favor e contra a tese da inconstitucionalidade da atribuição de eficácia ou efeito vinculante aos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

No sentido da inconstitucionalidade, podem ser arrolados os seguintes fundamentos:

- a. haveria necessidade de emenda constitucional para imposição do efeito vinculante. Assim foi com as ações declaratórias de inconstitucionalidade, para cujas decisões a Constituição inicialmente não previa o efeito vinculante,<sup>9</sup> bem como relativamente às súmulas vinculantes;<sup>10</sup>

9 O texto original da Constituição não previa o efeito vinculante quanto às decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade pelo STF. A EC n. 3/93 introduziu o § 1º no art. 102 da CF, prevendo o efeito vinculante quanto às ações declaratórias de inconstitucionalidade. Essa diretriz foi mantida no § 2º do art. 102 da CF, com a redação que lhe foi conferida pela EC n. 45/2004, afirmando o efeito vinculante também em relação às ações declaratórias de constitucionalidade.

10 Criadas pela EC n. 45/2004, com a introdução do art. 103-A na CF, prevendo o efeito vinculante.

- b. a atribuição de efeito vinculante por lei, e não por norma constitucional, ainda que derivada (Emenda) implica violação da independência funcional dos magistrados, pela qual são eles subordinados apenas à lei, não a determinações de outros tribunais, e, embora não seja regra constitucional expressa, pode ser extraída do conjunto de garantias estabelecidas para a Magistratura pela Constituição.

## 9. ARGUMENTOS CONTRA A INCONSTITUCIONALIDADE

Alguns fundamentos podem ser invocados para afastar a alegação de inconstitucionalidade:

- a. (a) o exemplo das ações de controle concentrado de constitucionalidade não serve. A Constituição foi modificada apenas para que o efeito vinculante nas ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade fosse além dos órgãos do Poder Judiciário<sup>11</sup>, alcançando órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Idêntico raciocínio pode ser aplicado ao caso das súmulas vinculantes;<sup>12</sup>
- b. no caso da atribuição, pelo novo CPC (ainda que não expressa ou literal) de eficácia vinculante às decisões proferidas em incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos extraordinários e especiais repetitivos, não há vinculação para órgãos de outros poderes, senão para tribunais e juízes (ou seja, do próprio Poder Judiciário), que, na estrutura escalonada da Jurisdição, naturalmente devem aderir ao que foi decidido pelos órgãos superiores competentes para o exame da matéria em caráter final (lembramos que as decisões dos órgãos jurisdicionais inferiores são passíveis de revisão, tendendo a prevalecer as posições dos órgãos superiores);
- c. esse efeito ou eficácia vinculante já existe no CPC/73<sup>13</sup> e vem sendo praticado por força do julgamento de recursos especiais repetitivos e recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, cuja decisão deve ser aplicada a outros casos sobrestados. Tanto que da aplicação das teses firmadas, com negativa de seguimento aos recursos especiais ou extraordinários, ou agravos de despacho denegatório, o entendimento que tem prevalecido é no sentido de descabimento de novo recurso, mandado de segurança ou reclamação, prevalecendo o que for decidido na instância originária, que aplicou a tese firmada pelo tribunal superior. Apenas no caso de não aplicação é que o recurso segue seu trâmite, para revisão, no STF ou STJ, a fim de que prevaleça a tese já afirmada na Corte Superior;<sup>14</sup>
- d. sequer seria necessária regra expressa prevendo o efeito vinculante. Ele decorre da estrutura judiciária nacional, que tem assento na Constituição. Não faz sentido que os órgãos jurisdicionais inferiores sequer tomem conhecimento dos entendimentos firmados pelos órgãos jurisdicionais superiores, que tem competência para rever as decisões daqueles;
- e. mesmo nos países filiados ao sistema de “common law” a vinculação a partir dos precedentes se desenvolveu independentemente de regra expressa;
- f. a necessidade de observância do entendimento firmado nos julgamentos repetitivos (assim definidos

11 Embora assinala a dificuldade de distinção entre a eficácia erga omnes da coisa julgada nas ações de controle concentrado de constitucionalidade e o denominado efeito vinculante, admitindo que todos já se encontram jungidos à observância de uma decisão do STF que examina a constitucionalidade da lei, pois a decisão judicial “veicula um comando obrigatório, diretamente vinculante para todos aqueles aos quais foi direcionado (...) e indiretamente vinculante para o Estado-juiz e para o Estado-legislador”, aduz Elival da Silva Ramos, ao examinar a modificação constitucional que explicitou o denominado efeito vinculante, que “Diante da outorga de efeitos vinculantes às decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal no controle principal de constitucionalidade, estão os demais órgãos do Poder Judiciário e os órgãos e autoridades administrativas em geral, no exercício das respectivas atribuições, jungidos diretamente às declarações de inconstitucionalidade pronunciadas pela Corte Suprema (...)” (Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 285 e 294). Essa observação dá apoio à afirmação contida no texto acima, de que a Constituição foi modificada para que o efeito vinculante fosse afirmado em relação aos órgãos da Administração Pública direta e indireta.

12 Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes (Controle concentrado de constitucionalidade. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 483, referindo-se ao texto originário da CF/88, afirmam que esta preservou a “orientação tradicional quanto à nulidade da lei inconstitucional”. Essa é a premissa para a afirmação de que as decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade tem eficácia vinculante e erga omnes. Dispensável seria, portanto, sua emenda para estabelecimento da eficácia vinculante das decisões proferidas no controle concentrado.

13 Observe-se que com a introdução do sistema de julgamento de recursos especiais repetitivos e do procedimento relativo ao recurso extraordinário com repercussão geral (Lei n. 11.672/2008 e Lei n. 11.418/2006, respectivamente), já existe a previsão no CPC/73 de que o entendimento firmado pelo STF ou pelo STJ deve ser aplicado aos casos sobrestados, e que caso isso não ocorra, o recurso especial ou o recurso extraordinário, conforme o caso, terá sua admissibilidade examinada, sendo certo que no tribunal superior será cassada ou reformada a decisão da instância local destoante do entendimento firmado na Corte Superior (art. 543-B, § 4º, e art. 543-C, § 8º do CPC/73).

14 Em outras palavras: o entendimento já afirmado na Corte Superior deverá ao final prevalecer, ressalvada a hipótese de revisão de tese, ou mesmo de demonstração de que as circunstâncias do caso examinado são diversas do anterior, na qual a tese jurídica foi fixada (distinguishing). Vale a indagação: não se trata de entendimento vinculante?

nos termos do art. 928), tem o mesmo sentido, natureza e função do resultado que já era reconhecido, anteriormente, à uniformização de jurisprudência ou ao incidente de inconstitucionalidade, no regime do CPC/73 (art. 476/479, 480/482), similar, portanto, ao efeito vinculante “intra muros” decorrente do julgamento destes incidentes;

- g. a necessidade de observância das teses fixadas no julgamento de casos repetitivos, já vigente no CPC/73, nos recursos especiais repetitivos e nos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, não foi, até o momento, declarada inconstitucional pelo STF.<sup>15</sup>

## 10. AINDA SOBRE A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO

Em que pese a indispensável autonomia das reflexões doutrinárias, que não devem se orientar exclusivamente pelas posições dos tribunais, mas, em sentido contrário, fornecer argumentos para a mudança de orientação dos tribunais, é ao menos recomendável considerar o contexto social e político vivido no momento da reforma legislativa, bem como a orientação até então adotada, notadamente no STF, para concluir pela provável afirmação da constitucionalidade da norma, caso, efetivamente, venha a ser impugnada naquela sede.

Nesse passo, não seria recomendável olvidar, repita-se, que o efeito vinculante, ainda que não declarado, já vem sendo aplicado na vigência do CPC/73 quanto aos recursos repetitivos, sem que sua constitucionalidade tenha sido posta em cheque pelo STF.

Assim, reconhecendo a densidade da discussão, sopesando os argumentos favoráveis e contrários à tese da inconstitucionalidade, bem ainda reconhecendo as peculiaridades do momento social e político, parece razoável assinalar a provável tendência de reconhecimento, pelo STF, da constitucionalidade do efeito vinculante trazido no novo CPC.

## 11. FALTA DE HOMOGENEIDADE QUANTO AO EMPREGO DA TÉCNICA

A técnica consistente na valorização dos entendimentos firmados (a chamada “teoria dos precedentes à brasileira”) foi adotada pelo legislador como mecanismo de incremento do funcionamento de vários outros institutos.

Nesse sentido, constata-se que esse mecanismo foi utilizado no contexto dos seguintes institutos: tutela da evidência (art. 311); improcedência liminar (art. 332); reexame necessário (art. 496); dispensa de caução no cumprimento provisório da sentença (art. 521); poderes do relator (art. 932); conflito de competência (art. 955).

Em todos esses casos o legislador se utilizou da valorização dos precedentes, em alguma medida, como elemento estrutural ou de apoio, suficiente para incrementar o funcionamento de determinado instituto (tutela da evidência, improcedência liminar, poderes do relator) ou racionalizar o desfecho de certo incidente processual (reexame necessário, cumprimento provisório de sentença, conflito de competência).

Essa opção legislativa, entretanto, foi realizada sem equilíbrio ou homogeneidade, pois não se mostra perceptível, com a devida vênia, qual o critério lógico ou racional empregado pelo legislador para distinguir a forma ou a dose de utilização da aludida técnica em cada um dos institutos ou incidentes acima mencionados.

Como visto o art. 927 aponta para o “efeito vinculante” dos entendimentos firmados nas seguintes

15 Luiz Guilherme Marinoni (op. cit., p. 498/499), tomando posição no sentido da eficácia vinculativa dos precedentes formados no julgamento de recursos especiais repetitivos, anota que no tribunal de origem, no reexame de recurso cujo seguimento foi sobrestado, “o tribunal de origem, por estar vinculado ao precedente, deve se retratar (...). O tribunal de origem apenas pode deixar de se retratar quando pode demonstrar que o precedente firmado não se aplica ao caso que deu origem ao acórdão recorrido. Portanto, o tribunal de origem não pode manter sua posição após o Superior Tribunal de Justiça ter fixado entendimento diverso, pois os seus precedentes são obrigatórios em relação aos tribunais de justiça e regionais federais, cabendo apenas à Corte incumbida da uniformização da interpretação da lei federal o poder de revogá-los.”

hipóteses:

- a. decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade;
- b. enunciados de súmula vinculante;
- c. acórdãos em incidente de assunção de competência, ou de resolução de remandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- d. enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional;
- e. orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Cumpra observar, contudo, a falta de homogeneidade no emprego da técnica, em cada um dos institutos ou incidentes em que ela foi utilizada.

Na tutela da evidência ela se verifica exclusivamente com apoio na “tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante” (art. 311, II), excluídos os demais parâmetros indicados como paradigmas no art. 927.

Na improcedência liminar (art. 332) o emprego da técnica encontra apoio mais amplo, sendo utilizados, para esse fim: enunciado de súmula (não vinculante) do STF ou do STJ; acórdão do STF ou do STJ em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; enunciado de súmula do tribunal de justiça sobre direito local.

Por outro lado, optou-se, na remessa necessária (reexame necessário), pela sua dispensa quando a sentença estiver fundamentada em: súmula de tribunal superior; acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de casos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 496, § 4º, I, II e III).

Na dispensa de caução em cumprimento provisório de sentença os parâmetros utilizados foram a súmula da jurisprudência do STF ou do STJ ou o acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos (art. 521, IV).

Em se tratando de poderes do relator, assentou-se a possibilidade de julgamento monocrático do mérito do recurso, para fins de procedência ou improcedência (art. 932, IV e V), com apoio em: súmula do STF ou STJ ou do próprio tribunal; acórdão do STF ou do STJ no julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

No conflito de competência (art. 955, parágrafo único) a mesma técnica foi utilizada com apoio em: súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal; tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

O quadro abaixo demonstra a ausência de homogeneidade no emprego da técnica de valorização dos precedentes, nos diferentes institutos e incidentes nos quais ela foi utilizada, tomando como referência o art. 927, que assinalou, como regra fundamental, quais seriam os entendimentos revestidos de eficácia vinculante.<sup>16</sup>

Ademais, na tabela, observa-se que embora o art. 927 não faça referência às

“súmulas do próprio tribunal” (outros tribunais que não o STF ou STJ, compreendase) ou às “súmulas do Tribunal de Justiça sobre o direito local”, tais parâmetros são empregados em alguns dos dispositivos que se valem do sistema dos entendimentos assentados (artigos 332, 932 e 955).

Esse quadro confirma a ausência de homogeneidade no emprego da técnica consistente no julgamento com amparo em entendimentos firmes sobre questões de direito.

	ADI, ADC, ADPF	S. V.	I. A. C.	I.R.D.R.	RE, RESP, repet.	Súm. STF/STJ	Orientação Pleno e O.E.	Súm. TJ sobre dir. local / do súm. próprio tribunal
311		X		X	X			
332			X	X	X	X		X

16 Na tabela: S. V. : súmula vinculante; I. A. C. : Incidente de Assunção de Competência; I. R. D. R. : Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

496			X	X	X	X		
521				X	X	X		
932			X	X	X	X		X
955			X	X	X	X		X

## 12. IMPORTÂNCIA DA MOTIVAÇÃO NO CONTEXTO DA VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES

Tem surgido crítica contundente quanto ao modo como o tema da motivação das decisões foi disciplinado no novo CPC, especialmente quanto à redação e ao conteúdo do art. 489, § 1º, complementado, no que diz respeito à modificação de entendimentos já assentados, pelo art. 927, §§ 3º e 4º.

Não se pretende, nesse passo, examinar em toda a sua abrangência a temática da motivação no novo CPC. Não é esse o objetivo deste texto, que se ocupa dos precedentes.

Mas é necessário destacar que, ao menos em alguma medida, os dois temas (motivação e precedentes) são indissociáveis.

Além disso, importante frisar que a exigência de maior rigor e adequação quanto ao requisito da motivação é inerente a qualquer sistema que pretenda utilizar a técnica de valorização dos entendimentos já assentados nos tribunais quanto às questões de direito.

O raciocínio, ademais, valerá para juiz e partes: a correta utilização do sistema de precedentes implica exercício, de forma adequada, do maior ônus argumentativo.

Não bastará pura e simplesmente formular remissões a súmulas, trechos de acórdãos, ementas, etc., sem examinar, efetivamente, se as circunstâncias de fato e de direito do precedente são análogas, e, portanto, deve ele ser realmente aplicado no caso em análise.

## 13. CONCLUSÕES

- I. O surgimento e desenvolvimento da teoria dos precedentes adotada no novo CPC não significa migração do sistema de “civil law” para o sistema de “common law”, embora o novo código tenha aproveitado subsídios do direito estrangeiro em vários pontos.
- II. O incremento do valor dos entendimentos firmados nos tribunais tem por escopo prestigiar valores como a isonomia, previsibilidade, proteção à confiança, segurança jurídica, mas também permitir a adequada gestão da litigância, diante da escassez de recursos para ampliação da estrutura física, de material e de pessoal do Poder Judiciário.
- III. Os precedentes, a jurisprudência e as súmulas são institutos distintos. O legislador não os conceituou nem delimitou adequadamente o alcance de cada um deles, tratando-os de modo casuístico.
- IV. O legislador utiliza a “jurisprudência dominante” como um dos critérios de emprego da aludida técnica. Continua sem definição, entretanto, em que consiste a locução. Melhor teria sido não utilizá-la.
- V. O art. 927 do novo CPC, ao prever que os juízes e tribunais “observarão” determinados posicionamentos já firmados, estabelece verdadeiro dever, sinalizando para a eficácia ou efeito vinculante dos precedentes, dos enunciados de súmulas e da jurisprudência dominante, nos termos discriminados no referido preceito legal.
- VI. Há dúvida, especialmente, quanto à constitucionalidade de atribuição de efeito vinculante aos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, bem como no julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos (art. 927, III). Os casos previstos no art. 927, I e II já contam com força vinculante prevista na CF, o que exclui a dúvida quanto à constitucionalidade. Os casos previstos no art. 927, IV e V, não são indicados como hipóteses de cabimento de reclamação (art. 988), o que poderia, por argumentação, minimizar a relevância do debate quanto à inconstitucionalidade.
- VII. Embora haja argumentos a favor da inconstitucionalidade (especialmente a previsão do efeito vinculante, na CF, em relação ao controle concentrado de constitucionalidade e às súmulas vinculantes), há, aparentemente,

argumentos mais consistentes no sentido da constitucionalidade da concessão de efeito ou eficácia vinculante aos precedentes:

- a. no controle concentrado e na súmula vinculante a modificação da
  - b. Constituição foi necessária apenas para que a vinculação se expandisse para outros Poderes, além do próprio Judiciário;
  - c. os “precedentes vinculantes” no novo CPC vinculam apenas juízes e tribunais, não o fazendo em relação aos demais Poderes, tornando-se dispensável, em função disso, a alteração do texto da Constituição;
  - d. o efeito vinculante nos casos de julgamentos paradigmáticos já vem sendo aplicado, no CPC/73 reformado, quanto às decisões proferidas em recursos especiais repetitivos e recursos extraordinários com repercussão geral;
  - e. a vinculação dos juízes e tribunais aos entendimentos firmados em questões de direito pelos órgãos judiciários situados em posição superior decorre da própria estrutura judiciária nacional (tribunais revêm decisões dos órgãos judiciários inferiores), sendo até mesmo discutível a necessidade de expressa previsão legal estabelecendo essa diretriz;
  - f. nos países filiados ao sistema de “common law” a vinculação aos precedentes se desenvolveu naturalmente, sem regra legal expressa. Nada impediria que tal ocorresse entre nós, o que também enfraquece a argumentação no sentido da suposta necessidade de alteração constitucional para alcance de tal resultado;
  - g. antes mesmo das reformas do CPC/73, os incidentes de uniformização de jurisprudência e de inconstitucionalidade já produziam eficácia vinculante “intra muros”, ou seja, no âmbito do próprio tribunal;
  - h. não houve, até o momento, declaração de inconstitucionalidade quanto à necessidade, no CPC/73 reformado, de observância das teses adotadas no julgamento de recursos especiais repetitivos e recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida.
- IX. É possível constatar que não houve homogeneidade no emprego da referida técnica no texto do novo CPC, no curso da análise de diversos institutos ou incidentes que dela se valeram (tutela da evidência, improcedência liminar, reexame necessário, dispensa de caução no cumprimento provisório de sentença, poderes do relator, conflito de competência).
- X. A exigência de maior rigor e adequação quanto ao requisito da motivação é inerente a qualquer sistema que pretenda utilizar a técnica de valorização dos entendimentos já assentados nos tribunais quanto às questões de direito.
- XI. O correto emprego da técnica de valorização dos precedentes deve necessariamente ser acompanhado do adequado exercício do ônus argumentativo do juiz e das partes. Para tal fim, simples remissões a enunciados de súmulas, trechos de acórdãos, ementas, etc., revelar-se-ão insuficientes, mostrando-se indispensável o exame das circunstâncias de fato e de direito dos precedentes e dos casos em análise, a fim de verificar a efetiva possibilidade de aplicação dos entendimentos já assentados.

## 14. BIBLIOGRAFIA

- Assis, Araken. *Manual dos recursos*. São Paulo: RT, 2007.
- Cross, Rupert, and J. W. Harris. *Precedent in English law*. New York: Oxford University Press, 2004.
- Cruz e Tucci, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: RT, 2004.
- Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. T. I. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- Duxbury, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2008.
- Gorla, Gino. “Giurisprudenz”. *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX. Milano: Giuffrè, 1970, p. 489/510.
- Mancuso, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. Ed., São Paulo: RT, 2010.
- Marinoni, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

Martins, Ives Gandra da Silva, e Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2007

Nery Júnior, Nelson, e Nery, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

Oliveira, Pedro Miranda de. “O binômio repercussão geral e súmula vinculante – necessidade da aplicação conjunta dos dois institutos”. “In” *Direito jurisprudencial*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2012.

Parente, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006.

Ramos, Elival da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Rosenberg, Leo, Schwab, Karl Heinz, e Gottwald, Peter. *Zivilprozessrecht*.

17. Auflage. München, Beck, 2010.



# LA JUSTICIA “DE ACOMPAÑAMIENTO” O PROTECCIÓN (O LA VISIÓN SOCIAL DEL PROCESO CIVIL)

Roberto Omar Berizonce<sup>1</sup>

*Sumario: Proemio. I. El constitucionalismo social en la reforma de la Constitución Argentina de 1994. II. Igualdad real, derechos “sensibles” y situaciones de tutela preferente. 1. Los derechos sensibles. 2. Igualación y acciones positivas. Discriminaciones “favorables”. 3. Hacia una caracterización de las personas y grupos en condiciones sustantivas de vulnerabilidad. III. Vulnerabilidad en sentido judicial y, más propiamente, procesal. IV. La justicia protectoria, sus instituciones, procedimientos y técnicas típicas. V. Cuestiones que suscita la regulación procesal de las tutelas diferenciadas de la Constitución Argentina. Interludio. La justicia inmediata en las Bases para la reforma procesal civil y comercial de 2017. 1. Proceso de cognición y procesos especiales de tutela diferenciada. 2. Las tutelas diferenciadas y sus límites. VI. Bases para su instrumentación legal. 1. Ámbito y beneficiarios. Personas en condición de vulnerabilidad. 2. Estructura procesal. 3. Gratuidad de las actuaciones. 4. Autocomposición. Deber de colaboración. 5. Primacía del juicio de mérito y “efecto útil” de la decisión (justicia de resultados). 6. Tutelas provisionales autónomas. 7. Trámite procedimental. Formalismo atenuado. 7.1. Reconducción de las postulaciones. 7.2. Poderes “reforzados” del juez y gestión racional del tiempo. 7.3. Elasticidad de las formas. 7.4. Prioridad de tramitación. 8. Caracteres de la prueba. Primacía de la realidad y cargas probatorias dinámicas. 9. Deber “reforzado” de fundamentación y lenguaje de las resoluciones. VII. Conclusiones.*

## PROEMIO

Varios hilos conductores entrelazan las vidas, de algún modo paralelas, de José Carlos Barbosa Moreira y Ada Pellegrini Grinover. Eran, como ha dicho Teresa Arruda Alvim, “personas sin edad”, porque tenían caracteres tan marcantes que tornaban la edad apenas un detalle, carente de importancia. Siempre fueron los mismos e irrepetibles, a lo largo de sus extensas trayectorias. Exhibían los dos, sin alardes, inteligencias privilegiadas que se denotaban por raciocinios impecables, estilo pulcro, claridad expositiva, pensamiento sistemático. Muchos de los textos que escribieron se convirtieron en clásicos, de consulta obligada, memorables. Algunos de ellos, podría decirse sin exageración, nacieron clásicos. Y no solo para Brasil sino, también, para Iberoamérica cuando menos.

Compartían los mismos valores y principios que volcaron, una y otra vez, en sus ideas siempre vigorosas, convictivas. Desde la cátedra y el libro, en las exposiciones en numerosísimos encuentros, jornadas y congresos, nacionales e internacionales.

La ida de ellos, casi en simultáneo, deja un gran vacío en el escenario procesal ibero-lusoamericano. La mejor manera, quizás, de homenajear su memoria sea seguir trabajando sobre las líneas maestras de su pensamiento, profundizarlas si fuera posible para mantenerlas aún más vivas. Seguramente ellos se sentirían agradecidos.

No parece difícil identificar algunos vectores, las grandes líneas de los valores y principios que ellos abrazaban que, por otra parte, son los nuestros. Y, a partir de allí, intentar seguir los rumbos que dejaron trazados en sus magníficas contribuciones.

José Carlos y Ada militaron incondicionalmente en la noble y universal causa humanitaria por la protección de los derechos fundamentales y especialmente indagaron sobre los instrumentos para la defensa de la libertad, con ideas propias que en origen tributaban a la inspiración de Mauro Cappelletti, con quien

<sup>1</sup> Profesor Emérito de la Universidad Nacional de La Plata. Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

comulgaban no solo en ideas-fuerza, sino que los unía una muy estrecha y dilatada amistad. Bajo esos arbitantes, Barbosa Moreira se empeñó en profundizar aspectos viscerales del acceso a la justicia, en piezas memorables. En *O direito á assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*, en *Temas de Direito Processual. Quinta Série*, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 49, discurría en torno de la organización de los servicios de asistencia jurídica a los no pendientes, en la línea de la primera “oleada” a que aludía el maestro florentino. Con las mismas premisas, se internó poco después en *A desinformação jurídica*, en la *Sexta Série* de sus *Temas de Direito Processual*, 1997, p. 293. La efectividad de la tutela judicial y la función social atribuida al proceso, en correlato con los poderes del juez activo, fueron temas sobre los que volvió una y otra vez, haciendo profesión de fe: *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo*, en la *Terceira Série*, 1984, p. 43; *La significación social de las reformas procesales*, en RDP, Bs. As., 2006-1, p. 453; *Por um processo socialmente efectivo* en *Oitava Série*, p. 15. La influencia de sus ideas quedó evidenciada en el nuevo Código Procesal Civil de 2015, como lo han resaltado sus más conspicuos discípulos (Fux Luiz y Fux Rodrigo, *O novo Código de Processo Civil à luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um génio para todos os tempos*, RePro, v. 278, abril 2018).

Pellegrini Grinover no le fue en zaga. Defensora apasionada de los mismos valores humanitarios, de su fina sensibilidad alumbraron aportes señeros. Federico Carpi ha puesto de relieve las grandes ideas directrices que campean en la extraordinaria obra de Ada Pellegrini Grinover, mencionando sus magníficas contribuciones, en primer lugar el estudio de la teoría general del proceso. En segundo lugar, el desarrollo de la protección de los derechos fundamentales, en particular los valores constitucionales, en el diálogo con la doctrina procesal internacional, siguiendo la inspiración de Mauro Cappelletti, especialmente sobre los instrumentos para la defensa de la libertad. La tercera directriz en su pensamiento es la de la tutela de los derechos colectivos, asunto central en muchos de sus escritos; así los referidos a la defensa de los consumidores, que expuso de modo reiterado en los encuentros internacionales. Igualmente desarrolló la idea que vincula la tutela de tales intereses con la participación social, a través de la gestión como herramienta para la racionalización del poder. Así lo expresó en un recordado estudio, *Significato sociale, politico e giuridico della tutela degli interessi diffusi* (Riv. Dir. Proc., 1999, pp. 17). La concepción de los procesos colectivos y, después, su articulación normativa, tan compleja, ocupó el foco de su atención para proyectar, perfeccionando una y otra vez, las reglas procesales. Expresó con solidez y defendió apasionadamente el modelo brasileño y, sobre todo, el iberoamericano, con sus rasgos distintivos de aquel tradicional de las *class actions* norteamericano. Todavía, en el sendero de la evolución, sustentó la idea de regular normativamente los procesos colectivos de interés público, o estructurales, en los que se persigue la efectividad de los derechos prestacionales asegurados a todos y que dependen de políticas públicas. Su última obra, *Ensaio sobre a processualidade...* (2016) resume, en buena medida, aquellas grandes líneas directrices de su pensamiento que tantas y tan profundas huellas ha dejado en el derecho procesal contemporáneo.

El acceso a la justicia no se agota en el ingreso a los tribunales, sino que consiste en el acceso a un orden jurídico justo, asegurando a todos los ciudadanos el derecho a la solución de los conflictos de intereses y de los problemas jurídicos en general, por los medios más adecuados, como medio insustituible para la paz social (ob. cit., 75-84). Dejó así expresada una de sus últimas y más perdurables lecciones.

Los aportes de ambos a la ciencia procesal han sido tan grandiosos que podría decirse que José Carlos y Ada iluminaron los más complejos senderos de la disciplina, con obras memorables en las que se destacan los análisis sistemáticos con el énfasis puesto en sus proyecciones en la realidad cotidiana, valoradas siempre con un exquisito sentido social. Uno y otra son personas inolvidables para todos los que tuvimos el privilegio de conocerlos, gozar de su amistad y admirarlos.

En homenaje a ellos nos proponemos abordar aquí un tema caro al ideario del proceso social que ha terminado abrazando las Constituciones de la mayoría de los países iberoamericanos, en consonancia con los tratados humanitarios. Es el de la tutela jurisdiccional de los derechos “sensibles” y de las situaciones de tutela preferente en los supuestos de vulnerabilidad. Se trata de las instituciones típicas de la denominada justicia “de acompañamiento” o protección. Lo haremos con el marco de la legislación argentina, aunque con

la esperanza que resulta de utilidad para los estudiosos latinoamericanos.

## I. EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL EN LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DE 1994

El perenne desafío de las Constituciones radica en la difícil armonización entre los valores de la libertad y la igualdad. El modelo del constitucionalismo social y democrático, inaugurado en la posguerra por las cartas de Italia y Alemania, inspiró en buena medida la Constitución Española de 1978 la que, a su vez, fue una de las principales fuentes de nuestra reforma de 1994. Sin un núcleo ideológico expreso, quedó claro sin embargo que se incorporaron principios fundamentales que acentuaron la concepción social y la igualdad material en concreto, al igual que la participación ciudadana y social, amplificándose la solidaridad. Se explicitaron los principios típicos del Estado Social, a partir de una concepción material de la igualdad, superadora de la mera igualdad formal, sustentada en la “igualdad de oportunidades”, reiterativamente proclamada a lo largo del texto, y la recepción de las “acciones positivas”<sup>2</sup> a cargo del Estado para asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales (art. 75 inc. 23)<sup>3</sup>. Precepto éste que junto con el inc. 19, la cláusula del “progreso económico y social”, que enfatiza el desarrollo humano, constituyen la clave de bóveda de la reforma de 1994<sup>4</sup>. Con el acento, todavía, de la protección diferenciada que se confiere en particular respecto de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75, inc. 23, primer párrafo, *in fine*).

Por otro lado, adquirió relevancia el derecho fundamental a la tutela judicial eficiente, sustentado en la garantía del debido proceso que dimana del art. 18, CN y su doctrina y más concretamente del mandato contenido en el art. 114, tercer apartado, inc. 6° *in fine*, que impone asegurar “la eficaz prestación de los servicios de justicia”<sup>5</sup>; y en paralelo se constitucionalizaron los derechos de incidencia colectiva y las garantías correspondientes. En la confluencia, precisamente, de los principios dimanantes de los aludidos preceptos de los arts. 75 incs. 19, 23; 18, 114, 41, 42, 43 y concordantes del texto supremo, en consonancia con el sistema transnacional de los derechos humanos (art. 75, inc. 22), se encuentra el anclaje del régimen de *tutelas diferenciadas – sustantivas y procesales-* de ciertos derechos y situaciones considerados “sensibles” en general y de la propia justicia protectora o “de acompañamiento”, propiciada con anterioridad por destacada doctrina<sup>6</sup>.

## II. IGUALDAD REAL, DERECHOS “SENSIBLES” Y SITUACIONES DE TUTELA PREFERENTE

### 1. LOS DERECHOS “SENSIBLES”

La igualdad en el diseño constitucional supone conjugar el tradicional alcance del art. 16 con la imposición de las acciones positivas del art. 75 inc. 27. Semejante concepción impone consagrar tutelas diferenciadas y preferentes que favorecen, como ya hemos destacado, ciertos derechos y situaciones a los que se considera, en el mandato constitucional, menesterosas de protección. Los *derechos “sensibles”* refieren sea a los clásicos derechos personales individuales – derecho a la vida, a la integridad física y la salud, a la intimidad, a la identidad, de la niñez y la familia, a la educación, a la vivienda digna-, ya a los derechos

2 Las acciones positivas pueden verse en términos de estrategias destinadas a establecer la igualdad de oportunidades o a concretar medidas que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones producto de prácticas o sistemas sociales. Su designio es promover una igualdad concreta entre un grupo dominante y otro dominado (SCBA, 7-3-2007, causa B 58.760, voto Dr. de Lázari).

3 Sobre la filiación de las medidas de acción positiva en el art. 3 de la Constitución italiana de 1946: CAPPELLETTI M., *Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei*, en *Proceso, ideologías, sociedad*, EJE, Bs. As., 1974, trad. S. Sentís Melendo y T.A. Banzhaf, pp. 115 y ss..

4 DALLA VIA A.R., *El ideario constitucional argentino*, La Ley, Bs. As., 1995-C, p. 1195 y ss..

5 En ese sentido: GARCÍA LEMA A.M., *Interpretación de la Constitución reformada...*, La Ley, Bs. As., 2014-C, p. 915 y ss..

6 MORELLO A.M., *La jurisdicción protectora...*, J.A., Bs. As., 1986-II, p. 3005 y ss.; *id.*, *Un nuevo modelo de justicia*, La Ley, Bs. As., 1986-C, pp. 800 y ss.; *id.*, *La Corte Suprema en acción*, Abeledo-Perrot/LEP, Bs. As., 1989, pp. 11 y ss.; *id.*, *El proceso justo*, Lexis Nexis/LEP, Bs. As., 2005, 2ª. ed., pp. 651 y ss..

7 GARCÍA LEMA A.M., *ob. cit.*

sociales – al trabajo, a la seguridad social-, y también a los derechos de incidencia colectiva – al ambiente sano, de consumidores y usuarios<sup>8</sup>-, incluyendo los derechos individuales homogéneos; y, por último, a los derechos de la institucionalidad republicana y democrática -información pública, transparencia, etc.-. Existen, a su vez, *situaciones de atención preferente*, igualmente “sensibles”, que están referidas y engloban a los denominados genéricamente “grupos vulnerables”: a ellos refiere concretamente el art. 75 inc. 23, primer párrafo *in fine* y segundo párrafo. Unos y otras están igualmente tutelados por diversos instrumentos internacionales, en particular, los que protegen los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), y así lo ha declarado la C.I.D.H.<sup>9</sup>, aludiendo a la protección especial debida a los sujetos de derecho, ya sea “por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”.

Sea por la trascendencia social de los derechos o en virtud de las características de los sectores afectados, se genera la necesidad de tutela que adquiere connotaciones típicas por sustentarse en la noción de interés público, del cual deriva un fuerte interés estatal en su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto<sup>10</sup>.

## 2. IGUALACIÓN Y ACCIONES POSITIVAS. DISCRIMINACIONES “FAVORABLES”

Las acciones positivas tendientes a la igualación constituyen medidas de excepción que encuentran sustento, como hemos visto, en los preceptos constitucionales. Sin embargo, en ciertos supuestos se plantea la cuestión de su inconsistencia con el principio de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos, en concordancia con los criterios que niegan la posibilidad de un orden jerárquico de valores, que sobrevalúe a algunos y no a otros. Si todos ellos deben considerarse equivalentes, no habría razón, cuando aparecen en colisión, para brindar prevalencia a uno o algunos en desmedro de otros; la categoría de derechos fundamentales los engloba por igual<sup>11</sup>.

Más allá del debate doctrinario, propio de la teoría general del derecho y de los valores, la doctrina de la CSN argentina ha clarificado los criterios básicos para resolver la cuestión. Por un lado, “la garantía de igualdad del art. 16 CN no obsta a que el legislador contemple en forma distinta a situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable”<sup>12</sup>. Es suficiente que concurra una causa objetiva para discriminar<sup>13</sup>. En estos supuestos se validan las “discriminaciones favorables” o inversas. El ámbito de las prohibiciones, a su vez, asienta en las discriminaciones por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (art. 4º, Pacto de San José de Costa Rica). El principio de igualdad y no discriminación es un elemento arquitectónico de nuestro orden jurídico constitucional<sup>14</sup>.

Las normas infraconstitucionales – sustanciales y procesales- han de asegurar, entonces, la igualdad material<sup>15</sup>. Y lo propio deben hacer los jueces en la aplicación a los casos concretos. En el proceso el deber de asegurar la igualdad de las partes impone su nivelación material, en el sentido de garantizar la paridad de armas, corregir las asimetrías, y para ello colocar a aquella que se encuentre en situación de inferioridad

8 CSN, Fallos, 331:819; sent. 24-6-2014, “Unión de Usuarios y Consumidores c. EN-MO V.E. y otros, s/amparo”, consid. 8. En la doctrina se alude, en el mismo sentido, a la creación de un “núcleo de tutela fuerte” con vocación de aplicación preeminente, p.e., en materia de contrato de consumo regulado en el CC y CN, art. 1094 (STIGLITZ R.S. y COMPIANI M.F., Orden público en el contrato de seguro, La Ley, Bs. As., 2015-F, sup. 4-11-15).

9 C.I.D.H., 4-VII-2006, “Ximenes López c. Brasil”, entre otros.

10 Así, p.e., CSN, 24-2-2009, “Halabi”, considerando 13.

11 La C.I.D.H. ha remarcado la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, como “un solo conjunto amplio, partes del mismo universo... (que) tienen la misma jerarquía y reclaman idéntico respeto”. Claro que “(...) entre esos derechos no hay más distancia que la relativa a su materia, a la identidad de los bienes que la tutelan, al espacio en el que surgen y prosperan” (Opinión Consultiva OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados, párrafo 27, 28. Voto razonado concurrente de Sergio García Ramírez).

12 Fallos, 299:146, entre muchos.

13 Fallos, 298:286, entre muchos.

14 “Pellicori, Liliana”, Fallos, 334:1387. “Sisnero, Mirtha Graciela y otros”, 20-5-2014. Cuando se denuncia la violación del principio de igualdad por un acto discriminatorio, acreditado *prima facie* esa circunstancia, corresponde al demandado producir la prueba que justifique, de manera objetiva y razonable, el trato diferente. Conf.: IBARLUCÍA E.A., *Discriminación y carga de la prueba*, La Ley, Bs. As., 2014-E, p. 101.

15 Sobre la dimensión protectora del derecho administrativo: BUTELER A., *Flexibilización del derecho administrativo*, La Ley, Bs. As., 2016-A, p. 847.

en el mismo nivel procesal que su oponente.

### 3. HACIA UNA CARACTERIZACIÓN DE LAS PERSONAS Y GRUPOS EN CONDICIONES SUSTANTIVAS DE VULNERABILIDAD

La tutela reforzada se confiere a personas y grupos titulares de derechos o intereses especialmente vulnerables – la dignidad humana en general- que se encuentren en situación de desventajamiento, sea individualmente o como integrantes de grupos postergados o débilmente protegidos<sup>16</sup>, sectores “socialmente vulnerables”<sup>17</sup> o desfavorecidos.

La vulnerabilidad es una situación compleja de carencia de múltiples bienes esenciales de todo tipo, que es habitualmente producto, al menos como una causa principal, de la exclusión institucional o de hecho del goce de tales bienes<sup>18</sup>. En la perspectiva del Estado Democrático de Derecho y las obligaciones puestas a cargo de las autoridades de gobierno, la exclusión genera desigualdad y discriminación que deben ser reparadas mediante acciones positivas a cargo de todos los poderes con funciones de gobierno, incluyendo naturalmente al Poder Judicial.

### III. VULNERABILIDAD EN SENTIDO JUDICIAL Y, MÁS PROPIAMENTE, PROCESAL

La noción de vulnerabilidad, si bien propia del derecho material<sup>19</sup>, cuando se la enfoca en relación al ejercicio de las prerrogativas en sede judicial, persigue identificar las desventajas procesales impeditivas del ejercicio efectivo de las facultades en juicio y que generan el desequilibrio, la asimetría, entre las posiciones de los litigantes. La vulnerabilidad procesal – como se ha señalado con acierto<sup>20</sup> constituye un criterio legitimador del tratamiento diferenciado entre las partes, que en realidad persigue la igualdad en concreto. Es posible identificar diferentes categorías, a las que se trata de mitigar con técnicas diversas. La vulnerabilidad económica, con el derecho a la gratuidad de la justicia; la vulnerabilidad probatoria, con la inversión del *onus* o la regla de la carga dinámica; la vulnerabilidad etaria de menores o ancianos, con mecanismos de aceleración de la duración del proceso, o los tribunales especializados; etc.. En todos los supuestos, para la legitimación del tratamiento diferenciado, debe existir una pertinencia lógica entre la distinción realizada y la fragilidad procesal a ser mitigada o expurgada, a fin de garantizar el litigio en paridad de armas.

De modo genérico, se trata de las diversas medidas y acciones tendientes a asegurar el acceso a la justicia a través de los tribunales, a las personas y grupos en condiciones de vulnerabilidad, como presupuesto ineficiente para el logro de la tutela de sus derechos.

En tal sentido resultan de particular utilidad para integrar la manda constitucional, las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, aprobadas por la XIV Cumbre Iberoamericana en 2008, a las que la CSN argentina adhiera en lo pertinente mediante Acordada N° 5/2009<sup>21</sup>. Las Reglas consideran en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, *encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia* los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (regla 3). En sucesivas reglas alude a menores y ancianos

16 En la caracterización de la CSN, “Halabi”, considerando 13, cit..

17 Tal la tipología que adopta la ley 26.854, sobre medidas cautelares entre el Estado, art. 2°, inc. 2.

18 MEDINA G., *Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las “categorías sospechosas”: una visión jurisprudencial*, La Ley, Bs. As., 2016-F, pp. 872 y ss.. VALENTE L.A., *El nuevo derecho civil y ética de los vulnerables*, Anales de la Fac. Cs. Jur. y Soc. UNLP, La Plata, 2015, n° 45, pp. 1 y ss.. Desde ese punto de vista, la alusión a los “vulnerables” –como afirma ZANNONI– es un eufemismo que encubre la incapacidad del Estado de destinar sus recursos para implementar verdaderos planes de ayuda social que promuevan la vivienda digna, el trabajo en sus diversas formas, la salud pública y la protección de la familia, como lo encarece la Constitución Nacional (“*Género, derecho y familia*”, La Ley, Bs. As., 2013-B, p. 1009).

19 El CC y CN argentino consagra el paradigma protectorio erigiendo como principio rector una verdadera ética de los vulnerables. VALENTE L.A., ob. cit., pp. 19-20.

20 MONTEIRO BARBOSA R.V. y CASAS MAIA M., *Isonomía dinámica e vulnerabilidade no Direito Processual Civil*, RePro, São Paulo, 2014, n° 230, pp.349 y ss..

21 MEDINA G., *Acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad. Las 100 Reglas de Brasilia...*, La Ley, 2017-F, supl. 14-11-17. La CSN ha invocado en sus sentencias las Reglas de Brasilia. Así, entre otros, en “Pedraza Héctor Hugo c. ANSES, s/ acción de amparo”, 6-5-2014, considerando 15.

(5, 6), personas afectadas de algunas discapacidad grave (10, 11, 12), migrantes y desplazados internos (13, 14), pobreza (15, 16), mujeres afectadas por violencia y discriminación (17 a 20), minorías nacional o étnica, religiosa y lingüística (21), personas privadas de libertad (22, 23). La enumeración, que no resulta taxativa, se adecua a muchos de los instrumentos internacionales y, por ello, resulta de particular utilidad para la configuración de la condición de vulnerabilidad, habiéndose señalado que si bien carecen de valor normativo deben constituir un marco referencial insoslayable para todos los operadores del sistema judicial<sup>22</sup>.

#### IV. LA JUSTICIA PROTECTORIA, SUS INSTITUCIONES, PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS TÍPICAS

Sentado quiénes resultan los sujetos de protección preferente, corresponde indagar cuáles son los instrumentos e intervenciones que perfilan la forma cómo el Estado provee – además, de las reglas de derecho sustancial, aunque en correspondencia con éstas- a la tutela procesal. Con ello viene a conformarse en definitiva la *jurisdicción protectoria*. Con la singularidad que como el mandato constitucional argentino del art. 75 inc. 23 resulta directamente operativo, compromete la intervención activa de todos los poderes estatales. De ahí que los jueces a través de la interpretación normativa y aún en ausencia de textos legales, tienen el deber de articular por sí una forma de protección jurisdiccional capaz de impedir la violación de los principios y reglas que edicta la ley suprema<sup>23</sup>.

A esos fines, aparece claro que el principio de legalidad de las formas debe aprehenderse en su necesaria y paulatina evolución por influjo de diversas pautas de flexibilización, en manos de la racionalidad del juez y a condición de preservarse el principio áureo del contradictorio. Ha de admitirse que, por un lado, la legalidad formal quedó infiltrada por la necesidad de reconocer la operatividad a los derechos sustantivos; y, por otro, que la concepción del proceso como instrumento al servicio de logros “de resultados”, en su conjunción han dado pie a la adecuación de las formas, y aún a la “desformalización”. Es lo que, en su magnitud, expresa la CSN argentina en el memorado caso “Beatriz Mendoza”, entre otros<sup>24</sup>.

Se trata, en definitiva, de la articulación de novedosos procedimientos y técnicas, diseñadas por la legislación o por los propios jueces, como verdaderas instituciones equilibradoras y compensadoras de las situaciones concretas de las partes en litigio<sup>25</sup>, con la finalidad de asegurar el resultado útil de la jurisdicción.

Entre las diversas *técnicas orgánico-funcionales* para la efectividad de la tutela de los derechos “sensibles”, se inscriben los fueros especializados, que conjugan órganos específicos en función de la materia sustantiva y reglas procesales también diferenciadas (tribunales del trabajo, de seguridad social, de familia, de menores, de menor cuantía, rurales, de consumo, etc.).

A su vez, constituyen *técnicas procesales* que apuntan a los mismos objetivos, entre otras: a) las que tienden a facilitar el acceso a la justicia (gratuidad de las actuaciones y otros beneficios integrativos); b) técnicas de sumarización del proceso en sus varias modalidades (tutelas provisionales anticipadas y urgentes, mandatos preventivos); c) soluciones autocompositivas; d) operatividad revaluada del amparo; e) amplificación de los poderes-deberes de los jueces para la mejor ordenación de las causas, la instrucción con fines de esclarecimiento de la verdad (primacía de la realidad) y el dictado de una sentencia justa, en plazo razonable; f) acentuación de los deberes de colaboración de las partes en la información de los hechos; g) carga dinámica e interactiva de la prueba; h) preclusión elástica de las deducciones y flexibilización del principio preclusivo; i) flexibilización de la congruencia; j) prevención y sanción del abuso del proceso;

22 NOGUEIRA J.M. y SCHAPIRO H.J., *Acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad...* en la obra colectiva *Acceso a la justicia y grupos vulnerables*, de la que han sido coordinadores, LEP, La Plata, 2012, pp. 93-95. Asimismo: MEDINA G., *Acceso a la justicia...*, ob. cit..

23 En ese sentido: MARINONI L.G., *De la acción abstracta y uniforme a la acción adecuada a la tutela de los derechos*, Rev. Peruana Der. Proc., Communitas, Lima, n° 17, 2013, pp. 370-371.

24 Nos permitimos remitir a nuestro trabajo *El principio de legalidad formal bajo el prisma de la Constitución “normatizada”*, La Ley, Bs. As., 2011-E, pp. 1144 y ss.. Asimismo, en lo pertinente: BUTELER A., *Flexibilización del derecho administrativo*, ob. cit..

25 Es lo que DINAMARCO denomina instituciones de “neutralización de desigualdades” (*Instituições de Direito Processual Civil*, Malheiros, São Paulo, 2001, v. I, p. 208). Se trata de tutelar de modo preferente las “situaciones jurídicas de ventaja” a que alude MONROY GALVEZ J., *Temas de Derecho Procesal*, 2, Communitas, Lima, 2017, pp. 141, 200 y ss..

k) equilibrio en el trámite de ejecución de la sentencia, para evitar el abuso a través de la intervención del juez y la búsqueda de soluciones consensuadas; l) regímenes específicos para la tutela de los derechos de incidencia colectiva. Y un largo etcétera.

En su conjunto tales técnicas enfatizan los postulados de *accesibilidad* para todos al sistema judicial, *simplificación* de los trámites, *aceleración de los tiempos* del reconocimiento y efectivización de los derechos, búsqueda y prevalencia de la *verdad objetiva*, consagración en fin del *derecho material* (derechos fundamentales), que no puede frustrarse por razones puramente formales. Bien que, en paralelo, no deja de advertirse sobre la conveniencia de acotar los confines de las tutelas diferenciadas, para evitar su proliferación y con ello el vaciamiento del proceso común. Por otro lado, la articulación de procedimientos más sencillos y simplificados, aún por iniciativa judicial, no puede menoscabar la garantía fundamental del debido proceso y el contradictorio, que tutela a ambas partes.

## V. CUESTIONES QUE SUCITA LA REGULACIÓN PROCESAL DE LAS TUTELAS DIFERENCIADAS DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

La idea de la vertebración de un régimen específico para regular genéricamente el trámite de los conflictos sobre derechos “sensibles”, plantea una serie de interrogantes que se hace menester esclarecer de modo previo. Una primera cuestión dilemática se suscita en torno de su inserción, sea dentro de los procedimientos de conocimiento, o bien la articulación de un proceso especial. El mayor desafío, sin duda, radica en organizar un esquema procesal suficientemente abarcativo, como para poder cobijar los diversos conflictos de que se trata, atendiendo a la diversidad de situaciones y derechos “sensibles”, que quedarían englobados para su protección mediante una típica “justicia de acompañamiento”.

### INTERLUDIO. LA JUSTICIA INMEDIATA EN LAS BASES PARA LA REFORMA PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE 2017

Importa señalar que en el documento “Bases para la reforma procesal civil y comercial”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación argentina (2017), se prevé en el capítulo V, *Estructuras procesales*, un *proceso simplificado de justicia inmediata (justicias de proximidad, causas de pequeño monto)*. Se trata de una de las estructuras fundamentales de conocimiento, junto con el proceso ordinario por audiencias y el proceso monitorio, señalándose que la regulación de aquel resulta necesaria, sea en un capítulo especial o transicional del código, sea en una ley específica.

De su lado, en el capítulo III referido a los *principios procesales* se enfatiza la tutela judicial efectiva y sus principales manifestaciones: el acceso irrestricto de los justiciables a jueces independientes e imparciales, la igualdad procesal efectiva y no meramente formal, la protección de situaciones de urgencia que requieran tutelas especiales, entre otras (apart. 2). Complementariamente aparecen resaltados los poderes de dirección judicial del proceso y de la actividad jurisdiccional oficiosa, preventiva y protectoria (apart. 3).

Más allá de la connatural generización que se expresa en las Bases, no cabe duda que se denota el sesgo social, igualador y protectorio que ha estado presente en su concepción. Queda un ancho margen para su concretización, a través del articulado.

El proceso de cognición simplificado de justicia inmediata bien puede ser el marco para receptor sea: a) el modelo del proceso sumario en sentido estricto, con cognición abreviada y decisiones provisionales aunque directamente ejecutables, que empalma con una eventual revisión en proceso pleno y cognición exhaustiva – una suerte de estructura monitoria-; ya, y no de modo excluyente: b) el proceso de “acompañamiento” o protección para la tutela de los derechos y situaciones de vulnerabilidad, concebido como un *tertium genus* especial, tributario del anterior y con el agregado de sus particularidades típicas – gratuidad, autocomposición, primacía del juicio de mérito, efecto útil de la decisión, formalismo atenuado,

primacía de la realidad, etc.-. Bien que, un enfoque semejante conduciría a una necesaria reconsideración de la estructura tripartita que se propone en las Bases.

## 1. PROCESO DE COGNICIÓN Y PROCESOS ESPECIALES DE TUTELA DIFERENCIADA

Retomando ahora el hilado de los interrogantes planteados, ha de comenzarse por destacar que el procedimiento ordinario de cognición constituye el modelo ideal imaginado para resolver la generalidad de los conflictos cualquiera fuere la naturaleza del derecho material en crisis. Un prototipo múltiple asentado en la cognición plena, profunda y completa del juez, la rigurosa observancia del contradictorio sin concesiones a su diferimiento, la plenitud de las pruebas, que culmina en la sentencia de mérito con fuerza de cosa juzgada material que abre el camino, tan solo ella, a su ejecución para la efectiva realización del derecho declarado. Desde siempre se ha admitido, sin embargo, la existencia de situaciones que ponen en crisis derechos cualificados en las valoraciones comunitarias prevalecientes, para las cuales por excepción se habilitan técnicas específicas relativas a la organización funcional de la jurisdicción o ya al propio tipo procesal, que tienden a asegurar en concreto la satisfacción de los derechos materiales en cuestión. Desde la concepción de los clásicos procesos sumarios indeterminados y ejecutivos pasando por las tutelas preferentes concedidas a la propiedad<sup>26</sup>, incluyendo la científica, técnica e intelectual, hasta el contemporáneo reforzamiento de la operatividad de los derechos no patrimoniales, sociales y colectivos en general.

b. No cabe poner en cuestión la conveniencia de estatuir nuevas tutelas diferenciadas, a condición de establecer de modo concreto los requisitos a los que están subordinadas. Así encauzadas, lejos de significar una criticable deflación del sistema de enjuiciamiento ordinario, suponen por el contrario la utilización de diversas técnicas rendidoras para brindar respuestas adecuadas y puntuales a la conflictividad que involucra derechos fundamentales de las personas. En ese camino, el CGP uruguayo instituye reglas especiales para regir el trámite de las pretensiones de “carácter social” en general, entre las que se cuentan las relativas a la materia de familia, menores e incapaces, laboral, agraria, entre otras; en tales procesos “el tribunal dispondrá de todos los poderes de instrucción que la ley acuerda a los tribunales del orden penal en el sumario del proceso penal, sin perjuicio del respeto al principio de contradicción y a los propios del debido proceso legal. Si no ejercitare esos poderes, indicará las razones al dictar sentencia” (art. 350.5, texto ley 19.090).

c. Parece claro que, sin llegar al extremo de adoptar el principio inquisitivo, resulta razonable articular *reglas especiales que actuando en el marco de alguno de los tipos procesales de cognición prescriptivos*, adopte ciertas técnicas con incidencia en el trámite procedimental en general, como se señalará más adelante. En este cuadrante, vale una precisión esencial: las técnicas de tutela diferenciada encajan más adecuadamente en el tipo procesal de cognición sumaria en sentido estricto, que se encarece en la doctrina y legislación contemporáneas. Se trata de un modelo alternativo y autónomo de tutela jurisdiccional enderezado a la producción inmediata, aunque provisional, de resultados prácticos mediante decisiones directamente operativas, susceptibles de ulterior revisión en contradictorio pleno<sup>27</sup>.

d. Por otro lado, es no menos cierto que el mejoramiento y la simplificación del proceso común tendría segura incidencia en el cuadro de los procedimientos específicos. Pero el perfeccionamiento del proceso madre, difícilmente ha de excluir la lógica de la tutela preferente de ciertos derechos y garantías<sup>28</sup>.

### Las tutelas diferenciadas y sus límites

El esquivo punto de equilibrio, y al mismo tiempo, el límite o confín que demarca el territorio de las tutelas procesales diferenciadas, no puede ser por naturaleza estático. Su ínsita movilidad, sin embargo, no

26 PROTO PISANI A., *Lezioni di Diritto Processual Civile*, Jovene ed., Napoli, 1996, 2ª. ed., pp. 6-8.

27 Nos permitimos remitir a *De las medidas anticipatorias a las tutelas provisorias autónomas: una evolución necesaria*, RDP, Bs. As., 2017-1, pp. 115 y ss.. No es suficiente, como se ha señalado, contar con normas sustantivas protectorias si a la hora de aplicarlas se ignora la vulnerabilidad o se sustancia el conflicto con mecanismos idénticos a los procesos comunes (MEDINA G., *Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de la prueba...*, ob. cit., pp. 872 y ss.).

28 Como se ha destacado lúcidamente, está trazado por doquier el camino evolutivo que debe conducir a los diversos ordenamientos “a las reformas necesarias para asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional (que se inserta, en último análisis, en la cuestión del acceso a la justicia), desmitificando, cuando sea necesario, los dogmas de la universalidad del procedimiento ordinario de conocimiento, de la sentencia y de la cosa juzgada” (PELLEGRINI GRINOVER A., “*Procedimientos preliminares o sumarios: alcance e importancia*” en *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, (coord.) M. Storme y C. Gómez Lara, UNAM, México, 2005, v. I, p. 191).



excluye el intento de perfilar siquiera algunos trazos que puedan servir para aquella delimitación.

a. En primer lugar, parece claro no cabe cuestionar el tratamiento preferencial que se adjudica a las situaciones subjetivas de contenido y función no patrimonial (derechos de libertad, igualdad, personalísimos, a la vida, a la salud, a la dignidad, de menores e incapaces, etc.)<sup>29</sup>. Diversa es, en cambio, la consideración de las situaciones de contenido patrimonial, de la propiedad y los negocios privados, algunas de las cuales, por lo demás, cuentan con tutelas de larga tradición – procesos y técnicas especiales que tutelan la propiedad y sus atributos<sup>30</sup>–.

b. Habrá que estar en guardia, sin embargo, contra la excesiva laxitud en la interpretación de ciertos conceptos que podría conducir a una desmedida extensión de las tutelas preferentes. Por caso, la consideración de la calidad o status genérico de desfavorecido en la posición jurídica, económica o social como sustento de trato procesal privilegiado.

En cuanto a las personas mayores, en verdad la protección no debería derivarse de un simple cómputo aritmético<sup>31</sup>, por el hecho de haber alcanzado una determinada edad; no hay un tiempo fijo que ineludiblemente marque el ingreso a la ancianidad<sup>32</sup>. En todo caso, será menester considerar en cada supuesto concreto<sup>33</sup> si el envejecimiento constituye una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor se encuentre en especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia<sup>34</sup>.

De todos modos, la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015, aprobada por ley 27.360 de 2017, considera “persona mayor” a aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base mayor o menor, siempre que éste no sea superior a los 65 años. Concepto que incluye, entre otros, el de persona adulta mayor (art. 2). Es obligación del Estado adoptar todas las medidas necesarias a fin de garantizarles un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos, incluido un adecuado acceso a la justicia (art. 4, apart. c)<sup>35</sup>.

c. Más genéricamente todavía, la tipología de los débiles y de las relativas necesidades de protección podría extenderse *ad infinitum* al conjuro de las circunstancias de cada tiempo<sup>36</sup>. Pero queda claro que no es

29 PEYRANO J.W., *¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada en Argentina?*, RDP, Bs. As., 2008-1, pp. 21-24; *id.*, *Precisiones...*, ob. cit., 2008-2, pp. 24-27. Asimismo, SOSA G.L., *Incidencias en la aplicación del derecho de las personas vulnerables*, La Ley, Bs. As., 2017-C, p. 653 y ss., donde se señala la incidencia de los principios rectores en materia de derechos humanos sobre el deber de tutela reforzada de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, y su aplicación en el marco del sistema interamericano; al igual que en la doctrina de la CSN.

30 Claro que la tutela procesal de la posesión debe ahora articularse con la función social de la propiedad. De ahí que uno de los presupuestos implícitos de la protección posesoria está constituido por la observancia de la función social de la propiedad, cuya demostración se erige en exigencia constitucional, según se ha destacado en la doctrina brasileña (DIDIER JR. F., *A função social da propriedade e a tutela processual da posse* en Rev. de Processo, RePRO, cit. 2008, n° 161, pp. 9 y ss). Tampoco está en cuestión la técnica de los títulos ejecutivos de formación extrajudicial o la del procedimiento monitorio, aptas para la aceleración de los desarrollos litigiosos (PROTO PISANI, A., *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell ordinamento italiano*, Brasilia, 1997, conferencia pronunciada en el II Congreso Brasileiro de Direito Processual), sino el abuso que pueda hacerse de ello. En sentido similar: BARBOSA MOREIRA J.C., *La significación social de las reformas procesales* en RDP, Bs. As., 2006-1, pp. 443-446.

31 En Brasil, la ley 10.173 de 2001 incorporó al CPC de 1973 los arts. 1211-A, 1211-B y 1211-C estableciendo que los procesos en que figura como parte o interviniente persona con edad igual o superior a los sesenta y cinco años tendrán prioridad en la tramitación de todos los actos y diligencias en cualquier instancia; prioridad que se mantiene ocurrida la muerte del beneficiario. TARZIA G., *La durata del processo civile e la tutela dei deboli* en *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Prof. E.D. Moniz de Aragão*, L.G. Marinoni coord., ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 2006, pp. 129 y ss.. Una previsión similar se estatuye en el CPC vigente, de 2015, donde se concede prioridad de tramitación a los asuntos en que la parte interesada tenga edad de sesenta años o sea portadora de dolencia grave, entre otros presupuestos (art. 1048).

32 Las edades parecen no tener límites. Se han escapado de sus moldes clásicos y de la idea de que cada una de ellas tiene tiempos fijos y rigurosamente señalados (MORELLO A.M., *Las edades de la persona en el cambiante mundo del derecho*, Hammurabi, Bs. As., 2003, p. 97). El corrimiento de sus límites es notorio. Aulio Galio cuenta en las *Noches áticas* que Servio Tulio, rey de Roma, estableció en vista del censo, que se es niño hasta los 17 años, que la juventud se extendía hasta los 46; y que a esa edad comenzaba la vejez. (ob. cit., p. 115, con remisión a GRISOLIA M.A., *Aspectos jurídicos de la vejez*, Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, n° 28, 1990, cap. VI).

33 Un dato impresionante se desprende de las estadísticas oficiales que indican que en la ciudad de Buenos Aires la muerte ocurre, en promedio, entre los 78 y 79 años en el barrio de Recoleta; y entre 69 y 71 años en Villa Lugano (REGAZZONI C.J., *Salud al Sur*, “La Nación”, Bs. As., 22-5-2008, p. 19). Una brecha similar se produce en los rendimientos educativos: las escuelas porteñas con alumnos de sectores con ingresos altos aventajan un año y medio en los aprendizajes, en relación a los estudiantes de instituciones más pobres, según surge de las evaluaciones Pisa difundidas en 2017 (“La Nación”, Bs. As., 8-12-2017).

34 Reglas de Brasilia, cit., sección 2a., apart. 2. Sostiene TARZIA con razón que resulta muy difícil establecer un privilegio cronológico para determinadas controversias, como se pretende con la ley brasileña aludida, sin definir los criterios de aplicación. Una simple regla de prioridad de tratamiento exigiría otras diversas especificaciones (ob. cit., pp. 132-133).

35 CIOLLI M.L., *El respeto de los derechos de las personas mayores de edad en condiciones de vulnerabilidad*, La Ley Noroeste cita online AR/JUR/8317/2017.

36 Como afirma CHIARLONI, existe una vasta y heterogénea tipología de los débiles y de las consecuentes necesidades de protección. Enfermos del cuerpo y del alma, portadores de desventajas, habitantes de ciudades degradadas, drogadictos, detenidos, extranjeros, desterrados, gitanos, homo y transexuales, creyentes de otros cultos, moribundos, disminuidos lingüísticos... (*Riflessione minime sulla tutela giuridica dei diritti dei deboli*, Riv. Dir. Proc., 1998, p. 958 y ss.).

posible pensar en la proliferación ilimitada de tutelas especiales, “construyendo” un proceso *ad hoc* para cada ciudadano que venga a encontrarse en alguna de las situaciones genéricamente consideradas de inferioridad<sup>37</sup>.

d. Queda, por último, una cuestión diversa aunque no menos principal, que es la que se suscita cuando se enfrentan situaciones distintas amparadas todas por derechos fundamentales que sustentan contrapuestas tutelas diferenciadas. Por caso, en la tutela anticipatoria, la colisión entre el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva y el de igual linaje a la seguridad jurídica<sup>38</sup>. Cabe en tales supuestos aplicar el criterio que propone propender a la conciliación y armonización de los derechos en conflicto, mediante una fundamentación racional – un “juicio de ponderación” – atendiendo a la máxima de proporcionalidad<sup>39</sup>.

## VI. BASES PARA SU INSTRUMENTACIÓN LEGAL

Con miras a la regulación legal de ciertas reglas específicas, máxime la actual instancia de debate abierta desde la publicación de las Bases para la reforma procesal civil argentina de 2017, y como contribución a la discusión en curso, proponemos a consideración las siguientes, en escueta formulación y con remisión a lo antes explicitado.

### 1. ÁMBITO Y BENEFICIARIOS. PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

La definición contenida en las Reglas de Brasilia ya aludidas, capítulo I, sección 2ª, 1, parécenos la más ajustada y abarcativa. Se considera en condiciones de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Caben allí holgadamente los derechos y situaciones que alojan los art. 75 inc. 23, 14 bis, 41, 42 y conc. de la Constitución Nacional argentina y las convenciones humanitarias. Los límites aparecen claros, en tanto las tutelas diferenciadas solo se conceden a quienes “encuentren especiales dificultades para ejercitar con plenitud” sus derechos ante la jurisdicción.

### 2. ESTRUCTURA PROCESAL

Corresponde al juez seleccionar por resolución fundada el tipo procesal de conocimiento más adecuado, en atención a las circunstancias del caso, pudiendo disponer que tramitará por el que resulte más abreviado, sin perjuicio de los “ajustes razonables” en atención a la situación de las partes, complejidad del caso y demás circunstancias concurrentes; todo a condición de observancia plena del contradictorio. Queda en claro, por lo demás, que el juez solo puede decidir cuál es el tipo procesal de base aplicable en el caso, en el marco de la ley. Sin perjuicio de ello, las singularidades típicas de la justicia protectoria, que integran el sistema (o subsistema) correspondiente, aconsejan su inserción en el marco del tipo procesal de cognición sumaria en sentido estricto, ya referido.

### 3. GRATUIDAD DE LAS ACTUACIONES

Las actuaciones judiciales que se promuevan por quienes se encuentran en las situaciones tuteladas gozarán *ministerio legis* del beneficio objetivo de justicia gratuita. La parte contraria podrá acreditar la solvencia de aquel, en cuyo caso cesará el beneficio. Se trata de la regla objetiva del art. 53 de la LD Consumidores, texto ley 26.361, entre otras que replican, con variantes, la tradicional franquicia reconocida

37 TARZIA G., ob. cit., pp. 128-129.

38 CAMARGO MANCUSO E., *A colisão de direitos fundamentais na antecipação de tutela de efeitos faticamente irreversíveis* en Rev. Autónoma de Proceso, Juria ed., Curitiba, 2007, n° 3, pp. 157 y ss.. Sobre los conceptos de efectividad y seguridad en una perspectiva dinámica, encuadrando los dos valores como derechos fundamentales: ALVARO DE OLIVEIRA C.A., *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*, Rev de Processo, RePro, cit., 2008, n° 155, pp. 12 y ss..

39 ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Est. Constitucionales, Madrid, 2002, 3ª. reimpresión, trad. E. Garzón Valdés, pp. 111-115, 160-161 y ss.. LORENZETTI R., *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal Culzoni ed., Santa Fe, 1995, pp. 308 y ss.. SAUX E. I., *Conflicto entre derechos fundamentales*, La Ley, Bs. As., 2004-B, pp. 1071 y ss..

en el proceso laboral.

El beneficio de gratuidad comprende la dispensa de pago de la tasa de justicia, tanto como de las costas y gastos judiciales. El otorgamiento del beneficio no está condicionado por el resultado final del pleito. Además, se extiende a la exención de las cargas económicas de admisibilidad de los recursos extraordinarios. Debe ser interpretado, en definitiva, en sentido amplio, para salvaguardar el efectivo acceso a la justicia. Son los criterios fijados en la interpretación del art. 55, último párrafo de ley 24.240<sup>40</sup> y del art. 20 de la ley de contrato de trabajo<sup>41</sup>.

#### 4. AUTOCOMPOSICIÓN. DEBER DE COLABORACIÓN

El juez promoverá inicialmente y en todas las oportunidades que brinde el trámite la autocomposición del conflicto. Cuando la solución amistosa se frustrare por desinterés, mala fe o falta de colaboración de alguna de las partes, se impondrán a su cargo las costas del proceso.

#### 5. PRIMACÍA DEL JUICIO DE MÉRITO Y “EFECTO ÚTIL” DE LA DECISIÓN (JUSTICIA DE RESULTADOS)

Desde que en la tutela de los derechos y situaciones “sensibles” se involucra el interés público general, del cual el juez resulta ejecutor y garante, el juzgamiento de los conflictos conduce derechamente y sin atajos a la decisión de mérito. Tal el denominado principio de la *primacía del juicio de mérito*<sup>42</sup>, del cual son derivados los actos de saneamiento de los defectos procesales en general, sean preventivos o reparatorios. En el fondo, se trata de asegurar el *efecto útil* de las decisiones, que entronca con el postulado de la justicia finalista de resultados, para que la protección efectivamente se materialice, superando ritualismos estériles y desnaturalizantes. Aplicación, por otro lado, del principio *pro actione*.

La explicitación de tales principios aparecen claramente descriptos en el anteproyecto de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina de 1993 de Morello, Eisner, Arazi y Kaminker<sup>43</sup>. Bajo el título *Justicia de acompañamiento o protección. Reglas especiales para ciertas pretensiones, prevé el art. 497 (Regla general):* “...es deber de los jueces que ninguna exigencia administrativa o formal frustre la tutela efectiva de los derechos en juego”. Precepto que se integra con el art. 498 sobre *adecuación a las formas, a las finalidades prioritarias*.

#### 6. TUTELAS PROVISORIAS AUTÓNOMAS

A la misma finalidad de una justicia de resultados, que se concrete en tiempo razonable, tienden las técnicas en que se sustentan las tutelas provisorias de mérito<sup>44</sup>.

En el anteproyecto que venimos aludiendo se preveían las resoluciones provisionales: “Los jueces... pronunciarán de inmediato resolución que solucione provisionalmente aquello sobre lo que persista el desacuerdo”, fracasada la tentativa de composición amistosa (art. 494). “La resolución...significará arbitrar de modo razonable y efectivo lo que la naturaleza del asunto y sus particulares circunstancias indiquen aconsejable, sin perjuicio de que cualesquiera de las partes pueda plantear en el proceso correspondiente, la cuestión resulta de manera provisoria” (art. 495).

#### 7. TRÁMITE PROCEDIMENTAL. FORMALISMO ATENUADO

Rige un formalismo atenuado, en consonancia con los principios de la justicia de resultados y el efecto útil de la decisión, que se trasunta en las diversas etapas del procedimiento.

40 LOVECE G.I., *El consumidor, el beneficio de la justicia gratuita y las decisiones judiciales*, RC y S, La Ley, Bs. As., n° 10, oct. 2017, pp. 233 y ss.. CSN argentina, 24-11-2015, La Ley, 2016-A, p. 187, con nota de F. Verbic. En la legislación brasileña el CPC de 2015 regula detalladamente el alcance de la gratuidad de la justicia, incluyendo, entre los gastos, los derivados de la realización del examen de ADN y otros considerados esenciales (art. 98, § 1, V).

41 CSN argentina, 14-9-2010, La Ley, Bs. As., 2010-F, p. 498, con nota de S.M. Chiti.

42 ZANETTI Jr. H., *El nuevo Código de Proceso Civil brasileño de 2015...*, RDP, Bs. As., 2017-2, pp. 583 y ss., pp. 595-597, refiere a los antecedentes en la doctrina y jurisprudencia brasileña y sus desarrollos a partir de los procesos colectivos.

43 Edición de los autores, Bs. As., 1973.

44 Nos permitimos remitir a la doctrina que analizamos en *De las medidas anticipatorias a las tutelas provisorias autónomas*, ob. cit., pp. 115 y ss..

### 7.1. Reconducción de las postulaciones

Así, durante la etapa constitutiva y postulatoria, se atenúa el principio preclusivo para posibilitar la eventual reconducción de las postulaciones, alterando o ampliando su objeto o la causa de pedir, siempre que sea realizada de buena fe, no represente perjuicio injustificado para la parte contraria y sea preservado el contradictorio<sup>45</sup>.

### 7.2. Poderes “reforzados” del juez y gestión racional del tiempo

Al juez se le reconocen poderes-deberes “reforzados” para la dirección y conducción del proceso y la gestión racional del tiempo. Los mecanismos de decisión temprana de la litis cuando se encuentra “madura” incluyen, entre otros, las tutelas de evidencia, modalidad de las tutelas provisionales, que posibilitan el rápido despacho de la causa cuando, p.e., quedare configurado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio de la parte, y en general toda vez que se exhiba notorio el alto grado de probabilidad del derecho invocado, cuya existencia se presenta *prima facie* indiscutible<sup>46</sup>.

### 7.3. Elasticidad de las formas

El postulado de la elasticidad, versatilidad o flexibilización de las formas encuentra dilatado campo de actuación, como guía de interpretación judicial, para armonizar las reglas legales con las peculiaridades del caso concreto. A salvo el derecho de defensa y la garantía del contradictorio, un esquema más dúctil que en manos del juez y aún con la colaboración de las partes, tiene por finalidad la mejor y más oportuna obtención de los fines del proceso, no parece ser objetable<sup>47</sup>.

En esa tesitura, el mentado anteproyecto de 1993 estatuye con impecable textura en su art. 498, bajo el acápite “*Adecuación a las finalidades prioritarias*”, que “los jueces observarán los principios propios del debido proceso legal, sin perjuicio de adaptar, razonable y funcionalmente, el orden de sus desarrollos, a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice”.

### 7.4. Prioridad de tramitación

Las causas en la que son partes las personas en condición de vulnerabilidad tendrán prioridad de tramitación en todas las instancias y grados de la jurisdicción.

## 8. CARACTERES DE LA PRUEBA. PRIMACÍA DE LA REALIDAD Y CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS

En el ámbito de la prueba adquieren relevancia los principios de libertad, amplitud y flexibilidad – por otra parte consagrados en el art. 710, CC y CN argentino –. En lo esencial, viene encarecido, a la hora de su apreciación, el principio de la *primacía de la realidad*, típico del proceso laboral (art. 39 inc. 3°, Const. Prov. Bs. As.), reiteradamente reafirmado por la CSN argentina, a partir de “Colalillo” (Fallos, 238:550, 1957). Y, en consonancia, deviene aplicable el criterio de adjudicación excepcional del *onus probandi* en atención a la mejor situación relativa de las partes para aportarla y el consiguiente deber de cooperación, típicos de los procesos de consumo, familiares (art. 710 CC y CN), entre otros.

Además, cobra operatividad el estándar probatorio de las “categorías sospechosas” elaborado por la CSN argentina, para incidir en los casos de discriminación, que incluyen cuestiones de género, edad, discapacidad,

45 En el anteproyecto de reformas de 1993 – siguiendo las pautas del art. 350.3 del CGP uruguayo- se preveía que “se podrá modificar la pretensión en la audiencia preliminar cuando resulte, manifiestamente, que la carencia de información o de asesoramiento han determinado omisiones en relación a derechos que asistan a la parte” (art. 496). La conceptualización que formulamos en el texto tiene su fuente en el art. 10 del Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano Derecho Procesal de 2004. Sobre sus antecedentes en el § 263 de la ZPO alemana: MITIDIERO D., *Colaboración en el proceso civil*, Communitas, Lima, 2009, pp. 148-149.

46 PEYRANO J.W., *¿Qué es y qué no es una tutela diferenciada...?*, ob. cit., pp. 21 y ss.. Esta técnica se ha desarrollado en el derecho comparado y, especialmente, en la legislación brasileña. Conf.: MARINONI L.G., ARENHART S.C. y MITIDIERO D., *Novo Curso de Processo Civil*, ed. Rev. dos Trib., São Paulo, 2015, v. 2, p. 200 y ss..

47 BIAVATI P., *Tendencias recientes de la justicia civil...*, ob. cit., RDP 2008-1, p. 541-542. PEYRANO J.W., *El juez modulador del proceso civil*, La Ley, Bs. As., 2016-F, p. 1182. Instrumentalidad y adaptabilidad de las formas constituyen principios procesales orientadores en el esquema de las Bases para la reforma procesal de 2017.

y derechos sociales en general<sup>48</sup>.

## 9. DEBER “REFORZADO” DE FUNDAMENTACIÓN Y LENGUAJE DE LAS RESOLUCIONES

Las resoluciones judiciales se caracterizan por el *deber “reforzado” de fundamentación*, que viene impuesto en atención a la excepcionalidad del régimen de que se trata, en correspondencia con la observancia irrestricta del contradictorio que indefectiblemente la precede, como garantía de equilibrio.

En lo formal, el *lenguaje utilizado en las resoluciones*, y en especial el de la sentencia, debe ser claro y convictivo, coloquial, expresado en sentido llano, conciso, entendible, atendiendo a las condiciones de los litigantes, sin perder de vista su condición de personas en situación de vulnerabilidad<sup>49</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

Sigue pendiente en Argentina la regulación procesal de las tutelas diferenciadas consagradas en la reforma constitucional de 1994 y las convenciones humanitarias incorporadas, que por lo demás ya recibieron encarnadura sustantiva en las sucesivas leyes de implementación, tanto como en el CC y CN, en tanto desarrollo del paradigma protectorio.

Es tiempo de debatir en torno de la articulación sistemática de las instituciones y técnicas de la justicia de “acompañamiento” o protección. Muchas de ellas han sido adelantadas en la jurisprudencia creativa de los tribunales, en paralelo con notorios esfuerzos doctrinarios asentados a menudo en preceptivas fragmentarias – procesos de familia, menores, incapaces, consumidores, medioambiente y otros-.

El nuevo escenario instalado a partir de la difusión de las Bases para la reforma procesal civil y comercial de 2017, resulta propicio al intento de modelar el instrumental que brinde soporte a tan singulares tutelas. Máxime los valores que abraza la iniciativa reformista, en cuanto al sesgo social, igualador y protectorio denotado en sus principios fundantes.

48 MEDINA G., *Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba...*, ob. cit., pp. 872 y ss.. IBARLUCÍA E.A., *Discriminación y carga de la prueba*, ob. cit., pp. 101 y ss..

49 En verdad, se trata del propósito de la adecuación del lenguaje a la capacidad receptiva media, razón de ser, en su tiempo, de la *biblia pauperum* (ECO U., *Apocalípticos e integrados*, Tusquets Ed., 1ª. ed., Bs. As., 2011, trad. A. Boglar, p. 31). Sobre los usos inadecuados del lenguaje jurídico: PALACIO DE CAEIRO S.B., *Lenguaje en el Código Civil y Comercial y neologismos en las resoluciones judiciales*, La Ley, Bs. As., Columna de opinión supl. 25-10-2017, cita *on line*: AR/DOC/2740/2017. Asimismo LEDESMA J.O., *Las sentencias de lectura fácil y el acceso a la justicia en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal*, AADP, Río Hondo, 2017, pp. 334 y ss..

# IL RAGIONAMENTO PROBATORIO (FUNZIONE, STRUTTURA, ESITI, SINDACABILITÀ)

Roberto Poli

Sommario: 1. Contesto del discorso e definizioni: giudizio di fatto e prova. – 2. Il principio del libero convincimento del giudice ed il “suo prudente apprezzamento” nella valutazione delle prove libere. – 3. Problemi: *a*) il fine che si propone chi compie il ragionamento probatorio e la funzione della prova: credibilità razionale e “verità” nel discorso del giudice. – 4. Segue: *b*) gli strumenti e la struttura del ragionamento probatorio: *b1*) gli strumenti di conoscenza alla base del ragionamento. – 5. Segue: *b2*) la struttura argomentativa del ragionamento e la ricostruzione musiva del fatto. – 6. Segue: *c*) probabilità logica e probabilità quantitativa. – 7. Segue: la c.d. probabilità quantitativa bayesiana. – 8. Segue: *d*) lo standard di prova. – 9. Segue: *e*) le regole di decisione. – 10. Segue: *f*) la prova scientifica. – 11. Gli strumenti di controllo del ragionamento probatorio: vizi di giudizio quali vizi della motivazione. – 12. I vizi nell’esercizio del prudente apprezzamento. – 13. La sindacabilità dei vizi di motivazione: *a*) nel giudizio di cassazione. – 14. Segue: credibilità razionale, logicità, legittimità e merito della decisione sul fatto. – 15. *b*) nel giudizio di appello.

1. – Per maggiore chiarezza del discorso che si intende fare, è opportuno soffermarsi, in via preliminare, sul piano delle definizioni. Anzitutto, è appena il caso di rimarcare che il tema della prova si pone nell’ambito del c.d. giudizio di fatto, in contrapposizione al c.d. giudizio di diritto. Il primo ha ad oggetto l’accertamento della verità/esistenza dei fatti rilevanti per la decisione della controversia affermati dalle parti. I criteri per la formulazione del giudizio di fatto hanno natura sia giuridica: basti pensare alle regole sull’onere della prova, sull’ammissibilità, sulla efficacia e sulla valutazione delle prove, sulle presunzioni, e così via; sia extragiuridica: basti pensare alla valutazione delle prove libere che il giudice compie secondo il suo prudente apprezzamento, e quindi, in concreto, al ragionamento presuntivo condotto, come vedremo nei prossimi paragrafi, sulla base delle massime d’esperienza <sup>(1)</sup>.

Il giudizio di diritto ha ad oggetto l’individuazione dei principi di diritto e delle norme giuridiche, processuali e sostanziali, da applicare alla fattispecie dedotta in giudizio. I criteri per la formulazione del giudizio di diritto sono indicati dalla legge, e si concretizzano in indicazioni per la qualificazione giuridica dei fatti e l’attribuzione della loro rilevanza giuridica: basti pensare alle disposizioni sulla interpretazione della legge e sulla interpretazione dei contratti. Tuttavia, anche il giudizio di diritto presenta degli elementi di valutazione extragiuridici, come quando si avvale delle massime d’esperienza per dar significato e contenuto ai c.d. concetti giuridici indeterminati (giusta causa, giustificato motivo, buona fede, ecc.), oppure per rendere il significato della disposizione coerente, secondo esigenze del senso comune <sup>(2)</sup>.

Detto questo, il presente discorso richiede un’ulteriore distinzione ed una precisazione. In primo luogo, occorre altresì distinguere tra giudizio di fatto in senso ampio – il quale, come visto, è innervato di

---

1 Il giudizio di fatto è evidentemente frazionabile in più temi di fatto particolari che, ove oggetto di decisione contenuta nella motivazione, hanno autonoma rilevanza vincolante per il giudice *a quo* e per il giudice dell’impugnazione, in mancanza di uno specifico motivo di censura. A mio avviso l’unità minima del giudizio di fatto è rappresentata, secondo l’impostazione che ho sostenuto in altra sede, dalla decisione sulla verità/esistenza di un fatto secondario semplice. Oltre questo tipo di decisione, infatti, vi sono scelte e valutazioni del giudice – di carattere essenzialmente logico-argomentativo (come la scelta della massima d’esperienza applicabile) o strettamente strumentali (ad es., attendibilità del testimone) – che non rappresentano tuttavia, in quanto estranee alla fattispecie sostanziale allegata nel processo, decisioni di fatto in senso tecnico: R. Poli (2002), 191 ss.

2 Il giudizio di diritto si può scomporre ed articolare nei seguenti passaggi logico-giuridici che, al pari dei temi di fatto considerati nella nota precedente, ove oggetto di decisione contenuta nella motivazione, hanno autonoma rilevanza vincolante per il giudice *a quo* e per il giudice dell’impugnazione, in mancanza di uno specifico motivo di censura: qualificazione giuridica dei singoli elementi della fattispecie sostanziale allegata nel processo; qualificazione giuridica della fattispecie unitariamente considerata; individuazione della disciplina applicabile alla fattispecie; interpretazione della disposizione applicabile; individuazione dell’effetto giuridico che scaturisce dall’applicazione di quella disposizione, così interpretata, alla fattispecie: R. Poli (2002), 301 ss.

prescrizioni giuridiche – e giudizio di fatto in senso stretto, il quale ha ad oggetto una questione di mero fatto, in contrapposizione alla questione di diritto. Muovendo dalla premessa secondo cui ogni fatto considerato come giuridico è composto di due elementi, un *accadimento esteriore*, che si svolge nello spazio e nel tempo, ed il *significato giuridico* dell'accadimento, pur tenendo conto della esistenza di casi misti di diritto e di fatto, è stata proposta la seguente classificazione: una questione è *di diritto* se può essere risolta soltanto sulla base di conoscenze giuridiche, ed è *di fatto* se, pur essendo giuridicamente rilevante e pur dovendo perciò essere posta da chi ha competenze giuridiche, può tuttavia essere risolta indipendentemente da qualsiasi conoscenza giuridica (cioè sulla base della conoscenza comune o delle conoscenze scientifiche) <sup>(3)</sup>.

In secondo luogo, occorre ulteriormente precisare l'oggetto del giudizio di fatto. In proposito è ormai osservazione acquisita quella secondo cui l'oggetto della prova – e quindi del giudizio di fatto – è, non già, direttamente, l'esistenza o l'inesistenza del fatto incerto, rilevante nel processo, bensì, in via mediata, la verità o la falsità delle allegazioni con cui una parte ne assume l'esistenza o, per contro, ne oppone l'inesistenza <sup>(4)</sup>. Benché tale affermazione in via generale possa essere condivisa – in quanto il “fatto incerto” è di solito un fatto del passato, che non può essere assunto ad oggetto immediato e diretto di prova, bensì ad oggetto di un ragionamento probatorio volto alla sua ricostruzione/rappresentazione <sup>(5)</sup> –, occorre tuttavia tener presente che, al momento della valutazione delle prove, il giudice deve ricostruire il fatto incerto e rilevante nel processo esclusivamente in base al risultato di prova, prescindendo, in questa fase, da quanto precisamente hanno affermato le parti sul punto <sup>(6)</sup>. Le affermazioni dei testimoni, i risultati di una ispezione o di una consulenza tecnica disposta d'ufficio, ad esempio, possono offrire uno specifico e concreto quadro probatorio, e quindi fattuale, non perfettamente in linea con quanto affermato dalle parti <sup>(7)</sup>. Ebbene, non vi è dubbio che l'unico enunciato fattuale rilevante ai fini della decisione sarà quello risultante dal ragionamento probatorio svolto dal giudice. Per altro verso, anche dopo la pronuncia della sentenza, l'unico enunciato fattuale rilevante è quello del giudice riportato nella sentenza stessa, e gli enunciati fattuali delle parti, che pure nella sentenza troveranno conferma o smentita, totale o parziale, perdono ogni rilevanza, salvo conservarne, eventualmente, ad altri fini (ad es., ai fini di verificare la corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato).

In conclusione su questo punto, con il giudizio di fatto non si tratta, per il giudice, di accertare la verità degli enunciati delle parti, benché queste fissino i primi e fondamentali dati, anche perimetrali, entro cui incentrare l'attività di accertamento, ma di ricostruire i fatti rilevanti nel processo nell'ambito della fattispecie dedotta dall'attore (e dal convenuto con riferimento alle fattispecie estintive, modificative ed impeditive eventualmente allegare nel processo), alla luce del quadro probatorio ritualmente formatosi in giudizio. Dunque il giudizio di fatto ha ad oggetto la ricostruzione dei fatti rilevanti per la decisione della controversia, nell'ambito del quadro fattuale derivante dalle allegazioni delle parti, sulla base delle prove e degli elementi di prova ritualmente acquisiti. Una volta pronunciata la sentenza, conta solo la ricostruzione fattuale del giudice, il suo discorso intorno ai fatti rilevanti per la decisione, discorso del quale occorre verificare, in sede d'impugnazione, la legittimità: vale a dire – come vedremo – la credibilità razionale, la quale sussiste quando il giudice ha rispettato le norme giuridiche ed extragiuridiche (che eterointegrano le

3 Cfr. G. Carcatera (2015), 69 ss. Al posto in *accadimento esteriore* è forse preferibile parlare di *aspetto* o *elemento della realtà storica*, sì da potervi ricomprendere anche *le situazioni statiche* ed i c.d. *fatti psichici*.

4 V. per tutti L. P. Comoglio (2010), 3 ss.; P. Ferrua (2017), 27 ss.; M. Taruffo (2009), 32 ss.; G. Ubertis (2015), 12 ss.; Id. (1995), 8 ss.; Id. (1992), 9-10.

5 V., tra i molti, L. P. Comoglio (2010), 4, nota 7.

6 Occorre a questo proposito subito osservare che l'affermazione secondo cui oggetto della prova è la verità o falsità delle allegazioni delle parti è non solo imprecisa, per le ragioni indicate nel testo, ma anche possibile fonte di più insidiose conseguenze: infatti, partendo da quella (imprecisa) premessa, si potrebbe essere tentati di affermare la *funzione dimostrativa* della prova, postulando la verificabilità con metodo “scientifico” di quella verità o falsità, sulla base delle regole “scientifiche” linguistiche, semantiche e sintattiche. In realtà, se si considera, come vedremo bene in seguito, che oggetto del ragionamento probatorio è la ricostruzione del fatto rilevante nel processo, si comprende come l'attività del giudice non è tanto volta a verificare la verità delle affermazioni/allegazioni delle parti (che servono piuttosto per inquadrare l'oggetto della domanda, del processo, e della relativa sentenza), quanto ad attribuire ai fatti noti secondari (e/o comunque agli elementi di prova acquisiti agli atti del processo) *valore di fonti di conoscenza* in ordine alla realtà dei fatti ignoti da accertare; e quindi si comprende come il ragionamento probatorio assai raramente possa assumere la struttura del ragionamento dimostrativo, il quale si avvale di inferenze deduttive, e come la logica del giudice sia una logica essenzialmente argomentativa, opinativa, articolata principalmente su inferenze di natura induttiva e abduktiva.

7 Si pensi ad una C.T.U. avente ad oggetto l'accertamento del nesso di causalità, all'esito della quale risulta che il danno è conseguenza in parte di cause naturali preesistenti ed in parte di cause umane sopravvenute, in contrasto con quanto affermato sia dall'attore (causa esclusivamente umana), sia dal convenuto (causa esclusivamente naturale) (tra le molte v., di recente, Cass. 29 febbraio 2016, n. 3893).

prime) del giudizio di fatto. Le allegazioni delle parti, come detto, potranno trovare conferma o smentita, totale o parziale, nel discorso del giudice, ma ciò è del tutto irrilevante, perché una volta pronunciata la sentenza, un discorso di “verità”, avrà senso, eventualmente, come vedremo, solo con riguardo agli enunciati del giudice. Ma su tutto ciò tornerò in seguito (v. *infra*, § 4).

Per quanto riguarda il termine “prova”, come è noto, possiamo individuarne diversi significati. Tradizionalmente per “mezzo di prova” s’intende lo strumento, generico ed astratto, previsto dall’ordinamento, con cui introdurre nel processo elementi di conoscenza in ordine al fatto da provare (ad es., la testimonianza). La “fonte di prova” è, invece, lo specifico e concreto strumento introdotto nel processo (nell’es., il testimone). Con il termine prova si possono poi intendere il procedimento attraverso cui avviene la rappresentazione del fatto nel processo (l’escussione del testimone), e gli esiti di tale procedimento, cui in genere ci si riferisce quando si parla di *prova* che sarà oggetto di valutazione. Infine, per quel che più interessa in questa sede, con prova si intende il modello strutturale del ragionamento probatorio<sup>(8)</sup>, nonché, il risultato del ragionamento probatorio stesso<sup>(9)</sup>, con riguardo all’efficacia, al valore probatorio delle singole prove o di tutte le prove nel loro complesso<sup>(10)</sup>.

L’attività volta alla “prova di un fatto” è pertanto l’attività attraverso cui si introducono nel processo, con i mezzi e le fonti di prova previsti dalla legge, elementi di conoscenza in ordine alla realtà dei fatti incerti e rilevanti per la decisione della controversia, oggetto di prova. E la disciplina dell’*onere della prova* indica: (i) sia quali sono i fatti rilevanti che ciascuna delle parti è tenuta a provare, con la conseguenza che la parte onerata subirà una decisione sfavorevole sul fatto che non è riuscita a provare; (ii) sia, ciò che in questa sede maggiormente interessa, che il giudice non può considerare provato un fatto, e portarlo a fondamento della decisione, se la parte onerata non ha offerto e raggiunto la *piena prova* del fatto stesso (o, se si preferisce, della proposizione ad esso relativa). Qui entra in gioco l’attività di *valutazione delle prove*, la quale consiste invece nell’attribuzione di significato e valore probatorio alle singole prove raccolte nel processo, nella prospettiva di ritrarne elementi di conoscenza sulla realtà dei fatti incerti oggetto di prova. Strettamente correlato ai temi dell’*onere della prova* e della *valutazione delle prove* è il tema dello *standard di prova*, vale a dire della situazione probatoria in presenza della quale, dal punto di vista dell’efficacia e del valore probatorio, può dirsi raggiunta la *piena prova* di un fatto; della situazione, in altre parole, in cui sono presenti, sotto il profilo del risultato probatorio, sufficienti elementi con valore di conoscenza in ordine alla realtà del *factum probandum* per poter ritenere confermato – o, se si preferisce, “vero” – l’enunciato ad essa relativo. Con la conseguenza che quel fatto potrà essere (legittimamente) portato dal giudice a fondamento della sua decisione sulla domanda espressa nel dispositivo, secondo le *regole di giudizio* previste dall’ordinamento.

Da ultimo, occorre solo accennare alla distinzione tra *prove legali*, la cui efficacia è predeterminata dalla legge, e *prove liberamente valutabili*, la cui efficacia probatoria è apprezzata dal giudice in base al suo c.d. libero convincimento, di cui ci andiamo ora ad occupare con maggior dettaglio<sup>(11)</sup>.

2. – In Italia l’interesse della dottrina e della giurisprudenza per i criteri di valutazione delle prove è così anche, di conseguenza, per gli standard in presenza dei quali si può ritenere raggiunta la prova, non è stato particolarmente ampio. Pochi sono, infatti, gli studi sul c.d. “libero convincimento del giudice”, che è il principio secondo il quale, anche nell’ordinamento italiano, il giudice valuta le prove libere, vale a dire, come poc’anzi ricordato, le prove la cui efficacia probatoria non è determinata dalla legge, bensì, appunto, dal giudice stesso<sup>(12)</sup>.

8 Scrive G. Carcatera (2008), 478: “Una prova è l’inferenza con cui da un fatto noto, elemento di prova o fatto probante, si desume la probabilità di un altro fatto che si vuole conoscere e si ipotizza, che è il fatto da provare o *thema probandum*”. V. anche Id. (2015), 103-104. In proposito, v. pure *infra*, nel testo, § 5.

9 Nelle espressioni come “la parte ha assolto al proprio onere della prova”, o “il fatto X non risulta provato”.

10 Per le varie definizioni riportate nel testo v. per tutti M. Taruffo (2012a), 55 ss.; L. P. Comoglio (2010), 3 ss.

11 Su tutti gli aspetti ed i profili della prova ora richiamati nel testo v. M. Taruffo (2012a), 55 ss.; L. P. Comoglio (2010), 3 ss.

12 Cfr., senza pretesa di completezza, ed anche per altri riferimenti, R. Blaiotta, G. Carlizzi (2018), 367 ss.; P. Ferrua (2017), 183 ss.; S. Patti (2015), 212 ss., anche per un interessante panorama di esperienze straniere (in particolare svedese e tedesca); G. Ubertis (2015), 162 ss.; Id. (1995), 87 ss.; P. P. Rivello (2014), 1 ss., in particolare nella prospettiva del sapere scientifico; M. Taruffo (2012b), 207 ss.; Id. (2009), 160 ss., 218 ss.; Id. (1992), 361 ss.; L. P. Comoglio (2010), 149 ss.; G. Della Monica (2009), 159 ss.; C. Santoriello (2008), p. 325 ss.; B. Cavallone (2006), 417 ss., il quale, preso atto della progressiva “corruzione” del principio del libero convincimento rispetto all’originaria impostazione chiovendiana, tra l’altro osserva, a pp. 427-428, come, premesso che «cercare di imporre un ordine e una disciplina alla valutazione delle prove, cioè di regolare la formazione del giudizio di fatto nel segreto della “camera di consiglio”, e tanto più nella impenetrabile “camera di consiglio interiore” del giudice monocratico, non è soltanto difficile, ma probabilmente impossibile, se si pensa ad una disciplina fatta di precetti espliciti e diretti, quale che ne sia la fonte»; ciò «che però può essere disciplina-



Ora, mentre vi è sostanziale uniformità di opinioni sulla portata negativa di tale principio – nel senso, appunto, già ricordato, che nella valutazione delle prove libere il giudice *non* è vincolato da predeterminate attribuzioni di efficacia ai singoli mezzi di prova ad opera della legge –, ben più difficile è individuare la portata positiva del nostro principio; vale a dire le modalità di formazione del “libero” convincimento del giudice, dal punto di vista della funzione del ragionamento probatorio, della sua struttura, e dei livelli in presenza dei quali possa dirsi raggiunta la piena prova necessaria per poter legittimamente portare il fatto così provato a fondamento della decisione contenuta nel dispositivo <sup>(13)</sup>.

Benché si parli di “libero” convincimento del giudice, è anzitutto evidente che l’attività di valutazione delle prove non può essere arbitraria, sganciata da qualsiasi parametro. Si tratta quindi, evidentemente, di un’attività discrezionale: di certo non del tutto libera, ma anche, del pari, non del tutto vincolata. Occorre quindi definire in che consiste esattamente questa discrezionalità, fino a che punto l’attività di valutazione è libera e fino a che punto è condizionata, anche in relazione alle possibilità di controllo di tale attività in sede d’impugnazione. In proposito si è ad esempio detto che la “libertà del giudice si ravvisa nel segmento ideale tra ciò che è sufficiente per *potere* ritenere provato un fatto e ciò che è sufficiente per *dovere* ritenere provato un fatto. Gradi di verosimiglianza «bassi» non sono quindi sufficienti per il convincimento; gradi di verosimiglianza «alti», al contrario, non consentono al giudice di negarlo” <sup>(14)</sup>.

Si deve peraltro considerare che il nostro legislatore non nomina il principio del libero convincimento, ma dice che il giudice valuta le prove “secondo il suo prudente apprezzamento” (art. 116, primo comma, c.p.c.) <sup>(15)</sup>, così introducendo un criterio – benché tutt’altro che chiaro, specifico e funzionale dal punto di vista operativo – all’attività di valutazione delle prove libere. Ora, se guardiamo al vocabolario, ricaviamo che l’apprezzamento è *prudente*, quando si basa sulla ragione e sulla esperienza <sup>(16)</sup>, ed in effetti è questa la prima conclusione raggiunta da chi si è occupato di questi problemi <sup>(17)</sup>. Tutto ciò appare perfettamente coerente e condivisibile, in quanto il giudice deve ricostruire i fatti rilevanti nel processo secondo il modo più ragionevole, vale a dire secondo le regole che spiegano come funziona e come è organizzato il mondo, che sono appunto le regole dell’esperienza, comune e scientifica. Anche sul versante del processo penale – dove pure non si parla espressamente del libero convincimento del giudice in punto di valutazione delle prove – assai di recente ed a seguito di un’acuta analisi del nostro principio, si è osservato che detto principio, espressione soprattutto del principio di *ragionevolezza* (ubiquitario nella Costituzione del 1948) e di *razionalità* (*stricto sensu*) della funzione *giudiziaria* (art. 111, sesto comma), è funzionale a due esigenze: di *concretezza* e di *logicità* della decisione in fatto” <sup>(18)</sup>.

Nella giurisprudenza civile è ricorrente il principio per cui, in base al principio del libero convincimento, “spetta in via esclusiva al giudice di merito il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di assumere e valutare le prove, di controllarne l’attendibilità e la concludenza, di scegliere, tra le complessive risultanze del processo, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad esse sottesi, assegnando prevalenza all’uno o all’altro dei mezzi di prova acquisiti, nonché la facoltà di escludere anche attraverso un giudizio implicito la rilevanza di una prova, dovendosi ritenere, a tal proposito, che egli non sia tenuto ad esplicitare, per ogni mezzo istruttorio, le ragioni per cui lo ritenga irrilevante ovvero ad enunciare specificamente che la controversia può essere decisa senza necessità di ulteriori acquisizioni” <sup>(19)</sup>.

In realtà, al di là delle ipotesi di prove legali in senso stretto, sono individuabili numerose disposizioni che limitano l’operatività del c.d. libero convincimento: si pensi, ad es., agli artt. 2727 c.c. (che delinea la

to da regole analitiche e vincolanti sono proprio le “forme del procedimento”, cioè la raccolta delle informazioni utilizzabili per il giudizio, le modalità della decisione, e prima ancora la costituzione del giudice»: sui medesimi temi, con maggior respiro, Id. (2008), 947 ss.; O. Dominioni (2005), 297 ss., spec. 328 ss., per i rapporti tra (nuova) prova scientifica e libero convincimento del giudice; A. Carratta (2003), 27 ss.; L. Lombardo (1992), 17 ss.; M. Nobili (1974), *passim*; Id. (2003), 71 ss. Per i rapporti tra libero convincimento del giudice e presunzioni giurisprudenziali, v. G. Verde (2013), 135 ss.

13 Notevole, in proposito, è la recente analisi condotta in Blaiotta, Carlizzi (2018), 367 ss.

14 Così S. Patti (2015), 245; e già in S. Patti (1985), 481 ss., spec. 508.

15 Anche se in varie occasioni il legislatore parla di prova “liberamente apprezzata dal giudice”: cfr., ad es., gli artt. 2733, terzo comma e 2735, primo comma, ultima parte, 2738, terzo comma, c.c. (v. anche gli artt. 2716, primo e secondo comma, di entrambi l’ultima parte e 2734, ultima parte, c.c.).

16 Ciò si ricava dai significati dei termini *prudente*, *prudenza*, *imprudenza* (nonché, quali sinonimi, *saggio*, *saggezza*), riportati dal vocabolario *Treccani online*.

17 V. Carratta (2003), 31 ss., anche per ulteriori richiami.

18 Blaiotta, Carlizzi (2018), 486.

19 *Ex multis*, Cass. 31 luglio 2017, n. 18956.

struttura logica del ragionamento); 2729, primo comma, c.c. (circa i criteri operativi di detta struttura logica, ma anche circa i limiti di utilizzabilità del dato conoscitivo); 2728, primo e secondo comma, e 2729, secondo comma, c.c. (circa i limiti alla operatività di detta struttura logica di ragionamento); 115, primo comma, prima parte (che sancisce il c.d. divieto di scienza privata del giudice); 115, primo comma, ultima parte, e secondo comma, c.p.c. (che sottraggono alcuni fatti al principio del libero convincimento); 116, secondo comma, c.p.c. (ove vi è l'attribuzione di un determinato valore probatorio a determinati fatti); 232, primo comma, c.p.c. (ove attribuzione di un determinato valore probatorio è rimessa alla valutazione di "ogni altro elemento di prova"); nonché alle numerose disposizioni sui limiti di ammissibilità dei mezzi di prova (ad es., gli artt. 2721 ss.), tema cui si riannoda quello delle c.d. prove atipiche<sup>(20)</sup>. Altre forme di limitazione al libero convincimento si ritraggono dagli artt. 651, 652, e 654 c.p.p. A tali disposizioni devono aggiungersi, per completezza e sia pure con portata indiretta, le disposizioni sull'obbligo di motivazione e quelle in tema di sindacato sulla motivazione in sede d'impugnazione.

In questa sede, tuttavia, intendo concentrare l'attenzione sulla specifica attività di *valutazione* in senso stretto delle prove libere, vale a dire sull'attività di attribuzione di significato alle prove ed agli elementi di prova che il giudice svolge – laddove il legislatore non pone particolari limitazioni al principio del libero convincimento – al fine di esprimere il giudizio sulla verità/esistenza dei fatti rilevanti nel processo ed oggetto di prova.

3. – Non vi è dubbio che il fine della parte, tramite il suo difensore, che "propone le prove" (giusta i termini adottati nell'art. 115, primo comma, c.p.c.), sia quello di convincere il giudice della verità delle sue affermazioni, indipendentemente dalla circostanza che tali affermazioni corrispondano effettivamente alla verità<sup>(21)</sup>. Ben più complesso è il tema, come noto, nella prospettiva del giudice; qui il tema si fraziona e si ricompone in questioni della massima complessità e delicatezza, che, per quanto rileva in questa sede, possono così essere riassunte e schematizzate: *a)* se ed in che misura il processo può e deve tendere all'accertamento della verità dei fatti controversi e rilevanti per la decisione sul merito della lite? *b)* la prova, qui nell'accezione di ragionamento probatorio, ha una funzione dimostrativa o argomentativa? Si tratta di temi, come appena ricordato, della massima complessità e delicatezza, che non possono essere adeguatamente sviluppati in questa sede. Tuttavia, cercherò di svolgere al riguardo un discorso che, per quanto necessariamente schematico, aspira ad una propria coerenza e ad una sia pur sintetica completezza di fondo.

Le risposte alle domande dianzi poste possono essere anzitutto sintetizzate secondo i seguenti passaggi logici, che rappresentano le premesse generali del discorso che si sta svolgendo e che sarà sviluppato con maggior dettaglio nei prossimi paragrafi: *a)* nel processo, con il concetto di "verità di un enunciato" o di "verità di un fatto" si allude ad un concetto del tutto relativo di verità, la "verità processuale", o "giudiziale", vale a dire la verità che può essere accertata con i mezzi ed i limiti propri di un determinato accertamento giudiziale, e che, necessariamente, è qualcosa di diverso dalla verità storica, materiale di quei medesimi fatti<sup>(22)</sup>; *b)* nella prospettiva del "giusto processo", che mira a perseguire una "giusta decisione", il processo tenderà comunque, per quanto possibile, ad accertare la "verità" degli enunciati e, indirettamente, dei fatti rilevanti nel processo<sup>(23)</sup>; *c)* tutto ciò tenuto conto del fatto che: *aa)* non è possibile far ricorso nel processo alla teoria classica aristotelica della verità, secondo la quale «un enunciato è vero se e solo se corrisponde alla realtà», considerato che nessuno è mai riuscito a spiegare con chiarezza in che consista questa "corrispondenza tra"

20 Sul quale v. ancora Carratta (2003), 46 ss., anche per ulteriori indicazioni.

21 Da ultimo, in proposito, v. A. Gentili (2013), 475 ss.

22 P. Ferrua (2017), 16 ss., 45 ss.; S. Patti (2016), 33 ss.; Id. (2015), 227; M. Taruffo (2009), 74 ss., 82 ss.; Id. (2002), 1 ss.; G. Travaglino (2012a), 5 ss.; G. Ubertain (2015), 1 ss.; Id. (1995), 3 ss.; Id. (1992), 1 ss., 37-38.

23 P. Ferrua (2017), 20 ss., 45 ss., anche per ulteriori richiami; M. Taruffo (2009), 116 ss.; G. Ubertain (2015), 12 ss.; Id. (1995), 10 ss.; Id. (1992), 10-11. Sul tema della ricerca della verità nel processo v. altresì F. Auletta (2016), 461 ss.; G. Tuzet (2016), 67 ss.; v. poi gli 11 volumi pubblicati nella collana *Epistemologia giudiziaria*, diretta da G. Ubertain, Milano, 1997-2015; S. Haack (2015), 39 ss.; AA.VV. (2012); nonché B. Cavallone (2010), 1 ss.; e la risposta di M. Taruffo (2010), 995 ss.; v. altresì M. Fornaciari (2005), 38 ss.; G. M. Cipolla (2005), 61 ss., con riferimento al processo tributario. Lo stesso F. Carnelutti (rist. 2016), 62, osservava: «Che in un numero maggiore o minore di casi questo scopo [ottenere la conoscenza dei fatti controversi] fallisca e che, malgrado ciò, i fatti risultanti dal processo impiegato vengano ritenuti come veri, o, più esattamente, vengano posti nella sentenza anche se non sono veri, impedisce certo di considerare la verità (materiale) come il risultato costante del processo probatorio e perciò come la sua nota essenziale, ma non affatto come lo scopo che quel processo si propone di raggiungere e che, correlativamente, ne determina la struttura» (corsivo dell'A.). Sui rapporti tra metodo scientifico e prova giudiziale v. L. Lombardo (1999), 39 ss. Sull'epistemologia in generale v. R. Audi (2016).

un enunciato e i fatti <sup>(24)</sup>; *bb*) che le possibilità di conoscenza dell'uomo sono naturalmente limitate <sup>(25)</sup> e che nemmeno il mondo delle scienze è in grado di assicurare una verità assolutamente "certa" <sup>(26)</sup>; *cc*) che il giudice ricostruisce gli accadimenti del passato valutando le prove e gli elementi di prova con funzione gnoseologica, conoscitiva <sup>(27)</sup>; vale a dire, con maggior dettaglio, che il giudice ricostruisce gli accadimenti del passato ricavando dalle fonti di prova e dai fatti noti accertati nel processo elementi di conoscenza dei fatti ignoti rilevanti per la decisione, attraverso inferenze logiche fondate sulle massime d'esperienza, scientifiche e/o tratte dal senso comune <sup>(28)</sup>; *dd*) che, di conseguenza, come vedremo, la logica del giudice è una logica essenzialmente argomentativa, o "dialettico-retorica", prevalentemente induttiva, opinativa, e non formale-dimostrativa <sup>(29)</sup>; *ee*) che tale logica è espressione del libero convincimento del giudice (del "suo prudente apprezzamento", secondo l'art. 116 c.p.c. <sup>(30)</sup>), ed è caratterizzata da attività discrezionale costituita anche da precise scelte di valore <sup>(31)</sup>; *ff*) nella prospettiva del "giusto processo" e della "giusta decisione" la logica argomentativa del giudice, benché, come detto, caratterizzata anche da discrezionali scelte di valore, è comunque una logica fondata su rigorose basi razionali che devono essere esplicitate nella motivazione della decisione <sup>(32)</sup>, e non su intuizioni

24 Cfr. P. Ferrua (2017), 45 ss., spec. 50.

25 V. P. Ferrua (2017), 45 ss.; L. P. Comoglio (2010), 17 ss.; M. Taruffò (2009), 74 ss., 82.

26 V. P. Ferrua (2017), 32; L. Lombardo (2007), 35 ss.; F. Stella (2003), 431 ss.

27 Cui si correla la funzione essenzialmente argomentativa della prova, intesa nella sua accezione di ragionamento probatorio, strutturato su premesse ed inferenze non certe ma probabili: P. Ferrua (2017), 89 ss.; A. Gentili (2013), 549 ss.; *contra*, M. Taruffò (1997), 533 ss.; posizioni meno nette sono espresse, più di recente, in Id. (2012a), 58 ss., ove si contrappone la funzione *euristica* o *conoscitiva* della prova, alla funzione *retorica* della prova. Sul punto v. anche A. Carratta (2014), 169 ss.; G. Ubertis (2015), 7 ss.; nonché, in termini essenziali ma molto chiari, G. Rossi (2005), § 1 ss. Con riguardo al processo tributario, ed a favore della concezione dimostrativa della prova, v. G. M. Cipolla (2005), 110 ss., con tuttavia il riconoscimento che è «indubbio che la prova dei fatti giuridici presenta profili di carattere persuasivo», che «la prova non fornisce una dimostrazione deduttiva-causale del fatto ignoto», e che è indiscutibile «che la prova sia argomentazione [...] non appena si consideri che la prova di un enunciato fattuale è, anch'essa, un altro enunciato». Senza poter prendere qui adeguatamente (e motivatamente) posizione su uno dei temi più complessi della prova, sembra che la teoria della "funzione dimostrativa" della prova, quantomeno nella sua versione tecnica, rigorosa e forte, non possa essere interamente omologata, tenuto conto delle componenti strutturali, del tipo di catene inferenziali adottate dal giudice e della natura del risultato cui il giudice stesso approda. Infatti, non sembra revocabile in dubbio che il ragionamento del giudice sia composto da premesse dotate di un certo grado di probabilità (e non certe), si snodi attraverso catene inferenziali opinative, anche c.d. *ampliative*, nelle quali possono ben essere presenti profili di carattere persuasivo (e non secondo le regole deduttive della logica formale), ed approdi ad un risultato del pari dotato di un certo grado di probabilità (e mai stimabile in termini di certezza). Questo però non vuol dire che lo scopo del ragionamento probatorio debba essere individuato di necessità ed esclusivamente nella persuasione, e non anche nella ricerca, soprattutto da parte del giudice, del necessario grado di verità (sia pur solo probabile) di un enunciato fattuale, al fine di poter portare (legittimamente) tale enunciato a fondamento della propria decisione; e soprattutto non implica che il risultato cui approda il ragionamento probatorio non possa (e debba) essere, anche a pena di illegittimità della sentenza, giustificato su basi rigorosamente razionali (sia pur argomentative e non di logica formale).

28 M. Taruffò (2012b), 207 ss., 220 ss.; G. Canzio (2003), 1193 ss., spec. 1195: «Il ragionamento probatorio poggia su una struttura inferenziale e il cardine delle inferenze è costituito dalle leggi scientifiche e statistiche-quantitative, oltre che dalle massime d'esperienza, formanti l'enciclopedia o il repertorio di conoscenze empiriche dell'uomo medio, che il senso comune offre come strumento conoscitivo per la valutazione del fenomeno probatorio in un determinato contesto storico e culturale». Sulle c.d. massime di esperienza, anche nei rapporti con le leggi scientifiche, v. G. Tuzet (2016), 182 ss.; P. P. Rivello (2014), 45 ss.

29 P. Ferrua (2017), 84 ss.; G. Ubertis (2015), 19 ss., 56 ss.; Id. (1995), 13 ss.; Id. (1992), 8 ss., 12 ss.; M. Fornaciari (2005), 209 ss.; G. M. Cipolla (2005), 105-107; L. Lombardo (1999), 103 ss., 411 ss., 494; sul punto v. anche B. Cavallone (2012), 107 ss. Più in generale, sulle forme dell'argomentazione del giudice, v. M. Atienza (2012).

30 Sul quale v. ora le interessanti considerazioni di S. Patti (2016), 45 ss. V. altresì L. Lombardo (1999), 414 ss.

31 Tali scelte di valore il giudice compie, ad es.: *a*) quando determina l'attendibilità delle fonti di prova, ad es., dei testimoni (v. L. Lombardo (1999), 433 ss.); *b*) quando seleziona gli indizi che reputa rilevanti per la conoscenza del fatto ignoto da provare; *c*) quando determina la gravità, precisione e concordanza dei medesimi indizi; *d*) e soprattutto quando seleziona la massima d'esperienza (scientifica o tratta dal senso comune) che ritiene applicabile al caso concreto; *e*) nonché, *a fortiori*, quando determina la "forza" della massima e/o delle massime d'esperienza (scientifiche o tratte dal senso comune) che ritiene applicabili al caso di specie. Peraltro, ciascuna di queste scelte di valore può essere strutturata a sua volta su *sub* scelte di valore, che ne rappresentano le premesse. Il rapporto tra "fatto" e "valore", anche nella prospettiva epistemica, in effetti, non si risolve nella contrapposizione tra "giudizio di fatto" e "giudizio di valore giuridico" (su questi temi, v. P. Ferrua (2017), 31 ss., anche in nota 16, 34 ss.; E. Gliozzi (2014), 857 ss., spec. 868: «I giudizi di valore non sempre sono degli imperativi, perché possono essere invece dei giudizi sulla realtà volti a esprimere o a indurre prese di posizione positive o negative di fronte alla realtà così giudicata, senza ancora prescrivere nulla»; F. R. Dinacci (2013), § 1; G. Zagrebelsky (2008), 187, 191; G. M. Cipolla (2005), 51 ss., 61 ss., 102-105; H. Putnam (2004); C. Pizzi (1992), 195 ss.; in tempi meno recenti, G. Ubertis (1979), *passim*). Peraltro, va sin da ora rilevato che il principio del libero convincimento ed il correlato esercizio del prudente apprezzamento implicano solo che, con riguardo alle c.d. prove libere, è il giudice, e non la legge, a determinare l'efficacia probatoria di tali prove; ma tale principio non implica in alcun modo anche la non sindacabilità, in sede di legittimità davanti alla Corte di cassazione, del modo attraverso il quale il prudente apprezzamento è stato esercitato (v. *infra*, § 8; F. R. Dinacci (2013), *op. loc. cit.*, nonché §§ 8.4, 8.5 con riguardo alla prova scientifica, anche in relazione all'accertamento del nesso di causalità e 9).

32 P. Ferrua (2017), 185 ss.; M. Taruffò (2012b), 58 ss., 79 ss., 207 ss., 220 ss.; più di recente, Id. (2017), § 7; M. Fornaciari (2005), 209 ss. Sull'importanza della motivazione in proposito v. G. Canzio (2011), 61 ss.: «Non si pretende dal giudice una qualsiasi motivazione sul fatto, ma che egli abbia percorso l'itinerario della ragione scandito da apposite regole epistemologiche: a partire dall'elemento di prova fino al risultato di prova, secondo criteri d'inferenza, quali la massima d'esperienza, la legge statistica, la legge scientifica di più o meno alto grado di attendibilità empirica. Pertiene, infatti, al diritto di difesa non soltanto chiedere, assumere, confutare le prove, ma anche la garanzia della risposta razionale, del rendiconto, del ragionamento e delle connessioni probatorie che il giudice ha individuato e posto a fondamento del "libero convincimento" e della decisione. [...] A coronamento di questo lungo e complesso itinerario è posto, infine, il controllo di legittimità affidato alla Corte di cassazione, nello scrutinio della logicità del ragionamento probatorio del giudice di merito quanto all'accertamento del fatto (art. 606, 1° comma, lett. e c.p.p.): così riconoscendosi il fine cognitivo e di verità che il processo persegue». V. altresì G. Ubertis (2015), 7 ss., 12 ss., 15 ss.; Id. (1995), 8 ss.; Id. (1992), 8 ss., 12 ss.; più in generale, C. Perelman (1979), *passim*. Per un esame della fase storica in cui si assistette all'applicazione alla dialettica, quali teoria del ragionamento probabile partendo da premesse generalmente accettate, di procedimenti analoghi a quelli del ragionamento necessario usato in logica, affinché anche «il discorso retorico [potesse diventare] in un certo senso logico e rigoroso», v. A. Giuliani (1961), 26 ss. (per una sintesi dei successivi rapporti tra logica e retorica v. ancora G. Ubertis (2015), 10-12).

soggettive del giudice <sup>(33)</sup>; *gg*) nella medesima prospettiva del “giusto processo” e della “giusta decisione” la motivazione deve poter essere adeguatamente sindacabile anche in sede di legittimità, vale a dire avanti alla Corte di cassazione <sup>(34)</sup>; *d*) sulla base di queste osservazioni, si deve ritenere che sono ipotizzabili casi in cui, in ordine ad una medesima vicenda storica, sono prospettabili più ricostruzioni fattuali razionali plausibili, nessuna delle quali può in nessun caso essere considerata assolutamente “certa” <sup>(35)</sup>; e dove la “preferibilità”, o “maggior credibilità razionale” di una di tali ricostruzioni rispetto all’altra dipende ineliminabilmente, a parità degli altri fattori, dalla maggiore o minore distanza del “nucleo di conoscenze e di valori” che esse esprimono col “nucleo di conoscenze e di valori” (col “nucleo culturale” potremmo dire), di colui che è chiamato ad esprimere il giudizio di “maggior credibilità razionale” <sup>(36)</sup>.

In questa situazione, le più moderne ed accreditate teorie della conoscenza nel processo hanno messo in luce come la verifica della verità di un enunciato fattuale (l’ipotesi accusatoria nel processo penale, il fatto costitutivo o estintivo allegato dalla parte nel processo civile) si pone sul piano della coerenza e congruenza linguistica, sintattica e semantica *degli* enunciati e *tra* gli enunciati stessi: quello iniziale, di una delle parti (attore, convenuto, pubblico ministero, imputato), ad una estremità; quelli probatori con funzione gnoseologica al centro; e quello finale, del giudice, all’altra estremità. Nel giudizio di fatto il confronto tra enunciati «è di carattere empirico, epistemico: occorre controllare se le prove giustificano quella conclusione sulla base di certe generalizzazioni empiriche, di concetti tratti dall’esperienza anteriore»; e proprio in forza di questo aggancio al contesto reale, extralinguistico (le prove) «il processo può esprimere la sua pretesa di verità» <sup>(37)</sup>.

È quindi necessario prendere atto che, a parte i condizionamenti che derivano dalle norme giuridiche sul metodo del giudizio di fatto in senso stretto <sup>(38)</sup>, la logica del giudice è una logica essenzialmente argomentativa, dialettico-retorica, prevalentemente induttiva, opinativa, e non formalizzata; benché, come detto, (deve essere) strutturata su rigorose basi razionali. Per l’effetto, le conclusioni del giudice in ordine alla verità di un fatto, per quanto egli abbia ricostruito accuratamente le premesse del suo ragionamento, non potranno mai dirsi “certe”, secondo la logica classica aristotelica, e comunque secondo la logica dimostrativa <sup>(39)</sup>. Di conseguenza oggi, quando si parla di verità nel processo, il riferimento dovrebbe essere, essenzialmente, alle caratteristiche strutturali del discorso giustificativo del giudice: l’enunciato fattuale del giudice afferma la “verità” di un fatto se e solo se il suo discorso giustificativo è completo <sup>(40)</sup>, attendibile <sup>(41)</sup>, plausibile <sup>(42)</sup>, razionalmente coerente

33 M. Taruffo (2017), § 7; M. Fornaciari (2005), 211.

34 Cfr. G. Cenzio (2003), 1196-1198, ad avviso del quale il fatto che il risultato probatorio possa rivelarsi, in molti casi, come l’esito di un procedimento cognitivo ineludibile ma nello stesso tempo fondato su dati di esperienza che non possono considerarsi “certi”, «implica necessariamente, tra l’altro, che il controllo di legittimità del ragionamento probatorio debba investire non soltanto la coerenza logica *ab intrinseco* delle argomentazioni giustificative, la congruenza interna della motivazione, ma anche la base giustificativa della premessa maggiore del sillogismo giudiziario, la cosiddetta giustificazione “esterna”», ovvero «la razionalità delle argomentazioni giustificative [...] inerenti ai dati empirici assunti dal giudice di merito come elementi di prova, alle inferenze formulate in base ad essi ed ai criteri che sostengono i risultati probatori». V. anche Id. (2011), 1195, ove si rimarca come la garanzia del controllo in Cassazione della motivazione, anche con riguardo alla sua logicità, «rinvi necessariamente ad uno schema epistemologico che pretende la trasparenza e la comunicabilità intersoggettiva della trama giustificativa delle “ragioni” e della “logica” della decisione in fatto. E ciò, da un lato, a garanzia dei principi costituzionali di legalità, uguaglianza, giusto processo, soggezione del giudice alla legge, ricorribilità generalizzata dei provvedimenti decisori per violazione di legge, e dall’altro come condizione necessaria per la corretta applicazione della norma giuridica nella soluzione delle questioni di diritto».

35 Cfr. P. Ferrua (2017), 43-44, 95-96. V. anche M. Taruffo (2009), 80-81; G. M. Cipolla (2005), 80 ss., 87 ss. In giurisprudenza, v. Cass. civ. 23 dicembre 2015, n. 25927.

36 Cfr. P. Ferrua (2017), 45. È il tema della relatività della verità *rispetto al contesto* (cfr. M. Taruffo (1992), 54), dovendosi tener conto che la *struttura di riferimento culturale* può ben cambiare da persona a persona anche nell’ambito del medesimo specifico contesto spaziale e temporale di riferimento, quale potrebbe essere rappresentato da un singolo stato. Con riferimento al processo tributario v. G. M. Cipolla (2005), 51 ss., 61 ss., 66 ss.

37 Così P. Ferrua (2017), 28 ss., 45 ss., spec. 48 e 50, ove si precisa che «nella verifica fattuale opera un significato naturale, a decifrare il quale servono teorie su come è organizzato il mondo (del tipo: quell’impronta digitale significa il passaggio di N)»; 84 ss. V. anche M. Taruffo (2009), 71 ss., 78 ss.; L. Lombardo (1999), 457 ss.; 464 ss.; G. Ubertis (1992), 11-12.

38 Cfr. L. Lombardo (2015), 131 ss. Ed a parte, *a fortiori*, le norme processuali sulle decadenze, ed in genere sui limiti di utilizzabilità delle prove, che costringono anche il giudice al «passaggio dalla verità alla verità del giudizio» (così G. Travaglino (2012b), 22); sull’incidenza di tali norme v. anche S. Patti (2016), 39 ss.; M. Taruffo (2009), 83 ss.; G. M. Cipolla (2005), 91; In tema v. anche S. Chiarloni (1986), 819 ss., spec. 822 ss., 827 ss., pure per il ruolo delle premesse di valore che entrano in gioco nell’individuazione dei limiti del giudizio di fatto.

39 In particolare ove si condivida la tesi secondo cui «non esistono, se non forse in casi del tutto marginali, “fatti duri”, “fatti bruti” (*hard facts*), ma esistono solo “fatti soffici” (*soft facts*), fatti cioè suscettibili di essere giudicati diversamente a seconda dei contesti e delle prospettive adottate (cfr. L. Lombardo (2007), 40; v. anche C. Pizzi (1992), 195 ss., ove pure il riferimento alle correlazioni causali). Più in generale, G. M. Cipolla (2005), 61, 66 ss.

40 Ed è completo se: (i) ha adeguatamente preso in esame tutte le prove e gli elementi di prova rilevanti, sia da un punto di vista analitico, sia da un punto di vista complessivo (sul punto v. G. Tuzet (2016), 261 ss.; G. Della Monica (2009), 195 ss., con particolare riguardo alla valutazione degli indizi nel processo penale); (ii) la specifica situazione di fatto del caso concreto è accertata in *tutti* gli elementi fattuali per come presupposti e descritti nelle leggi di copertura applicate.

41 Ed è attendibile se le prove e gli elementi di prova possono essere effettivamente considerati serie ed adeguate fonti di conoscenza, dirette e/o indirette, in merito ai fatti rilevanti Sul giudizio di attendibilità della prova, v. L. Lombardo (1999), 427 ss., 433 ss.

42 Ed è plausibile se il ragionamento si basa su premesse di fatto corrette (gravi, precise e concordanti), vale a dire idonee a denotare e connotare gli

(<sup>43</sup>) e congruo (<sup>44</sup>); in una parola: se e solo se è razionalmente “credibile” (<sup>45</sup>). Ma su questo aspetto torneremo in seguito.

In presenza di questa situazione, la consequenziale conclusione in proposito mi parrebbe la seguente, per quanto apparentemente paradossale: che il giudice, nei limiti del possibile – considerati i ristretti mezzi a disposizione, dovuti alle regole del processo e alle comunque limitate conoscenze scientifiche – si adoperi nella ricostruzione dei fatti incerti nel modo più idoneo ad accertare il più fedelmente possibile i fatti stessi, è considerazione talmente ovvia che non richiede ulteriori argomentazioni. Che nel processo, tuttavia, non si accerti la verità materiale – non solo per le limitate capacità epistemologiche della scienza, ma anche per le impeditive regole processuali –, è una constatazione altrettanto ovvia che del pari non richiede ulteriori argomentazioni (<sup>46</sup>). Il vero tema allora è: con riguardo a quali aspetti della disciplina del processo e fino a che punto di divaricazione dall'accertamento della realtà materiale, ed in cambio di cosa, si può accettare che il processo abbia rinunciato alla “verità” nella ricostruzione dei fatti? Le risposte a queste domande possono condizionare i numerosi aspetti della disciplina del processo che entrano in gioco nell'attività di accertamento dei fatti rilevanti ai fini della decisione sulla domanda: si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle preclusioni, ai poteri d'ufficio, specialmente istruttori, allo spazio da riconoscere alle prove legali ed alle c.d. regole di esclusione, alla non contestazione dei fatti allegati dalla controparte e così via, ma anche allo stesso oggetto del processo e della cosa giudicata.

Si tratta evidentemente di temi che esulano, e non di poco, dall'oggetto dell'indagine che qui intendo condurre. Qui posso solo aggiungere, davvero in conclusione a questo riguardo, un'ulteriore osservazione, più pertinente con i temi qui trattati: l'acquisita consapevolezza della impossibilità del processo di accertare la verità materiale dei fatti controversi non dovrebbe mai giustificare un atteggiamento in partenza scettico o relativistico, tale da giustificare pronunce sulla domanda ove, da un lato, si rinunci alla “pretesa di verità”, vale a dire all'esigenza di accertare, per quanto è possibile secondo le conoscenze del momento, la verità dei fatti; dall'altro, ci si basi su fatti che tuttavia non possono ritenersi pienamente provati secondo gli *standard di prova* previsti dalla legge e quindi in violazione dei principi sull'*onere della prova* e delle strettamente correlate *regole di decisione* (<sup>47</sup>).

4. – Il giudice ricostruisce i fatti rilevanti del processo con i mezzi di cui dispone, e questi sono le prove e gli elementi di prova da un lato, i dati dell'esperienza, comune e scientifica dall'altro, ed il ragionamento logico per interpretare razionalmente i primi sulla base dei secondi ed ottenere elementi di conoscenza in ordine ai fatti ignoti bisognosi di prova (<sup>48</sup>).

Secondo una impostazione tradizionale ed in prima, schematica approssimazione, il ragionamento

---

elementi di conoscenza che ne sono stati tratti; e se le generalizzazioni utilizzate, di natura scientifica e di esperienza comune sono condivise, riconosciute come valide dalla collettività di riferimento in un determinato momento storico, pertinenti e correttamente applicate con specifico riguardo al singolo, irripetibile caso concreto; ovvero tenuto conto, in modo completo ed esauriente, delle prove e degli elementi di prova – effettivamente attendibili – del medesimo caso concreto. Sottolinea che il discorso del giudice non è dimostrativo, “ma *plausibile*, con margini maggiori o minori d'incertezza”, G. Carcatera (2015), 133-134.

43 Ed è razionalmente coerente se le proposizioni che lo compongono non sono tra di loro in contraddizione o comunque in contrasto logico.

44 Ed è congruo se, in base ad una considerazione anche olistica e non solo analitica delle prove e degli elementi di prova, le conclusioni, parziali e finale, sono adeguatamente sorrette dalle premesse, parziali e finale.

45 Ciò vuol dire che, rispetto alle contrapposte tesi della funzione dimostrativa e della funzione persuasiva, retorica della prova, nei termini in cui esse sono tradizionalmente descritte – v., di recente, J. Ferrer Beltrán (2017), 2-3 –, occorre diversamente riconoscere fondamento alla funzione razionalmente argomentativa della prova – dove le due richiamate tesi si fondono in una più feconda prospettiva, anziché contrapporsi –, la quale funzione razionalmente argomentativa è caratterizzata dalle esigenze di: a) valutazione della prova su basi rigorosamente razionali, anche se si tratta necessariamente di una razionalità “debole”, giacché il discorso del giudice che ricostruisce il fatto ignoto e rilevante nel processo non è in grado di garantire la certezza né delle premesse, né delle inferenze, ma solo la loro alta credibilità/probabilità, sulla base delle regole di organizzazione e funzionamento del mondo; b) completa, coerente e plausibile motivazione delle decisioni sopra i fatti rilevanti della causa; c) ampio ed approfondito controllo della stessa motivazione in sede d'impugnazione. Sulla prova come *argumentum* qualitativamente logico del probabile v. quanto osserva A. Panzarola (2016), 628 ss.

46 Anche se, ovviamente, “nulla esclude che il giudicato si formi su una decisione che ha accertato la verità dei fatti”: v. M. Taruffo (2009), 84.

47 A questo proposito, infatti, occorre evitare il rischio di confusione tra: a) in primo luogo, i limiti, dovuti sia alle capacità conoscitive dell'uomo sia alla struttura del processo, di conseguire la certezza assoluta nell'accertamento dei fatti; b) in secondo luogo, il valore della c.d. certezza relativa o pratica della verità di un fatto; e, infine, c) il grado di probabilità di un fatto necessario al fine di ritenere provato quel medesimo fatto nel processo. Ciò che si vuol dire è che sarebbe manifestamente erroneo il ragionamento che, muovendo dalla premessa della impossibilità di conseguire la certezza assoluta della verità dei fatti, negasse il valore della c.d. certezza relativa o pratica della verità di un fatto, la quale, invece, in determinati casi, fino a quando nuove informazioni sulle leggi di copertura utilizzate ne mettano in discussione il fondamento, può essere convenzionalmente assunta come se fosse certezza assoluta (su questi aspetti v. G. Carcatera (2015), 30 ss.).

48 Cfr. G. Canzio (2003), 1195.

giudiziale sarebbe strutturato alla stregua di un sillogismo, il c.d. sillogismo giudiziale: la premessa minore rappresentata dal fatto accertato (“Tizio ha cagionato con colpa – o dolo – un danno ingiusto a Caio”), la premessa maggiore dalla norma applicabile (nell’esempio, l’art. 2043 c.c.) – premesse entrambe contenute nella motivazione della sentenza, con portata giustificativa – e la conclusione rappresentata dal dispositivo, con portata decisoria (“Tizio è condannato a risarcire il danno a Caio”).

Questa impostazione non può essere seguita per almeno quattro ragioni: *a)* la distinzione tra temi di fatto e temi di diritto non è così nettamente distinguibile all’interno della decisione giudiziale. Come abbiamo già osservato, il giudizio di fatto è regolato da norme giuridiche sull’ammissibilità, sull’assunzione, sulla valutazione e sull’efficacia delle prove. Inoltre, anche per la qualificazione della condotta in termini di *dolo* o *colpa*, del danno in termini di *ingiustizia*, nonché per l’accertamento del nesso di causalità, occorre rifarsi a parametri normativi. *b)* L’attività decisoria del giudice è molto più complessa. Il giudizio di fatto, per quanto qui interessa, non si risolve nella posizione della premessa minore del richiamato sillogismo, ma può comporsi – e di norma si compone – di numerosissime decisioni in ordine alle altrettanto numerosissime questioni di fatto che si pongono all’interno di un processo (ad es., quelle relative alla condotta dannosa, quelle relative alla esistenza e all’ammontare del danno e quelle, di norma assai numerose e complesse, che si pongono ai fini dell’accertamento del nesso di causalità). *c)* La vera attività decisoria, che si esprime nella decisione delle *questioni* di fatto controverse, è contenuta nella motivazione della sentenza, e non nel dispositivo, il quale si risolve nella risposta alla *domanda* giudiziale alla luce di tutte le decisioni di questioni contenute nella motivazione. *d)* Come è stato da tempo osservato, la difficoltà del giudizio non risiede nel trarre le conclusioni dalle premesse, ma nel porre le premesse stesse. Ma porre le premesse del ragionamento contenuto nella motivazione vuol dire risolvere, decidere le (come detto) numerosissime questioni di fatto che si possono presentare in un processo. E la decisione delle molteplici questioni di fatto si realizza ed esprime attraverso inferenze logiche, strutturate secondo gli schemi della deduzione, dell’abduzione e, soprattutto, dell’induzione. Il ragionamento induttivo del giudice, tuttavia, non si esaurisce nell’applicazione di schemi logici. Questo discorso merita un approfondimento.

Per rendere più chiaro il discorso possiamo richiamare, ad esempio, le cause di responsabilità per danni da fumo di sigarette che, per le loro caratteristiche, presentano tutti i problemi che qui intendo discutere. In queste vicende, per poter rispondere al solo quesito sull’esistenza del nesso causale, occorre accertare, ad esempio: *a)* il numero di sigarette fumate al giorno dal danneggiato e gli anni complessivi di fumo; *b)* la esatta natura e le specifiche caratteristiche della patologia che si assume dipendente dal fumo di sigarette, tema che a sua volta pone una serie di *sub* questioni e richiede pertanto una molteplicità di *sub* accertamenti<sup>(49)</sup>; *c)* eventuali mutazioni genetiche che possano collegare la patologia al fumo di sigarette<sup>(50)</sup>; *d)* la correlazione tra fumo di sigarette e patologia dal punto di vista epidemiologico<sup>(51)</sup>; *e)* la eventuale esistenza di fattori causali alternativi, sicché l’indagine deve avere ad oggetto la verifica dell’esistenza di eventuali: *aa)* esposizioni del danneggiato a sostanze tossiche per ragioni personali, ambientali o professionali, che possano aver influito sulla insorgenza e/o sullo sviluppo della patologia<sup>(52)</sup>; *bb)* fattori organici o ereditari del danneggiato che del pari possano aver influito sulla insorgenza e/o sullo sviluppo della patologia<sup>(53)</sup>. E poiché in queste cause l’attore lamenta l’omessa informazione sui danni da fumo di sigarette, occorre altresì accertare: *f)* se il fumatore fosse comunque consapevole di tali danni e delle difficoltà di smettere di fumare – sicché la sua scelta consapevole e incondizionata di fumare ha interrotto il nesso di causalità – e quindi, in sintesi, se sussisteva una generalizzata consapevolezza sui danni da fumo e sulle difficoltà di smettere di fumare nel periodo in cui il danneggiato ha cominciato a fumare<sup>(54)</sup>; *g)* in difetto di tale consapevolezza se il fumatore, ipotizzando che fosse stato tempestivamente informato, avrebbe effettivamente modificato il proprio comportamento<sup>(55)</sup>.

49 Cfr. App. Milano, 13 aprile 2016, n. 1432, inedita; App. Roma, 7 marzo 2005, n. 1015, in *Danno e resp.*, 2005, 645 ss.

50 App. Roma, 7 marzo 2005, n. 1015, cit.

51 App. Milano, 13 aprile 2016, n. 1432, inedita; App. Roma, 7 marzo 2005, n. 1015, cit.

52 App. Milano, 13 aprile 2016, n. 1432, inedita; App. Roma, 7 marzo 2005, n. 1015, cit.

53 App. Milano, 13 aprile 2016, n. 1432; App. Roma, 7 marzo 2005, n. 1015, cit.

54 Cfr. App. Roma, 10 maggio 2017, n. 3041, inedita; App. Roma, 17 giugno 2016, n. 3877, inedita; App. Milano, 13 aprile 2016, n. 1432, inedita.

55 Sulle peculiarità della c.d. causalità psichica, v. F. Cingari (2010), 243 ss., ove anche altri riferimenti.

Ebbene, come si può notare, queste vicende presentano anche diversi tipi di “fatti” da accertare, in relazione alla loro natura: fatti per così dire semplici, naturali (numero di sigarette fumate), fatti scientifici (tipo e caratteristiche della patologia), fatti istituzionali (consapevolezza collettiva della dannosità del fumo in un determinato periodo storico), fatti psichici (il fatto che il fumatore, se fosse stato tempestivamente informato, avrebbe modificato il suo comportamento) <sup>(56)</sup>. Ciascuno di questi accertamenti deve essere condotto secondo peculiari criteri, tenuto conto della natura dei fatti da accertare e delle particolari leggi d’esperienza applicabili. Tuttavia, la struttura generale del ragionamento non cambia, sicché possiamo esemplificare, prendendo spunto dalla elementare classificazione dianzi riportata, con riguardo all’accertamento della consapevolezza collettiva della dannosità del fumo in un determinato periodo storico.

Ora, in generale, come è noto, quando si tratta di ricostruire i fatti del passato, è assai rara l’ipotesi in cui il giudice possa disporre di una prova diretta, completa, chiara ed esaustiva in ordine al fatto da provare. Nella quasi totalità dei casi il giudice può arrivare a ritenere provato tale fatto solo indirettamente, attraverso un ragionamento presuntivo: vale a dire, come già ricordato, prendendo le mosse da alcuni fatti noti, provati e, attribuendo loro un significato in ordine alla esistenza/verità del *factum probandum* (peso, valore probatorio), perviene al suo convincimento in ordine alla esistenza/verità (o inesistenza/falsità) dello stesso *factum probandum*.

L’attribuzione di significato agli elementi di prova (indizi) avviene attraverso l’applicazione delle regole di organizzazione e funzionamento del mondo, vale a dire le c.d. massime d’esperienza, comune o scientifica. Queste regole ci dicono quando, in presenza di determinati fatti (ad es, dei fatti Y, J e K), provati o comunque certi nel processo, si può ritenere provato il fatto X, ignoto ed oggetto di prova <sup>(57)</sup>. Queste regole possono essere schematicamente classificate in ordine decrescente secondo la “forza” di associazione tra il fatto noto (o i fatti noti) e il fatto ignoto: *i*) anzitutto vi sono le c.d. leggi universali di copertura, in presenza delle quali si può affermare una associazione tra fatti – anche, ove occorra in chiave causale –, “certa” o “quasi certa”, nel senso che, in presenza del (o provata la verità dell’enunciato relativo al) fatto Y è praticamente certa anche la esistenza del (la verità dell’enunciato relativo al) fatto X <sup>(58)</sup>. Nel caso di utilizzabilità di una legge universale di copertura, il giudice può applicare il c.d. metodo nomologico-deduttivo, perché, data una certa premessa minore (il fatto noto) ed applicata la legge universale di copertura quale premessa maggiore del ragionamento, egli può dedurne, come detto, una conseguenza “certa” o “quasi certa” (in ordine alla esistenza/verità del fatto da provare); e ciò perché la “legge di copertura è – almeno in linea di principio – generale, e quindi include il caso particolare che è oggetto di considerazione” <sup>(59)</sup>.

Se il giudice potesse utilizzare sempre queste leggi nelle sue inferenze, avremmo un ragionamento probatorio sempre pienamente razionale, con giudizio ed accertamento fondati su una probabilità logica *oggettiva*, poco o punto spazio per i giudizi di valore, ed una meno problematica controllabilità del ragionamento probatorio anche in Cassazione (si tratterebbe di un ragionamento strutturato su una razionalità che possiamo definire “forte”). In tal caso si potrebbe forse anche discorrere di funzione dimostrativa della prova. Tuttavia, di regola, nell’ambito del suo complesso ragionamento probatorio, il giudice può contare su tali leggi solo raramente e comunque in via estremamente marginale (trattasi di convincimento tanto diffuso quanto pacifico, anche per il ristretto numero delle leggi universali di copertura che di regola vengono in gioco nel processo). Lo stesso discorso vale per i casi in cui la regola di copertura non sia una legge universale, vale a dire effettivamente generale, ma una legge quasi-generale, ossia tale da essere caratterizzata da una altissima probabilità statistica e da coprire la quasi totalità dei casi particolari. Anche tali leggi ricoprono un ruolo spesso marginale nell’ambito del ragionamento probatorio.

56 Altri casi dell’ultimo tipo riportato nel testo si hanno, ad esempio, almeno secondo la giurisprudenza più recente, nei casi violazione delle norme sul c.d. consenso informato, nei quali il paziente che si assume danneggiato deve provare che, ove adeguatamente informato, avrebbe evitato di sottoporsi all’intervento chirurgico e di subirne le conseguenze invalidanti (tra le più recenti, Cass. 4 maggio 2018, n. 10608); e nei casi omessa diagnosi prenatale di malformazione del feto e danno da nascita indesiderata, in cui la madre deve provare che, ove adeguatamente informata sulla malformazione del figlio, avrebbe esercitato il suo diritto di interrompere la gravidanza (Cass. 19 gennaio 2018, n. 1252).

57 In proposito, v. l’interessante lista riportata in R. Blaiotta, G. Carlizzi (2018), 444 ss.

58 Per un esempio, v. R. Blaiotta, G. Carlizzi (2018), 445.

59 Taruffo (2006), 114.

*ii)* Vi sono poi le leggi statistiche dove l'associazione tra eventi è caratterizzata da una frequenza alta (ma non altissima) o medio-alta, come ad esempio può accadere con i dati forniti dalla epidemiologia <sup>(60)</sup>. Naturalmente sono molto più frequenti le leggi statistiche rispetto alle leggi universali di copertura, sicché le prime svolgono un ruolo quantitativamente molto più importante delle seconde nel ragionamento del giudice. Il problema consiste nello stabilire se ed in presenza di quali condizioni tali leggi possano consentire al giudice di ritenere provato il fatto ignoto, associato in virtù della legge statistica al fatto noto provato nel processo. Ed anche di stabilire se e che rilievo possono avere all'interno del ragionamento del giudice leggi statistiche che registrano frequenze basse o medio-basse di eventi. Su tali punti torneremo in seguito (v. *infra*, §§ 5 e 8). Sin da ora si può rilevare che, evidentemente, l'applicazione di tali leggi può esprimere solo la *probabilità* dell'associazione tra gli eventi presi in esame (quello noto provato e quello ignoto da provare), probabilità quantitativamente corrispondente alla frequenza registrata dalla legge statistica stessa <sup>(61)</sup>.

*iii)* Come è noto, le leggi di gran lunga più utilizzate dal giudice sono le c.d. massime d'esperienza, vale a dire le leggi che si ritraggono dall'*id quod plerumque accidit*; in altre parole, le "generalizzazioni empiriche tratte con procedimento induttivo dall'esperienza comune, indipendenti dal caso presente, che forniscono al giudice informazioni su ciò che normalmente accade secondo un diffuso consenso nella cultura media e nel contesto spazio-temporale della decisione" <sup>(62)</sup>. Ora, per quel che rileva in questa sede, occorre sottolineare che non esiste una classificazione in qualche modo "certificata" delle massime d'esperienza utilizzabili dal giudice, né tantomeno una indicazione della plausibilità delle massime stesse. Lo stesso concetto di massima d'esperienza non è preciso ed univoco <sup>(63)</sup>. Pertanto, nell'utilizzazione delle massime d'esperienza il giudice in astratto è dotato di un'ampia discrezionalità, perché è lui che sceglie: *a)* quali elementi di prova porre come premessa minore; *b)* quale legge dell'esperienza applicare come premessa maggiore; *c)* quale forza d'associazione riconoscere alla legge d'esperienza applicata e, di conseguenza, *d)* il grado di convincimento circa la verità dell'enunciato fattuale oggetto di prova.

Questo stato di cose – la mancanza di parametri oggettivi certi in proposito – comporta, inevitabilmente, che il ragionamento probatorio sul quale si basa una sentenza può essere convincente per il giudice ma non per le parti, oppure per il giudice che la ha elaborata ma non per il giudice dell'impugnazione e così via. E ciò – si ripete, in mancanza di parametri oggettivi certi al riguardo – senza che vi sia alcun modo per determinare se la conclusione del ragionamento probatorio in considerazione sia *oggettivamente* valida o meno.

La descritta ampia discrezionalità per il giudice, come accennato, sussiste però in astratto, perché l'ampiezza di tale discrezionalità dipende poi, in concreto, da un lato, dall'estensione e dalle caratteristiche dell'obbligo di motivazione del giudizio di fatto; dall'altro, dall'ampiezza del sindacato sulla motivazione esercitabile in sede d'impugnazione.

Tuttavia, va da sé che – per quanto l'obbligo di motivazione ed il controllo in sede d'impugnazione possano essere ampi e sostanziali –, nelle ipotesi ora in esame, vale a dire quando il giudice utilizza le massime d'esperienza, il ragionamento probatorio sarà caratterizzato da una razionalità ben diversa rispetto ai casi in cui il giudice faccia ricorso alle leggi universali di copertura; ed infatti il suo giudizio ed il suo accertamento difficilmente potranno dirsi fondati su una probabilità logica davvero *oggettiva*, tenuto conto dell'ampio spazio che qui occupano i giudizi di valore; ed a proposito della sindacabilità del ragionamento probatorio in sede d'impugnazione, non sarà agevole distinguere tra controllo di legittimità e riesame nel merito della valutazione della prova. Ben difficilmente, infine, si potrà discorrere, in questi casi, di funzione dimostrativa della prova in senso stretto e tecnico.

*iv)* Ancora meno determinato nei suoi caratteri è il generico "senso comune" cui del pari il giudice attinge a piene mani per la valutazione delle prove e degli elementi di prova. Come è stato osservato, per

60 Taruffo (2006), 118 ss.

61 Al riguardo v. R. Blaiotta, G. Carlizzi (2018), 445 ss.

62 Così G. Canzio (2003), 1196.

63 Sulle massime d'esperienza v. M. Taruffo (2006), 122 ss.; Id. (2001), 665 ss. V. altresì, anche per i rapporti con le leggi scientifiche, G. Tuzet (2016), 182 ss.; P. P. Rivello (2014), 45 ss.; per i rapporti con i concetti giuridici indeterminati, v. J. C. Barbosa Moreira (1978), 2 ss.



i suoi “caratteri intrinseci di variabilità, incoerenza e indeterminatezza”, in “società strutturalmente multiculturali il rinvio al senso comune rischia di apparire completamente ‘vuoto’, o di servire da copertura a scelte compiute in modo del tutto soggettivo da chi prende decisioni” (64). Vale quindi *a fortiori* per il senso comune quanto già osservato a proposito delle massime d’esperienza.

Ad ogni modo, anche dopo aver ricordato le caratteristiche di tali strumenti di conoscenza nell’acertamento dei fatti – e quindi la loro strutturale opinabilità – va qui rimarcato che il giudice, senza il ricorso alle massime d’esperienza ed al senso comune non sarebbe in grado di giudicare in ordine alla verità dei fatti controversi; sicché, ribadita la loro essenzialità ai fini della decisione, occorre definire i criteri e le regole processuali affinché se ne assicurino una razionale utilizzazione all’interno del ragionamento probatorio, pure con la previsione di adeguati controlli in sede d’impugnazione, e non certo immaginarne una loro eliminazione dal contesto della ricostruzione processuale dei fatti.

v) All’ultimo posto di questa scala ideale delle regole e delle nozioni di cui il giudice si avvale nella valutazione delle prove libere si trovano le regole fondate sui veri e propri pregiudizi, o su stereotipi, cioè su opinioni, convinzioni e credenze non solo prive di base scientifica, ma anche di qualsivoglia addentellato razionale, e tuttavia invece considerate attendibili e/o credibili (c.d. generalizzazioni spurie). In quanto tali, non dovrebbero nemmeno essere ricordate in una prospettiva di valutazione razionale della prova, ma qui vengono richiamate perché, al pari di quel che avviene col senso comune, in una società multiculturale ciò che può apparire un pregiudizio per una determinata cultura può invece essere ritenuto seriamente credibile per un’altra.

Dall’*excursus* proposto dovrebbe risultare anche il rapporto tra leggi scientifiche e massime d’esperienza: a mio modo di vedere, infatti, le leggi scientifiche, o comunque le generalizzazioni di carattere scientifico non sono altro che massime d’esperienza qualificate: *i*) dal tipo di sapere utilizzato (scientifico e non dell’uomo medio); *ii*) da colui al quale (o da coloro ai quali) sono riconducibili (esperto più o meno autorevole della materia e non uomo medio o senso comune); *iii*) dal tipo di procedimento o metodo utilizzato per l’acquisizione dei dati su cui le medesime leggi scientifiche si fondano; *iv*) dalla comunità scientifica (all’interno della quale tali leggi possono essere più o meno accreditate) (65). Le leggi scientifiche, in conclusione, strutturano il ragionamento inferenziale del giudice: dal punto di vista qualitativo, al pari delle massime d’esperienza (salvo voler accordare, in generale, maggiore affidabilità alle prime); dal punto di vista quantitativo, a seconda del numero di *sub* accertamenti in cui è necessario o anche solo opportuno farvi ricorso.

5. – Ma come avviene, in concreto, l’attribuzione di significato agli elementi di prova (indizi) attraverso l’applicazione delle regole di organizzazione e funzionamento del mondo, attraverso le massime d’esperienza, comune o scientifica? Come avviene il raccordo, il passaggio di significato tra gli enunciati con funzione probatoria e gli enunciati fattuali finali contenuti nella sentenza del giudice? È questa la fase più complessa nell’attività di valutazione delle prove, nonché la fase meno razionale dell’attività stessa, se per razionale intendiamo un’attività cognitiva che si snoda lungo binari oggettivi, certi e predeterminati in ordine all’identificazione del valore probatorio da attribuire ai singoli elementi di prova e alle correlate conclusioni in punto di raggiungimento di un determinato risultato probatorio (66).

Ma andiamo con ordine proseguendo con l’esempio in considerazione: al fine di determinare se vi fosse consapevolezza collettiva circa la dannosità del fumo in un determinato momento storico, il giudice deve evidentemente esaminare gli elementi di prova introdotti nel processo dalla parte interessata, elementi che possono convincere il giudice stesso della esistenza di tale consapevolezza, nonché gli elementi

64 Così Taruffo (2001), 675 ss.

65 Per G. Carcaterra (2015), 33, le massime somigliano alle leggi scientifiche statistiche, ma “mentre le leggi statistiche sono scientifiche, parlano un linguaggio numerico e sono basate su rigorosi metodi d’indagine, le massime si servono di un linguaggio qualitativo e si basano sulla semplice e ingenua esperienza”.

66 Cfr. P. Ferrua (2008), *Metodo scientifico e processo penale*, cit., 15: “In altri termini, se il significato dell’essere vero per l’enunciato storico sta nella sua corrispondenza ai fatti, il metodo della verifica, il criterio (fallibile) di verità sta nel passaggio dalle premesse probatorie, *rectius* dalle proposizioni che descrivono le prove alla proposizione da provare che, a seconda dei casi, sarà affermata o negata. Quali che siano le prove in gioco – preconstituite o costituite, dichiarazioni di prova o prove critico-indiziarie – questo passaggio non ha nulla di logicamente necessario, essendo sempre il frutto di un complesso di generalizzazioni, attinte ora dalla scienza or dall’esperienza corrente; e, dunque, la conoscenza che si raggiunge nel processo non è mai indubitabilmente certa”.

introdotti dalla controparte, che depongono in senso opposto. E si tratterà, ad esempio, di articoli di giornale, di riviste, di libri, film, programmi televisivi, radiofonici, ed altri mezzi di comunicazione in senso lato dell'epoca che possono aver influito nella formazione di tale consapevolezza. Ora, nell'apprezzare tali elementi di prova il giudice è chiamato ad una serie di valutazioni e consequenziali scelte che sono in prima battuta dettate da componenti strettamente psicologiche e culturali, le quali strutturano le sue attitudini cognitive<sup>(67)</sup>. È chiaro poi che, prima di esprimere il giudizio finale sul valore probatorio di un determinato elemento di prova, a dette iniziali componenti si affiancherà una ragionata ponderazione di tutte le informazioni rilevanti per la relativa decisione – anche naturalmente alla luce della dialettica processuale e quindi attraverso l'esplicazione del contraddittorio tra e con le parti –, affinché la decisione stessa non resti confinata nell'ambito di un pre-giudizio<sup>(68)</sup>. In questa direzione, il giudice deve, ad esempio, selezionare gli elementi di prova che ritiene più rilevanti (tra i vari articoli di giornale, le varie trasmissioni televisive e radiofoniche, e così via), attribuire loro un determinato valore, peso probatorio (stabilire quanto, ad es., una specifica campagna di informazione sulle conseguenze del fumo possa aver influito sulla consapevolezza dei consumatori), confrontare tale peso con quello attribuibile ad elementi di prova contrari (ad es., con articoli in cui si nega, in tutto o in parte, la dannosità del fumo); e ciò, tenuto conto delle caratteristiche del peculiare caso concreto esaminato, ovvero dello specifico, unico ed irripetibile contesto di riferimento, in cui rilevano, tra l'altro, l'età, l'educazione, lo stile di vita, la professione e, sinteticamente, il vissuto del fumatore danneggiato<sup>(69)</sup>.

Nel compimento di queste scelte e, progressivamente, nella formazione del suo convincimento, il giudice utilizza una serie innumerevole, amplissima di massime di esperienza, massime che gli consentono di assegnare un significato preciso, secondo il suo prudente apprezzamento, agli elementi di prova di cui dispone. Ciascuna di queste numerose scelte, evidentemente non sempre omogenee tra di loro, si fonda su di una complessa rete di diversi ed autonomi ragionamenti inferenziali, di natura prevalentemente induttiva – anche nella forma abduttiva<sup>(70)</sup> – e deduttiva<sup>(71)</sup>, nei quali entrano in gioco, in percentuali ovviamente diverse a seconda dell'oggetto dell'accertamento, maglie di generalizzazioni fondate sull'esperienza, sul buon senso, su statistiche non ufficiali, su saperi di carattere scientifico, leggi statistiche e, ove possibile (ma in genere, come detto, ciò avviene del tutto eccezionalmente) su leggi universali di copertura<sup>(72)</sup>. Si tratta, tuttavia, inevitabilmente, della prospettiva *sogettiva* del giudice, del *suo* modo di interpretare il mondo, in base al *suo* specifico vissuto. Qui entra in gioco il modo *sogettivo* di intendere il mondo e le sue regole (che si assumono) *oggettive* di funzionamento: vale a dire come *per il giudice* funziona *oggettivamente* il mondo.

E tutto ciò è vero a prescindere da un ulteriore dato molto importante di cui occorre tener conto: vale a dire che, dovendo il giudice esprimere le sue valutazioni su situazioni del tutto particolari – spesso uniche ed irripetibili – in numerosissimi casi egli sarà chiamato a determinare *ad hoc* le massime d'esperienza da utilizzare. Si tratterà infatti di massime d'esperienza costruite sul peculiare caso concreto, congetturate più che fondate sull'esperienza reale, perché, proprio in considerazione della particolarità dei casi che il giudice deve considerare, non sussistono (possono non sussistere) non solo leggi statistiche, ma nemmeno l'esperienza di persone sufficiente per determinare, con riguardo alle condizioni date, una legge fondata sull'*id quod plerumque accidit*: il giudice deve costruire la legge di base da applicare al suo argomento probatorio

67 Sul punto v. A. Forza, G. Menegon, R. Rumiati (2017), *passim*.

68 Tuttavia, va da sé che anche questa ragionata ponderazione non può non essere condizionata dal particolare nucleo di conoscenze e di valori del singolo giudice chiamato ad attribuire il peso probatorio agli elementi di prova.

69 V., ad es., App. Roma, 10 maggio 2017, n. 3041, inedita; App. Roma, 17 giugno 2016, n. 3877, inedita; App. Milano, 13 aprile 2016, n. 1432, inedita.

70 Sul ragionamento abduttivo, v. P. Ferrua (2017), 84 ss. Al riguardo v. C. Pizzi (2009), *passim*.

71 Insiste su tale aspetto, di recente, M. Fornaciari (2005), 261 ss., ma naturalmente occorre intendersi sui concetti di induzione e deduzione: chiarisce il punto G. Carcaterra (2015), 35, ove si precisa che "Nella tradizione la distinzione fra argomenti deduttivi e argomenti induttivi poggiava su un altro criterio: si diceva che la deduzione procedeva dal generale al particolare, l'induzione viceversa, dal particolare al generale. Questo criterio oggi è abbandonato, il criterio corretto è la diversa natura del nesso di consequenzialità: (assolutamente) certo nella deduzione, più o meno probabile nell'induzione". Per esempi di argomenti deduttivi ed induttivi in tema di accertamento dei fatti v. Id. (2015), 105 ss. Sul punto v. anche L. Lombardo (1999), 417 ss., che valorizza il c.d. sillogismo probatorio ai fini della formulazione del giudizio di fatto, riservando alla induzione una funzione *euristica*, per la formulazione di ipotesi.

72 Cfr. B. Pastore (1996), 190: "nel ragionamento giudiziale opera un complesso reticolo di procedimenti deduttivi, induttivi e abduttivi che, in quanto forme di produzione di senso, affluiscono variamente e risultano variamente collegati e contaminati". V. anche G. Tuzet (2016), 137, che a proposito del ragionamento probatorio parla di intreccio o miscela d'inferenze; M. Taruffo (2002), 327-328. Sulla pluralità e complessità delle inferenze che caratterizzano il ragionamento del giudice v. anche L. Lombardo (1999), 433 ss., 457 ss.

– e ciò farà in base a parametri razionali, *id est* in base a vere e proprie massime d'esperienza – ma senza riscontri direttamente ed effettivamente compiuti sull'esperienza reale <sup>(73)</sup>. Qui l'*id quod plerumque accidit* rappresenta lo scenario di fondo al cui interno il giudice costruisce la concreta legge di base, calibrata sull'unico ed irripetibile caso concreto, del suo argomento probatorio. Nell'attribuzione di significato probatorio ai singoli, specifici e concreti elementi di prova, e nella costruzione della massima d'esperienza specifica da applicare al caso concreto, unico ed irripetibile, si concretizza l'attività di valutazione delle prove, si pongono le premesse della decisione finale, vale a dire si compie l'essenza dell'attività del giudicare, come aveva ben messo in luce ormai più di ottanta anni fa Guido Calogero.

Le personali convinzioni del giudicante sul modo di funzionamento del mondo – i suoi valori, le sue ideologie, la sua cultura – guidano e sospingono la formazione graduale, la messa a fuoco progressiva del suo convincimento, fino a quando questo raggiunge, sempre secondo la visione soggettiva del giudice, una soglia sufficientemente definita, soddisfacente, e traducibile in argomenti, discorsi razionali. Ma qui la razionalità deve essere intesa in senso “debole” <sup>(74)</sup>, nel senso cioè che il discorso del giudice deve essere strutturato su argomenti perfettamente intellegibili da tutti – dai punti di vista linguistico, semantico e sintattico – ma che, muovendo da premesse non oggettive, non certe, bensì personali, soggettive, nel senso testé chiarito, e quindi opinative, possono essere ritenuti da qualcuno, anche nell'ambito della stessa comunità sociale di riferimento, non condivisibili <sup>(75)</sup>: ancor di più torreggia la visione *soggettiva* del giudice in merito al modo (che lui ritiene) *oggettivo* di funzionamento del mondo <sup>(76)</sup>.

Ebbene, da questo esempio emerge con la massima chiarezza possibile come sia difficile discorrere, a questo riguardo, di funzione *dimostrativa* della prova in senso stretto, e come diversamente emerga, almeno nella grande maggioranza dei casi, la portata argomentativa, opinativa, dialettico-retorica del discorso del giudice nell'ambito del suo ragionamento probatorio <sup>(77)</sup>. E si può ben intuire come in questi casi, lo si è già ricordato, non è agevole un controllo di logicità-legittimità del discorso del giudice che non riconsideri il contenuto delle valutazioni e delle scelte dal medesimo compiute.

Attraverso siffatte complesse maglie e reti di collegamenti semantici – a volte intuitivi, a volte analitici – che portano a progressive forme di conoscenza, via via traducibili, in base al grado di definizione e consolidamento, nelle forme logiche dell'inferenza probabilistica, il giudice dà forma e colore agli spazi bianchi rappresentati dai fatti ignoti e controversi <sup>(78)</sup>. A mano a mano il giudice definisce i numerosissimi temi di fatto oggetto di prova e, come se si trattasse dei singoli tasselli di un complesso mosaico – o, secondo un'altra nota metafora, le voci di un cruciverba –, ricompono in un grande disegno unitario il quadro fattuale rilevante nel processo <sup>(79)</sup>.

6. – Ho parlato in più circostanze di giudizi probabilistici, inferenze probabilistiche. Ma di che tipo di

73 Su questi aspetti v. G. Carcattera (2015), 116-117 ss.

74 O, meglio, doppiamente debole, atteso che il discorso del giudice che ricostruisce il fatto ignoto e rilevante nel processo non è in grado di garantire (i) né la certezza delle premesse, (ii) né quella delle inferenze.

75 Il giudice nella motivazione della sentenza concluderà, ad esempio, che “la nocività del fumo è fatto noto già da decenni prima dell'imposizione del 1991 degli *health warnings*” (App. Roma 10 maggio 2017, inedita). Ma con pari grado di “razionalità debole” un altro giudice potrebbe diversamente opinare che “non è affatto dimostrato che [...] alla metà degli anni Sessanta [...] già esistesse in Italia la consapevolezza pubblica circa i rischi associati al fumo” (App. Milano, 13 aprile 2016, n. 1432, inedita).

76 Cfr. P. Garbolino (2014), 28: «Il grado di credenza in una proposizione misura la nostra disposizione soggettiva a credere che una data proposizione sia vera e non misura un “grado di verità” oggettivo di tale proposizione perché le proposizioni sono vere o false, *tertium non datur*: la verità è una sola. Una proposizione è vera se e solo se le cose stanno come essa asserisce che stiano, ma individui diversi e tutti razionali, possono avere diversi gradi di credenza nella medesima proposizione perché la credenza è *uno stato mentale relativo alle prove e alla conoscenza di sfondo* che si possiede, e come tale può essere diverso per persone ragionevoli ma in possesso di informazioni differenti. La *coincidenza fra stato mentale e stato delle cose*, ciò che classicamente chiamiamo conoscenza, è qualcosa che raramente si verifica quando abbiamo a che fare con *eventi contingenti*, eventi cioè la cui verità non è logicamente necessaria, quali sono tutti gli eventi storici. Perciò, la conoscenza che di tali eventi possono avere lo storico e il giudice, nella maggior parte dei casi, non è credenza vera giustificata, bensì solamente *credenza giustificata*».

77 E ciò si può affermare senza rischiare di confondere, ingenuamente, *dimostratività* e *deduttività*: cfr. G. Carcattera (2015), 37 ss., ove tra l'altro si afferma perentoriamente che “La scienza del diritto non è una scienza esatta. Le sue argomentazioni sono ben lontane dalla dimostratività”. Al riguardo v. anche R. Blaiotta, G. Carlizzi (2018), 462 ss., ove si rimarca con fermezza che la valutazione relativa al grado di conferma che l'ipotesi ha ricevuto sulla base delle prove “ha un forte contenuto valutativo, è vaga per eccellenza, sfugge ad ogni rigida determinazione quantitativa, manifestandosi con essa il prudente apprezzamento ed il libero seppure non arbitrario convincimento del giudice”, e che la “congruenza di un'ipotesi non discende dalla sua coerenza formale, o dalla corretta applicazione di schemi inferenziali di tipo deduttivo, bensì dalla aderenza ai fatti espressi da una situazione data”.

78 V. in proposito quanto si dice in R. Blaiotta, G. Carlizzi (2018), 462 ss.

79 Sulle c.d. metafore probatorie v. G. Tuzet (2016), 266 ss.

probabilità stiamo parlando? La Corte di cassazione italiana afferma, con orientamento costante ed ormai consolidato, che il c.d. standard di “certezza probabilistica” in materia civile, presupposto per ritenere provato un fatto ed in particolare il nesso di causalità materiale, non può essere ancorato esclusivamente alla c.d. probabilità quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all’ambito degli elementi di conferma (e, nel contempo, nell’esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana) <sup>(80)</sup>.

Rileva quindi, principalmente, la c.d. probabilità logica o baconiana. Occorre però capire bene di cosa stiamo parlando. In generale, si distingue tra probabilità quantitativa, frequentista, statistica, o pascaliana, e probabilità logica o baconiana, sulla scorta di studi e concetti nati, come è noto, nell’ambito della filosofia e poi applicati in ambito processuale <sup>(81)</sup>. I modelli di logica c.d. pascaliana e c.d. baconiana sono assai numerosi ed estremamente complessi <sup>(82)</sup>. Con una certa, necessaria dose di semplificazione, si può dire che i primi si fondano sulle leggi statistiche «che mostrano una mera regolarità statistica di tipo frequentista fra il presentarsi di un evento di tipo “A” e uno di tipo “B”, affermando che il verificarsi di un certo evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento soltanto in una certa percentuale di casi (ad es. “Nove su dieci A sono seguite da B”)» <sup>(83)</sup>. Pertanto, la probabilità statistica riguarda l’analisi empirica ed esprime la frequenza con cui l’evento si verifica durante l’osservazione: se  $n$  rappresenta il numero degli esperimenti ed  $m$  il numero di volte con cui l’evento si verifica, la probabilità – frequenza è data dal rapporto tra il numero delle volte in cui l’evento si è verificato con il numero degli esperimenti  $m/n$ . Come è stato da più parti rilevato, l’utilizzazione delle leggi statistiche, frequentiste, sarebbe davvero poco utile nella indagine sulla esistenza di un evento singolo ed in particolare del nesso causale in un caso specifico e concreto, peraltro non futuro ma passato. Infatti, poiché tali leggi affermano che determinate classi di eventi si susseguono secondo un dato rapporto di proporzione tra loro, ossia secondo una data regola di frequenza, esse possono valere per descrivere le frequenze relative ai fenomeni di massa, per descrivere cioè quale sarà la frequenza relativa di un certo evento in una lunga sequenza di eventi, ma nulla possono dire in ordine ad un evento singolo: una legge probabilistica, non esclude alcun evento singolo in contrasto con essa. In questa prospettiva si è osservato che «solo in senso molto approssimativo è possibile parlare, dal punto di vista frequentista, di probabilità dell’evento singolo; deve riconoscersi invece che l’attribuzione, ad un evento singolo, della causa che prevede la legge statistica, è possibile soltanto con un salto logico, con un *grado di fiducia* proporzionale alla probabilità insita nella legge di copertura» <sup>(84)</sup>.

Nonostante una parziale omonimia, ed il fatto che entrambe si propongano di determinare la associazione, eventualmente causale, tra due fatti, del tutto diversa dalla pascaliana è la c.d. probabilità logica o baconiana, (almeno) per come essa è intesa in sede processuale <sup>(85)</sup>. Questa, infatti, si fonda, nella sua accezione più semplice ed utilizzabile in sede processuale, sul rapporto tra un’ipotesi fattuale e il c.d. grado di conferma che la stessa riceve dagli elementi di prova disponibili nel caso concreto. In particolare, la probabilità logica, che si inserisce nell’ambito della probabilità epistemica, si riferisce alla probabilità che un’affermazione sia o meno veritiera attraverso il ragionamento logico fondato sugli elementi di prova: secondo la formula  $p(k/e) = r$ , la probabilità  $p$  è uguale al grado di conferma  $r$  che

80 Cass. civ. 24 ottobre 2017, n. 25119; Cass. 3 gennaio 2017, n. 47; Cass. 29 dicembre 2016, n. 27449; a partire da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, nn. 576-584

81 Sul concetto di probabilità e sul suo uso nel processo, v. P. Garbolino (2014), *passim*, con particolare attenzione al c.d. teorema di Bayes; A. Panzarola (2016), 627 ss.; J. Ferrer Beltrán (2012), 89 ss., con particolare riguardo alla probabilità induttiva nella forma in cui la presenta L. J. Cohen; in precedenza, v. L. Lombardo (1999), 62 ss.; M. Taruffo (1992), 166 ss.; C. Besso (1991), 1119 ss.; L. J. Cohen (1998), *Introduzione alla filosofia dell’induzione e della probabilità*, *passim*.

82 Per una ricostruzione chiara ma necessariamente sintetica di tali modelli, v. J. Ferrer Beltrán (2012), 90 ss.; C. Besso (1991), *passim*.

83 L. Lombardo (2007), 55, il quale prosegue precisando che queste leggi statistico-probabilistiche vengono a costituire l’*explanans* di quello che C. G. Hempel ha denominato modello “statistico-induttivo” (C. G. Hempel (1968), 93 ss.). In questo caso, si precisa, a differenza della spiegazione causale nomologico-deduttiva, le asserzioni che fungono da *explanans* non implicano deduttivamente l’*explanandum*, ma lo indicano solo come più o meno probabile.

84 L. Lombardo (2007), *La scienza e il giudice*, cit., 56. Sul punto v. anche v. J. Ferrer Beltrán (2012), 95 ss.

85 In una prospettiva più generale, vi è anche chi contesta la possibilità di considerare la probabilità c.d. baconiana come veramente autonoma da quella c.d. pascaliana (per riferimenti, v. Besso (1991), 1125, nota 21).

l'ipotesi  $k$  riceve dagli elementi probatori  $e$  a disposizione <sup>(86)</sup>. La probabilità logica può essere intesa come la “credibilità razionale” della verità o falsità di un enunciato fattuale (affermata prima dalla parte poi anche dal giudice) sulla base delle specifiche prove disponibili nel caso concreto. Al variare di queste, pertanto, varierà pure quella.

Se poi si tiene conto del fatto che il giudice raggiunge il convincimento in ordine alla verità di un determinato fatto  $X$ , da provare nel processo, attraverso il ragionamento inferenziale che tiene conto degli elementi di conoscenza offerti dal fatto  $Y$  o, più verosimilmente, dai fatti  $Y$ ,  $J$  e  $K$ , provati o comunque certi nel processo stesso, si comprende che il grado o misura della probabilità logica dipendono dalla solidità della regola di associazione dei fatti  $Y$ ,  $J$ ,  $K$  rispetto a  $X$  applicata dal giudice al ragionamento inferenziale di cui si tratta. E la solidità di tale regola dipende sia dal peso probatorio, ovvero dalla gravità, precisione e concordanza delle prove e degli elementi di prova ( $Y$ ,  $J$  e  $K$ ), sia dalla forza intrinseca della generalizzazione adottata (astrattamente considerata), sia dalla presenza delle c.d. variabili rilevanti, ovvero circostanze del caso concreto che possono, a seconda dei casi, rafforzare, oppure al contrario attenuare, significativamente ridurre e perfino eliminare la forza della generalizzazione stessa (fermo restando che, come già ricordato, anche la forza della generalizzazione non può essere misurata in termini oggettivi, precisi ed assoluti – e ancor meno in termini numerici – perché essa dipende dalla “struttura culturale di riferimento” di colui che la applica). Il discorso non muta nella sostanza laddove si adotti, per spiegare il ragionamento del giudice, il c.d. “modello di Toulmin” <sup>(87)</sup>.

In questa chiave (necessariamente) semplificata, in cui la contrapposizione entra nel processo, la distinzione fondamentale tra probabilità pascaliana e probabilità baconiana risiede dunque in ciò: la prima, che si vorrebbe prevalentemente se non esclusivamente di natura oggettiva, determina la relazione tra fatti in base ad un calcolo matematico che si basa su dati statistici; la seconda, in ordine alla quale appare ineliminabile una certa componente soggettiva, determina tale relazione sulla base di un'analisi, razionale disamina del materiale probatorio disponibile nel caso concreto <sup>(88)</sup>. Ciò detto e condiviso, si comprende che, in questa prospettiva, con il richiamo alla probabilità quantitativa si allude in sostanza al tema della utilizzabilità della prova statistica nel processo.

Prima di portare l'attenzione su un diverso modo d'intendere il ricorso alla probabilità quantitativa, occorre a mio avviso spendere qualche parola in più sul ruolo delle leggi statistiche nell'accertamento dei fatti. Anzitutto, va ricordato che, secondo un autorevole opinione, se si dispone di una statistica particolarmente elevata relativa alla connessione tra due tipi di eventi, ciò può essere sufficiente a stabilire che nel caso singolo si è davvero verificata una associazione tra i due eventi specifici, ed anche ove si tratti di una connessione causale <sup>(89)</sup>. Si è obiettato che questo modo d'intendere la possibile portata della prova statistica appare di dubbio fondamento, e resta comunque la perplessità di fondo, giacché i dati statistici “parlano di classi di eventi e non di eventi singoli, e servono a fare previsioni invece che accertare fatti singoli già accaduti” <sup>(90)</sup>. Ora, a questo riguardo c'è un punto che, comunque la si pensi in proposito, mi sembra debba essere rimarcato: se è certamente vero che le leggi statistiche parlano di classi di eventi e non di eventi singoli, è altrettanto vero che tale aspetto caratterizza negli stessi termini le massime di esperienza. Non vi è infatti dubbio che qualsiasi generalizzazione basata sull'esperienza, anche quelle ritenute più “sicure” e “convincenti”, non possa dire e non dica nulla della verità dello specifico e concreto fatto ignoto oggetto di prova. Tuttavia, anche da parte dei critici delle massime d'esperienza si riconosce che esse, o più in generale le nozioni di senso comune, sono una componente ineliminabile del ragionamento decisorio e giustificativo del giudice, e svolgono un ruolo centrale proprio nell'ambito della prova e della

86 Cfr., anche per altri riferimenti, L. Lombardo (1999), 62 ss.

87 Cfr., anche per riferimenti, M. Taruffo (2017), § 7; Id. (2012b), 220 ss.

88 In queste due accezioni, in fondo, è sempre stato inteso il termine “probabilità” nel processo: v. A. Giuliani (1961), 14, ove si ricorda la contrapposizione tra probabilità come «frequenza relativa di un evento in una lunga serie di eventi», e probabilità come «grado di conferma di una ipotesi in relazione a determinate prove». In proposito, in chiave attuale, v. J. Ferrer Beltrán (2012), 95 ss., anche per i rapporti tra frequenze statistiche, generalizzazioni e prova individualizzata, sui singoli fatti (tra probabilità di eventi e probabilità di proposizioni), 107 ss., 121 ss.

89 F. Schauer (2008), *passim*, e spec. 79 ss., con riguardo al nesso di causalità.

90 M. Taruffo (2006) 109.

sua valutazione <sup>(91)</sup>. Ebbene, in altre parole, mi pare che, se si riconosce l'ineliminabilità del ricorso alle massime d'esperienza nella valutazione delle prove e la loro idoneità a costituire la premessa maggiore di un ragionamento inferenziale che conduce alla affermazione di verità di un determinato enunciato fattuale – enunciato che di conseguenza il giudice può portare a fondamento della sua decisione –, la stessa idoneità deve essere riconosciuta, *a fortiori*, alle leggi scientifiche statistiche che, come già osservato, non sono altro che massime d'esperienza qualificate.

Naturalmente, anche tenuto conto delle considerazioni che saranno svolte tra poco (v. *infra*, § 8), per poter essere richiamata a fondamento di un giudizio di verità/esistenza di un fatto, e quindi quale legge di copertura/premessa maggiore del ragionamento inferenziale che consente di ritenere provato quel fatto, la frequenza riportata nella legge statistica dovrà essere tale da rappresentare, alla luce degli altri elementi di prova, che la verità/esistenza del fatto ignoto da provare è *normalmente* associata, almeno secondo l'*id quod plerumque accidit*, alla verità/esistenza del fatto provato, e che non sussistono elementi di prova contrari, in grado di contraddire le comuni regole di organizzazione e funzionamento del mondo; e ciò, alla stessa stregua di quanto si ritiene in caso di applicazione di una massima d'esperienza <sup>(92)</sup>.

7. – Altro discorso rispetto a quanto sin qui detto riguarda il ricorso al c.d. teorema di Bayes per la valutazione delle prove. Si tratta di un calcolo matematico, che può essere, a seconda delle situazioni, anche molto complesso, attraverso il quale si dovrebbe riuscire a misurare, in termini numerici, l'impatto di ciascuna prova rispetto al grado di credenza nei confronti di una determinata ipotesi fattuale:  $P(H/E) = P(H) \times P(E/H)/P(E)$ . In base a tale formula, la probabilità condizionale che sia vera l'ipotesi fattuale H, dato l'elemento di prova E, equivale alla probabilità che si dia E se è vera H moltiplicato per la probabilità di H (senza prendere in considerazione E), diviso per la probabilità *a priori* di E indipendentemente dalla presenza di H <sup>(93)</sup>. Il calcolo è ricorsivo ed accumulativo rispetto a ciascuno dei elementi di prova disponibili <sup>(94)</sup>.

Il dibattito sulla validità di tale modello e sulla sua utilizzabilità per la valutazione delle prove è aperto ed assai ricco, e non può essere approfondito in questa sede <sup>(95)</sup>. Un paio di considerazioni, tuttavia, possono essere espresse per mettere in dubbio che esso possa rappresentare lo strumento generale, sempre valido e sempre adottabile dal giudice per la valutazione delle prove: anzitutto, in relazione alla sua stessa struttura, il modello in esame non sembra applicabile alle ipotesi, come quella che abbiamo utilizzato come esempio (prova della consapevolezza della dannosità del fumo), in cui gli elementi di prova di un determinato fatto, e quindi gli elementi di giudizio, sono molto numerosi, perché la sua applicazione darebbe luogo ad una serie interminabile di complessi calcoli <sup>(96)</sup>; in secondo luogo, sempre in considerazione della sua stessa struttura, sembra che anche con riguardo ad accertamenti di fatto più semplici tale modello appaia troppo complicato per rappresentare lo strumento ordinario di valutazione delle prove; specialmente ove s'intenda valorizzare il ruolo del giudice quale rappresentante del popolo nel cui nome esercita la funzione giurisdizionale <sup>(97)</sup>. Come è stato correttamente rilevato, "non appartiene alla competenza degli uomini di legge la conoscenza dei complessi procedimenti della logica, specialmente nel suo versante induttivo e probabilistico. Occorre offrire al giurista strumenti logicamente validi ma al tempo stesso maneggevoli e accessibili al suo genere di cultura" <sup>(98)</sup>. E ciò almeno fino a quando non si riterrà preferibile delegare ad

91 M. Taruffo (2006), 123; M. Taruffo (2007), 972.

92 A quest'ultimo proposito v., ad esempio, Cass. 5 luglio 2017, n. 16503.

93 J. Ferrer Beltrán (2012), 108.

94 Per un'altra esposizione, sintetica ma assai chiara, del teorema di Bayes v. G. Carcaterra (2015), 55 ss.

95 V., in proposito, F. Taroni-S. Bozza-J. Vuille (2018), 23 ss.; P. Garbolino (2014), 85 ss. e *passim*.

96 Il problema segnalato nel testo credo non possa essere risolto nemmeno con l'applicazione delle reti bayesiane, studiate per "comprendere il ragionamento probabilisticamente corretto nel caso delle inferenze a catena": v. P. Garbolino (2014), 144 ss.

97 Cfr. F. Auletta (2016), 466-467. Per quanto si tratti di un lavoro scritto con grande chiarezza (e forse giusto per questo), indicherei, quale prova dell'affermazione ora riportata nel testo, proprio il bel libro di Paolo Garbolino (2014): v., ad es., le pagg. 141 ss., 147 ss., 158 ss., spec. 162-163, ma i richiami potrebbero essere moltissimi (in breve, è forse ancora presto per l'"equilibrio riflessivo" tra sapere comune e sapere scientifico ivi auspicato, a p. XV della *Prefazione*).

98 G. Carcaterra (2008), 483-484, il quale poi conclude osservando: "Togli la logica comune e avrai tolto la comunanza di linguaggio, e con ciò avrai anche eliminato il canale di ogni possibile comunicazione fra noi" (487).

una macchina la valutazione delle prove e la stessa decisione giudiziale <sup>(99)</sup>.

Sotto diverso profilo, occorre altresì considerare che, in tale modello, si pone il problema della determinazione della probabilità *a priori* delle varie proposizioni, che non può non risentire dei punti di vista soggettivi di chi la compie, sicché si deve escludere che esso consenta una valutazione delle prove in senso *oggettivo* <sup>(100)</sup>. A questa osservazione si è tuttavia obiettato, e su ciò sono d'accordo, che “questo è un dato comune inevitabile e non è colpa del probabilista bayesiano: anche il non bayesiano si scontra con l'indeterminatezza soggettiva insita nelle massime d'esperienza” <sup>(101)</sup>. Vi è poi chi ha osservato che il modello bayesiano non è che uno strumento formale di calcolo, che in quanto tale non garantisce la correttezza delle premesse cui è applicato e non fornisce delle valutazioni di merito <sup>(102)</sup>. Il dibattito sul punto, in conclusione, evidentemente, come detto, è tutt'altro che definito.

8. – Nel percorso logico che lega l'elemento di prova al giudizio di verità dell'enunciato fattuale e quindi, indirettamente, di verità del fatto rilevante, ignoto e controverso, un ruolo essenziale riveste il tema della identificazione dello *standard di prova*, vale a dire della soglia di convincimento raggiunta la quale il giudice può ritenere *pienamente provato* il fatto e portare lo stesso a fondamento della decisione. Tema che risponde alle seguenti domande: a) vi sono agli atti del processo prove ed elementi di prova che consentono di affermare, con riguardo al caso specifico e concreto (unico e irripetibile), ed attraverso inferenze razionali, che l'enunciato fattuale *A* è vero? b) qual è il grado di probabilità logica necessario e sufficiente per poter affermare provato e quindi vero l'enunciato fattuale *A*? Vale a dire: quali sono il grado di conferma degli elementi di prova, ed il grado di solidità dell'inferenza (o, più correttamente, come vedremo, delle inferenze) necessari e sufficienti per poter fondare un legittimo giudizio di verità del fatto *A*?

In Italia, come ho già osservato all'inizio di queste considerazioni, la dottrina non ha dedicato il dovuto spazio al tema ora in discorso. Solo negli ultimi vent'anni si è sviluppato un più nutrito dibattito intorno agli standard di prova, con particolare riferimento all'accertamento del nesso di causalità nel processo penale. Attualmente la giurisprudenza della Suprema Corte italiana ritiene che nel versante del giudizio penale viga il criterio del “oltre ogni ragionevole dubbio”, mentre nel versante del giudizio civile il criterio del “più probabile che no” o “della preponderanza dell'evidenza” e della “probabilità logica prevalente” <sup>(103)</sup>. I criteri individuati ed applicati in sede di accertamento del nesso causale – ad opera della giurisprudenza, in mancanza di specifiche disposizioni di legge – sono stati poi ritenuti utilizzabili quali criteri tendenzialmente generali per l'accertamento dei fatti nel processo <sup>(104)</sup>.

Nel processo penale il criterio della responsabilità “al di là di ogni ragionevole dubbio” è infine, nel 2006, divenuto regola di giudizio sancita dalla legge: cfr. l'art. 533, 1° comma, c.p.p. <sup>(105)</sup>. In questo processo, in estrema sintesi, lo standard di prova in senso stretto è rappresentato dall'alto grado di credibilità razionale (o alta probabilità logica) della ricostruzione fattuale operata dal giudice, mentre il canone *bard*, benché spesso qualificato come standard di prova, si atteggia essenzialmente come “principio generale” o “regola del giudizio” di responsabilità <sup>(106)</sup>, informando i vari aspetti del giudizio stesso, ed imponendo, tra l'altro, per quanto qui maggiormente interessa: *a*) che il giudizio “oltre ragionevole dubbio” riguardi ogni componente della decisione sulla responsabilità; *b*) che, pertanto, anche la possibile diversa, alternativa ricostruzione del fatto che condurrebbe all'assoluzione sia esclusa dal giudice “oltre ragionevole dubbio”; *c*) che nella formulazione dei giudizi “oltre ragionevole dubbio” il giudice adotti percorsi epistemologicamente

99 In proposito v., per riferimenti, P. Comoglio (2018), 345 ss.

100 P. Ferrua (2017), 99; G. Tuzet (2016), 283-284; e già M. Taruffo (1992), 179-180.

101 P. Garbolino (2014), 138.

102 G. Tuzet (2016), 284.

103 Sin da ora, *ex multis*, v. Cass. civ. 11 luglio 2017, n. 17084; Cass. civ. 3 gennaio 2017, n. 47. Per un primo panorama dei problemi posti dall'accertamento del nesso di causalità nel processo civile e per ulteriori riferimenti in proposito v., AA. VV. (2016); G. E. Napoli (2013); M. Capecci (2012); AA. VV. (2007). Nel processo penale, anche per ulteriori richiami, G. Caruso (2013); C. Brusco (2012); R. Blaiotta (2010).

104 Per il processo civile v., ad es., Cass. 30 settembre 2016, n. 19430, spec. in motivazione. In dottrina, v. S. Patti (2015), 228 ss., 232 ss.; Id. (2016), 45-49; L. P. Comoglio (2010), 152 ss.; M. Taruffo (2009), 193 ss., spec. 218 ss.

105 In proposito v. sin da ora E. M. Catalano (2016), *passim*, e spec. 43 ss., anche per ulteriori riferimenti.

106 Cfr. R. Blaiotta, G. Carlizzi (2018), 399 ss., 422 ss.; P. Ferrua (2017), 87 ss., spec. 96 ss.; E. M. Catalano (2016), *passim*, e spec. 133 ss. Sulla distinzione tra “regole di valutazione” e “regole di giudizio”, v. F. R. Dinacci (2013), § 4. Sul punto v. anche J. Ferrer Beltrán (2012), 151, nota 128.

corretti, argomentazioni motivate circa le opzioni valutative della prova, giustificazione razionale della decisione, *standard* conclusivi di alta probabilità logica <sup>(107)</sup>.

Il discorso appare meno lineare con riferimento alla giurisprudenza della Cassazione civile. Anzitutto occorre tener presente che i criteri che andiamo ora a richiamare sono stati sviluppati dalla giurisprudenza con particolare riferimento alla prova del nesso causale. Dopo uno sporadico richiamo ai principi affermati nella sentenza Franzese, in cui è stato evocato, in tema di accertamento del nesso di causalità, l' "elevato grado di credibilità razionale o probabilità logica" <sup>(108)</sup>, prima una sezione semplice nel 2007, poi le Sezioni Unite nel 2008, hanno affermato un principio che oggi si può dire pacifico e consolidato: i principi generali che regolano la causalità di fatto sono anche in materia civile quelli delineati dagli artt. 40 e 41 del codice penale – per i quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della *condicio sine qua non*) – e dalla "regolarità causale", in assenza di altre norme nell'ordinamento in tema di nesso eziologico ed integrando essi principi di tipo logico e conformi a massime di esperienza. Ciò che muta sostanzialmente tra il processo penale e quello civile è la regola probatoria, in quanto nel primo vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", mentre nel secondo vige la regola della "preponderanza dell'evidenza" o "del più probabile che non", stante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra le due parti contendenti <sup>(109)</sup>.

Quando tuttavia si cerca con maggior dettaglio di definire tale standard di prova, ci si imbatte in un gran numero di criteri, alquanto nebulosi, che favoriscono non poca confusione sul punto. E non dovrebbe nemmeno essere ricordato in proposito quanto sia importante disporre di una regola probatoria «che non sia criterio di legittimazione per qualsiasi arbitrio giudiziario, ma principio di diritto solidamente ancorato» <sup>(110)</sup>, vale a dire: rigoroso, chiaro, determinato nei suoi elementi strutturali e funzionali, applicabile in modo (almeno tendenzialmente) uniforme e suscettibile di adeguato controllo in sede d'impugnazione.

Non è in quest'ultimo senso, come accennato, l'impressione che si ricava dalla considerazione dei criteri riscontrabili nella giurisprudenza civile. Così, ad es., si è affermato che nel processo civile il giudice può ritenere provato il fatto anche sulla base della "mera credibilità razionale" che l'evento sia il risultato di una determinata condotta <sup>(111)</sup>. Oppure che la causalità "ordinaria" civile si attesta sul versante della "probabilità relativa" (o "variabile") ed è caratterizzata dall'accedere ad una soglia meno elevata di probabilità rispetto a

107 Per altri aspetti del giudizio di responsabilità incisi dal canone *bard*, v. J. Della Torre (2014), 15, nota 89; P. Ferrua (2017), 87 ss.; E. M. Catalano (2016), *passim*, e spec. 43 ss.

108 Cass. civ. 4 marzo 2004, n. 4400.

109 Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, nn. 576-584. Le Sezioni Unite, nelle ora richiamate sentenze si basano, anche testualmente, sugli studi di M. Taruffo (1992), 272 ss. e F. Stella (2003), *passim*. Prima delle Sezioni Unite del 2008 v. Cass. civ. 16 ottobre 2007, n. 21619 (v. anche Cass. civ. 18 aprile 2007, n. 9238, secondo la quale «al criterio della certezza degli effetti della condotta, si può – pertanto – sostituire quello della probabilità di tali effetti e della idoneità della condotta a produrli»). Il principio secondo cui, mentre nel processo penale opera la regola dell' "oltre ogni ragionevole dubbio", nel processo civile opera la regola del "più probabile che non", come detto nel testo, è oggi pacifico e consolidato: cfr., *ex multis*, Cass. civ. 14 novembre 2017, n. 26824; Cass. civ. 26 ottobre 2017, n. 25113; Cass. civ. 24 ottobre 2017, n. 25119; Cass. civ. 24 ottobre 2017, n. 25112; Cass. civ. 26 luglio 2017, n. 18392; Cass. civ. 11 luglio 2017, n. 17084, con ampia motivazione sullo statuto giuridico della causalità civile secondo la Suprema Corte; Cass. civ. 3 gennaio 2017, n. 47; Cass. civ. 29 dicembre 2016, n. 27449; Cass. civ. 19 ottobre 2015; Cass. civ. 11 febbraio 2014, n. 3010; Cass. civ. 29 novembre 2012, n. 21245; Cass. civ. 21 luglio 2011, n. 15991; Cass. civ. 5 maggio 2009, n. 10285; Cass. civ. 16 gennaio 2009, n. 975. Prima della sentenza Franzese la Corte di cassazione civile aveva fatto riferimento a svariati criteri: a) le "serie ed apprezzabili possibilità di successo" (Cass. civ. 6 febbraio 1998, n. 1286, in tema di responsabilità per colpa professionale del difensore, ove la Corte precisa che al criterio della certezza degli effetti della condotta si può sostituire, nella ricerca del nesso di causalità tra la condotta del professionista e l'evento, quello della probabilità di tali effetti e dell' idoneità della condotta a produrli; il medesimo criterio, più di recente, è richiamato da Cass. 22 novembre 2004, n. 22026); b) la "possibilità, non marginale e trascurabile, di esito favorevole delle procedure selettive" (Cass. civ. 19 novembre 1997, n. 11522, ove in motivazione ulteriori richiami, in ipotesi di perdita di *chances* e con riferimento alla probabilità di vittoria di un candidato pretermesso da una procedura concorsuale avente ad oggetto la promozione a funzionario); c) la "certezza morale" (Cass. civ. 5 giugno 1996, n. 5264, in ipotesi di responsabilità professionale per mancata proposizione di un ricorso alla commissione tributaria; Cass. civ. 28 aprile 1994, n. 4044, del pari in ipotesi di responsabilità professionale dell'avvocato; di recente parla di "certezza morale" Cass. civ. 27 maggio 2009, n. 12354, sempre in ipotesi di responsabilità professionale dell'avvocato, anche se poco dopo si aggiunge che «in proposito i giudici hanno accertato che gli appellanti non avevano offerto alcun elemento che potesse indurre a ritenere, con ragionevole probabilità, che il gravame, se esperito, sarebbe stato accolto»; nelle stesse ipotesi, invece, Cass. civ. 18 aprile 2007, n. 9238 esclude il criterio della certezza morale in favore di quello fondato sulla probabilità degli effetti della condotta dovuta ma non tenuta; si richiama alla "certezza morale" anche Cass. civ. 11 agosto 2005, n. 16846); d) la "ragionevole certezza dell'esistenza di una non trascurabile probabilità favorevole" (Cass. civ. 22 aprile 1993, n. 4725, in tema di perdita della *chance* di promozione; di "ragionevole certezza" parla anche Cass. civ. 5 aprile 1984, n. 2222, in ipotesi di omessa impugnazione della sentenza di primo grado); e) "certezza morale razionalmente giustificabile" (Cass. 9 gennaio 1973, n. 10). Da ricordare anche Cass. civ. 4 aprile 2001, n. 4970, secondo la quale il neonato che riporti gravissime lesioni cerebrali a causa dell' inadeguata assistenza prestata dai sanitari al momento del parto ha diritto al risarcimento del danno morale da lesione della salute qualora non risulti con assoluta certezza, precipuamente sulla base delle risultanze medico-legali, la sua totale e assoluta incapacità di percepire il dolore.

110 G. Travaglino (2012a), 88.

111 Cass. 19 maggio 2006, n. 11755.



quella penale, secondo modalità semantiche che, specie in sede di perizia medico-legale, possono assumere molteplici forme espressive (“serie e apprezzabili possibilità”, “ragionevole probabilità”), ma che in definitiva obbedisce alla logica del “più probabile che non”<sup>(112)</sup>. Ancora, che il nesso di causalità può essere riconosciuto anche in base ad un serio e ragionevole criterio di “probabilità scientifica”, probabilità scientifica che deve essere “qualificata” da ulteriori elementi idonei a tradurre in certezze giuridiche le conclusioni astratte svolte in termini probabilistici; pertanto, «il nesso causale può essere ritenuto sussistente non solo quando il danno possa ritenersi conseguenza inevitabile della condotta, ma anche quando ne sia conseguenza “altamente probabile e verosimile”, non già una mera possibilità astratta»<sup>(113)</sup>. Ed anche che nel processo civile vige la regola della “preponderanza dell’evidenza”, per cui, in base a tale regola, può dirsi accertato «che se i medici avessero compiuto una corretta diagnosi (ossia, avessero individuato l’affezione virale al polmone) è più probabile che la paziente sarebbe sopravvissuta e meno probabile che sarebbe deceduta»<sup>(114)</sup>. Si è altresì parlato di “certezza probabilistica”, desumibile dal preponderante criterio dell’evidenza logica<sup>(115)</sup>.

In altre occasioni, ed anche più di recente, la Corte insegna, con maggior precisione, che il c.d. standard di “certezza probabilistica” in materia civile non può essere ancorato esclusivamente alla c.d. probabilità quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), che potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma va verificato riconducendone il grado di fondatezza all’ambito degli elementi di conferma (e, nel contempo, nell’esclusione di altri possibili alternativi) disponibili in relazione al caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana)<sup>(116)</sup>. E abbiamo visto come tali indicazioni debbano essere intese.

Tuttavia, questi criteri appaiono opachi e generici, e non consentono di rispondere alla domanda che qui interessa: quando ed in base a quali elementi posso ritenere provato un fatto nel processo civile e così anche il nesso di causalità materiale?

Anche la dottrina ha affrontato il tema con particolare riguardo alla prova del nesso causale; e tuttavia richiamando criteri, come vedremo, ritenuti applicabili alla prova dei singoli fatti da cui inferire l’esistenza del nesso causale. Ebbene, una volta accertati con alto grado di credibilità razionale gli elementi di valutazione, si tratta di formulare il giudizio finale di esistenza del nesso: quando e per mezzo di quali criteri il giudice, sulla base degli elementi di prova del caso concreto, può ritenere sussistente il nesso causale? Come è noto si tratta di una domanda cui è davvero difficile rispondere. Ai due estremi si pongono da un lato la tesi della *intime conviction* del giudice, dall’altro quella della (alta) credibilità/probabilità puramente oggettiva, esprimibile per alcuni addirittura in termini numerici, dell’ipotesi causale affermata in sentenza. In mezzo molte possibili

112 Cass. 16 ottobre 2007, n. 21619, la quale aggiunge che, invece, «la causalità da perdita di *chances*, attestata *tout court* sul versante della mera possibilità di conseguimento di un diverso risultato terapeutico, da intendersi, rettamente, non come mancato conseguimento di un risultato soltanto possibile, bensì come sacrificio della possibilità di conseguirlo, intesa tale aspettativa (la guarigione da parte del paziente) come “bene”, come diritto attuale, autonomo e diverso rispetto a quello alla salute. Quasi certezza (ovvero alto grado di credibilità razionale), probabilità relativa e possibilità sono, dunque, in conclusione, le tre categorie concettuali che, oggi, presidono all’indagine sul nesso causale nei vari rami dell’ordinamento». In realtà, sul versante della c.d. perdita di *chances* la giurisprudenza più recente richiede la prova, anche presuntiva, di “elevate probabilità, prossime alla certezza” di conseguire il risultato perseguito e auspicato (così Cass. 12 maggio 2017, n. 11906; Cass. 13 aprile 2017, n. 9571, ove pure il riferimento alla “certezza o elevata probabilità”; Cass. 30 settembre 2016, n. 19604). Sulla causalità da perdita di *chances*, v. R. Pucella (2007), 2007, 81 ss. Da notare altresì un altro passaggio della richiamata pronuncia di Cass. n. 21619/07, laddove si afferma che il principio guida in tema di nesso causale potrebbe essere formulato «in termini di rispondenza, da parte dell’autore del fatto illecito, delle conseguenze che “normalmente” discendono dal suo atto, a meno che non sia intervenuto un nuovo fatto rispetto al quale egli non ha il dovere o la possibilità di agire (c.d. teoria della regolarità causale e del *novus actus interveniens*)». Di “probabilità relativa” parla anche Cass. 21 luglio 2011, n. 15991.

113 Cass. 30 ottobre 2009, n. 23059. V. anche Cass. 5 giugno 2007, n. 13082, la quale, richiamando precedenti conformi, ribadisce il principio secondo cui «quando il ricorso alle norme di patologia medica e medicina legale non possa fornire un grado di certezza assoluta sul rapporto di causalità fra lesione personale ed intervento chirurgico, la ricorrenza di tale rapporto non può essere esclusa in base al mero rilievo di marginalità di relatività a fronte di un serio e ragionevole criterio di probabilità scientifica» (negli stessi termini, in precedenza, anche Cass. 4 marzo 2004, n. 4400). Altre volte, in conformità alla giurisprudenza più recente (v. *infra*, nel testo), richiamando il criterio del “rilevante, alto grado di probabilità”, si è fatto riferimento alla “probabilità qualificata” *tout court*, senza l’attributo scientifica, sempre comunque da verificare attraverso ulteriori elementi idonei a tradurre in certezza giuridica le conclusioni in termini probabilistici del consulente tecnico: Cass. 7 marzo 2017, n. 5704.

114 Cass. 8 luglio 2010, n. 16123. V. anche Cass. 7 aprile 2011, n. 3847, secondo la quale «quante volte l’azione o l’omissione siano in se stesse concretamente idonee a determinare l’evento, il difetto di accertamento di un fatto astrattamente idoneo ad escludere il nesso causale tra condotta ed evento non può essere invocato, benché sotto il profilo statistico quel fatto sia “più probabile che non”, da chi quell’accertamento avrebbe dovuto compiere e non abbia effettuato».

115 Cass. 11 febbraio 2014, n. 3010, per la quale «un evento è da ritenere causato da un certo comportamento quando il suo verificarsi per effetto di quel comportamento sia più probabile che non il suo contrario».

116 Cass. civ. 24 ottobre 2017, n. 25119; Cass. 3 gennaio 2017, n. 47; Cass. 29 dicembre 2016, n. 27449; a partire da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, nn. 576-584. Per completezza va ricordato che talvolta è stata quantificata in misura percentuale la probabilità nel caso concreto ritenuta sufficiente o insufficiente per affermare l’esistenza del nesso: v., ad es., Cass. 29 novembre 2012, n. 21245, in motivazione, ove si afferma che «il giudizio controfattuale in ordine alla incidenza eziologica del comportamento dei sanitari sulla morte del paziente non dava possibilità di salvezza dello stesso superiori al 10%, di talché, anche a voler ipotizzare una immediata, corretta diagnosi della patologia che lo aveva colpito, mancava una soglia di probabilità di sopravvivenza apprezzabile in termini tali da consentire di addebitare all’ente ospedaliero la responsabilità della morte».

ricostruzioni: ad esempio, si è affermato che «occorre – ed è sufficiente – il convincimento morale motivabile, motivato e perciò “oggettivo” che esistano leggi di copertura, in base alle quali il giudizio condizionalistico possa essere fondato. [...] La controllabilità razionale attraverso la motivazione è l’unica forma di obiettività che possiamo attingere nelle scienze dello spirito» (117). Per altri, il grado di convinzione di un individuo deve «essere fondato sulla probabilità *in senso soggettivo*, che ha *natura logica* (“probabilità logica”) e consiste nel grado *razionale* di convinzione di un individuo (“grado di conferma”) intorno ad una ipotesi fattuale desunto da tutti gli elementi empirici in grado di dare supporto all’ipotesi» (118).

In riferimento a questo tipo di ricostruzioni (ed in particolare al primo), che pur pare ridurre al minimo la componente soggettiva del giudizio (nella struttura di queste ricostruzioni evidentemente ineliminabile), si è osservato che «continua a rimanere indeterminata la base della giustificazione che il giudice dovrebbe fornire: il dubbio è che non si pensi ad alcuna giustificazione davvero “oggettiva”, e che si giochi sull’equivoco anche usando questo termine, quasi che un’opzione soggettiva del giudice diventasse soggettiva a condizione che *egli spieghi di essere davvero convinto dell’esistenza di una legge di copertura, anche se non si capisce da dove ne ha derivato l’esistenza*» (119).

Una volta sottolineata l’esigenza di ricorrere a leggi scientifiche, ove possibile, per fondare l’inferenza probabilistica, e di utilizzare le massime d’esperienza con grande prudenza e cautela, si è quindi autorevolmente proposto, quale standard di valutazione della prova, il criterio della “probabilità logica prevalente”, «come criterio al quale il giudice deve attenersi nel determinare se un enunciato di fatto ha o non ha ricevuto sufficiente conferma probatoria, e quindi nello stabilire se tale enunciato può o non può considerarsi come “vero” ai fini della decisione». Tale criterio, si aggiunge, consiste nella combinazione di due regole: la regola del più “probabile che no” e la regola della “probabilità relativa”. La prima regola implica che rispetto ad ogni enunciato si consideri l’eventualità che esso possa essere vero o falso, ossia che sul medesimo fatto vi siano un’ipotesi positiva ed una complementare ipotesi negativa. In sintesi: «l’ipotesi positiva deve essere scelta come alternativa razionale quando è logicamente più probabile dell’ipotesi negativa, ossia quando riceve dalle prove disponibili una conferma “forte”; deve invece essere scartata quando le prove disponibili le attribuiscono una conferma “debole”, tale cioè da farla ritenere scarsamente credibile» (120). Se vi sono più enunciati sullo stesso fatto che hanno ricevuto conferma probatoria entra in gioco la regola della “prevalenza relativa”, la quale «implica che il giudice scelga come “vero” l’enunciato che ha ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma sulla base delle prove disponibili» (121).

Con riferimento al giudizio sull’esistenza del nesso causale, le «due regole ora indicate debbono dunque applicarsi sia alle affermazioni che riguardano il fatto indicato come causa e il fatto indicato come effetto, sia all’enunciazione della regola di copertura dalla quale deriva l’affermazione del nesso causale che collega i due fatti», tenendo presente «che una catena d’inferenze ha una forza complessiva che non può essere superiore a quella del suo anello più debole» (122).

Tuttavia, neanche queste indicazioni – ed in generale, a me pare, gli schemi del “più probabile che non” e della “probabilità relativa” (nonché della “preponderanza della prova”, o della “probabilità prevalente”) – sembrano poter rappresentare un efficace strumento per stabilire quando, in concreto, un enunciato di fatto ha ricevuto sufficiente conferma probatoria per poter essere considerato vero, o prevalentemente vero rispetto ad un altro enunciato (123); e d’altro canto anch’esse riflettono una struttura eccessivamente semplificata del più

117 Così A. Pagliaro (2007), 164.

118 L. Lombardo (2007), 58. Per l’osservazione secondo cui «anche i giudizi di fatto, sia pure oggettivati tramite le prove, costituiscono il frutto di un ragionamento e presentano, per l’effetto, un’ineliminabile componente soggettiva», v. anche G. M. Cipolla (2005), 101, nonché 105-107.

119 M. Taruffo (2006), 117.

120 M. Taruffo (2006), 129, il quale prosegue precisando che «ovviamente va poi preferita l’ipotesi negativa se vi sono prove contrarie prevalenti, ossia se vi sono maggiori elementi di prova a conferma dell’enunciato che nega l’esistenza del fatto».

121 M. Taruffo (2006), 130. Per un’ipotesi di applicazione di questo schema, v. Cass. 5 maggio 2009, n. 10285.

122 M. Taruffo (2006), 130, il quale conclude osservando che la «conseguenza è che se uno degli anelli causali non supera il test della probabilità logica prevalente, l’intera catena causale risulta priva di conferma probatoria».

123 Sul punto v. J. Ferrer Beltrán (2012), 144 ss. Imposta correttamente il problema in dottrina M. Fornaciari (2005), 217 ss., il quale poi, nella prospettiva di individuare lo standard di prova necessario, suggerisce il criterio secondo il quale occorrerebbe richiedere il più alto livello di probabilità raggiungibile in relazione allo specifico fatto concreto da provare ed agli specifici soggetti coinvolti nel caso concreto (*op. cit.*, 220). Tuttavia, anche questo criterio, che sicuramente rappresenta un passo in avanti, resta in parte non sufficientemente determinato e in altra parte difficilmente traduci-

complesso ragionamento del giudice<sup>(124)</sup>. Inoltre, tali strumenti non sembrano in grado di soddisfare l'obbligo di motivazione, il quale richiede l'indicazione delle specifiche ragioni del convincimento del giudice alla luce della razionale valutazione delle prove disponibili nel caso concreto; specifiche ragioni che devono essere espresse in forme tali da garantirne la sindacabilità in sede d'impugnazione<sup>(125)</sup>.

In effetti, il criterio del “più probabile che non” appare, a seconda delle prospettazioni e dei punti di vista, almeno per come è applicato in Italia<sup>(126)</sup>: eccessivamente schematico e semplicistico<sup>(127)</sup>, superfluo<sup>(128)</sup>, tautologico<sup>(129)</sup>, autoreferenziale<sup>(130)</sup>, vago ed indeterminato<sup>(131)</sup>, improprio<sup>(132)</sup>, erroneo<sup>(133)</sup>, pericoloso<sup>(134)</sup>, occultatore<sup>(135)</sup>, inadatto<sup>(136)</sup>, arbitrario<sup>(137)</sup>.

A ben vedere, il criterio del “più probabile che no”, così applicato, sembra presupporre solo la seguente domanda: “dati tutti gli elementi di prova disponibili a favore e contro il fatto incerto dedotto in giudizio (testimonianze, documenti, indizi, elementi emersi in sede di CTU, ecc.), la probabilità logica che esso sia vero è maggiore della probabilità logica che sia falso?”. In realtà, per poter ritenere vero un determinato fatto e portarlo a fondamento della decisione nel rispetto dell'ordinamento processuale è necessario rispondere anche alla seguente ulteriore domanda: “dati tutti gli elementi di prova disponibili a favore e contro il fatto incerto dedotto in giudizio, la probabilità logica che esso sia vero ha raggiunto lo *standard di prova* richiesto dall'ordinamento per ritenere tale fatto *pienamente provato*?”. Se non si risponde affermativamente anche alla seconda domanda si rischia di violare palesemente le regole sull'onere della prova non meno delle regole di

---

bile in termini razionalmente controllabili: chi stabilisce qual è “il più alto livello di probabilità raggiungibile” in uno specifico caso concreto? Qual è la soglia minima rilevante di tale probabilità, dovendosi altrimenti ritenere non adempiuto l'onere della prova? Come si esprime linguisticamente e come si misura tale livello di probabilità (massima raggiungibile) e quello in concreto raggiunto nello specifico caso di specie? L'A. mostra tuttavia, in seguito, di prediligere un modello in cui debba recepirsi, da parte del giudice, la ricostruzione che raggiunga il livello di probabilità maggiore, indipendentemente dal raggiungimento di un certo grado di probabilità predefinito (*op. cit.*, 230 ss.).

124 Né risolutivo ausilio in proposito si ricava da versioni più analitiche della medesima impostazione: v., in proposito, M. Taruffo (2009), 218 ss., spec. 222 ss.; Id. (1992), 217 ss., 269 ss., 272 ss.

125 Cfr. M. Taruffo (2012b), 260 ss.

126 In proposito v. qualche spunto in B. Tassone (2013), 642 ss. Per un ampio esame del modo in cui il criterio del “più probabile che non”, nelle sue versioni “forte” e “debole”, è, rispettivamente, disapplicato/applicato dalle corti civili nordamericane, ove secondo la prospettiva più innovativa si assegna rilevanza causale quando vi sia stato almeno un raddoppio del rischio di verifica dell'evento dannoso, v. F. Stella (2003), 308 ss., 374 ss.

127 Perché non riflette affatto la complessità del ragionamento giudiziale, né dal punto di vista quantitativo, né dal punto di vista qualitativo.

128 Ove lo si intenda nel senso che ai fini della prova di esistenza del nesso causale, come di ogni altro fatto rilevante nel processo, non è necessario un giudizio di certezza assoluta (che non è quasi mai ottenibile nel processo stesso), ma è sufficiente un giudizio di probabilità logica (giacché tale considerazione è da tempo acquisita: *ex multis*, Cass. 30 novembre 2017, n. 28656; Cass. 20 aprile 2012, n. 6275; Cass. 26 giugno 2007, n. 14759).

129 Ove lo s'intenda nel senso che l'ipotesi di esistenza (o inesistenza) del fatto deve essere scelta come alternativa razionale quando è logicamente più probabile dell'ipotesi di inesistenza (o esistenza) dello stesso fatto.

130 Ove si dica che la probabilità su cui deve fondarsi è la probabilità logica e che per scegliere l'enunciato col maggior grado di conferma si debba ricorrere al criterio del ... “più probabile che non”.

131 Perché non è chiaro il suo significato e non sono chiaramente predeterminati i termini della sua applicazione. Infatti: a) ciò che è più probabile per qualcuno potrebbe non esserlo per un altro, senza che si riesca a comprendere su quale aspetto s'incentra la diversità di interpretazione delle prove e degli elementi di prova (sul punto v. G. Travaglino (2012a), 118 ss.); tanto è vero che b) si può arrivare a escludere l'esistenza del nesso anche quando gli elementi di prova raccolti connotano come più probabile che non l'esistenza del nesso causale (v., ad es., App. Potenza, 9 marzo 2017, in banca dati *Pluris*); c) si utilizzano dati meramente statistici, epidemiologici e dati del caso concreto con pari peso probatorio o comunque senza operare le dovute distinzioni (v., ad es., App. L'Aquila, 9 dicembre 2014, in banca dati *Pluris*, circa l'incidenza del fumo di sigaretta sull'evento dannoso; App. Roma, 15 gennaio 2013, *ivi*, circa i rapporti tra tempestiva diagnosi ed evento dannoso); d) si confonde probabilità logica e probabilità statistica, quantitativa (v., ad es., App. Roma, 5 dicembre 2013, in banca dati *Pluris*); e) sotto diverso profilo, talvolta si è giunti a confondere tra l'affermazione della incidenza causale dell'omissione sull'evento dannoso nella misura del 20%, con la probabilità di quella incidenza nella misura del 20% (v., ad es., App. Ancona, 29 giugno 2017, in banca dati *Pluris*).

132 Perché il convincimento del giudice non può essere espresso in termini di “probabilità”, ed *a fortiori* in termini di probabilità espressa attraverso numeri percentuali. Cosa vuol dire che “il fatto è probabile al 51 %”? (v., ad es., App. Roma, 5 dicembre 2013, in banca dati *Pluris*; in dottrina, v. M. Fornaciari (2005), 216-217; L. Lombardo (1999), 507, ove si osserva che «non è possibile trasformare la forza del pensiero in dati numerici»).

133 Ove lo s'intenda in modo da comportare deroghe, non previste dalla legge, alle regole sull'onere della prova. Sui rischi di confusione del criterio della valutazione comparativa (“più probabile che non”) con le regole dell'onere della prova, v. ancora M. Fornaciari (2005), 224 ss.

134 Ove lo s'intenda nel senso che per ritenere vero un enunciato è sufficiente essere (anche solo appena) più convinti del contrario, indipendentemente dal (e quindi senza specificare il) grado di conferma raggiunto (v. Cass. 9 giugno 2016, n. 11789; App. Napoli, 15 marzo 2012, in banche dati *Pluris*, ove si legge, che «Nel caso in esame, è più che probabile che i mancati trattamenti terapeutici abbiano avuto una siffatta probabile valenza causale. Diversamente, non si capirebbe a quale mai finalità sia rivolta la loro necessaria prescrizione»). In questa direzione v. M. Fornaciari (2005), 231 ss., sia pur ponendo come esclusivo parametro di riferimento il perseguimento di una ricostruzione il più possibile aderente alla realtà preesistente. Tuttavia, questo modo di ragionare sembra decisamente scontrarsi, nel nostro ordinamento, con le regole sull'onere della prova, il cui rispetto impone che si possa ritenere vero un enunciato, e quindi esistente un fatto, quando di questo sia stata raggiunta la (piena) prova nel processo, *ex artt.* 2969 c.c. e 115 c.p.c. (in proposito, sostanzialmente negli stessi termini, v. L. Lombardo (1999), 529 ss.). In effetti, nell'ottica qui criticata, sembra difficile negare il necessario, conseguenziale accoglimento della domanda anche nel celeberrimo “caso degli autobus blu” (sul quale v. J. Ferrer Beltrán (2012), 95 ss.).

135 Perché può celare le ragioni reali della decisione.

136 Perché sorto e sviluppato in un contesto giuridico e sociale del tutto diverso dal nostro.

137 Perché consente di arrivare a qualunque decisione in mancanza di un adeguato iter argomentativo, compiutamente sindacabile in sede d'impugnazione ed in particolare in sede di legittimità.

giudizio, che dalle prime dipendono.

Occorre quindi disporre di criteri per rispondere anche alla seconda domanda. In questa situazione – di evidente incertezza, anche per mancanza di chiare indicazioni legislative in proposito – riterrei che si debba, da un lato, restare agganciati il più possibile al dato normativo; dall'altro, sicuramente continuare a pretendere il massimo grado possibile di razionalità negli enunciati del giudice, senza però che tale pretesa finisca, in ossequio ad esigenze (eccessive e quindi “irrazionali”) di razionalità, a limitare le possibilità di giudizio stesso, in contrasto, peraltro, con la natura della decisione giudiziale (che, come visto, non può prescindere da giudizi di valore). E questa pretesa di razionalità si riannoda ad un ulteriore requisito che non deve mai mancare in un valido standard di prova, vale a dire che questo deve essere strutturato in modo tale rendere possibile il controllo intersoggettivo, della sua applicazione, anche in sede d'impugnazione<sup>(138)</sup>.

Anzitutto, nella direzione tracciata, occorre evidentemente tenere ben distinti due piani: *a*) il piano del soggettivo convincimento del giudice (profilo intrinseco, soggettivo del giudizio); *b*) il piano dell'oggettivo grado di credibilità razionale del giudizio stesso (profilo estrinseco, oggettivo del giudizio).

Con riguardo al primo di questi piani, si può anche far riferimento alla “certezza morale”, nel senso di convincimento interiore particolarmente forte, preciso e specifico del caso concreto; purché sia chiaro che si tratta di un aspetto che, appunto, riguarda la coscienza del giudice, ma non ha alcuna rilevanza esteriore nella prospettiva della struttura del discorso argomentativo del giudice e del suo controllo in sede di impugnazione<sup>(139)</sup>.

Il secondo dei due piani è assai complesso e meriterebbe una lunga trattazione<sup>(140)</sup>. Vediamo qui di evidenziarne gli aspetti principali. In primo luogo, va rimarcato che, quando si parla di “grado *oggettivo* di credibilità”, “standard *oggettivo* di prova” – o si afferma che i criteri di valutazione delle prove devono essere «*oggettivamente* accettati e condivisi»<sup>(141)</sup> –, ci si può riferire esclusivamente al fatto che tale grado e tali criteri debbono prescindere dal grado di convincimento strettamente *soggettivo* del giudice, di cui abbiamo appena detto. Ma con tali espressioni non ci si riferisce e non ci si può riferire a qualcosa di misurabile con strumenti scientifici, vale a dire esatti e perciò verificabili esattamente da chiunque, alla stregua di un calcolo matematico o di una proposizione di logica formale<sup>(142)</sup>.

Infatti, come abbiamo già visto, benché non sia contestabile che l'attività del giudice miri ad accertare, per quanto è possibile, la verità delle allegazioni dei fatti nel processo, e che il ragionamento del giudice deve essere strutturato, per quanto è possibile, su basi esclusivamente razionali, è altrettanto incontestabile – a ragionare rigorosamente – che la verità processuale è una verità argomentativa e non dimostrativa e che la logica del giudice è una logica argomentativa, dialettico-retorica, prevalentemente induttiva, opinativa, che include soggettive scelte di valore e non una logica dimostrativa. E la più formidabile conferma di questa conclusione risiede proprio nella impossibilità di costruire una teoria del grado di verità delle affermazioni del giudice, verificabile in base a parametri (rigorosamente) oggettivi. In tal senso, peraltro, sarebbe sufficiente anche la semplice considerazione, che si ritrae dalle osservazioni svolte in precedenza, per cui sono davvero rarissime le ipotesi nelle quali il giudice può contare, per strutturare i suoi ragionamenti inferenziali, su leggi scientifiche universali di copertura e, come tali, dotate di un grado di probabilità pari alla certezza o quasi, e quindi applicabili alla fattispecie in modo “matematico”<sup>(143)</sup>.

Queste conclusioni sono evidentemente decisive ai fini della individuazione del grado di conferma

138 V. J. Ferrer Beltran (2012), 152.

139 Cfr. M. Taruffò (2009), 85 ss. Di necessità della “certezza morale” che gli effetti di una diversa attività del professionista sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente discorre invece Cass. 27 maggio 2009, n. 12354, in ipotesi di responsabilità professionale dell'avvocato (anche se poco dopo si aggiunge che «in proposito i giudici hanno accertato che gli appellanti non avevano offerto alcun elemento che potesse indurre a ritenere, con ragionevole probabilità, che il gravame, se esperito, sarebbe stato accolto»).

140 Di recente ne sottolinea la complessità M. Fornaciari (2005), 215 ss.

141 Cfr. M. Taruffò (2012b), 267.

142 Sui limiti, al riguardo, del c.d. teorema di Bayes, v. da ultimo G. Tuzet (2016), 282 ss.; per una recente, aggiornata versione di tale teorema v. però P. Garbolino (2014), *passim*.

143 In proposito v. A. Gentili (2013), 549 ss. Su tale studio v., in chiave critica, A. Carratta (2014), *Il diritto come discorso e la funzione dimostrativa della prova*, cit., 169 ss., il quale tuttavia deve convenire sul fatto, che a me pare risolutivo, per cui la componente argomentativa entra in gioco tutte le volte in cui «il procedimento di verifica/falsificazione non abbia sortito esiti decisivi». Secondo L. Lombardo (1999), *La prova giudiziale*, 503, anche quando il giudice può avvalersi di una “legge scientifica universale” da porre a premessa maggiore del sillogismo probatorio, «il risultato probatorio ha comunque carattere *topico*, argomentativo, e la certezza rimane in ogni caso inattuabile nella conoscenza giudiziale».

sufficiente per affermare la verità di un enunciato di fatto, anche ove si tratti della ricostruzione del nesso causale, e della individuazione delle forme del suo controllo in sede d'impugnazione; in particolare in sede di legittimità. Ed a questo proposito rilevano in particolare, nell'ambito del discorso del giudice, i profili che abbiamo in precedenza descritto in termini di "plausibilità", "razionale coerenza" e "congruità": profili che hanno ad oggetto, in sintesi, la scelta e l'uso delle massime d'esperienza, scientifiche (universali e statistiche) e fondate sul senso comune<sup>(144)</sup>.

Ebbene, se è vero che la valutazione delle prove consiste nell'attribuzione di peso probatorio agli elementi di prova, e principalmente si traduce nell'inferenza con cui da un fatto noto, elemento di prova o fatto probante, si desume la probabilità di un altro fatto che si vuol conoscere e si ipotizza, che è il fatto da provare o *thema probandum*<sup>(145)</sup>; e che il ragionamento del giudice è strutturato sulla base di massime d'esperienza, qualificate (come nel caso delle leggi scientifiche) o non qualificate (come nel caso delle generalizzazioni tratte dall'esperienza comune o dal buon senso comune), per individuare i caratteri della sufficienza del discorso del giudice in punto di valutazione delle prove e degli elementi di prova – e quindi i caratteri in presenza dei quali possiamo dire che il giudice ha legittimamente ritenuto raggiunta la prova di un determinato fatto – occorre fare riferimento agli schemi di ragionamento ed alle regole il cui rispetto assicura la legittimità del ragionamento presuntivo (artt. 2727 e 2729 c.c.)<sup>(146)</sup>.

Ora, in astratto, possono ipotizzarsi sostanzialmente tre diversi tipi di standard. La prova di un fatto può dirsi raggiunta quando: a) gli elementi di prova sono *raramente* associati con il fatto ignoto da provare; b) gli elementi di prova sono *sempre* associati con il fatto ignoto da provare; c) gli elementi di prova sono *di regola* associati, secondo l'*id quod plerumque accidit*, con il fatto ignoto da provare.

Ebbene, si comprende intuitivamente come i primi due tipi di standard non possono essere omologati: il primo perché pregiudicherebbe irragionevolmente la controparte di colui che è onerato della prova, visto che, per la sua stessa struttura, tale criterio determinerebbe, senza alcuna giustificazione logica, una verità sganciata dal prevalente modo di funzionamento del mondo e, per tale via, la ingiustificata soccombenza di detta controparte; il secondo perché, all'inverso, pregiudicherebbe irragionevolmente la parte onerata della prova, atteso che, per la sua stessa struttura, tale criterio determinerebbe, senza alcuna giustificazione logica, la soccombenza di detta parte ove questa non riuscisse a fornire la prova in termini di "certezza, verità assoluta" del fatto incerto oggetto di prova; e quindi praticamente sempre, in ragione di quanto si è detto fino a questo momento, anche quando la parte onerata ha offerto elementi di valutazione idonei a provare una ricostruzione del fatto pienamente conforme a ciò che normalmente accade nel mondo.

Rimane quindi il terzo standard di prova: il fatto è pienamente provato, e può essere portato dal giudice a fondamento della decisione quando gli elementi di prova sono *di regola* associati, secondo l'*id quod plerumque accidit*, con il fatto ignoto da provare. Oltre che per esclusione degli altri due, questo criterio appare pienamente giustificato sul piano logico: non si vede infatti sulla base di quale principio si potrebbe prevedere per la parte onerata di poter provare di meno, o di dovere provare di più di quanto accade normalmente nel mondo a giustificazione della propria domanda giudiziale.

Questo criterio deve essere tuttavia rettammente inteso. In prima battuta, e sempre all'interno del proposito di restare il più possibile fedeli al dato positivo, si può e si deve far ricorso, come accennavo poc'anzi, non solo allo schema logico di ragionamento (art. 2727 c.c.), ma anche alle regole di validità/legittimità del ragionamento probatorio presuntivo: orbene, in base agli artt. 2729 c.c. e 192, 2° comma, c.p.p., l'esistenza di un fatto può essere desunta da elementi di prova solo quando questi siano gravi, precisi e concordanti<sup>(147)</sup>. A bene vedere, è la stessa legge che indica lo *standard di prova* necessario affinché possa ritenersi osservata la regola dell'onere della prova ed il giudice possa porre a fondamento della sua decisione un determinato fatto.

144 V. *retro*, § 2, all'altezza delle note 42, 43 e 44.

145 G. Carcaterra (2008), 478.

146 Sulle presunzioni e sul ragionamento presuntivo v. S. Patti (2015), 624 ss.; C. Gamba (2016), *passim*; G. Tuzet (2016), 153 ss.; M. Taruffo (2012c), p. 1101 ss., che tuttavia riconduce la "forza" del requisito della "gravità", ed in genere anche la valutazione di pluralità di inferenze non concordanti, allo schema della "probabilità prevalente"; L. P. Comoglio (2010), 645 ss.; L. Lombardo (1999), 509 ss., spec. 511, per il rilievo che l'inferenza presuntiva deve «conferire un elevato grado di conferma all'ipotesi sul fatto».

147 Per riferimenti, v. la nota precedente.

Invero, se il giudice può fondare la presunzione – e quindi ritenere provato un fatto – sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti, può tranquillamente affermarsi che la parte ha provato il fatto oggetto di prova quando ha provato indizi gravi, precisi e concordanti in merito alla verità di quel fatto.

E allora tutto ciò vuol dire, alla luce delle considerazioni svolte in questo scritto, che tali elementi di prova, considerati nel loro complesso, devono rappresentare – per consentire di ritenere osservata la regola dell'onere della prova, e comunque per consentire al giudice di portare un fatto a fondamento della sua decisione – un quadro probatorio che *significa, normalmente*, vale a dire secondo l'*id quod plerumque accidit* – misurato sulla base delle regole di organizzazione e funzionamento del mondo –, verità/esistenza del fatto ignoto da provare<sup>(148)</sup>.

Ed in effetti, la Suprema Corte italiana insegna, per quanto riguarda le presunzioni e il ragionamento presuntivo, che per la configurazione di una presunzione giuridicamente valida non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessarietà assoluta ed esclusiva (sulla scorta della regola della inferenza necessaria), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'*id quod plerumque accidit* (in virtù della regola dell'inferenza probabilistica), sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della *gravità, precisione e concordanza*, mentre è da escludere che possa attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici<sup>(149)</sup>.

La prova dell'*id quod plerumque accidit* deve essere intesa nel senso di implicare una valutazione siffatta: in presenza di tutti gli elementi di prova disponibili nel caso concreto (antecedenti), normalmente si verifica il fatto incerto ed oggetto di prova (conseguenza). Quindi si tratta di una valutazione radicata e fondata sul singolo caso concreto e non in astratto. In astratto il collegamento tra il fatto A ed il fatto B potrà essere debole (c.d. basse frequenze), ma ciò non rileva se gli elementi di prova disponibili depongono nel senso che, in quel caso concreto, la verifica del fatto incerto B rappresenta una “normale” conseguenza del fatto A. Ovviamente, meno il fatto B è associato al fatto A, in astratto e secondo la comune esperienza, più significativi (sotto il profilo della gravità, precisione e concordanza) dovranno essere gli elementi di prova necessari a raggiungere la soglia dell'*id quod plerumque accidit*<sup>(150)</sup>. Infatti, non si tratta tanto, in tali casi, di provare l'*id quod rare accidit*, quanto di offrire elementi di prova in presenza dei quali si possa dire che l'evento B normalmente consegue al fatto A. Detto diversamente: il fatto B, per quanto raramente associato in astratto al fatto A, in concreto si trova *normalmente (plerumque accidit)* in associazione al fatto A in presenza di determinati elementi di prova (Y, J e K), elementi sussistenti nel caso concreto<sup>(151)</sup>.

Naturalmente, come previsto nella disciplina delle presunzioni semplici, la controparte potrà offrire la prova contraria di ciò che appare provato secondo le prove offerte dalla parte onerata; ciò vale a dire che, per quanto siano presenti agli atti del giudizio elementi di prova della verità del fatto ignoto controverso secondo l'*id quod plerumque accidit*, la controparte potrà provare che, nella specifica, concreta ed unica, irripetibile

148 In base ad un ragionamento, secondo l'esempio già richiamato (*retro*, nota 37), del tipo: quell'impronta digitale *significa* il passaggio di N, che ha la stessa impronta.

149 Cass. civ. 5 febbraio 2014, n. 2632; Cass. 14 novembre 2006 n. 24211; Cass. 16 novembre 2005 n. 23079; Cass. 27 novembre 2000, n. 15266. Sul grado di probabilità logica/credibilità razionale necessario per fondare il giudizio presuntivo v. L. Lombardo (1999), 509 ss.; M. Taruffo (1974), 83 ss. Di recente, nella specifica direzione indicata nel testo la Suprema Corte ha precisato che «la gravità allude ad un concetto logico, generale o speciale (cioè rispondente a principi di logica in genere oppure a principi di una qualche logica particolare, per esempio di natura scientifica o propria di una qualche *lex artis*), che esprime nient'altro [...] che la presunzione si deve fondare su un ragionamento probabilistico, per cui dato un fatto A noto è probabile che si sia verificato il fatto B (non è condivisibile, invece, l'idea che vorrebbe sotteso alla gravità che l'inferenza presuntiva sia “certa”). La precisione esprime l'idea che l'inferenza probabilistica conduca alla conoscenza del fatto ignoto con un grado di probabilità che si indirizzi verso il fatto B e non lasci spazio, sempre al livello della probabilità, ad un indirizzarsi in senso diverso, cioè anche verso un altro o altri fatti. La concordanza esprime [...] un requisito del ragionamento presuntivo (cioè di una applicazione “non falsa” dell'art. 2729 c.c.), che non lo concerne in modo assoluto, cioè di per sé considerato, come invece gli altri due elementi, bensì in modo relativo, cioè nel quadro della possibile sussistenza di altri elementi probatori considerati, volendo esprimere l'idea che, in tanto la presunzione è ammissibile, in quanto indirizzi alla conoscenza del fatto in modo concordante con altri elementi probatori, che, peraltro, possono essere o meno anche altri ragionamenti presuntivi» (Cass. civ. 24 gennaio 2018, n. 1785).

150 V., in questi termini, Cass. 5 luglio 2017, n. 16503.

151 Ad esempio, l'autismo è assai raramente correlato alla vaccinazione esavalente; tuttavia, in presenza di particolari elementi integranti lo specifico quadro probatorio, la detta patologia può rappresentare ciò che normalmente accade, quale conseguenza della vaccinazione, nella specifica situazione data (v., per questa fattispecie, Trib. Milano 23 settembre 2014, n. 2664, disponibile in internet). Stesso discorso per i danni derivanti ad un militare in seguito alla esposizione ad uranio impoverito (v. App. Roma, 20 maggio 2016, n. 3214, reperibile in internet, ove, in motivazione, l'estesa ed analitica indicazione dei criteri medico-legali che consentono di ricondurre alla causa di servizio il quadro clinico esaminato).

situazione storica oggetto di quel giudizio, le cose sono andate in modo eccezionale rispetto alla regola dell'*id quod – ma non semper – accidit* (152). In questi casi può allora farsi ricorso alla teorica della *preponderance of evidence*, atteso che entrambi gli enunciati sono confermati in termini di probabilità logica sufficiente a far ritenere pienamente provato il fatto incerto. E si tratta di considerazioni che debbono essere parimenti estese alla prova ed all'accertamento del nesso di causalità, atteso che, com'è stato correttamente evidenziato nella sentenza Franzese (con discorso relativo al processo penale applicabile, mutato ciò che si deve, anche al processo civile), poiché il nesso di causalità si configura come requisito oggettivo della fattispecie di illecito civile, non possono non valere per esso gli identici criteri di accertamento che il giudizio civile riserva a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie stessa (153).

Ma, ciò chiarito, lo standard di prova può essere più o meno alto, più o meno rigoroso, anche in relazione ad un altro fattore; vale a dire in relazione alla quantità di prova della non verità di ipotesi alternative, rispetto a quella allegata da chi propone l'azione, che si ritiene necessaria per poter ritenere vera, e quindi pienamente provata, l'ipotesi allegata dalla parte attrice. Anche a questo proposito possono ipotizzarsi numerose soluzioni, ordinabili in termini di rigore probatorio crescente (154). Ed al riguardo si deve tener presente che la determinazione del livello di conferma richiesto ad un'ipotesi fattuale nei diversi processi giudiziari, e quindi la determinazione di uno standard di prova più o meno rigoroso, è conseguenza della valutazione relativa alla ripartizione, tra le parti coinvolte in tali processi, dei rischi di errore nella decisione giudiziale. Valutazione che, come è noto, spetta alla politica e non al teorico del diritto, tenuto conto che, in ogni caso, più lo standard di prova è rigoroso, più aumenteranno le ipotesi in cui l'enunciato fattuale è stato erroneamente ritenuto non vero (e quindi aumenteranno le ipotesi di erroneo non accoglimento della domanda) e, simmetricamente, diminuiranno le ipotesi in cui l'enunciato fattuale è stato erroneamente ritenuto vero (e quindi diminuiranno le ipotesi di erroneo accoglimento della domanda) (155).

A mio avviso è proprio su questo piano ora in considerazione che si può giustificare una diversità di regime probatorio tra processo civile e processo penale: mentre nel primo il dubbio, anche ragionevole, su un'ipotesi alternativa di ricostruzione del fatto – o sull'esistenza di fatti estintivi, modificativi ed impeditivi – non impedisce l'accoglimento della domanda, nel processo penale, come è ben noto, per considerare provata l'ipotesi della colpevolezza devono essere state confutate, oltre ogni ragionevole dubbio, tutte le altre ipotesi plausibili, che consentono di spiegare gli elementi di prova e che siano compatibili con l'innocenza dell'imputato, escluse le mere ipotesi *ad hoc* (156).

9. – La Corte di cassazione, anche di recente, ha precisato i rapporti tra la regola di decisione fondata sull'onere della prova di cui all'art. 2967 c.c., quella secondo cui il giudice deve decidere *iuxta probata partium*, di cui all'art. 115 c.p.c., e quella del libero convincimento nella valutazione delle prove libere, riconducibile all'art. 116 c.p.c.: la violazione dell'art. 2697 c.c. si configura se il giudice di merito applica la regola di giudizio fondata sull'onere della prova in modo erroneo, cioè attribuendo l'*onus probandi* a una parte diversa da quella che ne era onerata secondo le regole di scomposizione della fattispecie basate sulla differenza fra fatti costitutivi ed eccezioni, mentre per dedurre la violazione del paradigma dell'art. 115 è necessario denunciare che il giudice non abbia posto a fondamento della decisione le prove dedotte dalle parti, cioè abbia giudicato in contraddizione con la prescrizione della norma, il che significa che per realizzare la violazione deve avere

152 In questi termini v., molto chiaramente, CGUE, sez. II, sent. 21 giugno 2017, causa C-621/15, in *Foro it.*, 2017, 535 ss., spec. in motivazione.

153 Non sembra pertanto pienamente omologabile quanto affermato, di recente, da Cass. 20 febbraio 2018, n. 4024, secondo la quale “anche in una causa statisticamente improbabile può ravvisarsi la genesi del danno, se tutte le altre possibili cause fossero ancor più improbabili, e non siano concepibili altre possibili cause”; giacché ivi non si tiene conto del fatto che (anche) l'enunciato relativo al nesso causale deve essere provato almeno alla stregua dell'*id quod plerumque accidit*: nell'esempio in discorso, ciò vuol dire che, per ricondurre ad una causa statisticamente improbabile e non altrimenti provata la genesi del danno, è necessario – secondo lo schema del c.d. sillogismo disgiuntivo, o ragionamento per esclusione – che gli elementi di prova del caso concreto significhino non corrispondenza al vero di tutte le altre possibili cause in base (almeno) all'*id quod plerumque accidit* (non potendosi ritenere sufficiente, ad esempio, un solo indizio in tal senso: non è infatti sostenibile che una tesi è falsa solo perché non è stato provato che è vera, giusta il c.d. argomento, fallace, per mancanza di prova contraria). Condivisibile, invece, Cass. 14 novembre 2017, n. 26824, in *Foro it.*, 2018, 557 ss., con nota di B. Tassone (2018). Sui delicati temi della “causa ignota”, rilevante nella riflessione sulla ripartizione degli oneri probatori, e della “causalità incerta”, v., anche per ulteriori richiami, di recente, G. D'Amico (2018), 1348 ss.; B. Tassone (2018), 562 ss.; R. Pucella (2007), *passim*. Sul nesso causale nelle ipotesi di perdita di *chance* v. R. Pardolesi, B. Tassone (2018), 1607 ss.

154 V. J. Ferrer Beltrán (2018), § 2.3.

155 V. J. Ferrer Beltrán (2012), 148-149.

156 V. J. Ferrer Beltrán (2012), 153. Principio consolidato nella giurisprudenza penale a far data da Cass. pen. 17 dicembre 2009, n. 48320.

giudicato o contraddicendo espressamente la regola di cui alla norma, cioè dichiarando di non doverla osservare, o contraddicendola implicitamente, cioè giudicando sulla base di prove non introdotte dalle parti e disposte invece di sua iniziativa al di fuori dei casi in cui gli sia riconosciuto un potere officioso di disposizione del mezzo probatorio (fermo restando il dovere di considerare i fatti non contestati e la possibilità di ricorrere al notorio, previsti dallo stesso art. 115 c.p.c.), mentre detta violazione non si può ravvisare nella mera circostanza che il giudice abbia valutato le prove proposte dalle parti attribuendo maggior forza di convincimento ad alcune piuttosto che ad altre, essendo tale attività consentita dal paradigma dell'art. 116 c.p.c., che non a caso è rubricato alla “valutazione delle prove” (157).

Ora, in disparte per il momento il tema del controllo sull'attività di valutazione delle prove, di cui mi occuperò con maggior dettaglio più avanti, ciò che qui preme rimarcare è che la violazione della regola di giudizio fondata sull'onere della prova si verifica altresì tutte le volte in cui il giudice pone a fondamento della sua decisione un fatto senza che sia stata raggiunta la soglia, il grado, lo standard di convincimento richiesti dall'ordinamento per poter ritenere un determinato fatto pienamente provato.

10. – Numerose sono le accezioni della c.d. prova scientifica, e numerosi i problemi che tale prova pone nel processo (158). In questa sede il riferimento è alle ipotesi in cui le leggi di organizzazione e funzionamento del mondo che debbono essere applicate alle inferenze probatorie non sono attingibili dall'esperienza e dal senso comune, bensì dalle conoscenze scientifiche (159). La particolarità di queste ipotesi risiede nel fatto che qui il giudice non dispone di tali conoscenze, sicché per la valutazione e, quando necessario, per l'accertamento di determinati fatti egli deve far ricorso ad un esperto della materia che interessa il caso concreto oggetto di giudizio (160). Ne segue l'emergere di peculiari situazioni problematiche. Anzitutto, occorre tener conto che, nei casi in discorso, il giudice (normalmente) non è in grado di apprezzare nulla o quasi nulla della conoscenza scientifica da applicare al caso concreto; non può quindi apprezzare (*i*) la credibilità astratta di tale conoscenza, (*ii*) l'opportunità del suo utilizzo nel caso concreto, (*iii*) la correttezza d'impiego nel caso concreto, (*iv*) la correttezza della selezione degli elementi di fatto con funzione di elementi di prova scientifica, e quindi con funzione di premesse di fatto del ragionamento scientifico, (*v*) il peso dell'inferenza probatoria che pone quella conoscenza come un'altra delle sue premesse; (*vi*), il nesso di consequenzialità e quindi la conclusione derivata da tutte le premesse del ragionamento poste. In breve: il giudice non può direttamente sindacare nulla in ordine alla valutazione della prova compiuta dall'esperto attraverso la conoscenza scientifica.

A questo problema si può cercare di porre riparo in vari modi. Anzitutto valorizzando in tutte le sue possibili implicazioni il principio del contraddittorio: è noto infatti che il contraddittorio è oggi considerato, nel contesto del processo, il modello strutturale gnoseologico più efficace per la conoscenza e la ricostruzione del fatto controverso (161). È attraverso la continua e capillare dialettica tra le parti, infatti, che l'esperto dapprima ed il giudice successivamente possono compiere nel modo più adeguato le necessarie “scelte” nel merito di tutti i delicati profili testé elencati. Tuttavia, affinché il contraddittorio possa *effettivamente* realizzarsi è necessario anzitutto che esso sia previsto per ogni singola fase processuale al riguardo rilevante (162), e secondariamente che le parti si trovino in condizione di reale e concreta parità, anche in ordine alle possibilità di interloquire sul piano scientifico (163).

In secondo luogo, preso atto della inidoneità del giudice a comprendere direttamente il sapere scientifico, si sta cercando di riempire di nuovi contenuti il tradizionale principio secondo cui egli è *peritus peritorum*:

157 Cass., sez. un., 5 agosto 2016, n. 16598.

158 Sul punto v. R. Poli (2018), 417 ss.

159 A questo proposito si può distinguere tra conoscenza scientifica in senso ampio, che ricomprende tutti gli ambiti di seguito indicati: *a*) conoscenza scientifica in senso stretto, che racchiude l'insieme delle conoscenze tecniche di una determinata disciplina rilevante in un determinato caso concreto; *b*) legge scientifica di copertura dell'inferenza, universale o statistica, applicabile nel medesimo caso concreto; *c*) prova scientifica in senso stretto, caratterizzata da strumenti e metodologie del tutto peculiari e specifiche, utilizzabili nello stesso caso: si pensi, ad esempio, alle prove balistiche, alla dattiloscopia e alle indagini molecolari.

160 Per i tipi di conclusione cui può giungere il ragionamento probatorio scientifico v. R. Blaiotta, G. Carlizzi (2018), 441 ss., ove si distingue a seconda che la conclusione sia quantitativa, classificatoria, identificativa o esplicativa.

161 Tra i molti, v. di recente F. Auletta (2016), 467 ss.

162 Ciò che, almeno in Italia, non avviene ancora in modo soddisfacente: v. R. Poli (2018), 444 ss.

163 Ciò che non accade, ad es., quando le condizioni economiche delle parti sono significativamente diverse, tenuto conto dei costi del giudizio e, in particolare, dei consulenti di parte.



così, si è detto che ciò che si richiede è che il giudice “sia in grado di valutare se si è nell’ambito di una forma di conoscenza dotata di dignità e di validità scientifica, e se i metodi d’indagine e di controllo tipici di quella scienza sono stati correttamente applicati nel caso particolare”<sup>(164)</sup>; e che il giudice stesso motivi adeguatamente al riguardo: “Solo motivando in proposito, invero, il giudice può evitare il sospetto che egli non abbia esercitato la sua funzione di *peritus peritorum* ed abbia invece passivamente condiviso l’opinione dell’esperto”<sup>(165)</sup>. La valutazione della prova scientifica, pertanto, è un’attività che trascende l’impiego del senso comune e richiede nel giudice, anche nella ora descritta “nuova” prospettiva, la capacità di “conoscere la scienza”, affinché egli possa essere in grado di svolgere adeguatamente la sua funzione di controllore della esistenza delle c.d. condizioni di scientificità della conoscenza che si vuole introdurre in un determinato processo<sup>(166)</sup>.

In questa prospettiva deve essere altresì considerata la recente ed apprezzabile tendenza della giurisprudenza penale italiana, che, sulla falsariga di quanto accade già da diversi anni negli Stati Uniti<sup>(167)</sup>, ha iniziato a fissare una serie di criteri, condizioni e direttive per vagliare l’ingresso e l’uso della conoscenza scientifica nel processo<sup>(168)</sup>; si tratta di parametri che, come vedremo, rendono poi possibile anche un controllo in sede d’impugnazione delle delicate “scelte” di cui si è poc’anzi detto (v. *infra*, § 11 ss.).

Per completezza di discorso, va comunque sempre ricordato che, in considerazione dell’ineliminabile differenza semantica tra linguaggio giuridico e linguaggio scientifico, residuerà sempre uno scarto, appunto semantico, sia pur in generale tollerabile, tra ciò che intende lo scienziato nelle sue premesse e nelle sue conclusioni, e ciò che intende il giudice nel recepire tali premesse e conclusioni<sup>(169)</sup>.

11. – A questo punto occorre chiedersi *se e come* è controllabile, sindacabile il ragionamento probatorio. Poiché tale ragionamento si realizza prevalentemente al momento della decisione finale nel merito della controversia, il tema si specifica sulle modalità di tale controllo in sede d’impugnazione ed in particolare nel giudizio avanti la Corte di cassazione.

In premessa va rimarcato che il controllo del giudizio si attua attraverso il controllo della motivazione, tenuto conto che la motivazione contiene la decisione delle questioni controverse nel giudizio e quindi le ragioni e le argomentazioni attraverso le quali il giudice si è formato un determinato convincimento in ordine alla verità dei fatti affermati dalle parti nel processo. Ora, come è altrettanto noto, più è ampia la possibilità di sindacare la motivazione del giudizio di fatto, più è ampia la possibilità di censurare le scelte del giudice che hanno condotto alla formazione di tale giudizio. Per cui, controllare la motivazione, sindacare la motivazione, censurare la motivazione, far valere dei vizi di motivazione, equivale a far valere dei vizi di formazione del giudizio in ordine alla affermata verità/falsità, esistenza/inesistenza dei fatti rilevanti del processo<sup>(170)</sup>. A tale proposito, occorre tenere ben chiara la stretta correlazione tra ampiezza dell’obbligo di motivazione, ampiezza del sindacato della motivazione in sede d’impugnazione ed ampiezza del controllo del giudizio di fatto, con particolare riguardo alla valutazione delle prove libere. Poiché la motivazione rappresenta la “finestra” attraverso cui accedere al giudizio di fatto, se si restringe l’obbligo di motivazione o si restringe l’ambito del suo controllo davanti al giudice dell’impugnazione, di fatto si finisce per ampliare l’area della discrezionalità del giudice nella formazione del giudizio di fatto, discrezionalità che resta priva di adeguato controllo<sup>(171)</sup>. E la mancanza della possibilità di controllo in sede d’impugnazione si traduce nella sterilizzazione dei mezzi di prova che la parte ha richiesto per provare la verità dei fatti che la stessa ha allegato, quale concreta manifestazione del suo diritto alla prova: se, ad es., il giudice può non tener conto della legge scientifica che la parte ha dedotto nel processo (prova del DNA, ad esempio, secondo il più recente ed accreditato metodo), ciò equivale alla mancanza del diritto di provare il fatto controverso per mezzo della legge scientifica di cui la parte intende avvalersi. Per quanto riguarda, in particolare, il nesso

164 M. Taruffo (2007), 975.

165 M. Taruffo (2007), 975; R. Blaiotta, G. Carlizzi (2018), 451 ss.; P. P. Rivello (2014), 172 ss.

166 V. ancora M. Taruffo (2007), 976.

167 Per riferimenti cfr. P. P. Rivello (2014), 66 ss., spec. 75 ss.

168 V., ad es., Cass. 20 marzo 2013, n. 7041.

169 V. ancora, in proposito, P. P. Rivello (2014), 172 ss., spec. 177 ss.

170 E ciò ovviamente vale anche per le violazioni del contraddittorio: su tale aspetto v., da ultimo, P. H. Dos Santos Lucon (2018), 667 ss.

171 Sugli aspetti ora indicati nel testo v. R. Poli (2018), 417 ss., anche per ulteriori riferimenti.

tra obbligo di motivazione e controllo della motivazione, basti osservare che un obbligo (di motivazione) in effetti sussiste se e nella misura in cui è possibile censurare (in sede d'impugnazione) la sua violazione, altrimenti si tratta di un mero "invito" al giudice e non già di un vero e proprio obbligo giuridico (in disparte i possibili profili di carattere disciplinare).

12. – I vizi nell'esercizio del prudente apprezzamento si possono individuare agevolmente richiamando quanto abbiamo detto a proposito delle condizioni di credibilità razionale del discorso del giudice che struttura il giudizio di fatto. Abbiamo infatti visto che il discorso del giudice sul giudizio di fatto è razionalmente credibile quando è completo, attendibile, plausibile, coerente e congruo.

In effetti, il passaggio dalle proposizioni che descrivono le prove alla proposizione da provare è strutturato secondo i seguenti momenti logici: *a*) esame completo del materiale di prova (delle premesse probatorie); *b*) individuazione e descrizione delle specifiche e concrete caratteristiche del materiale di prova (da porre a base delle valutazioni, ad es., di gravità, precisione e concordanza degli indizi); *c*) attribuzione al materiale di prova (alle premesse probatorie) della attitudine a fornire specifici e concreti elementi di conoscenza in ordine ai fatti da provare, sulla base delle leggi di esperienza (comune e/o scientifica) ritenute applicabili al caso di specie; *c*) individuazione dei risultati di prova, tenuto conto prima singolarmente poi complessivamente del materiale di prova a disposizione; *d*) formulazione delle conclusioni – sulla base dei risultati di prova, delle regole sull'onere della prova e degli *standard* di prova applicabili – in ordine alla esistenza/inesistenza dei fatti da provare.

Pertanto, i vizi nella valutazione delle prove in base al prudente apprezzamento sono anzitutto e principalmente i seguenti: *a*) mancanza di motivazione, totale o parziale, vale a dire in ordine alla decisione di una o più (e non su tutte le) questioni controverse: la mancanza grafica di motivazione, o la c.d. motivazione apparente<sup>(172)</sup>, totale o parziale, si traducono infatti in una decisione senza giudizio, che integra un grave vizio della sentenza; *b*) omesso esame di un fatto (elemento di prova decisivo); *c*) erronea individuazione e descrizione delle specifiche e concrete caratteristiche del materiale di prova (da porre a base delle valutazioni, ad es., di gravità, precisione e concordanza degli indizi); *c*) erronea scelta<sup>(173)</sup> e/o erronea applicazione<sup>(174)</sup> delle massime d'esperienza (comune o scientifica), e quindi erronea attribuzione al materiale di prova (alle premesse probatorie) della attitudine a fornire specifici e concreti elementi di conoscenza in ordine ai fatti da provare; *d*) contraddittoria attribuzione di significato alle premesse probatorie o affermazioni contraddittorie in ordine alle premesse ed ai risultati di prova; *e*) erronea individuazione dei risultati di prova, una volta valutato il materiale di prova a disposizione prima singolarmente poi complessivamente; *e*) violazione delle regole sull'onere della prova e sugli *standard* di prova applicabili nella formulazione delle conclusioni in ordine alla esistenza/inesistenza dei fatti da provare<sup>(175)</sup>.

13. – È ora possibile esaminare uno dei temi dogmaticamente più interessanti del ragionamento probatorio, vale a dire quello della sua sindacabilità nelle fasi d'impugnazione, ed in particolare nel giudizio di fronte alla Corte di cassazione; giudizio che è tradizionalmente considerato giudizio di sola legittimità, tendenzialmente senza spazi per (ri)valutazioni del (giudizio di) fatto e del c.d. merito della controversia. Si tratta di un tema che di recente in Italia ha ricevuto nuovo interesse, in virtù della riforma del 2012 che, tra l'altro, ha interessato, proprio il tema del sindacato in Cassazione della motivazione del giudizio di fatto<sup>(176)</sup>.

Vediamo anzitutto come si presentava l'ambito del controllo del giudizio di fatto prima del 2012. Ebbene, prima del 2012 l'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c. prevedeva un ampio spettro di possibilità di sindacare la motivazione, e quindi il giudizio di fatto, davanti alla Corte di cassazione. Infatti, era prevista la possibilità di ricorrere in Cassazione per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto decisivo e controverso del giudizio. In particolare, ai nostri fini interessa la possibilità di sindacare la c.d. "motivazione insufficiente", la quale sussiste quando il giudizio di fatto si fonda su delle argomentazioni non idonee a

172 Sulla quale, tra le più recenti, v. Cass. 6 settembre 2018, n. 21687.

173 Perché la massima d'esperienza non può dirsi tale o perché non pertinente al caso di specie

174 Ad es. per difetto del c.d. nesso di consequenzialità.

175 Per altri possibili vizi dell'argomentazione v. G. Carcaterra (2015), 59 ss., 136 ss.

176 Sul punto v., anche per ulteriori riferimenti, R. Poli (2018), 428 ss. In generale, sul rapporto tra standard di convincimento e possibilità di controllo in sede d'impugnazione, v. l'interessante analisi di D. Knijnik (2001), 15 ss.

sorreggere la decisione, non plausibili, non convincenti, sul piano “logico”, della c.d. “inferenza probabilistica” e con particolare riguardo al c.d. nesso di consequenzialità tra premesse e conclusioni, nei termini testé chiariti. Il tema è complicato dal fatto che, a parte i casi – in verità non frequentissimi – di palese illogicità della motivazione, possono darsi molti casi, come abbiamo già ricordato, in cui la massima di esperienza utilizzata (derivante dal senso comune p scientifica) potrebbe essere ritenuta condivisibile da alcuni, ma non da altri membri della medesima collettività (e naturalmente nello stesso momento storico), sicché a taluni la motivazione adottata apparirà sufficiente, mentre ad altri viziata, perché insufficiente. Sono questi i casi in cui è difficile ravvisare non solo, ove non si condivida il ragionamento del giudice, una violazione di legge in senso stretto, ma anche un sindacato sul giudizio di fatto che prescindendo da un pieno riesame del merito del giudizio stesso (salvo annullare completamente la distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto): si pensi, ad es., al giudizio secondo cui deve reputarsi dannoso per l’equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia formata da una coppia omosessuale.

Il legislatore del 2012 è intervenuto, in proposito, muovendo dal presupposto che oggi è senz’altro opportuno limitare l’accesso al giudizio di legittimità perché la Suprema Corte, sommersa dai ricorsi, non è in grado di esercitare la funzione per cui è stata istituita: assicurare “l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge”, la c.d. nomofilachia (art. 65 dell’Ordinamento giudiziario) <sup>(177)</sup>. Di qui l’adozione della soluzione secondo cui l’accesso al giudizio di legittimità debba essere limitato solo ai casi in cui vi sia una violazione di legge in senso stretto. E considerato altresì che l’errore nella scelta e nell’uso delle massime d’esperienza non comporterebbe una violazione di legge in senso stretto, ha riscritto il testo del n. 5 dell’art. 360, il quale oggi prevede che si possa ricorrere in cassazione solo per «omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti». È quindi sparito ogni riferimento espresso alla motivazione ed ogni riferimento ai suoi vizi <sup>(178)</sup>.

Questa disposizione è stata interpretata dalle Sezioni Unite, con due sentenze gemelle del 2014, le quali hanno letto in senso estremamente restrittivo il nuovo testo, affermando che essa non riguarda il vizio di motivazione, e che oggi il vizio di motivazione sindacabile in Cassazione è solo quello che si traduce in una violazione di legge costituzionalmente rilevante <sup>(179)</sup>.

Il nuovo 360, comma 1, n. 5, invece, precisano le Sezioni Unite, introduce un vizio di legittimità del tutto diverso: sotto questo profilo la sentenza è censurabile solo quando il giudice, nell’esame e nella valutazione degli elementi di prova rilevanti alla fine della formazione del suo giudizio su un determinato fatto, abbia del tutto omesso di considerare un fatto decisivo per la risoluzione della controversia. Deve trattarsi di un fatto principale o anche di un fatto secondario, relativo ai fatti storici che appartengono alla vicenda storica allegata nel processo: alla fattispecie costitutiva, da un lato, o alle fattispecie allegare nel processo in via di eccezione (quindi alle fattispecie estintive, modificative o impeditive allegare dal convenuto). In questa situazione, chiariscono le Sezioni Unite, non vi è più spazio per censurare in Cassazione la “motivazione insufficiente”, ovvero non vi è più spazio per censurare i vizi logici della motivazione, il cattivo uso delle massime di esperienza, l’erronea scelta di una massima di esperienza o comunque la conclusione che si è ritenuti di trarre dall’uso di una massima di esperienza, in astratto, in sé considerata, corretta. Aggiunge la Corte che «l’omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sé, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie» <sup>(180)</sup>.

177 Sul punto v., da ultimo, L. Lombardo (2015), 73 ss.

178 In proposito rinvio a R. Poli (2017), 141 ss.

179 In proposito, si indicano i casi della motivazione: a) graficamente mancante; b) che contiene delle affermazioni così contraddittorie tra di loro, da risultare inconciliabili, e da non consentire, per l’effetto, di individuare l’*iter* logico seguito dal giudice per arrivare ad una determinata decisione; c) apparente, vale a dire la c.d. pseudo-motivazione, che sussiste quando vi è un’argomentazione nella sentenza, ma questa non è minimamente in grado di offrire una giustificazione alla decisione adottata. In tutti questi casi, i vizi della motivazione che comportano violazione di legge rientrano nel n. 4 dell’art. 360, nel motivo cioè che riguarda la possibilità di censurare la sentenza per nullità della sentenza stessa o del procedimento. La premessa sistematica di questo ragionamento consiste nel ritenere che la motivazione mancante, nei termini appena indicati, rende la sentenza inidonea allo scopo, ex art. 156, secondo comma, c.p.c. e quindi nulla. Qui la violazione di legge è rilevante anche sotto il profilo costituzionale, sicché di questo tipo di vizio è consentita la censura, la denuncia in cassazione, ai sensi, come detto, dell’art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c.: Cass., sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053-8054.

180 Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053 e n. 8054.

In tale contesto, si innesta una delle più controverse innovazioni dovute al legislatore del 2012. Infatti, l'art. 348-ter c.p.c. stabilisce che, sia in caso di ricorso per cassazione diretto avverso la sentenza di primo grado (ovvero, quando l'appello sia dichiarato inammissibile con ordinanza perché privo di ragionevoli probabilità di accoglimento), sia in ogni altro caso di ricorso "ordinario" per cassazione avverso la sentenza di appello, se l'ordinanza o la sentenza di appello si fonda sulle stesse ragioni inerenti le questioni di fatto, il ricorso a norma del n. 5 dell'art. 360 non può essere proposto, è inammissibile *tout court*. In tali casi, non sussiste affatto la possibilità di censurare l'*iter* logico seguito dal giudice nell'accertamento dei fatti<sup>(181)</sup>.

Ora, insieme a questi interventi legislativi se ne deve ricordare un altro, che pure si riferisce ad uno degli aspetti rilevanti in questa sede, che abbiamo ricordato all'inizio di queste osservazioni, vale a dire l'obbligo di motivazione. Innanzitutto, va rilevato che la eliminazione – ad opera della riforma del 2012 – dei parametri contenuti nel vecchio n. 5 dell'art. 360 c.p.c. ha comportato il venir meno degli unici criteri per individuare il contenuto dell'obbligo di motivazione in senso sostanziale. In effetti, prima della riforma, consentendosi il sindacato della motivazione e la possibilità di censurare la motivazione stessa quando questa risultava insufficiente e contraddittoria, si incideva anche sul contenuto dell'obbligo di motivazione del giudice del merito, il quale non doveva esser inteso in senso solo formale, bensì anche in senso sostanziale: la motivazione, in altre parole, non doveva essere solo graficamente presente, ma anche congrua, logica, non contraddittoria e, appunto, sufficiente, cioè fondata su criteri di ragionamento plausibili e condivisibili dalla collettività di riferimento.

Questi parametri di validità della sentenza – in sostanza, veri e propri requisiti del contenuto della motivazione in senso sostanziale – oggi, come abbiamo visto, sono stati espunti dal n. 5 dell'art. 360. Ma il legislatore, sempre di recente, è altresì intervenuto direttamente sulla disciplina del contenuto e della struttura della motivazione con una serie di disposizioni che hanno depotenziato l'obbligo di motivazione. Per esempio, con attenzione ai requisiti formali della sentenza, *ex* art. 132 c.p.c., il legislatore è intervenuto e ha modificato il punto n. 4 di detta disposizione, la quale oggi prevede che la sentenza deve contenere la «concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione», mentre prima il testo di legge prevedeva al punto n. 4, con formula più estesa, che la sentenza dovesse contenere «la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decisione»<sup>(182)</sup>.

Deve essere inoltre richiamato di nuovo l'art. 348-ter c.p.c., che, in tema di motivazione dell'ordinanza con la quale il giudice d'appello può dichiarare inammissibile l'appello, quando questo non abbia ragionevoli probabilità di accoglimento, prevede che il giudice di appello possa provvedere con ordinanza "succintamente" motivata, "anche mediante il rinvio gli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e in riferimento a precedenti conformi" (così l'art. 348-ter, comma 1, c.p.c.)<sup>(183)</sup>.

Per riassumere, possiamo dire che si assiste, da un canto, ad una restrizione dell'obbligo di motivazione, un contenimento dell'obbligo di motivazione, sia sotto il profilo formale, sia sotto il profilo sostanziale; dall'altro canto, ad una limitazione, una riduzione delle possibilità di ricorrere in Cassazione per far valere errori della motivazione sotto il profilo sostanziale. In sintesi: si restringono le possibilità di censurare il metodo del giudizio di fatto, le possibilità di censurare gli errori commessi dal giudice nel suo ragionamento volto alla definizione degli elementi di fatto della controversia.

181 Sul nuovo art. 348-ter c.p.c. rinvio a R. Poli (2017), 136 ss.

182 A questo riguardo v., anche per altri riferimenti, F. Rota (2015), § 3 ss. Altre modifiche hanno interessato l'art. 118 delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile. Qui si è passati dal testo ante 2009 per cui «La motivazione della sentenza [...] consiste nella esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione», all'attuale, secondo cui «La motivazione della sentenza [...] consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi» (v. ancora F. Rota (2015), § 3). In proposito, si noti il ben diverso testo utilizzato nel corrispondente art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p., secondo il quale la sentenza penale contiene – in correlazione con l'art. 192, comma 1, c.p. – «la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie» (su tale disposizione, anche in relazione al suo controllo dinanzi la Corte di cassazione, v. G. Canzio (2010), *passim*).

183 Per completezza, occorre infine ricordare che, in base alla consolidata giurisprudenza, in tema di prova, spetta in via esclusiva al giudice di merito il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di assumere e valutare le prove, di controllarne l'attendibilità e la conclusione, di scegliere, tra le complessive risultanze del processo, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad esse sottesi, assegnando prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova acquisiti, nonché la facoltà di escludere anche attraverso un giudizio implicito la rilevanza di una prova, dovendosi ritenere, a tal proposito, che egli non sia tenuto ad esplicitare, per ogni mezzo istruttorio, le ragioni per cui lo ritenga irrilevante ovvero ad enunciare specificamente che la controversia può essere decisa senza necessità di ulteriori acquisizioni: cfr., *ex multis*, Cass. 4 agosto 2017, n. 19547; Cass. 28 febbraio 2017, n. 5168; Cass. 11 marzo 2015, n. 4851.

14. – Tuttavia, questo modo d'intendere il controllo della motivazione in Cassazione sembra porre problemi di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost. <sup>(184)</sup>, ed appare comunque eccessivamente restrittivo, tanto è vero che, di recente, ad opera di alcune pronunce della stessa Corte si è cercato di ripristinare la situazione *quo ante*.

Anzitutto, occorre ricordare che le stesse Sezioni Unite del 2014, in apparente distonia con i principi restrittivi poc'anzi ricordati, avevano affermato che “la peculiare conformazione del controllo sulla motivazione non elimina, sebbene riduca (ma sarebbe meglio dire, trasformi), il controllo sulla sussistenza degli estremi cui l'art. 2729 c.c., primo comma, subordina l'ammissione della presunzione semplice. In realtà è in proposito possibile il sindacato per violazione di legge, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. Ciò non solo nell'ipotesi (davvero rara) in cui il giudice abbia direttamente violato la norma in questione deliberando che il ragionamento presuntivo possa basarsi su indizi che non siano gravi, precisi e concordanti, ma anche quando egli abbia fondato la presunzione su indizi privi di gravità, precisione e concordanza, sussumendo, cioè, sotto la previsione dell'art. 2729 c.c., fatti privi dei caratteri legali, e incorrendo, quindi, in una falsa applicazione della norma, esattamente assunta nella enunciazione della “fattispecie astratta”, ma erroneamente applicata alla “fattispecie concreta” <sup>(185)</sup>. In sostanza sembra che per questa via si possa, significativamente, tornare a sindacare l'uso delle massime di esperienza: infatti, se il giudice ha ritenuto un indizio non grave o non preciso, oppure ha ritenuto preciso e grave un indizio che ad avviso della parte non lo è, poter sindacare questa affermazione significa poter sindacare la massima di esperienza che il giudice ha applicato a quel fatto indiziario <sup>(186)</sup>.

Successivamente, un primo tentativo di riapertura al controllo sul giudizio di fatto si è avuto ad opera di quelle pronunce secondo le quali “il cattivo esercizio del potere di apprezzamento delle prove non legali da parte del giudice di merito, non essendo incasellabile né nel paradigma del n. 5, né in quello del n. 4 [...] non trova di per sé alcun diretto referente normativo nel catalogo dei vizi denunciabili con il ricorso per cassazione. Può semmai ipotizzarsi che il ricorrente in Cassazione possa svolgere considerazioni sul cattivo esercizio del detto potere non già *sub specie* di denuncia in sé e per sé di un vizio della sentenza impugnata, bensì solo in funzione e, quindi, come elemento, di un'attività di dimostrazione che il giudice di merito è pervenuto ad una erronea ricostruzione della *quaestio facti*, sì che essa l'abbia indotto in ultima analisi ad applicare erroneamente una norma di diritto alla fattispecie dedotta in giudizio. Sicché il motivo di ricorso sia la denuncia di tale erronea applicazione. Si può dunque ipotizzare che dette considerazioni possano e debbano necessariamente incasellarsi solo come elemento di un ben più articolato quadro evidenziatore della deduzione di un *error in iudicando* ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., circa la norma applicabile ed applicata alla fattispecie” <sup>(187)</sup>.

Questo tentativo è sicuramente apprezzabile, perché dimostra la sensibilità della Corte verso i temi qui trattati, e tuttavia può presentare qualche problema in sede applicativa: se da un lato, infatti, si deve tener conto che non ogni mal formulato giudizio su un fatto decisivo (per mal governo delle massime d'esperienza) si traduce in un errore di sussunzione in senso proprio (ma ciò non lo renderebbe meno grave nell'economia della decisione); dall'altro, si deve osservare che la prospettiva così ora schiusa dalla Corte potrebbe incentivare le parti verso tentativi di far riesaminare il merito della causa anche più ampi rispetto a quanto accadeva prima della riforma del 2012 <sup>(188)</sup>.

184 V., sul punto, R. Poli (2018), 428 ss., 463.

185 Cass., sez. un., 7 aprile 2014, nn. 8053-8054.

186 Per apprezzare quanto appena riferito nel testo, si consideri quanto affermato, ad es., da Cass. 8 ottobre 2013, n. 22898, secondo la quale, «in tema di presunzioni semplici, il rapporto di dipendenza tra il fatto noto e quello ignoto deve essere accertato con riferimento ad una connessione possibile e verosimile di accadimenti, la cui sequenza e ricorrenza possano verificarsi secondo le regole di esperienza» (nel caso di specie la Corte ha ritenuto che tali caratteri «difettano nell'inferenza secondo la quale il prelievo di danaro effettuato in prossimità di una scadenza contrattuale è imputabile al saldo del relativo debito»). Sul ragionamento logico che deve seguire il giudice nella presunzione, v. Cass. 12 settembre 2016, n. 17937; Cass. 6 giugno 2012, n. 9108. Per altri esempi, v. Cass. 13 dicembre 2012, n. 22909, sulla prova per presunzioni del danno subito in ipotesi di morte di un familiare; Cass. 12 gennaio 2007, n. 433, sulla prova per presunzioni che il rappresentante abbia espressamente speso il nome del rappresentato. Sul rapporto tra presunzioni e massime d'esperienza v. S. Patti (2015), 642 ss., 686 ss., anche per i requisiti della gravità, precisione e concordanza.

187 Cass. 10 giugno 2016, n. 11892, in motivazione, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 856 ss., con nota di T. della Ventura, seguita da Cass. 28 settembre 2016, n. 19179, in motivazione.

188 È la stessa Corte, nella sentenza ora in esame, ad osservare infatti che «in pratica potrebbe ipotizzarsi che la critica all'esercizio concreto del potere di cui all'art. 116 c.p.c., si collochi come parte di un ragionamento più ampio che giustifichi innanzitutto in termini di necessità logica una ricos-

Assai più diretta, esplicita ed incisiva è invece una successiva pronuncia del 2017, con la quale la Corte è tornata del tutto consapevolmente a caldeggiare la situazione *ante* riforma. In questa pronuncia si è infatti detto che “se è vero che il controllo di questa Corte di legittimità non può mai spingersi a valutare l’esito del suddetto procedimento logico (Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8053, punto 14.8.3) e quindi il risultato della concreta modalità di esercizio del prudente apprezzamento del giudice del merito nella valutazione del materiale istruttorio, tuttavia un tale controllo, pure restando assai limitato, deve persistere, a presidio dell’intima coerenza della conciliabilità delle affermazioni operate quale garanzia di attendibilità del giudizio di fatto a sua volta premessa di quello di diritto, quanto alla verifica della correttezza del percorso logico tra premessa-massima di esperienza-conseguenza, cioè di esattezza della massima di esperienza poi applicata, come pure alla verifica della congruità – o accettabilità o plausibilità o, in senso lato, verità – della premessa in sé considerata; in mancanza di tale congruenza o plausibilità, la motivazione sul punto resterà soltanto apparente” (189).

Questa pronuncia del 2017 a mio avviso rappresenta il corretto modo d’intendere il sindacato della Suprema Corte sul vizio di motivazione, e schiude l’ultimo problema di cui dobbiamo occuparci in questa sede, vale a dire il classico problema dei limiti del sindacato di legittimità rispetto al giudizio di merito vero e proprio, problema che può essere riassunto nei seguenti interrogativi: è ipotizzabile un sindacato di legittimità che non si traduca in un pieno riesame nel merito del fatto? È ammissibile un sindacato nel merito del giudizio di fatto senza che tale sindacato comporti un nuovo giudizio di fatto da parte della Suprema Corte? In sintesi, in che limiti è ammissibile il sindacato di legittimità sul giudizio di fatto?

Ebbene, per rispondere a queste domande occorre verificare fino a che punto vi sia corrispondenza tra la sopra descritta “credibilità razionale” della decisione sui fatti della causa e la legittimità della decisione stessa: vale a dire fino a che punto il sindacato della credibilità razionale del discorso del giudice sia un sindacato di legittimità e non sconfini in un giudizio di merito in ordine alla esistenza/inesistenza del fatto considerato. Più esattamente, per la verità, al di là delle tradizionali qualificazioni che potrebbero fuorviare l’indagine, si tratta di verificare fino a che punto il sindacato della credibilità razionale del discorso del giudice sia consentito alla Suprema Corte in base alla normativa attualmente vigente.

Poiché non vi è dubbio che la Corte di cassazione può sindacare oggi sia la completezza del discorso giustificativo del giudice, sulla base di quanto risulta dall’art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., sia la non contraddittorietà del discorso stesso, giusta quanto hanno disposto le Sezioni Unite nel 2014, il problema si pone, in particolare, in ordine alla “plausibilità”, alla “congruità” ed alla “logicità” in generale (tutto ciò che, prima della riforma del 2012, rientrava nel controllo sulla “sufficienza” della motivazione).

Ora, sulla base di tutte le osservazioni che precedono, può affermarsi che: *a*) la logica del giudice non è una logica rigorosamente dimostrativa, o comunque formalizzata, ma è una logica argomentativa, dialettica e retorica, prevalentemente induttiva, opinativa, che include importanti scelte soggettive e discrezionali di valore, benché tale logica possa e debba essere strutturata su basi razionali (190); *b*) di conseguenza, possono

truzione della *questio facti* sulla base del materiale probatorio diversa da quella operata dal giudice di merito e per tale ragione evidenze che egli ha mal sussunto la vicenda sotto la norma che ha applicato, perché tale norma non sarebbe stata applicabile se la ricostruzione fosse stata quella esatta» (Cass. 10 giugno 2016, n. 11892, in motivazione; v. anche Cass. 28 settembre 2016, n. 19179, in motivazione).

189 Cass. 5 luglio 2017, n. 16502, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 889 ss., con nota di L. Ruggiero, ove in motivazione si aggiunge: «Ci saranno, a questo riguardo, regole empiriche che ammettono più ampia discrezionalità, perché la conseguenza è legata alla premessa da un nesso meno stringente in termini di causalità o probabilità: sicché la valutazione della conseguenza dovrà essere più “prudente” e, quindi, sorretta da elementi di riscontro o anche soltanto da un contesto in cui l’elemento valutato come premessa può rilevare, per l’elevata probabilità della conseguenza ipotizzata; ci saranno regole empiriche che quella più ampia discrezionalità invece non ammettono, escludendo anzi, se non in condizioni francamente eccezionali o residuali, che il risultato atteso possa divergere da uno schema bene sperimentato: sicché la valutazione della conseguenza potrà essere sostanzialmente automatica e, viceversa, molto più approfondita ed attenta ove volesse discostarsi dall’esito normalmente atteso della sequenza causale collegata. Infine, se violata è la regola più specifica della necessaria gravità, precisione e concordanza degli elementi da porre a base della presunzione, allora potrà essere verificata pure la concreta valutazione che di quei requisiti è stata operata dal giudice del merito». In proposito v. anche Cass. 5 luglio 2017, n. 16503, ove, in motivazione, si gradua lo *standard* di prova specifica a carico del danneggiato – salvi la contestazione della controparte o l’onere dell’allegante che intenda giovare di fatti ancora più favorevoli a sé – in ragione della postulata maggiore o minore frequenza, secondo l’*id quod plerumque accidit*, della conseguenza dannosa oggetto di prova. Di recente, alludono ad un ammissibile controllo di logicità del ragionamento del giudice anche Cass. 18 giugno 2018, n. 16094 e Cass. 12 giugno 2018, n. 15260.

190 Da ultimo, in proposito, v. A. Gentili (2013), 549 ss.; *contra* M. Taruffo (1997), 533 ss.; posizioni meno nette sono espresse, più di recente, in Id., *Fatti e prove* (2012a), ove si contrappone la funzione *euristica* o *conoscitiva* della prova, alla funzione *retorica* della prova. Sul punto v. anche A. Carratta (2014), 169 ss. E la natura argomentativa, opinativa, del discorso del giudice, dipende anche dalla (il più delle volte) unicità e irripetibilità del singolo caso oggetto di decisione, nel quale la complessa, articolata rete delle prove e degli elementi di prova, e quindi degli indizi, si configura in termini assolutamente peculiari, per la specificità e – si ripete – irripetibile conformazione, quantità e qualità degli indizi stessi del caso concreto. Questi indizi “unici”, infatti, in considerazione delle loro specifiche e irripetibili caratteristiche (di quantità, qualità e determinata conformazione), non consentono la riproduzione, al momento della loro valutazione, di schemi gnoseologici oggettivi, predeterminabili *a priori* ed applicabili (quasi)

darsi ipotesi in cui sullo stesso enunciato di fatto è possibile formulare una conclusione diversa rispetto a quella contenuta in sentenza, dotata del pari di logicità opinativa (oltre, naturalmente, alla possibilità di conclusioni prive di logicità: si pensi, ad es., a conclusioni fondate su enunciati contraddittori o su inferenze debolissime) <sup>(191)</sup>; *c*) anche ove non si volesse condividere il più recente, estensivo orientamento della Suprema Corte in tema di motivazione apparente, poc' anzi richiamato <sup>(192)</sup>, non appare contestabile che il sindacato di legittimità relativo al valore e all'operatività delle presunzioni, includendo ed implicando il sindacato sul corretto impiego dei concetti di gravità, precisione e concordanza, include ed implica, irriducibilmente, il controllo della logicità del ragionamento del giudice <sup>(193)</sup>; *d*) un adeguato controllo della logicità (opinativa) del discorso del giudice sugli enunciati fattuali rilevanti della causa non può prescindere dalla riformulazione radicale dello stesso giudizio di fatto, incluse le sue componenti di valore – sia pure soltanto *ex actis* –, per omologarlo o cassarlo <sup>(194)</sup>; *e*) il giudizio finale e definitivo (che include scelte di valore), di riconosciuta, omologata (o negata) logicità (opinativa), che spetta alla Suprema Corte, è tale non perché si fondi su parametri di verità formale o oggettiva, misurabile “oggettivamente”, bensì per il ruolo istituzionale della Corte quale organo di vertice, e quindi quale supremo rappresentante del popolo in nome del quale esercita la funzione giurisdizionale <sup>(195)</sup>.

Queste premesse impongono di concludere nel senso che la c.d. incensurabilità del giudizio di fatto in Cassazione consiste esclusivamente in ciò, che la Suprema Corte: *(i)* non può compiere attività istruttoria (com'è ovvio e pacifico); *(ii)* non può esaminare direttamente e autonomamente le prove e gli elementi di prova, ma può esaminare tali prove ed elementi di prova solo nei limiti delle specifiche censure proposte dal ricorrente con i motivi di ricorso; *(iii)* non può dare alle questioni di fatto del caso concreto sottoposto al suo esame una soluzione diversa da quella adottata dal giudice di merito. In questa prospettiva non è quindi affatto esclusa, per la Suprema Corte, la censurabilità delle valutazioni (vale a dire delle “scelte di valore”) compiute dal giudice inferiore per arrivare alle soluzioni parziali ed alla soluzione finale riassuntiva sulla *quaestio facti* (incluso il giudizio sulla esistenza del nesso di causalità), che esclusivamente a lui, quale giudice del merito, spetta accertare in giudizio (*ex art. 384, comma 2, ultima parte, c.p.c.*) <sup>(196)</sup>.

A questo modo d'intendere il sindacato della Suprema Corte sulla credibilità razionale del discorso del giudice in punto di fatto non sembra possa fondatamente obiettarsi che, così facendo, si finirebbe per snaturare il c.d. giudizio di legittimità che tradizionalmente compete alla Suprema Corte, vale a dire un

---

meccanicamente, se non in rari casi ed in termini generali, come tali poco utili nella decisione delle concrete, peculiari questioni di fatto oggetto di giudizio.

191 P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 31 ss.

192 Cass. 5 luglio 2017, n. 16502.

193 Di recente, v. ancora l'importante Cass. 5 luglio 2017, n. 16502, spec. in motivazione; nonché Cass. 24 gennaio 2018, n. 1785. In dottrina, v. molto chiaramente P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 247 ss., spec. 249 ss.

194 Cfr., ad es., Cass. 24 ottobre 2017, n. 25119; nonché, ancor più chiaramente, Cass. 24 maggio 2017, n. 13096; Cass. 7 marzo 2017, n. 5704; nella giurisprudenza di merito, v. ad es., molto chiaramente, App. Roma, 15 gennaio 2013, in motivazione, in banca dati *Pluris*. In dottrina, v. G. Ubertis, *La ricerca della verità giudiziale*, cit., 12; L. Lombardo, *La prova giudiziale*, cit., 530-531. In effetti, tanto deve essere completo, accurato, approfondito e plausibile il giudizio di merito per potersi definire dotato di un alto grado di credibilità razionale, quanto del pari deve essere completo, accurato, approfondito e plausibile il controllo di tale giudizio per poterne adeguatamente confermare o smentire l'alto grado di credibilità razionale (anche se naturalmente vi possono essere casi in cui l'illogicità del ragionamento del giudice di merito può essere evidenziata agevolmente dalla Suprema Corte).

195 Cfr., ad es., Cass. pen. 12 novembre 2009, n. 48320, ove si osserva che «è chiaro che, alla fine, la Corte di cassazione esprime un *giudizio di valore* come quando ritiene “debole” la regola di inferenza utilizzata dal giudice di merito ma ciò rientra nel controllo di legittimità previsto dalla norma indicata perché una prova insufficiente o una regola di inferenza “debole” utilizzata dal giudice e su cui sia fondata la decisione incrinano irrimediabilmente la congruità logica della decisione». Peraltro, nella giurisprudenza penale è pacifico e consolidato il principio per cui, nell'ambito del “controllo del vizio di motivazione, la Corte non deve stabilire se la decisione di merito proponga la migliore ricostruzione dei fatti, né deve condiderne la giustificazione, ma deve limitarsi a verificare, sulla base del testo del provvedimento impugnato, se questa giustificazione sia compatibile con il senso comune e con i limiti di una plausibile opinabilità di apprezzamento” (*ex multis*, Cass. pen. 19 luglio 2017, n. 49503). Nella giurisprudenza civile v. Cass. 26 giugno 2004, n. 11919, ove si osserva che «nella realtà sociale di un determinato contesto coesistono, con i c.d. *standard* valutativi cui il giudice di merito deve fare riferimento nell'attività di integrazione giuridica delle c.d. norme elastiche, regole logiche – latamente assimilabili alle massime d'esperienza ed agli aforismi – anch'esse standardizzate cui una determinata comunità fa ricorso nell'articolazione del ragionamento e che danno luogo alla “logica” di una determinata società, cui deve uniformarsi il giudice di merito nel supportare il proprio convincimento fattuale (nella specie, valore indiziante che può assegnarsi alla contraddittorietà di versioni, da parte del lavoratore, dipendente di banca, colpito da licenziamento disciplinare, a fronte dell'addebito di appropriazione di somma contestatogli)».

196 Sostanzialmente in questi termini, sia pure sulla base di premesse del tutto diverse da quelle presupposte in questo scritto, v. M. Bove, *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Milano, 1993, 247. Sul tema *de quo* v. molto chiaramente, nella direzione indicata nel testo, P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 235 ss., 247 ss., spec. 249-250, ove, tra l'altro, si legge: “Il discorso dei giudici di merito è un linguaggio ‘primo’, che ha per oggetto il mondo, il passato da ricostruire; quello dei giudici di legittimità è un linguaggio ‘secondo’, una critica che si esercita sul discorso svolto nella sentenza impugnata”. In giurisprudenza, nei termini indicati nel testo – ed in verità del tutto sorprendentemente, visto che si tratta di una pronuncia della Corte successiva alla riforma del 2012 sul sindacato in Cassazione del vizio di motivazione – v. la recente, importante, già più volte richiamata Cass. 5 luglio 2017, n. 16502.

giudizio di puro diritto. Invero ed in estrema sintesi: *a*) com'è stato osservato, ai teorici della Cassazione come giudice di puro diritto – i quali si richiamano all'art. 111, comma 7, Cost., che prevede il ricorso «per violazione di legge» – sembra potersi agevolmente replicare che «quello fissato dalla Costituzione è soltanto il livello minimo di garanzia, che il legislatore resta libero di superare, estendendo il controllo della Cassazione anche a questioni di fatto»<sup>(197)</sup>, come d'altro canto accadeva pacificamente prima della riforma, nel 2012, dell'art. 360, comma 1, c.p.c. Ed in proposito non si può non evidenziare che l'attuale art. 384, comma 2, c.p.c., laddove prevede che la Corte «decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto», con ogni evidenza riconosce il potere alla Corte stessa di valutare i fatti storici accertati nel processo, al fine di stabilire se, una volta cassata la sentenza, siano o meno necessari ulteriori accertamenti di fatto<sup>(198)</sup>; ma una valutazione dei fatti ancora più penetrante la Corte la svolge in sede di sindacato *ex novo* art. 360, comma 1, n. 5, là dove deve verificare la «decisività» del fatto il cui esame si assume omesso<sup>(199)</sup>; *b*) il sindacato volto a verificare se «il giudice di merito fonda la presunzione su un fatto storico privo di gravità o di precisione o di concordanza ai fini della inferenza dal fatto noto della conseguenza ignota, così sussumendo sotto la norma dell'art. 2729 c.c. fatti privi di quelle caratteristiche», come affermano le stesse Sezioni Unite del 2014, è un sindacato volto a verificare la «falsa applicazione» di detta norma, giacché in tal caso il giudice «dichiara di applicarla assumendola esattamente nel suo contenuto astratto, ma lo fa con riguardo ad una fattispecie concreta che non si presta ad essere ricondotta sotto tale contenuto, cioè sotto la specie della gravità, precisione e concordanza» (come sempre le Sezioni Unite del 2014 hanno precisato); *c*) escludere il controllo della Suprema Corte in ordine alla 'plausibilità', alla 'congruità' ed alla "logicità" in generale del discorso giustificativo del giudice comporta, quale ineludibile conseguenza logico-giuridica, il dover ammettere: *aa*) che l'obbligo di motivazione espressamente previsto per legge e costituzionalmente garantito sia un obbligo solo formale, che può reputarsi rispettato con l'indicazione meramente grafica di tali ragioni, quale che sia il loro collegamento con la scienza, l'esperienza ed il senso comune; e quindi, per l'effetto, *bb*) che debba essere considerata pienamente legittima anche una sentenza il cui giudizio di fatto sia basato su una legge scientifica ormai generalmente abbandonata perché ritenuta del tutto erronea, o su di una massima d'esperienza del tutto sganciata dal comune sentire, vale a dire, ad esempio, su di una massima che integri una palese discriminazione vietata dalla legge (come nel caso di giudizio basato su ragioni "di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali", giusta l'ampia formula adottata dall'art. 3 Cost.).

In conclusione e per riassumere: il sindacato, nei termini chiariti, sul cattivo uso delle leggi fondate sull'esperienza, di natura scientifica o derivanti dal senso comune, non solo è consentito alla Suprema Corte, ma da questa è *dovuto* alla parte soccombente che lo abbia richiesto, quale aspetto non riducibile del suo diritto di difesa costituzionalmente garantito (*ex artt. 3, 24 e 111 Cost.*)<sup>(200)</sup>.

197 P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, cit., 235.

198 Peraltro, la Corte esercita in modo assai esteso il suo potere di decidere la causa nel merito, come anche quello di correggere la motivazione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 384 c.p.c., modo che presuppone un'ampia e approfondita valutazione dei fatti storici rilevanti nel singolo processo considerato: per esempi di una lata interpretazione dei presupposti per la decisione nel merito (della domanda o di un motivo d'appello non esaminato dal giudice di secondo grado, ipotesi, quest'ultima, non prevista dalla legge), o della correzione della motivazione, tutt'altro che pacifiche sia in dottrina sia presso la stessa Corte, v., ad es., Cass. 27 ottobre 2016, n. 21757; Cass. 3 novembre 2014, n. 23333; Cass. 20 gennaio 2010, 917; in applicazione dell'orientamento secondo cui, «alla luce dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo come costituzionalizzato nell'art. 111, secondo comma, Cost., nonché di una lettura costituzionalmente orientata dell'attuale art. 384 c.p.c. ispirata a tali principi, una volta verificata l'omessa pronuncia su un motivo di gravame, la Suprema Corte può omettere la cassazione con rinvio della sentenza impugnata e decidere la causa nel merito allorché la questione di diritto posta con quel motivo risulti infondata, di modo che la statuizione da rendere viene a confermare il dispositivo della sentenza di appello (determinando l'inutilità di un ritorno della causa in fase di merito), sempre che si tratti di questione che non richiede ulteriori accertamenti di fatto», v. Cass. 28 giugno 2017, n. 16171; Cass. 8 marzo 2016, n. 4522; Cass. 28 ottobre 2015, n. 21968; Cass. 1° febbraio 2010, n. 2313; con particolare riguardo al potere correttivo della motivazione, v. Cass., sez. un., 2 agosto 2017, n. 19161; Cass. 21 dicembre 2016, n. 26540; Cass. 11 novembre 2014, n. 23989; Cass. 27 dicembre 2013, n. 28663; con riferimento alla ritenuta decidibilità nel giudizio di cassazione delle questioni rimaste assorbite nel giudizio di appello e riproposte con ricorso incidentale (che l'orientamento decisamente prevalente e consolidato della Corte stessa reputa in questo caso inammissibile, ancorché condizionato: *ex multis*, Cass. 22 settembre 2017, n. 22095; Cass. 11 maggio 2017, n. 11691; Cass. 27 gennaio 2017, n. 2106; Cass. 18 novembre 2016, n. 23510), v. Cass. 5 novembre 2012, n. 18915; Cass. 30 maggio 2012, n. 8622; Cass. 3 marzo 2011, n. 5139.

199 Tra le più recenti in proposito, v. Cass. 23 marzo 2018, n. 7248; Cass. 21 febbraio 2018, n. 4164; Cass. 22 gennaio 2018, n. 1539. È infatti evidente che quando la Corte annulla la sentenza impugnata perché riconosce sussistere l'omesso esame di un fatto decisivo, ed in particolare di un fatto secondario, essa compie una valutazione di merito, non tanto e non solo sulla scelta del giudice di non considerare rilevante/decisivo quell'elemento, bensì direttamente degli elementi di prova.

200 Per l'applicabilità del procedimento di falsificazione con metodo scientifico, normalmente adottato in materia di prova scientifica, nei confronti di una massima d'esperienza derivante dal senso comune, v. Tonini, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime d'esperienza*, cit., 1346 ss.

Se si dovesse obiettare che sottoporre al controllo di legittimità le scelte di valore del giudice del merito nel giudizio di fatto equivarrebbe ad es-



15. – Un problema di limiti al sindacato della motivazione nel giudizio di appello non è praticamente mai stato posto, almeno in Italia, e nemmeno oggi avrebbe senso porlo nell’ottica in cui esso si presenta per il giudizio di legittimità. In effetti nessuno dubita del potere del giudice di appello di sindacare pienamente e sotto ogni profilo il giudizio di fatto compiuto dal giudice di primo grado, anche con riguardo ad ogni aspetto dell’esercizio del suo prudente apprezzamento. Il problema *de quo* ha invece senso nella prospettiva delle modalità attraverso le quali tale sindacato può essere ammissibilmente attivato, tenuto conto che oggi in Italia il giudizio di appello ha ormai assunto la stessa struttura del giudizio di cassazione per quanto riguarda le modalità di formazione del suo oggetto<sup>(201)</sup>.

Infatti, l’attuale giudizio di appello, per come disegnato dal legislatore e dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, non ha più nulla del «gravame» e presenta oggi una struttura ed un oggetto analoghi a quelli del giudizio di cassazione, nel senso che: *a)* in entrambi i giudizi in considerazione, appello e cassazione, l’oggetto è rigidamente circoscritto dai motivi specifici fatti valere, salvo il fatto che per il giudizio di cassazione i motivi sono predeterminati dal legislatore, ma la distinzione è più apparente che reale; *b)* e ciò vale sia per la parte soccombente nel merito, sia per la parte vincitrice nel merito ma soccombente virtuale su questioni pregiudiziali di rito e/o preliminari di merito, tanto è vero che, anche nel giudizio di appello come in quello di legittimità, per ottenere il riesame di tali questioni il c.d. soccombente virtuale deve proporre impugnazione incidentale<sup>(202)</sup>; *c)* pertanto, entrambi i giudizi in considerazione hanno ad oggetto immediato e diretto la sentenza impugnata (esattamente: la domanda di riforma/cassazione della sentenza impugnata) ed in particolare le singole parti (da intendersi come decisioni di singole, specifiche «questioni») investite dei motivi di censura, nonché quelle da queste dipendenti, nei soli limiti del condizionamento (con l’unica eccezione costituita dall’ipotesi di cui all’art. 345, comma 2°, c.p.c.)<sup>(203)</sup>; *b)* entrambi i giudizi hanno ad oggetto indiretto la situazione giuridica controversa dedotta in giudizio, com’è dimostrato dall’attitudine dell’uno e dell’altro a chiudersi con una pronuncia di merito sul diritto controverso (ciò che li distingue, al riguardo, è solo l’incidenza dell’eventuale necessità di ulteriori accertamenti di fatto, che impedisce in cassazione, e non in appello, la pronuncia di merito); *c)* entrambi i giudizi appaiono distinti logicamente in due fasi: una prima fase, destinata all’accertamento della sussistenza della violazione della legge del provvedimento denunciata con il motivo ed alla rescissione del provvedimento stesso, nella parte viziata; ed una seconda fase, che ha luogo solo in caso di esistenza del vizio denunciato, destinata alla emanazione di una nuova pronuncia sul merito, nei limiti strettamente necessari alla eliminazione del vizio, che si sostituirà a quella impugnata; seconda fase cui si potrà sempre accedere all’interno del medesimo giudizio di appello – salve le eccezionali ipotesi di «annullamento con e senza rinvio» ammissibili in entrambi i gradi – , mentre in Cassazione solo qualora ricorrano i presupposti indicati nel novellato art. 384, comma 2°, c.p.c., dovendosi in caso contrario demandare la pronuncia di merito al giudizio di rinvio. In effetti, quando si afferma che “è l’appellante, in quanto attore nell’invocata *revisio*, a dover dimostrare il fondamento della propria domanda [d’impugnazione, *n.d.r.*], deducendo l’ingiustizia o l’invalidità della decisione assunta dal primo giudice, onde superare la presunzione di legittimità che l’assiste”<sup>(204)</sup>, non si fa altro che confermare che il giudice dell’appello dovrà occuparsi in prima battuta della ammissibilità e fondatezza del motivo di appello (domanda di riforma) e solo eventualmente, in seconda battuta (ove il motivo sia stato reputato ammissibile e fondato) del rapporto controverso (vale a dire della domanda giudiziale proposta in primo grado)<sup>(205)</sup>.

---

cludere qualunque spazio al libero convincimento, si potrebbe replicare – in disparte l’osservazione che la legge parla di “prudente apprezzamento” e non di libero convincimento – che la stessa obiezione potrebbe/dovrebbe essere riferita anche al ragionamento (strettamente) giuridico, visto che per questo il penetrante sindacato della Suprema Corte è generalmente ammesso, e quindi, per questa via, escludere anche per il ragionamento giuridico qualunque discrezionalità in capo al giudice di merito. In realtà, la “libertà” nella valutazione delle prove va intesa come esclusione di vincoli predeterminati dal legislatore nell’attribuzione di efficacia probatoria ai singoli elementi di prova c.d. libera, e pertanto, simmetricamente, come potere/dovere di (prudente) apprezzamento di tali elementi di prova, al fine di attribuire loro il (giusto, legittimo) valore probatorio. Ma la scelta degli elementi di prova e delle regole di apprezzamento deve essere conforme a parametri che riflettono il modo di sentire (le regole di funzionamento del mondo) del popolo nel cui nome si esercita la funzione giurisdizionale, e giudice ultimo di questa conformità – necessario per assicurare la giusta/legittima attribuzione di valore probatorio agli elementi di prova, a sua volta premessa necessaria di una giusta/legittima decisione della causa – è la Corte di cassazione, organo di vertice della giurisdizione.

201 Cfr. R. Poli (2017), 130 ss. nella letteratura straniera v. A. De La Oliva Santos (2018), 977 ss.; J. Ferrer Beltrán (2017), 1 ss.

202 Cass., sez. un., 12 maggio 2017, n. 1799; Cass., sez. un., 19 aprile 2016, n. 7700.

203 Cass., sez. un., 12 maggio 2017, n. 1799; Cass., sez. un., 19 aprile 2016, n. 7700.

204 Così Cass., sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3033, cit., in motivazione.

205 Per un più approfondito discorso volto ad illustrare le numerose ragioni – esegetiche, sistematiche e di opportunità – che fondano condivisibilmente

Giusta queste premesse, oggi il giudizio di appello può ben essere definito come una impugnazione in senso stretto a critica libera (in disparte ora l'appello speciale, a motivi limitati e determinati, proponibile avverso le sentenze rese dal giudice di pace *ex art.* 113, comma secondo, c.p.c., introdotto col d. lgs. n. 40/2006). Ciò comporta che, diversamente dai casi in cui si è in presenza di una impugnazione strutturata secondo il modello del gravame, oggi anche il giudice di appello, al pari del giudice di legittimità, non può esaminare direttamente e autonomamente le prove e gli elementi di prova già oggetto del giudizio conclusosi con la sentenza impugnata, ma può esaminare tali prove ed elementi di prova, ed in generale il ragionamento probatorio del giudice precedente, solo nei limiti delle specifiche censure proposte dall'appellante con i motivi di appello, giusta quanto dispone il nuovo art. 342 c.p.c., anche alla luce dell'interpretazione offerta sul punto dalla giurisprudenza <sup>(206)</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. (2007), *Il nesso di causalità. Profili giuridici e scientifici*, a cura di R. Pucella e G. De Santis, Torino.
- AA.VV. (2012), *Verità e processo penale*, a cura di V. Garofoli e A. Incampo, Milano.
- AA. VV. (2016), *Causazione e giustificazione del danno*, Torino.
- Atienza M. (2012), *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, Napoli.
- Audi R. (2016), *Epistemologia. Un'introduzione alla teoria della conoscenza*, Macerata.
- Auletta F. (2016), *La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 461 ss.
- Barbosa Moreira J. C. (1978), *Regras de experiència e conceitos juridicamente indeterminados*, in *Revista Forense*, 2 ss.
- Besso C. (1991), *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1119 ss.
- Blaiotta R. (2010), *Causalità giuridica*, Torino.
- Blaiotta R., Carlizzi G. (2018), *Liberò convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio e L. Lupária, Padova, 367 ss.
- Brusco C. (2012), *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano.
- Canzio G. (2003), *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1193 ss.
- Canzio G. (2010), *La motivazione della sentenza penale: i vizi di motivazione e il sindacato di legittimità*, nell'ambito del *Tirocinio ordinario in materia penale*, organizzato dal C.S.M., Roma, 6 maggio 2010, reperibile su internet.
- Canzio G. (2011), *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi*, a cura di C. Conti, Milano, 61 ss.
- Capecchi M. (2012), *Il nesso di causalità. Dalla condicio sine qua non alla responsabilità proporzionale*, Padova.
- Carcattera G. (2008), *La logica e le prove*, in *Scritti in onore di C. Punzi*, Torino, 467 ss.
- Carcattera G. (2015), *La logica nella scienza giuridica*, Torino.
- Carnelutti F. (rist. 2016), *La prova civile*, Napoli.
- Carratta A. (2003), *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 27 ss.
- Carratta A. (2014), *Il diritto come discorso e la funzione dimostrativa della prova. A proposito del libro di Aurelio Gentili*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 169 ss.
- Caruso G. (2013), *Gli equivoci della dogmatica causale*, Torino.
- Catalano E. M. (2016), *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, Milano.
- Cavallone B. (2006), *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*, in *Riv. dir. proc.*, 417 ss.
- Cavallone B. (2008), *Riflessioni sulla cultura della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 947 ss.
- Cavallone B. (2010), *In difesa della "veriphobia" (Considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 1 ss.
- Cavallone B. (2012), *Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 107 ss.
- Chiarloni S. (1986), *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 819 ss.
- Cingari F. (2010), *La causalità psichica in ambito monosoggettivo*, in AA.VV., *La prova dei fatti psichici*, a cura di G. De Francesco, C. Piemontese e E.

la ricostruzione della struttura e dell'oggetto del giudizio di appello ad opera della (decisamente) prevalente giurisprudenza di legittimità, rinvio a R. Poli (2010), 48 ss., spec. 59 ss.; Id. (2013), 1186 ss.

206 Cass., sez. un., 16 novembre 2017, n. 27199.

- Venafro, Torino.
- Cipolla G. M. (2005), *La prova tra procedimento e processo tributario*, Padova.
- Cohen L. J. (1998), *Introduzione alla filosofia dell'induzione e della probabilità*, Milano.
- Comoglio L. P. (2010), *Le prove civili*, Torino.
- Comoglio P. (2018), *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino.
- D'Amico G. (2018), *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c.d. «causa ignota» nella responsabilità medica*, in *Foro it.*, 1348 ss.
- De La Oliva Santos A. (2018), *La razionalità e il controllo sulla razionalità del giudizio sui fatti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 977 ss.
- Della Monica G. (2009), *Il principio del libero convincimento*, in AA.VV., *Prova penale e metodo scientifico*, Torino, 159 ss.
- Della Torre J. (2014), *Il lungo cammino della giurisprudenza italiana sull' «oltre ogni ragionevole dubbio»*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 1 ss.
- Dinacci F. R. (2013), *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Arch. Pen.*, § 1.
- Dominioni O. (2005), *La prova penale scientifica*, Milano, 297 ss.
- Dos Santos Lucon P. H. (2018), *Il principio del contraddittorio e il dovere di motivazione nel c.p.c. brasiliano del 2015*, in *Riv. trim dir proc. civ.*, 667 ss.
- Ferrer Beltrán J. (2012), *La valutazione razionale della prova*, Milano.
- Ferrer Beltran J. (2017), *El control de la valoración de la prueba en segunda instancia*, in *Revus* [Online], 33.
- Ferrer Beltrán J. (2018), *Prolegómenos para una teoría sobre lo estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea*, testo della relazione tenuta a Girona, il 7 giugno 2018, al *Congreso Mundial sobre Razonamiento Probatorio*.
- Fornaciari M. (2005), *La ricostruzione del fatto nel processo*, Milano.
- Ferrua P. (2008), *Metodo scientifico e processo penale*, in *Dir. pen. proc.*
- Ferrua P. (2017), *La prova nel processo penale, I. Struttura e procedimento*, Torino.
- Forza A., Menegon G., Rumiati R. (2017), *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna.
- Gamba C. (2016), *Presunzioni [dir. proc. civ.]*, in *Diritto on line Treccani*.
- Garbolino P. (2014), *Probabilità e logica della prova*, Milano.
- Gentili A. (2013), *Il diritto come discorso*, Milano.
- Giuliani A. (1961), *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano.
- Gliozzi G. (2014), *L'opposizione dei giudizi di fatto ai giudizi di valore: critica di un dogma giuspositivista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 857 ss.
- Haack S. (2015), *Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, Milano.
- Hempel C. G. (1968), *Filosofia delle scienze naturali*, Bologna.
- Lombardo L. (1999), *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano.
- Lombardo L. (2007), *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 35 ss.
- Lombardo L. (2015), *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Torino.
- Knijnik D. (2001), *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle*, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15 ss.
- Napoli G. E. (2013), *Il nesso causale come elemento costitutivo del fatto illecito*, Napoli.
- Nobili N. (1974), *Il libero convincimento del giudice*, Milano.
- Nobili N. (2003), *Storia d'una illustre formula: il «libero convincimento» negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 71 ss.
- Pagliaro A. (2007), *Causalità (rapporto di)*, *Enc. dir.*, Annali, vol. I, Milano.
- Panzarola A. (2016), *Il notorio, la judicial notice e i concetti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 610 ss.
- Pardolesi R., B. Tassone B. (2018), *La perdita della chance e le forbici della terza sezione*, in *Foro it.*, 1607 ss.
- Pastore B. (1996), *Giudizio, prova, ragion pratica*, Milano.
- Patti S. (1985), *Libero convincimento e valutazione delle prove*, in *Riv. dir. proc.*, 481 ss.
- Patti S. (2015), *Prove*, in *Comm. al c.c. Scialoja, Branca, Galgano*, a cura di G. De Nova, *Libro sesto: Tutela dei diritti art. 2697-2739*, Bologna.
- Patti S. (2016), *Prima lezione. La «costruzione» del fatto nel processo*, in P. Rescigno, S. Patti, *La genesi della sentenza*, Bologna, 33 ss.
- Perelman C. (1979), *Logica giuridica. Nuova retorica*, Milano.
- Pizzi C. (1992), *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessioni logico-filosofiche*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 195 ss.
- Pizzi C. (2009), *Diritto, abduzione e prova*, Milano.
- Poli R. (2002), *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova.

- Poli R. (2010), *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, in *Riv. dir. proc.*, 48 ss.
- Poli R. (2013), *Appello come revisio prioris instantiae e acquisizione del documento erroneamente interpretato e valutato dal giudice di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1186 ss.
- Poli R. (2017), *L'evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione alla luce delle recenti riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 136 ss.
- Poli R. (2018), *Diritto alla prova scientifica, obbligo di motivazione e sindacato in sede di legittimità*, in *Giustizia civile*, 417 ss.
- Pucella R. (2007), *La causalità incerta*, Torino.
- Putnam H. (2004), *Fatto/valore: fine di una dicotomia*, Roma.
- Rivello P. P. (2014), *La prova scientifica*, Milano.
- Rossi G. (2005), *Logica ed epistemologia della prova penale*, in *Metodo e processo. Una riflessione filosofica* (a cura di S.C. Sagnotti), Perugia, § 1 ss.
- Rota F. (2015), *Motivazione*, in *Diritto Online Treccani*.
- Santoriello C. (2008), *I criteri di valutazione della prova (fra massime d'esperienza, regole di giudizio e standards d'esclusione)*, in *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. 3, *La valutazione della prova*, Torino.
- Stella F. (2003), *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano.
- Taroni F., Bozza S., Vuille J. (2018), *Il ruolo della probabilità nella valutazione della prova scientifica*, in AA.VV., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio e L. Lupária, Padova.
- Taruffo M. (1974), *Certezza e probabilità nelle presunzioni*, in *Foro it.*, V, 83 ss.
- Taruffo M. (1992) *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano.
- Taruffo M. (1997), *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 533 ss.
- Taruffo M. (2001), *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 665 ss.
- Taruffo M. (2002), *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna.
- Taruffo M. (2006), *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 101 ss.
- Taruffo M. (2007), *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Annali*, 965 ss.
- Taruffo M. (2009), *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari.
- Taruffo M. (2010), *Contro la "veriphobia". Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 995 ss.
- Taruffo M. (2012a), *Fatti e prove*, in AA.VV., *La prova civile*, a cura di M. Taruffo, Milano.
- Taruffo M. (2012b), *La valutazione delle prove*, in AA.VV., *La prova civile*, a cura di M. Taruffo, Milano.
- Taruffo M. (2017) *Prova [dir. proc. civ.]*, in *Diritto online Treccani*.
- Tassone B. (2013), *Concause, orientamenti recenti e teorie sulla causalità*, in *Danno e resp.*, 642 ss.
- Tassone B. (2018), *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e «più probabile che non»*, in *Foto it.*, 562 ss.
- Travaglino G. (2012a), *La questione dei nessi di causa*, Milanofiori Assago.
- Travaglino G. (2012b), *Relazione*, in AA.VV., *Il rapporto di causalità a dieci anni dalla sentenza "Franzese". Riflessioni e problematiche nel settore penale e in quello civile*, Atti del Convegno di Studio del 28 novembre 2012 tra i Magistrati della Corte e il Foro, Tropea (VV).
- Tuzet G. (2016), *Filosofia della prova giuridica*, Torino.
- Ubertis G. (1979), *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano.
- Ubertis G. (1992), *La ricerca della verità giudiziale*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 9-10.
- Ubertis G. (1995), *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino.
- Ubertis G. (2015), *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano.
- Verde G. (rist. 2013), *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli.
- Zagrebel'sky G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna.

## NOTE COMPARATIVE SULL'ESECUZIONE INDIRETTA IN ITALIA E IN BRASILE

Sergio Chiarloni

1.-Approfitto della circostanza che le *astreintes* o misure coercitive, concettualizzate nel nostro paese sotto la nozione di esecuzione indiretta sono per questa ragione disciplinate nel terzo libro del codice italiano che disciplina l'esecuzione forzata, per esordire rilevando che l'organizzazione sistematica del nuovo codice brasiliano con riferimento al processo esecutivo, è un'organizzazione differente da quella del codice di procedura civile italiano e suscita due curiosità, relative alla parte speciale, divisa in quattro libri.

Abbiamo, in questa parte speciale, il primo libro dedicato al processo di cognizione in primo grado, all'adempimento spontaneo e all'esecutività della sentenza, il secondo dedicato al processo di esecuzione, il terzo ai processi davanti ai tribunali e ai mezzi di impugnazione per chiudere con un libro c.d. complementare, che contiene le disposizioni finali e transitorie.

Di fronte a questa sistemazione, la prima curiosità riguarda la collocazione del processo di esecuzione in immediata successione al processo di cognizione di primo grado, prima del libro dedicato alle impugnazioni. La scelta italiana è diversa e a prima vista sembra più razionale. Il secondo libro del codice disciplina il processo di cognizione in primo grado e le impugnazioni, perché anche queste ultime stanno nel campo della cognizione e le relative sentenze possono essere oggetto di esecuzione forzata, il terzo libro disciplina il processo di esecuzione. Immagino che si sia una buona ragione, che però non sono capace di vedere, per la differente sistemazione operata in Brasile.

La seconda curiosità riguarda la disciplina del titolo esecutivo. Anche qui vediamo una forte differenza dal punto di vista sistematico, che potrebbe sembrare sintomo di una differenza nei valori perseguiti.

L'art. 474 del codice italiano elenca i titoli esecutivi, dando la preminenza alla giurisdizione: mette al n. 1 prima di tutto le sentenze, poi gli altri provvedimenti dotati di efficacia esecutiva e in terza posizione gli altri avvenimenti processuali dotati della medesima efficacia (ad esempio il processo verbale di conciliazione giudiziale *ex art. 185 3° comma*). Indica poi ai numeri successivi gli atti di provenienza non giurisdizionale, le scritture private autenticate per le obbligazioni di somme di denaro, le cambiali e altri titoli di credito, gli atti ricevuti da notaio.

L'art 771 del secondo libro brasiliano esordisce indicando per primi tra i titoli esecutivi quelli stragiudiziali e per ultimi le sentenze e gli atti o fatti processuali ai quali la legge conferisce efficacia esecutiva.

E' vero che il primo libro della parte speciale oltre che al processo di cognizione è dedicato al c.d. *cumprimento*, termine alquanto ambiguo, in quanto a seconda del contesto sta a significare adempimento spontaneo ovvero esecuzione della sentenza. Ma nella seconda accezione, a parte le opposizioni all'esecuzione, il "*cumprimento*" regola non già il processo di esecuzione forzata nelle sue articolate manifestazioni, bensì regola l'esecutività della sentenza, tanto provvisoria che definitiva, come avviene anche nel codice italiano, sia pure in maniera assai più sintetica agli articoli 282 e segg. del codice, tra gli altri.

2.-Fatta questa premessa, per così dire di sistematica estrinseca, sulla diversa organizzazione nei due codici, intendo ora occuparmi della c.d. esecuzione indiretta, introdotta nel nostro codice all'art. 614 bis del terzo libro con la riforma del 2009. Istituto che, con riferimento al codice brasiliano, non possiede una concentrazione concettuale nel libro dedicato all'esecuzione forzata, come avviene nel nostro<sup>1</sup>, ma che li

1 Grazie ad una famosa, se pur datata, monografia: L.FERRARA, *L'esecuzione processuale indiretta*, Napoli, 1915.

troviamo disperso in disposizioni che disciplinano misure coercitive di carattere pecuniario, denominate *multas*, applicabili in una numerosa serie di casi, ben oltre la previsione italiana.

Comincio dall'Italia. L'art. 614 bis nel titolo del terzo libro dedicato all'esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare sotto la rubrica "Attuazione degli obblighi di fare infungibili o di non fare" disponeva nella sua versione originaria:

"Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'art. 409.

Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile".

L'art. 614-bis c.p.c. è stato salutato, con qualche eccesso di ottimismo, vista la rara applicazione che ne veniva fatta nelle aule di giustizia, come il più significativo intervento di un'importante legge di riforma del processo civile, la l. n. 69 del 2009. Si è sottolineato che finalmente venivano adempiuti i voti della cultura processualciviltistica, che da decenni invocava l'introduzione di misure coercitive per assicurare l'adempimento delle obbligazioni civili, soprattutto se non suscettibili di esecuzione per surrogazione. Così da adeguare il nostro ordinamento a quanto già previsto sia pure con modalità funzionali e strutturali tra loro molto diverse in numerosi altri ordinamenti dell'Unione Europea, a cominciare da Francia, Germania e Inghilterra<sup>2</sup>.

La scelta si è ispirata al modello francese delle *astreintes*: la sanzione per il provvedimento di condanna ineseguito è esclusivamente pecuniaria.

Una scelta da approvare. La diversa soluzione degli ordinamenti anglogermanici (penalità sia pecuniarie<sup>3</sup>, che di restrizione della libertà, graduabili a seconda della gravità dell'inesecuzione, concepita come violazione dell'autorità della sentenza – *Verletzung des Königs* – secondo l'icastica formula medioevale tedesca) rappresenta un relitto dei tempi feudali<sup>4</sup> che ha dato luogo a delicati problemi applicativi per tener conto dell'evoluzione storica<sup>5</sup>.

Vale ora la pena di ricordare i problemi interpretativi posti dalla versione originaria dell'art. 614 bis per meglio comprendere i motivi del successivo intervento legislativo. Un primo rilievo, fatto da molti, riguardava la mancata corrispondenza tra la collocazione della norma, all'interno dell'esecuzione degli obblighi di fare e la rubrica che recitava "attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare", da un lato, e il testo che parlava di fissazione della misura coercitiva per il provvedimento di condanna in genere, dall'altro. Malgrado qualche tentazione in proposito, non credo che fosse lecito far leva sul canone interpretativo della prevalenza del testo sulla rubrica, per concludere che le misure coercitive potevano venir fissate per qualunque provvedimento di condanna. Non si poteva legittimare una conclusione del genere vista la collocazione sistematica della norma all'interno del titolo dedicato all'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare, anche se in sede di lavori preparatori era emersa una tendenza alla generalizzazione delle misure, anche con riferimento alle condanne suscettibili di esecuzione forzata per espropriazione, come,

2 Per un ampio panorama comparativo cfr. E.Vullo, *L'esecuzione indiretta fra Italia, Francia e Unione europea*, Riv.dir.proc., 2004, 727 ss.

3 Con i relativi importi da devolvere allo Stato, come previsto nel nostro paese per la misura coercitiva speciale di cui all'art. 140, 7° co., d.lg. 206/2005. Questo aspetto è forse da valutare positivamente, anche perché si evitano in tal modo i possibili arricchimenti ingiustificati del creditore.

4 In generale, sulla connessione tra residui feudali-assolutisti e peculiarità dello sviluppo sociale e politico-giuridico della Germania alla fine del XIX secolo cfr. G. Lukacs, *La distruzione della ragione*, traduzione italiana, Torino, 1960, 46 ss.

5 in Germania, con interpretazioni fortemente restrittive della disciplina delle c.d. *Strafordnungen* previste dai §§ 888 e 890 ZPO, arrivandosi ad abrogare il dovere del giudice, ivi sancito, di irrogare la pena in caso di inesecuzione della condanna a un fare o non fare, sostituendolo con un potere discrezionale; negli Stati Uniti, con interventi legislativi in materia di *Injunctions* nei conflitti di lavoro, indirizzati a por fine a prassi giurisprudenziali contrastanti con i valori di una moderna democrazia industriale; in Inghilterra con sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo a protezione del diritto costituzionale alla libertà di informazione (si ricordi la minaccia del *contempt of court* nei confronti di giornalisti che intendevano continuare a rendere noti al pubblico i risvolti del famoso scandalo del Thalidomide)

invece, vedremo avvenire in Brasile.

Sono pertanto convinto che il campo di applicazione della norma riguardava esclusivamente l'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare. Si trattava in altre parole dell'inserzione nel codice di uno strumento che ha già conosciuto applicazioni particolari nel nostro ordinamento: ricordo le misure in materia di brevetti per invenzioni industriali e di diritto d'autore, di tutela del lavoratore dipendente e del consumatore, e nell'ambito dei rapporti familiari.

La scelta, a differenza di quella relativa ad alcune delle misure coercitive particolari, è stata fatta a favore del creditore, anche se il legislatore si è dimenticato di precisarlo. A seguito della sua domanda ottiene per sé la relativa somma di denaro, come determinata dal giudice in base ad una serie di parametri di giudizio, da cui, nel corso della discussione parlamentare, è sparito il riferimento alle «condizioni personali e patrimoniali delle parti», che comunque potrà rientrare nell'ambito della clausola generalissima, rimasta intatta nella nuova versione, secondo cui il giudice, oltre che del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile, dovrà tenere conto di «ogni altra circostanza utile».

Qualche parola sui presupposti da rispettare per la fissazione della misura, secondo la versione del 2009.

Primo problema: come si individuano le obbligazioni di fare infungibile alle quali la misura era applicabile, tenendo conto che secondo il legislatore essa non andava concessa in caso di «manifesta iniquità»?

Occorre ricordare prima di tutto che siamo in presenza di un concetto storicamente determinato. Oggi esistono obbligazioni di fare infungibili al punto che per esse non è concepibile non solo l'applicazione di una misura coercitiva, ma neppure, pregiudizialmente, l'emanazione di una condanna all'adempimento; soltanto, semmai, di una condanna al risarcimento del danno. E si tratta di obbligazioni per le quali, in tempi neanche troppo lontani era prevista addirittura l'esecuzione in forma specifica.

Cito due esempi relativi alla condizione di inferiorità giuridica della donna perpetuata fino a tempi recenti: nel secolo XIX, molti decenni dopo la rivoluzione francese, civilisti illustri non dubitavano dell'esistenza di un diritto assoluto del marito sulla persona della moglie, per cui si sosteneva la eseguibilità *manu militari* in caso di inottemperanza della moglie all'ordine giudiziale di tornare al domicilio coniugale. Da eseguire con discrezione, secondo la giurisprudenza: «l'ufficiale giudiziario, accompagnato da due agenti senza uniforme si presenterà con una carrozza chiusa alla dimora della moglie, possibilmente di notte e la porterà con sé per consegnarla al marito»<sup>6</sup>.

In Germania, per tutto il basso medioevo si aveva la coercizione diretta dell'obbligo di contrarre matrimonio, a seguito della promessa: la renitente «*wird in die Kirche geschleppt, hand in hand gegeben und der diaconus sagt ex mandato Serenissimi das ja*»<sup>7</sup>.

Ancora: le varie *Gesindeordnungen* territoriali germaniche, in vigore fino al 1918, prevedevano, in caso di fuga, l'accompagnamento coatto sul luogo di lavoro dei domestici e di molte altre categorie di lavoratori manuali e la prigione per il caso di reiterazione della fuga. Disposizioni abrogate solo il 12 dicembre 1918 a seguito dei moti rivoluzionari successivi alla sconfitta tedesca nella prima guerra mondiale<sup>8</sup>.

Oggi la prestazione di lavoro non è certamente eseguibile in via specifica neppure per il piccolo segmento dell'accompagnamento coatto del lavoratore sul luogo della prestazione, come avveniva fino al 1918 in Germania. Né in via specifica è eseguibile la promessa di matrimonio, la cui rottura dà luogo solo alle restituzioni ed eventualmente al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 71 c.c. Né in via specifica è eseguibile l'obbligo di convivenza del coniuge, la cui rottura probabilmente non dà luogo neppure al risarcimento del danno, ma al massimo alla separazione con addebito. E bisogna aggiungere che in tutti questi casi, se si può pensare all'azione di danni, non si può più pensare ad una condanna all'adempimento. Il problema della manifesta iniquità di una misura coercitiva anche solo pecuniaria, ma ricorrente nel tempo,

6 Cfr. ZACHARIAE, *Corso di diritto civile francese*, trad. it., Napoli, 1862, Vol. I, p. 203, nota 4.

7 Cfr.: KOHLER, *Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozess*, in *Archiv fuer die civilistische Praxis*, 1893, p. 246, nota 2.

8 Cfr. la voce *Gesindeordnung*, in *Sachwoerterbuch der Geschichte Deutschlands und der deutschen Arbeiterbewegung*, a cura di Bartel e altri, Berlin, 1969, Vol. I, p. 702 s.

è qui risolto in radice dall'impossibilità di emanare il provvedimento di cui costituisca la sanzione per il caso di sua mancata esecuzione spontanea.

Si apre qui un interessante campo di ricerca per il privatista, perché malgrado la previsione generale della possibilità di chiedere la condanna all'adempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c., esistono casi probabilmente più numerosi di quelli qui ricordati ed aventi ad oggetto rapporti meramente patrimoniali, in cui l'unica tutela è data dalla risoluzione del contratto, oltre al risarcimento dei danni.

In proposito, se ci si accorda sul fatto che non si può parlare di condanna all'adempimento quando il provvedimento non prevede alcuna sanzione per il caso di mancata esecuzione spontanea, dovremmo concludere che in materia di obblighi di fare infungibili non avremo mai questa condanna (dovremo dare un'altra classificazione al provvedimento) tutte le volte che il giudice ritenga manifestamente iniquo fissare la misura coercitiva: in mancanza dell'esecuzione per surrogazione o diretta, vista la infungibilità della obbligazione, la c.d. condanna rimane un mero *flatus vocis*.

Orbene, io credo che, tra l'altro anche a causa dell'inapplicabilità della disposizione alle controversie di lavoro e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, non siano molti i casi di obbligazioni di fare infungibili cui la misura coercitiva sia applicabile e credo sia per questa ragione che il legislatore ha sentito il bisogno di ampliarne l'ambito con l'intervento del 2015, cui accenneremo.

Direi che essa non è applicabile perché sarebbe manifestamente iniqua quando vengono in giuoco qualità personalissime dell'obbligato come le sue capacità creative (si pensi al contratto di edizione o per cicli di conferenze o per rappresentazioni teatrali). Seguo qui un'indicazione che ci viene dall'ordinamento francese, che esclude l'*astreinte* quando siano coinvolti diritti di libertà o della personalità dell'obbligato.

Questo significa che l'area di applicabilità della misura, con riferimento alle obbligazioni di fare, è circoscritta alle obbligazioni che si trovano sul confine tra fungibilità e infungibilità. Come avverrebbe, se non fosse espressamente esclusa, per l'obbligo di reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato per le poche ipotesi rimaste in piedi dopo l'intervento legislativo del 2015, che una dottrina minoritaria e qualche sentenza, vigente l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, avevano ritenuto almeno in parte forzatamente eseguibile tramite l'accompagnamento coattivo del lavoratore sul posto di lavoro. Altri casi richiedono l'esercizio della fantasia casistica. Possiamo pensare, a titolo di esempio, a casi di obbligazioni di fare in materia societaria, ad esempio l'impegno della maggioranza, contenuto in un contratto parasociale, a convocare l'assemblea per la nomina di uno o più amministratori di minoranza.

Credo altresì che, con una qualche audacia, anche con il vecchio testo si potesse applicare la misura, come avviene in Francia, all'esecuzione di obblighi di consegna di una cosa mobile determinata, almeno per il caso di insuccesso dell'esecuzione in forma specifica. E' vero che tradizionalmente l'obbligazione di consegna è classificata tra le obbligazioni di dare. Ma è anche vero che essa si manifesta in un'attività materiale dell'obbligato, in un fare latamente inteso. Ma soprattutto è vero che se l'obbligato ha occultato la cosa da consegnare così da frustrare l'esecuzione diretta, l'obbligazione manifesta in concreto la sua infungibilità, nel senso che essa si rivela come adempibile esclusivamente dall'obbligato.

Con riguardo alle obbligazioni di non fare emergeva un problema diverso: deve trattarsi di obbligazioni di non fare consacrate come tali in sentenza, con l'ordine di astensione in cui si concreta l'inibitoria, ad esempio in materia di concorrenza sleale (e qui non nasce alcun dubbio, la misura potrà essere comminata per ogni successiva violazione) o può anche trattarsi di obbligazioni di non fare la cui violazione ha dato luogo a un provvedimento che contiene un ordine di disfare forzatamente eseguibile per via di esecuzione diretta? Ad esempio la distruzione dell'immobile costruito in violazione di una *servitus non aedificandi*.

Credo che già con il vecchio testo fosse sostenibile la soluzione positiva, a patto di ritenere che non esista un nesso di alternazione esclusiva tra esecuzione indiretta ed esecuzione specifica, sulla base di



quanto avviene in Francia<sup>9</sup>. Del resto, è noto che l'esecuzione forzata degli obblighi di disfare succedanei all'inadempimento di un obbligo di non fare può essere estremamente complicata e richiedere una grande quantità di tempo, basti pensare alla demolizione di un edificio. Imporre all'obbligato il pagamento di una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'iniziare l'adempimento spontaneo diventa estremamente utile in situazioni del genere.

Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Non si aggiunge, come in alcune precedenti formulazioni in sede di progetto legislativo «successivamente constatate». Nasce un problema. Le violazioni successive sembra che non necessitino di un accertamento ad opera di un giudice della cognizione, come è previsto invece, nelle forme del procedimento sommario, da parte di un progetto di nuovo codice di rito redatto sotto la direzione di Andrea Proto Pisani. Siamo in presenza di una forma alquanto curiosa di condanna in futuro, che scatta non a seguito del mero trascorrere del tempo, come avviene nella licenza per finita locazione, ma richiede l'allegazione dell'inadempimento ad opera del creditore nel precetto (una sorta di autocertificazione), lasciando al debitore il rimedio dell'opposizione all'esecuzione per sostenere che la violazione non c'è stata. Una grossa novità e una grossa semplificazione, che forse determineranno qualche perplessità. Aggiungo che il legislatore ha dimenticato di stabilire l'efficacia esecutiva per la fattispecie del ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Ma la dimenticanza non dovrebbe dar luogo a conseguenze. Possiamo far rientrare il ritardo nell'ampio concetto di inosservanza.

L'esclusione delle misure coercitive in materia di controversie di lavoro ha suscitato giustificati dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza, con riferimento ad una serie di obbligazioni di fare del datore di lavoro, tenuto conto tra l'altro che per alcune di esse (l'obbligo di reintegrazione dei rappresentanti sindacali illegittimamente licenziati) era già da tempo prevista una misura coercitiva specifica dall'art. 18 St. lav.

Come già ricordato, la misura coercitiva è a favore del creditore e non, come accade ad esempio per la misura coercitiva in materia di inibitoria prevista dal codice del consumo, a favore dello stato con vincolo di destinazione. E' necessaria la domanda di parte invece non richiesta, per la condanna alle spese ai sensi del nuovo 3° comma dell'art. 96, dove si prevede che "in ogni caso... il giudice, anche d'ufficio può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata".

Ritengo che la domanda, data la sua natura accessoria e la non necessità di autonoma istruttoria, sia proponibile fino all'udienza di precisazione delle conclusioni e, qualora respinta, sia riproponibile in appello.

Le interpretazioni ampliative sopra proposte, assieme alla consapevolezza di un'applicazione molto scarsa dell'art. 614 bis nel testo originario hanno indotto il legislatore ad allargare l'ambito di applicabilità delle misure di esecuzione indiretta con l'intervento del 2015<sup>10</sup>: cambia la rubrica dell'articolo, che era quella che aveva dato luogo alla restrizione dell'applicabilità dell'istituto all'attuazione degli obblighi di fare infungibile e di non fare. Ora essa recita: "Misure di coercizione indiretta" e per evitare poi che esse siano ritenute applicabili a qualsiasi provvedimento di condanna viene inserita nel testo, per il resto rimasto identico, la precisazione che deve trattarsi di condanna "all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro".

Pertanto, le misure coercitive sono ora applicabili sia alle obbligazioni infungibili e di non fare non suscettibili di esecuzione in forma specifica, sia alle obbligazioni suscettibili di quest'ultima forma di esecuzione.

Spetterà al diritto vivente stabilire se, nel secondo caso, misure coercitive ed esecuzione specifica siano cumulabili o non debba invece valere il principio *electa una via non datur recursus ad alteram*.

9 dove anzi esse sono applicabili anche ai provvedimenti di condanna al pagamento di somme di denaro.

10 Si tratta dell'art 13 comma 1 lett. ccter del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

3. Mi sono intrattenuto, parlando dell'ordinamento italiano, su alcune peculiarità che lo distinguono dagli ordinamenti anglosassoni, i quali non hanno esitato, nel corso della loro evoluzione storica, a prevedere strumenti di coercizione (o, come si dice da noi, di esecuzione indiretta) molto persuasivi per convincere le parti ad obbedire alle decisioni di un giudice civile, non esitando a criminalizzare la disobbedienza, come ancor oggi<sup>11</sup> può avvenire in Inghilterra e negli Usa per il caso di disobbedienza che dà luogo al c.d. *contempt of court*.

L'ho fatto non per una manifestazione di pigrizia erudita, ma per mostrare una qualche somiglianza tra le misure di esecuzione indiretta previste dal nuovo codice di procedura civile brasiliano e le soluzioni anglosassoni, malgrado la scelta operata vada prevalentemente nel senso delle *astreintes* pecuniarie alla francese.

Del resto, è ben noto che l'ordinamento giuridico brasiliano, certamente nel complesso un ordinamento di *Civil Law* a base codicistica si trova, guardando alle soluzioni adottate in molti campi, notevolmente influenzato da soluzioni tipiche del *Common Law*. Basti ricordare qui, con riferimento al processo, l'efficacia vincolante del precedente<sup>12</sup> e il dovere di verità della parte, che può essere chiamata a testimoniare.

In verità, soltanto per la violazione dei provvedimenti in materia alimentare l'art 528, § 4 codice prevede la prigione "civile", sul tipo dell'antica prigione per debiti. Dal mio punto di vista sarebbe stato preferibile elevare a figura di reato queste violazioni, lasciandone la competenza al giudice penale, evitando così, sia pure in un solo caso, la "criminalizzazione surrettizia" della giurisdizione civile tipica dell'Inghilterra, Paese che non ha conosciuto la rivoluzione borghese come la Francia. Un Paese nel quale la democrazia è sì ben consolidata, ma ha conservato, oltre alla disciplina del *Contempt*, che rinvia alla famosa affermazione di March Bloch secondo cui nella società feudale "il padrone dei padroni era il giudice"<sup>13</sup>, anche alcune curiose caratteristiche di quella società, dal mantenimento del latifondo ad un diritto ereditario che consente il maggiorascato, largamente praticato nelle famiglie aristocratiche.

Abbiamo visto che in Brasile, a parte la fattispecie appena ricordata, le misure di esecuzione indiretta sono tutte pecuniarie. Ma è difficile sottrarsi alla sensazione di un'influenza degli ordinamenti anglosassoni che considera fin dal Medioevo un grave disvalore, da punire severamente, la disobbedienza ai provvedimenti del giudice. E' una sensazione provocata dal numero rilevante di misure coercitive previste dal codice, gran parte delle quali tariffate dal legislatore in somme importanti e dal fatto che alcune di queste figure sono qualificate come sanzioni nei confronti di "attentati alla dignità della giustizia", espressione che rimanda alla formula feudale della "*Verletzung des Königs*" sopra ricordata.

In questo senso si pronuncia l'art. 77 § 3, che punisce pesantemente con una sanzione che può arrivare al 20% del valore della causa da versare allo Stato alcune violazioni dei doveri processuali delle parti ivi previsti. Da sottolineare, senza pregiudizio delle sanzioni civili a favore del creditore, come quella prevista all'art. 523 che può arrivare ad un altro 10%. Si tratta, più precisamente, del dovere di eseguire con esattezza le decisioni giurisdizionali, definitivamente o provvisoriamente esecutive, di non creare ostacoli alla loro effettività e di non praticare innovazioni illegali allo stato di fatto del bene o diritto litigioso.

Altri "attentati alla dignità della giustizia" troviamo nell'art. 311, per disobbedienza all'ordine di esibizione (che riecheggia le sanzioni inglesi in materia di *discovery*), sanzionata fino al 2% del valore della causa a favore dello Stato; nell' art 334 paragrafo 8 per mancata comparizione ingiustificata all'udienza di conciliazione davanti al mediatore, sanzionata fino al 2% del valore della causa di nuovo a favore dello

11 Cfr New York Times del 14 luglio 2006, ove si ricorda la detenzione da oltre due anni di un finanziere accusato di aver distratto importanti somme dai suoi clienti affinché riveli dove ha nascosto il denaro. Viene spontaneo il paragone con quanto ricordato da FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, 1955, Vol. I, p. 250 ss, che mette in rilievo come la tortura avesse anche la funzione di mezzo di coercizione al pagamento, portando ad esempio lo statuto di Firenze del 1415, 3,3,5, ove si prevedeva che "*agit in eorum arbitrio* (del podestà, del capitano del popolo, e dell'esecutore delle decisioni di giustizia) *dictos tales* (i falliti) *pro facti quantitate et enormitate corporaliter punire et iustitiare ac plectere variis generibus tormentorum donec satisfecerint suis creditoribus*".

12 V. in proposito, G. F. MONTEIRO DE CASTRO, E. DA SILVA GONÇALVES, *A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades*, in *www.Ambito Jurídico, com. br*.  
Cfr. peraltro, per alcune notazioni critiche indirizzate mettere in rilievo le differenze tra *summula* vincolante e precedente anglosassone, T. ARRUDA WAMBIER, *Principio dell'isonomia e giurisprudenza in Brasile, un Paese di civil law*, in *www.aispc.it/ documenti/ Materiali/Wambier% 20lezione%20 sul%20precedente.pdf*

13 Cfr. *La società feudale*, trad. it. Torino, 1975, p. 388.

Stato; nell'art. 774, per diversi comportamenti di ostacolo all'esecuzione, fino al 20% del valore del debito, a favore del creditore precedente; nell' Art. 903 § 6, fino al 20% del valore del bene assegnato nel caso di azioni infondate contro l'assegnatario, sempre a favore del creditore precedente.

Ma non basta. Pur senza la qualificazione di "attentato alla dignità della giustizia", l'art. 81 commina fino a subito sotto il 10% del valore della causa al litigante in mala fede e fino a dieci volte il salario minimo se il valore della causa è irrisorio o indeterminabile; l'art. 100, paragrafo unico, in tema di revoca del gratuito patrocinio ottenuto in malafede, commina fino al decuplo di quanto si sarebbe risparmiato senza la revoca; l'art. 254 commina fino a cinque volte il salario minimo per chi ha chiesto la citazione per pubblici proclami (*citacao por edital*) in assenza dei requisiti richiesti; l'art. 380 paragrafo unico in tema di doveri di collaborazione del terzo precisa che in caso di inadempimento, il giudice abbia facoltà di imporre, oltre ad una sanzione pecuniaria, altre misure coercitive, *indutivas, mandamentais ou sub-rogatórias*; l'art. 500 prevede che il giudice commini una somma "periodicamente" per la mancata esecuzione spontanea di obbligazioni di fare o non fare, salvo il risarcimento del danno; l'art. 523 § 1 commina il 10 % del dovuto per il caso di mancata esecuzione spontanea di condanne al pagamento di somme determinate. Curiosamente viene esclusa la *fazenda* pubblica, ma non il povero che non può pagare; l'art 702 paragrafo 10 commina a chi ha chiesto indebitamente o di mala fede un decreto ingiuntivo il 10% del valore del credito; lo stesso per l'opponente che in mala fede si oppone; l' art. 968 prevede per le impugnazioni il deposito di una somma pari al 5% del valore del causa (con un massimo equivalente a 1000 salari minimi) che si converte in *multa* nel caso che l'impugnazione sia dichiarata inammissibile o improcedibile

Come si vede, alla luce di questo elenco, oltretutto non completo<sup>14</sup>, l'ambito dell'esecuzione indiretta è ben più vasto, rispetto a quanto previsto dall'art. 614 bis del codice italiano. Abbiamo una sola corrispondenza, quella con l'art. 500 del codice brasiliano, che peraltro consente la misura coercitiva per qualsiasi tipo di obbligazioni di fare.

Viene spontaneo concludere che, influenzato dalla tradizionale severità degli ordinamenti di *common law*, con grande probabilità il legislatore del Brasile ha voluto perseguire la deflazione di una litigiosità particolarmente elevata così da aspirare alla ragionevole durata dei processi, inducendo parti e terzi all'obbedienza, con misure molto severe, sia pure di natura economica, senza bisogno di ricorrere, salvo un'unica eccezione, come abbiamo visto, alla minaccia della privazione della libertà<sup>15</sup>.

14 Altri casi, a dimostrazione del grande impatto delle misure coercitive nel nuovo codice di procedura civile brasiliano sono previsti dagli articoli 202, 234 paragrafo 2, 625, 777, 806 paragrafo 1, 814, 896, 1026 paragrafi 2 e 3, 1067 paragrafo 6.

15 Per chi volesse approfondire l'analisi sulle *multas* può consultare S.ECONOMIDES MACIEL, *As astreintes como mecanismo de alcance da efetividade processual*, San Paulo, 2016.

# TUTELA ATÍPICA DE PRESTAÇÕES PECUNIÁRIAS. POR QUE AINDA ACEITAR O “É RUIM MAS EU GOSTO”?

**Sérgio Cruz Arenhart**

Mestre, doutor e pós-doutor em Direito.  
Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da UFPR.  
Ex-juiz Federal. Procurador Regional da República.

## 1. A GARANTIA DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E A IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DE MEIOS ADEQUADOS PARA A TUTELA DOS DIREITOS

Dispensa demonstração a afirmação de que um processo judicial que careça de instrumentos para a efetiva e adequada implementação dos direitos reconhecidos é ainda mais injusto que um sistema que sequer disponha de um modelo de processo civil. Com efeito, pior do que um Estado que simplesmente abandona seus cidadãos à sua própria sorte, desinteressando-se pelo reconhecimento e proteção de direitos, é conviver com um Estado que, embora reconheça explicitamente que alguém teve um direito violado ou ameaçado, seja impotente para corrigir essa injustiça.

Por isso, não se pode menosprezar a importância do estudo das técnicas de implementação das decisões judiciais e dos direitos. O tema não envolve simples preciosismo, nem pode ser ligado – como às vezes ocorre em expressão de parte da doutrina – a alguma tentativa de expandir os poderes do juiz, tornando o processo algo “ilegítimo”, “autoritário” ou “despótico”.<sup>1/2</sup> O exercício da autoridade jurisdicional, na implementação dos direitos, é, na verdade, a única forma de dar efetiva guarida às promessas do Estado. Do contrário, despido o Estado do poder de efetivar suas decisões e os direitos, então a atividade jurisdicional se converte em mera promessa inerte. Como lembra Couture – defensor inquestionável de um processo civil democrático – “conocimiento y declaración sin ejecución es academia y no justicia; ejecución sin conocimiento es despotismo y no justicia. Sólo un perfecto equilibrio entre las garantías del examen del caso y las posibilidades de hacer efectivo el resultado de ese examen, da a la jurisdicción su efectivo sentido de realizadora de la justicia”.<sup>3</sup>

Por outro lado, também é certo que a outorga desmesurada e ilimitada de poderes ao Estado para efetivar

1 Tem-se tornado comum a assimilação da ideia de que a ampliação dos poderes do juiz traz consigo a pecha do autoritarismo. Supõe-se, ao que parece, sem nenhuma razão, que o incremento dos poderes judiciais – ou, melhor dito, a possibilidade de que ele possa adequar o procedimento na busca da melhor proteção aos direitos envolvidos no processo – infringe a liberdade e, portanto, é algo que deve ser recusado. O processo não é o campo de embate entre as liberdades individuais e o poder do Estado. Ao contrário do que se supõe, não pode haver liberdade, sem que o Estado(-jurisdição) disponha de suficiente capacidade para fazer implementar aquelas liberdades e os direitos reconhecidos. Um Estado fraco, indubitavelmente, é incapaz de tutelar de forma adequada os direitos e as liberdades que promete aos indivíduos. Por isso, reconhece-se há muito tempo a natureza pública do processo civil (v., entre tantos outros, CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de derecho procesal civil. Madrid: Reus, 1922, tomo I, p. 82-83), voltado, ademais da tutela dos direitos materiais, para fins públicos, a exemplo da atuação do Direito e da participação na gestão da coisa pública. Nessa medida, embora se dê as partes, de regra, a liberdade para buscar a tutela jurisdicional, é evidente, como lembrava Tissier há muito tempo, que a partir do momento em que a atuação judicial é proycocada, a questão assume interesse público, sendo dever do Estado assegurar a realização da justiça, “aussi rapide et aussi complete que possible” (TISSIER, Albert-Anatole. “Le centenaire du code de procédure civile et les projets de réforme”. Revue trimestrielle de droit civil. Paris: Sirey. n. 3. 1906, p. 44).

2 Aliás, aqueles que qualificam o processo civil brasileiro atual como autoritário cometem a proeza de incidir em duplo equívoco. De um lado, esquecem-se de que, na orientação clássica da doutrina, um “processo autoritário” não é um processo despótico. Autoritário é o processo – conforme clássica lição de Calamandrei (Instituciones de derecho procesal civil. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: El Foro. 1996, p. 393) – em que a autoridade (judicial) tem ampliados seus poderes de gestão do processo. Nesse passo, sem dúvida, um processo em que o juiz participa ativamente do desenvolvimento da relação processual é “autoritário”, sem, porém, que disso se possa extrair qualquer conclusão quanto ao caráter “antidemocrático” desse processo. Mas, a par desse equívoco terminológico, soa também rasteira a afirmação de que o processo atual é autoritário, apenas porque dá ao juiz poderes de intervir na relação processual. Como lembra, há muito tempo, Moacyr Amaral Santos, a outorga de poderes de direção do processo ao juiz, desde que não atrapalhe a defesa dos interessados, exclui que se possa supor o caráter “autoritário” da atividade judicial (SANTOS, Moacyr Amaral. “Contra o processo autoritário”. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 54, n. 2, 1959, p. 222-223). Constitui erro grosseiro assimilar o respeito à autoridade da jurisdição com a noção de autoritarismo. Como já dito, o respeito à autoridade da atividade jurisdicional é fundamental para o respeito e a garantia das liberdades individuais, o que demonstra inexistir qualquer antagonismo entre a autoridade do Estado e as liberdades públicas. Ademais, o autoritarismo decorreria da inexistência de base jurídica para certa atitude, sendo patente que nada disso se verifica no processo atual.

3 COUTURE, Eduardo. “Las garantías constitucionales del proceso civil”. Estudios de derecho procesal civil. Buenos Aires: Depalma, 1998, tomo I, p. 89.

os direitos implica atentado injustificável a direitos fundamentais do “obrigado”. Como lembra Couture, se a democracia não pode contentar-se com o individualismo – já que este é, em suma, a negação da própria democracia – conferir excessivos poderes ao juiz é apenas fugir de resolver a questão, já que, nesse caso, o problema se torna o juiz. A ausência de limites aos poderes do juiz pode levar ao abuso e ao conseqüente despotismo judicial.<sup>4</sup> Afinal, os juízes são também seres humanos e, portanto, sujeitos ao erro ou ao excesso.

Ademais, é imposição constitucional o respeito às liberdades e ao mínimo existencial.<sup>5</sup> Por isso, só se justifica a agressão ao patrimônio ou à liberdade individual na medida em que isso seja tolerado pela legislação e no limite em que não se ofenda o núcleo essencial daquelas garantias fundamentais.

Afinal, o limite da atuação dos direitos – pelos próprios titulares ou pelo Estado – está exatamente na interferência a direitos de outros. Nesse passo, como lembra Couture, a chave do sucesso de um sistema processual está no equilíbrio entre a liberdade e a autoridade ou, por outras palavras, entre a preservação dos interesses individuais e sociais (representados pelo Estado-jurisdição).<sup>6</sup>

## 2. A IMPORTÂNCIA DA VISÃO PANPROCESSUAL PARA O CORRETO DIMENSIONAMENTO DOS PODERES EXECUTIVOS

Porém, há outro dado que deve ser agregado a esta análise, ainda em seu momento introdutório. Trata-se da necessidade de adequar o balanceamento entre os valores autoridade e liberdade com o cânone da proporcionalidade pan-processual.

É sabido que as regras do processo civil tratam, na verdade, da concretização de princípios constitucionais processuais, amalgamados ao longo do tempo e da experiência, nas formas atualmente empregadas. Por isso, seria possível pensar o processo a partir dos princípios que iluminam essas regras, retornando à essência traduzida por esses procedimentos. Logicamente, quando o discurso é restituído para o campo dos princípios, duas noções básicas entram em cena: a ideia de que eles devem ser realizados na sua máxima expressão possível; e a provável colisão entre os vários princípios incidentes, decorrente da tentativa de maximização de todos eles.

O operador do Direito, sem dúvida, está familiarizado com esses conceitos e com as técnicas de ponderação empregadas para compatibilizar esses dois polos. Este é o campo da “proporcionalidade” (chamada aqui de proporcionalidade endoprocessual), tomado do direito administrativo e, em especial, do direito constitucional, e amplamente empregada pelo processo civil.

Porém, o tema oferece ainda outro ângulo de análise, ainda pouco explorado no direito brasileiro. Trata-se da chamada dimensão pan-processual da proporcionalidade, ideia mais enraizada no direito administrativo, e que toma em conta a necessidade de gestão adequada e eficiente de toda a massa de feitos judiciais existentes.<sup>7</sup>

Não se trata aqui, apenas, de aludir à noção de “eficiência”, considerada por alguns apenas como uma razão de economicidade interna ao processo, ou seja, da economia no emprego de recursos observada sob

4 “Decir que el problema procesal se resuelve invistiendo al juez de los plenos poderes discrecionales de un jefe de estado autoritario, reforzando al máximo su autoridad, significa dejar las cosas en su punto anterior. Porque entonces, de allí en adelante, el problema será el juez. En el momento mismo en que las formas dejan de ser una inquietud, el juez comienza a ser algo inquietante. El juez es, al fin de cuentas, un hombre. Puede suponersele bueno y bien intencionado. Pero para saber lo que en definitiva ese hombre vale, como expresión definitiva del derecho, hay necesidad de investigar este punto fundamental: lo que ese hombre significa dentro del sistema político al que sirve.” (COUTURE, Eduardo. “El derecho procesal civil hispanoamericano”. *Estudios de derecho procesal civil*, ob. cit., p. 339-340).

5 Sobre a questão, na parte que aqui interessa, v. entre tantos outros, FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, passim. De modo mais geral, sobre a ideia do mínimo existencial, v. RAWLS, John. *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995, esp. p. 217-218.

6 Segundo o mesmo autor, “Dos sistemas principales se disputan el campo. En uno, la libertad individual es soberana. (...) Apoyado en un finísimo sentido liberal, este proceso es el proceso del recelo y de la desconfianza en el juez. (...) En cambio en el otro sistema, la autoridad es suprema. Así en los procesos anglo-sajones y especialmente en el inglés, la fe en el juez es la base y el fundamento de la justicia. (...) Los dos sistemas tienen sus riesgos evidentes; el primero desnaturaliza la justicia; el segundo aniquila la libertad” (COUTURE, Eduardo. “La justicia inglesa”. *Estudios de derecho procesal civil*, ob. cit., p. 112-113). Embora pareça exagerada a afirmação no sentido de que a justiça inglesa ou norte-americana aniquile a liberdade individual, é certo que é necessário encontrar equilíbrio entre o interesse das partes e o do Estado-jurisdição.

7 Sobre o tema da proporcionalidade pan-processual, v. CAPONI, Remo. “O princípio da proporcionalidade na justiça civil”. *Revista de Processo*, n. 192. Trad. Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: RT, 2011; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais*. 2a ed., São Paulo: RT, 2014, p. 37 e ss.; OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual*. São Paulo: RT, 2017, p. 91 e ss.; ARENHART, Sérgio Cruz, OSNA, Gustavo. “Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural’ approach: some bases of contemporary civil litigation”. *International journal of procedural law*, n. 4. Cambridge: Intersentia, 2014, passim.

uma perspectiva endoprocessual.<sup>8</sup> É imprescindível que se veja o processo judicial como um “serviço público”, que demanda recursos que são escassos. É preciso, então, aplicar esses recursos de maneira eficiente, considerando não apenas a necessidade do processo singularmente visto, mas também o conjunto das demandas judiciais existentes. Por outras palavras, os recursos – humanos, estruturais, financeiros etc. – necessários à administração pública da Justiça precisam ser usados de forma racional. E esse uso exige que se considere não apenas as necessidades de cada processo, tomado de forma isolada, mas também do conjunto dos processos judiciais existentes, na medida em que o emprego desses recursos em cada um deles determina a quantidade remanescente, que poderá ser aplicada aos demais.<sup>9</sup>

Visto desse modo, resta claro que o serviço público “justiça” deve ser gerido à luz da igualdade (em sentido substancial) e a otimização do que é prestado não pode olvidar a massa de processos existente, nem os critérios para a administração mais adequada dos limitados recursos postos à disposição do ente público.

As garantias fundamentais processuais, sob esse enfoque, recebem mais um elemento de análise. Se, dentro do processo, o limite de uma garantia é a sua acomodação a outras garantias, impõem-se também considerações externas – que levem em conta o todo de processos existentes – a fim de dimensionar a extensão em que todas essas garantias podem ser satisfeitas, à luz dessa proporcionalidade pan-processual.

A análise pan-processual da proporcionalidade é hábil a oferecer visão mais adequada da realidade jurisdicional brasileira. Por colocar, ao lado da análise endoprocessual das garantias processuais, a inter-relação entre os vários processos, essa abordagem permite dosar de forma ótima a capacidade de atender aos interesses de todos os jurisdicionados de forma ótima, sem fazer com que o excesso de garantias dado a um processo possa prejudicar os outros. Por outras palavras, o esforço estatal aplicado a um caso determinado deve ser dimensionado também a partir do esforço que poderá ser disponibilizado às outras pessoas, que, afinal, são também potenciais usuários desse serviço.<sup>10</sup>

Vale sublinhar que essa visão a respeito da proporcionalidade sequer pode ser vista como inovadora. O direito estrangeiro dá mostras de que esses critérios, em alguns sistemas, estão positivados, prestando-se como balizadores da atividade jurisdicional.

Assim ocorre, por exemplo, com a legislação inglesa. As Civil Procedure Rules, de 1997, em sua primeira parte (Overriding Objective), no seu art. 1.1, estabelece o dever de o juiz tratar a causa segundo a justiça, o que implica, na medida do possível, entre outras coisas “b) diminuir custos; c) lidar com a causa de forma que seja proporcional; (i) ao montante de dinheiro envolvido; (ii) à importância da causa; (iii) à complexidade dos temas; e (iv) à condição econômica de cada parte; d) assegurar que a causa seja tratada de forma expedita e justa; e e) alocar à causa uma apropriada parcela dos recursos da corte, tendo em consideração a necessidade de alocação de recursos às outras causas” (item 2).<sup>11</sup>

Também no direito italiano, o projeto de Código de Processo Civil, elaborado por Proto Pisani, previa semelhante preceito. Segundo o art. 0.8, do projeto, em cada causa deveria ser assegurado o emprego proporcional de recursos judiciários em relação ao escopo de justa composição da controvérsia em um prazo razoável,

8 V., sobre esse viés, DIDIER JR., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 7a ed., Salvador: JusPodivm, 2017, vol. 5, p. 112-113.

9 O discurso poderia ir ainda mais longe, porque, afinal, os recursos públicos financiam todos os serviços e as políticas públicas. “If we lived in a Panglossian ‘best of all possible worlds’, our procedural system would enforce the substantive law costlessly and with perfect accuracy. But in our real world of scarcity and constraint, we have to settle for an imperfect system, one that creates its own costs at the same time as it reduces, though never eliminates, the risk of enforcement error. The challenge for procedural law is to find the right balance of benefit and cost, and to do so with less than perfect information about the likely effects. More extensive procedures can reduce the risk of error but also increase the cost of process and take resources away from other worthwhile social programs” (BONE, Robert G. Civil procedure – the economics of civil procedure. New York: Foundation Press, 2003, p. 2).

10 “Le risorse che il servizio della giustizia può destinare al soddisfacimento di questa esigenza individuale nella singola controversia devono essere bilanciate, non tanto con un astratto interesse pubblicistico al buon funzionamento della giurisdizione come funzione statale, bensì con le risorse da riservare al soddisfacimento delle altre esigenze parimenti individuali, di cui sono portatori le parti (attuali o potenziali: quindi anche i cittadini) nelle altre controversie indirizzate (o da indirizzare) alla cognizione del giudice statale.” (CAPONI, Remo. “Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche”, p. 390).

11 “[D]ealing with a case justly includes, so far as is practicable: (...) b) saving expense; c) dealing with the case in ways which are proportionate (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases”.

tendo em conta a necessidade de reservar recursos aos outros processos.<sup>12</sup> Essa orientação, aliás, encontra muito facilmente suporte no princípio da eficiência da atividade pública, e, em específico, no princípio da eficiência do serviço judiciário, que se pode, no sistema italiano, deduzir indiretamente da garantia da duração razoável do processo (art. 111, § 2.º, da Constituição italiana)<sup>13</sup> e da garantia de acesso à Justiça (art. 24, da Constituição italiana).

Na ordem jurídica brasileira, embora não exista preceito idêntico, é possível extrair essa mesma orientação da garantia constitucional de eficiência na administração do Estado, estampada no caput do art. 37, da Constituição.<sup>14</sup> De fato, se a atividade jurisdicional pode ser enfocada – na visão do cidadão – também como um serviço público, é evidente que ele deve pautar-se pela eficiência, tomando em consideração o conjunto de demandas com que o Judiciário deve lidar.

De certo modo, uma releitura do princípio de eficiência, também previsto no art. 8º, do CPC, pode apoiar essa conclusão. Embora, como dito, alguns considerem essa eficiência apenas como a necessidade de “poupar recursos” no interior de um processo, considerado apenas em sua singularidade, é possível extrair dali muito mais, fixando nesse comando a essência da necessidade de consideração do serviço-justiça pensado como um todo.<sup>15</sup>

Assim, importa deixar claro que, no campo da efetivação dos direitos – embora o mesmo raciocínio se aplique a todos os outros pontos do processo civil – não se pode examinar as garantias processuais de maneira isolada, isto é, olhando apenas para dentro do processo. É fundamental considerar o impacto que a “melhor” satisfação dessas garantias implica para todo o restante dos processos com que o Judiciário deve lidar.

### 3. O JUIZ-ÁRBITRO BRASILEIRO. A INTERPRETAÇÃO CORRETA DO ART. 139, IV, DO CPC

O Código de Processo Civil de 2015 incluiu regra que, possivelmente, a par de constituir um dos comandos mais importantes ali presentes, altera significativamente o paradigma com que se trabalha neste campo.

Há muito tempo, denunciava Ovídio Baptista da Silva que o processo civil brasileiro padece com uma indelével herança – tomada do direito romano tardio – que o torna incapaz de reagir de maneira efetiva frente às ameaças e às violações a direitos. Trata-se da visão que exclui da figura do juiz qualquer traço de autoridade, tratando-o como se fosse simples árbitro da contenda existente entre as partes, recebendo todo e qualquer poder exclusivamente daquilo que lhe foi expressamente delegado pelas partes.

A discussão remonta a análise da natureza da sentença condenatória, no passado e no presente. Embora o tema seja muito amplo, já tendo sido analisado em outro lugar,<sup>16</sup> importa, para bem situar a discussão, relembrar alguns breves conceitos que envolvem essa apuração.

Sabe-se que o direito romano conhecia a figura da *condemnatio*, que era a consequência obtida diante da violação de uma *obligatio*. A condenação romana era proferida por um *iudex*, escolhido pelas partes e cuja função se assemelha à atualmente desempenhada pelo árbitro privado. Por outras palavras, o *iudex* não representava a “autoridade” romana; era um particular, escolhido pelas partes para o julgamento da controvérsia existente. Por isso, despida de autoridade que era, a violação da condenação não implicava qualquer reação

12 “È assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi”.

13 CAPONI, Remo. *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile. Il foro italiano*. vol. I, p. 15. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, maio, 2008.

14 ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva...*, ob. cit., p. 46.

15 “O juiz deve dirigir o processo de modo eficiente. Isso significa que deve alocar tempo adequado e dimensionar adequadamente os custos da solução de cada litígio. A necessidade de eficiência na gestão do processo guarda íntima relação com a ideia de proporcionalidade entre os meios e os fins que são visados pela administração da Justiça Civil” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3a ed., São Paulo: RT, 2017, p. 170).

16 V., sobre isso, com mais vagar, SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição jurídica romano-canônica*. 3a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, passim; Id. *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 11-92; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. 2a ed., São Paulo: RT, 2003, p. 59 e ss.; Id. “Sentença condenatória para quê?”. *Teoria quinária da ação – estudos em homenagem a Pontes de Miranda nos 30 anos de seu falecimento*. Org. Eduardo José da Fonseca Costa, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, Pedro Henrique Nogueira. Salvador: JusPodivm, 2010, passim; Id. *La eficacia condenatoria de las sentencias y el cumplimiento de prestaciones*. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. V. 15, 2010, passim.

do “poder público” romano. Porque essa condenação se limitava a uma “declaração de razão” para o autor da actio, inexistia ordem ao réu para cumprimento da obligatio. A consequência da violação da condenação romana era, simplesmente, a permissão para que o interessado regressasse a juízo, postulando a chamada actio iudicati, quando então seria possível a adoção de medidas mais enérgicas, pela intervenção do pretor.<sup>17-18</sup>

Embora essas breves linhas retratem situação ocorrida há muitos séculos, parece que são atualíssimas se a situação atual é bem examinada.

Ainda que se tenha eliminado a dicotomia presente no código anterior, entre processo de conhecimento e ulterior processo de execução de sentença, fato é que a essência daquela velha noção de condenação permanece latente em várias passagens do código.

Note-se, por exemplo, que o código indica, ao menos para o pagamento de soma em dinheiro, que o cumprimento de sentença se faz apenas “a requerimento do exequente” (arts. 513, § 1º e 523). Ou seja, sem que o exequente o requeira, fica o juiz manietado, como se não fosse sua a decisão desrespeitada. Quer isso dizer que, em realidade, o código não enxerga naquela decisão nenhum exercício de efetiva autoridade estatal. Vê ali apenas a concretização de uma obrigação (titularizada pelo autor da demanda) e cujo cumprimento se faz apenas se e quando interessar ao credor. Desobedecer uma sentença condenatória – ainda no direito vigente – não é infringir um comando do Estado. É apenas não adimplir uma obrigação e, portanto, sujeitar-se, sempre pela iniciativa do credor, a atos que tenderão ao adimplemento futuro. Afinal, mesmo depois de tanto tempo – e depois de tanto denunciado o compromisso do direito brasileiro com esse arcaico modelo romano – permanece válida a lição de Liebman, que afirmava que “não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente”.<sup>19</sup> A sentença condenatória brasileira, para muitos autores, e aparentemente também pela lei processual, é vista como simples exercício de declaração, sem qualquer imperium. Daí a razão pela qual seu descumprimento não constitui ato ilícito, mas simples ato de inadimplemento obrigacional.

Não obstante sejam evidentes as reminiscências desse pensamento, parece que o sistema processual atual possui ferramentas que habilitam o operador do Direito a superar esse ranço e romper essa barreira que compromete a efetividade da prestação jurisdicional.

Trata-se do preceito contido no art. 139, inc. IV, do CPC, que confere ao juiz o poder de “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Embora mal se explique a razão pela qual o dispositivo foi alocado no preceito que regula os poderes do juiz (e não naqueles que disciplinam o cumprimento de sentença e a execução) fato é que, se bem interpretado, o comando possui importância extraordinária na ruptura do velho modo de pensar a atuação executiva judicial.

Já há algum tempo, como visto, parte da doutrina vem denunciando o inexplicável arraigamento do direito nacional atual àquela visão antiga da função jurisdicional. Porém, o mais grave é notar que essa ligação, atualmente, só se verifica no campo da efetivação de (algumas) prestações pecuniárias. De fato, desde a introdução do art. 461, no CPC anterior, em 1994,<sup>20</sup> posteriormente acrescido do art. 461-A, as prestações de fazer, não fazer e entregar coisa passaram a contar com um modelo radicalmente distinto para sua efetivação. O juiz passou a poder emitir ordens, cujo cumprimento se realizava ex officio e por meio de medidas de sub-rogação ou indução abertos, ou seja, não necessariamente regrados por lei. A mesma lógica foi mantida

17 V., sobre isso, SCIALOJA, Vittorio. Procedimiento civil romano. Buenos Aires: EJE, 1954, p. 285 e ss.; LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de execução. 2a ed., São Paulo: Saraiva, 1963, p. 8-11.

18 É fato que o regime era diverso, naquela época, para direitos absolutos, a exemplo dos direitos reais. Para estes, reservava-se procedimento mais expedito, presidido pelo pretor, que, com seu imperium, tutelava esses direitos evidentes através da imposição efetiva de ordens dirigidas ao réu. Tem-se, aí, pois, a divergência fundamental de tratamento que era concedida, em direito romano clássico, às obrigações e aos direitos reais. Enquanto a estes se aplicava o instituto da vindicatio (interdito) gerando uma ordem ao vencido — no sentido de que este não se opusesse à retomada privada do bem espoliado — a obrigação concedia-se o remédio da condemnatio, em sede de jurisdição (com a declaração do direito, pois não constituía direito evidente) que, caso não cumprida espontaneamente, gerava, como única consequência, a possibilidade ao credor de fazer uso da actio iudicati — tal como ocorre, mutatis mutandis, no direito moderno.

19 LIEBMAN, Enrico Tullio. Ob. cit., p. 13.

20 Vale recordar que o art. 461, do CPC/73, na redação dada pela Lei n. 8.952/94, nada mais consistiu do que uma ampliação de permissão anteriormente existente para situações pontuais, a exemplo do art. 84, do Código de Defesa do Consumidor.



pelo código em vigor, como se vê dos arts. 536 e ss., que conferem amplo arsenal ao juiz para concretizar esses direitos, deixando evidente a presença do imperium nessa atividade.

Se essa inovação foi importantíssima, porém, criou ela verdadeiro abismo entre a situação desses interesses e as prestações pecuniárias. Enquanto se oferecia tutela invejável às prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, para as prestações pecuniárias (com algumas exceções, a exemplo dos alimentos) ainda se reservava a velha “execução” por expropriação patrimonial, típica e com procedimento absolutamente regrado, cujo início sempre estava condicionado ao impulso do exequente. A violação à isonomia, ali, era gritante. Aparentemente, dava-se mais valor às prestações de fazer, não fazer e entregar coisa, não importando seu conteúdo, do que às prestações pecuniárias, também independentemente do bem jurídico por estas protegido.

Ao que parece, a nova regra do art. 139, IV, embora não de forma explícita e clara, é capaz de superar essa dicotomia de tratamento. É esse comando que permite corrigir aquela flagrante inconstitucionalidade, que autorizava tratar certas prestações por técnicas mais efetivas do que outras. Permite, ademais, como dito, romper com aquela ideologia que, inconscientemente, ainda trata o juiz como um iudex privado.

#### 4. O ART. 139, IV, CPC DEVE SER EXCEPCIONAL?

Parece claro que o dispositivo mencionado é importante, sendo um passo fundamental para que se possa cortar aquele cordão umbilical que liga a execução brasileira a modelo superado e inefetivo. Parece também evidente que essa regra poderia ser capaz de superar diversas barreiras tradicionalmente postas para que os direitos possam ser adequadamente protegidos em juízo. Mas então, por que seu uso tem recebido tantas críticas e sua aplicação tem sido tão excepcionada, até mesmo pela doutrina nacional?

São comuns as críticas a decisões que impõem a apreensão de documentos (passaportes, habilitação de dirigir etc.) sob vários enfoques diferentes. Há desde aqueles que entendem que essas prerrogativas não estão contidas nos poderes oferecidos pelo art. 139, IV, do CPC, até aqueles outros que entendem que o emprego dessas medidas é excepcionalíssimo. Não parece, porém, que essas críticas – ao menos de forma generalizada – encontrem fundamento.

Primeiramente, é essencial recordar que há um direito fundamental, decorrente do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição, à efetivação judicial dos direitos, o que inclui o direito a mecanismos adequados de atuação da decisão judicial. Se o direito fundamental tem uma dimensão positiva – que exige do Estado a adoção de condutas para tornar o mais concreto possível os direitos fundamentais previstos – então é certo que a garantia de acesso deve impor que os interesses postos à apreciação do Judiciário sejam não apenas adequada, tempestiva e efetivamente examinados, mas também, se reconhecida sua existência, prontamente impostos àquele que resiste à sua satisfação.

Por isso, é decorrência natural da garantia de inafastabilidade a pré-ordenação de instrumentos que sejam capazes de garantir a eficácia das decisões judiciais.<sup>21</sup> Se há esse direito, por parte daquele que busca a prestação jurisdicional, há o necessário dever, por parte do Estado, de oferecer esses instrumentos. É, portanto, inerente à prestação jurisdicional o poder-dever do Estado de garantir a imposição das suas decisões judiciais da forma mais pronta e adequada possível. Trata-se, portanto, de elemento intrínseco à atividade judicial do Estado a predisposição de mecanismos que sejam capazes de fazer observar as decisões judiciais. Afinal, de nenhuma utilidade seria a possibilidade de o Judiciário decidir sobre tudo, se as decisões por ele proferidas não precisassem ser obedecidas.

Conclui-se que, independentemente da previsão expressa, em dispositivo legal, dos instrumentos de atuação das decisões judiciais, esse poder-dever é consequência natural da atribuição constitucional dada ao Poder Judiciário para decidir as controvérsias. Vale recordar, nesse ponto, que o direito norte-americano, mesmo sem previsão expressa sobre todos os poderes de efetivação atribuídas ao Judiciário, sempre trabalhou nessa linha, por meio da doutrina dos inherent powers (poderes inerentes). Segundo essa concepção, os magistrados possuem poder amplo para a adoção de medidas capazes de impor as suas decisões. Afirma-se que

21 V., por todos, Marinoni, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 2a ed., São Paulo: RT, 2008, esp. p. 130 e ss.

os poderes inerentes consistem em todos os poderes razoavelmente exigidos para permitir a um tribunal o exercício eficiente de suas funções judiciais, para proteger sua dignidade, independência e integridade e para tornar efetivas as suas decisões legítimas.<sup>22</sup> Nos termos dessa teoria, os tribunais têm o poder de adotar as medidas necessárias à consecução de suas finalidades, ainda quando esses instrumentos não estejam expressamente previstos no direito positivo. Diante dessa prerrogativa, podem os tribunais editar e implementar regras para lidar com o litígio a ser examinado<sup>23</sup> e ainda determinar a punição em caso de desrespeito ao tribunal (contempt of Court).<sup>24</sup> Essa garantia opera como condição necessária para a realização da independência do Poder Judiciário, prevista constitucionalmente,<sup>25</sup> na medida em que torna a atuação jurisdicional autônoma, não dependente de qualquer intervenção das outras funções do Estado.<sup>26</sup>

Se, então, há um direito fundamental aos meios de efetivação adequados aos direitos, então parece pouco razoável que se sustentem as críticas acima vistas.

Em primeiro lugar, no que se refere à imposição de restrição a direitos – caso em que se inserem as decisões de apreensão de documentos acima mencionadas – não parece que haja aí nada de excepcional. Trata-se, sem dúvida, de medida indutiva e, portanto, subsumível ao contido no art. 139, IV, do CPC, cuja aplicação, ao menos abstratamente, encontra respaldo legal.

As críticas veiculadas normalmente acentuam eventual violação a direitos fundamentais (de ir e vir, ou algo semelhante) que estaria sendo violados por essas ordens judiciais. Ao que parece, porém, há evidente exagero nessa crítica. Afinal, há mesmo um direito fundamental a viajar para o exterior que estaria sendo violado pela ordem de apreensão do passaporte? Ou há um direito fundamental a dirigir veículos, que foi infringido pela determinação de retenção da habilitação de dirigir? Claro que não!

É evidente que pode haver situações específicas em que essas restrições a direitos possam atingir outros direitos específicos (o direito ao trabalho ou coisa parecida), mas aí o problema é pontual, e não deslegitima o emprego, ao menos em abstrato, dessas técnicas como importantes mecanismos de indução. A crítica, portanto, parece exagerada e sem fundamento.

Ademais, deve-se sempre recordar que os mecanismos de indução partem de uma premissa fundamental: o ordenado tem condições de cumprir a ordem e, portanto, sua resistência é desarrazoada. Como pondera John Dobbyn, esses mecanismos trabalham com a lógica de que o ordenado possui as chaves da prisão em seu próprio bolso.<sup>27</sup> Ou seja, não se pode ver nos meios de indução (ao menos a priori) algo de excessivo ou incivilizado, na medida em que sua incidência só ocorre diante da renitência injustificada<sup>28</sup> do ordenado em dar atendimento à ordem judicial.

Por isso, não parece excessiva ou ilegal (ao menos em abstrato) a ordem de apreensão do passaporte, da carteira de habilitação ou de outro documento semelhante, até porque essa determinação só ocorreu porque o requerido, embora tenha recebido uma ordem, com prazo para seu cumprimento, entendeu (injustificadamente) que seria melhor descumprir o comando. A incidência na sanção, portanto, é consequência exclusiva de sua própria resistência.

O emprego dessas técnicas, portanto, é ferramenta posta à disposição do Judiciário e deve ser empregada, até mesmo por conta das vicissitudes do uso da multa coercitiva na prática nacional. Com efeito,

22 CARRIGAN, Jim R. "Inherent Powers and Finance". *Trial magazine* 7. N. 6, 1971, p. 22.

23 *V. Thomas v. Arn*, 474 U.S. 140, 146 (1985).

24 *Cf. Young v. U. S. ex rel. Vuitton et Fils S.A.*, 481 U.S. 787, 793 (1987); *Michaelson v. United States ex rel. Chicago, St. P., M., & O. R. Co.*, 266 U.S. 42 (1924). *V. tb.*, Hazard Jr., Geoffrey C. Taruffo, Michele. *American civil procedure – an introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 204; Verde, Giovanni. "Attualità del principio 'nulla executio sine titulo'". *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 70.

25 *Cf. Webb, G. Gregg, Whittington, Keith E.* "Judicial independence, the power of the purse, and inherent judicial powers". *Judicature*. Vol. 88, n. 1. jul-ago 2004, p. 14. Essa doutrina estende-se aos poderes outorgados aos tribunais para determinar sua administração, àqueles que importam a indicação de salários adequados aos magistrados, aos que asseguram a independência do Poder Judiciário frente às outras funções do Estado e também, como se vê no texto, ao poder outorgado às Cortes para imporem suas decisões.

26 Tribe, Lawrence H.. *American constitutional law*. 3. ed., New York: Foundation Press, 2000, vol. I, p. 466/467, esp. nota 2. *V., tb.*, *Young v. U. S.*, acima mencionado, p. 481.

27 *Injunctions in a nutshell*. Minnesota: West, 1974, p. 225

28 Logicamente, se há justificativa para a resistência, então o debate assume outro contexto, a ser adiante examinado.

como ponderado em outro lugar,<sup>29</sup> a forma como tem sido praticada a multa coercitiva no sistema nacional desvirtuou totalmente sua finalidade. De um instrumento de coerção, transformou-se ela, praticamente, na mais violenta forma de “indenização premiativa”. Não raras vezes, credores preferem receber o valor da multa a obter a efetiva satisfação da obrigação original – a cuja proteção se destinava a imposição das astreintes. Perdeu-se, em grande medida, o cunho coercitivo da medida, que se transformou em uma grande catapulta de indenizações vultosas e sem relação com o dano sofrido.

Seja como for, se o sistema desvirtuou o papel coercitivo da multa, impõe-se encontrar outras ferramentas que possam ocupar essa função. E a restrição a direitos sem dúvida encontra campo fértil nesse ambiente.

Desde que essas ordens não violem direitos fundamentais, nem constituam ato ilícito, nem exorbitem seu papel coercitivo, merecem ser elas empregadas amplamente. Logicamente, porém, seu emprego estará sempre condicionado a um elemento essencial: sua efetividade, ou seja, sua real capacidade de induzir o ordenado a cumprir com o comando judicial.

Parte da doutrina sugere que o emprego dessas medidas só deva ser admitido quando a medida tiver alguma correlação com a obrigação a ser tutelada. Assim, por exemplo, uma ordem de proibição de funcionamento de certa empresa só deveria ser expedida se o funcionamento da empresa violasse algum direito, mas jamais para o adimplemento de uma obrigação qualquer; uma ordem de apreensão da habilitação de dirigir só poderia ocorrer se o hábito de dirigir fosse a causa da inobservância do direito.<sup>30</sup>

Não parece, porém, que essa exigência tenha fundamento.

Afinal, jamais se exigiu qualquer nexos de relação entre as técnicas coercitivas “típicas” (a exemplo da multa coercitiva ou da prisão civil) e a prestação cuja tutela se pretende. De fato, qual a relação entre o dever de pagar alimentos e a prisão do devedor? Qual a relação entre a prestação de devolver um veículo e o montante em dinheiro representado pela multa coercitiva? Absolutamente nenhuma!

A “pertinência” ou correlação, portanto, entre o meio de indução e a prestação tutelada é requisito injustificável e que só se presta para colocar mais obstáculos à efetiva tutela dos direitos e, portanto – como visto – à preservação dos direitos fundamentais do exequente.

Grande parte da doutrina brasileira, ademais, considera que o emprego das técnicas atípicas de efetivação – sobretudo em se tratando de obrigação pecuniária – só pode ocorrer de forma subsidiária. Por outras palavras, só se deve permitir ao magistrado lançar mão desses instrumentos se as medidas típicas previstas tiverem seu resultado frustrado.<sup>31</sup> Haveria uma “tipicidade prima facie” para a efetivação de prestações de pagar soma em dinheiro, só afastada excepcionalmente, quando ela se mostre inviável a obter a satisfação do interesse do exequente.

Em essência, os argumentos para essa conclusão são de cunho legal e hermenêutico. Afirma-se, nesse passo, que a subsidiariedade da atipicidade vem assentada nos arts. 921, III e 924, V, do CPC, que trata da ausência de bens penhoráveis e da suspensão da execução.<sup>32</sup> Argumenta-se ainda que supor a atipicidade como regra na efetivação de prestações de pagamento implicaria a violação do sistema do código e poderia conferir demasiados poderes ao juiz, ao arrepio da intenção do legislador.<sup>33</sup>

Embora respeitáveis, os argumentos não parecem convencer.

29 ARENHART, Sérgio Cruz. “A doutrina brasileira da multa coercitiva: três questões ainda polêmicas”. Revista forense, n. 396, mar-abr./2008, passim.

30 Ao que parece, essa é a visão adotada por Daniel Amorim Assumpção Neves, a partir dos exemplos que emprega. Diz o autor que seria possível a “suspensão do direito do devedor de conduzir veículo automotor, inclusive com a apreensão física da CNH, em caso de não pagamento de dívida oriunda de multas de trânsito (incluindo as indenizações por acidentes ocorridos no trânsito); vedação de contratação de novos funcionários por empresa devedora de verbas salariais; proibição de empréstimo ou de participação em licitações a devedor que não paga o débito relativo a financiamento bancário” (Manual de direito processual civil. 9a ed., Salvador: JusPodivm, 2017, p. 1075).

31 Nesse sentido, entre tantos outros, v., especialmente, DIDIER JR., Fredie. et alli. Curso de direito processual civil., vol. 5, p. 107 e ss.; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual..., ob. cit., p. 1076.

32 DIDIER JR., Fredie et alli. Curso..., ob. cit., p. 107.

33 “O inciso IV do art. 139 do CPC não poderia ser compreendido como um dispositivo que simplesmente tornaria opcional todo esse extenso regime da execução por quantia. Essa interpretação retiraria o princípio do sistema do CPC e, por isso, violaria o postulado hermenêutico da integridade, previsto no art. 926, CPC. Não bastasse isso, essa interpretação é perigosa: a execução por quantia se desenvolveria simplesmente de acordo com o que pensa o órgão julgador, e não de acordo com o que o legislador fez questão de, exaustivamente, pré-determinar” (ob. loc. cit.).

Inicialmente, repise-se, como feito em vários momentos deste texto, que existe um direito fundamental, outorgado ao exequente, à tutela efetiva, adequada e tempestiva de seus direitos. Logo, ainda que se supusesse a insuficiência da legislação infraconstitucional, esse defeito deve, obrigatoriamente, ser sanado pelo aplicador do direito, sob pena de se gerar manifesta inconstitucionalidade.<sup>34</sup>

Porém, não parece ser este o caso. O sistema não é insuficiente. Insuficiente tem sido, isso sim, a leitura que se tem emprestado ao texto.

Tome-se como ponto de partida a questão da preservação do sistema do código.

Como se sabe, a ideia de um sistema implica um conjunto de elementos unidos por um mesmo critério ou princípio. Ou, na ponderação de Luhmann, o sistema se compõe por elementos e pela relação entre eles, chamada de estrutura.<sup>35</sup> No caso, o critério (ou a relação) que orienta o sistema de efetivação de direitos do código é, como sempre recordado pela doutrina nacional, o princípio da efetividade, ou seja, a busca pela satisfação do exequente da melhor maneira possível. É, aliás, o que explicitamente indica o art. 797, do CPC, a afirmar que “...realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”.<sup>36</sup> Em que será que essa noção pode ser comprometida ao se admitir a predominância da atipicidade (e não da tipicidade no campo das técnicas executivas? Parece claro que em nada.

Com efeito, como justificar que o sistema perca sua essência precisamente quando almeja oferecer resposta mais efetiva aos interesses do exequente? É evidente que a oferta de um modelo de atipicidade para a efetivação das prestações de pagar soma em dinheiro, bem ao contrário de ofender a integridade do sistema, vem exatamente a restabelecer essa integridade, dando tratamento homogêneo a situações que não têm nenhuma razão para receber disciplina diversa. A violação ao sistema estava, como parece óbvio, quando se oferecia sistema atípico para a proteção de prestações de fazer, não fazer e entregar coisa (com todas as suas vantagens para o exequente), mas não se oferecia idêntico tratamento ao beneficiário de prestação pecuniária. Havia razão para esse tratamento diferenciado? As prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa são mais relevantes do que as prestações pecuniárias, a ponto de o “sistema” permitir que se lhes oferte instrumentos de tutela privilegiados?

Parece evidente que não. Apenas para exemplificar, veja-se que dentre as prestações de fazer podem enquadrar-se obrigações de reparação de um móvel ou de um eletrodoméstico qualquer; por outro lado, estariam dentre as prestações pecuniárias as obrigações de pagamento de alimentos por ato ilícito (às quais a jurisprudência sempre resistiu em oferecer o mesmo regime dos alimentos fundados em relação de família). É possível dizer que as primeiras espécies de obrigação merecem, na ordem jurídica brasileira, tratamento preferencial em relação às últimas?

Demais disso, é bom lembrar que o mesmo fenômeno hoje vivenciado em relação às prestações pecuniárias ocorreu, no passado, em relação às outras prestações. A predominância da atipicidade para a proteção das prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa, foi tida como regra, e não como forma subsidiária de efetivação, mesmo com a preservação da disciplina típica previstas para a concretização dessas prestações. De fato, recorde-se que, quando da inserção do art. 461, no CPC/73, o código contava com um regime típico para a realização das prestações de fazer e não fazer. Este consistia no Capítulo III, do Título II, do Livro referente ao Processo de Execução (arts. 632-643). O mesmo ocorreu quando foi incorporado o art. 461-A, que tratava das prestações de entrega de coisa, e vinha a oferecer novo panorama para a velha disciplina prevista entre os arts. 621 a 631 daquele código. Na época, a doutrina não teve nenhuma dificuldade em aceitar que, a partir de então, o “sistema” passava a trabalhar com a lógica da atipicidade (como regra, e não apenas subsidiariamente),

34 Nesse mesmo sentido, v. GUERRA, Marcelo Lima. Execução indireta. 1a ed., 2a tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 48 e ss.; Id. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: RT, 2003, p. 82 e ss.; MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. Ob. cit., p. 130 e ss.

35 LUHMANN, Niklas. Introducción a la teoría de sistemas. Universidad Iberoamericana, 1996, p. 61.

36 Como lembra Araken de Assis, “a localização do art. 797, situado na abertura do Título II – Das Diversas Espécies de Execução – e integrando suas disposições gerais, embora trate do princípio da prevenção, ou preferência decorrente da penhora, justifica-se pela sua cláusula intermediária: ‘realiza-se a execução no interesse do exequente’. Essa disposição consagra a diretriz ideológica da realização dos créditos, autêntico princípio heurístico da execução marcadamente individualista, e explica o princípio da prevenção” (Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, 2016, tomo XIII, p. 23)

ainda que os instrumentos “típicos” para a efetivação daquelas prestações continuassem existindo.<sup>37</sup>

Não parece, por tudo isso, que a ideia de integridade do sistema perca qualquer consistência em razão da passagem de um modelo de tipicidade, para um de atipicidade da tutela das prestações de pagar soma em dinheiro.

Tampouco convence o argumento de que esse regime de atipicidade conferiria ao magistrado poderes excessivos, não desejados pelo legislador. Ora, foi o próprio legislador que incluiu o art. 139, inc. IV, no CPC em vigor. Foi ele também quem deixou explícito no texto legal que esses poderes atípicos aplicam-se, inclusive, a prestações de pagar soma em dinheiro. Diante disso, pode haver alguma dúvida da intenção do legislador?

Vale sublinhar que, caso o legislador entendesse como excessivos os poderes de efetivação atípicos, conferidos pelo art. 139, IV, nem de forma subsidiária ele os conferiria ao magistrado. Se esses poderes foram outorgados, é para serem usados; é porque esses poderes são importantes para que se possa ter resposta efetiva e adequada aos direitos e, enfim, para que se possa realizar a promessa constitucional do acesso à Justiça.

Não há, portanto, nada de excessivo ou exagerado no emprego dos poderes (que, diga-se, são na verdade deveres-poderes) a que se refere o art. 139, IV, do CPC.

Finalmente, resta o argumento da disciplina legal, trazida entre os arts. arts. 921, III e 924, V, do código atual, que regula a forma de satisfação da obrigação pecuniária. O primeiro dos preceitos afirma que a execução deve ficar suspensa, se não forem encontrados bens do executado para serem penhorados; já o segundo alude à extinção da execução em razão da prescrição intercorrente. A doutrina que entende pela aplicação meramente subsidiária do art. 139, IV, do CPC, defende que as regras acima apontadas indicariam que o regime padrão da efetivação das prestações pecuniárias é por meio da penhora de bens, tanto que, na sua falta, o procedimento deveria ficar suspenso, ocorrendo posteriormente – se não localizados bens – a extinção do cumprimento por prescrição intercorrente.

O argumento também não impressiona.

Em primeiro lugar, se fosse o caso de tomar literalmente as regras apontadas, considerando-as como a essência do regime do cumprimento de prestações pecuniárias, então simplesmente não haveria nenhum espaço para outros caminhos. Assim, nesse caso, sequer de forma subsidiária teria cabimento o emprego do art. 139, IV, do CPC, na medida em que, sempre, a falta de bens penhoráveis deveria implicar a suspensão do processo e, eventualmente, sua posterior extinção, por prescrição intercorrente.

Além disso, parece que as regras indicadas (arts. 921, III e 924, V) estão integradas, exclusivamente, à hipótese em que a técnica a ser empregada seja a expropriação de bens. Por outras palavras, não parece haver antinomia entre o art. 139, IV, e os dispositivos mencionados, na medida em que os arts. 921, III e 924, V só serão aplicados caso o juiz – elegendo, com base no art. 139, IV, do código, a técnica a ser empregada para a satisfação da prestação pecuniária – entenda por impor a prestação sob pena de expropriação de bens. Do contrário, tendo ele eleito outra técnica, os preceitos serão inaplicáveis – como, de resto, serão inaplicáveis também à tutela das prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa, ainda que essas regras estejam inseridas como cláusulas gerais que deveriam governar a efetivação dos direitos (Títulos IV e V, do Livro II, do CPC).

Vale dizer: sabendo que o juiz pode escolher, entre as diversas técnicas possíveis, aquela que melhor atende ao interesse do processo, tem-se que, eventualmente, pode ele escolher como técnica adequada a expropriação patrimonial. Se esse for o caso, entram em ação as regras dos arts. 824 e ss. (aí incluídos os arts. 921, III e 924, V) do código, como procedimento a ser seguido para a implementação dessa expropriação. Nessa hipótese, ademais, justifica-se que o início da fase do cumprimento da sentença só se dê por iniciativa da parte exequente, tal como prevê o art. 513, § 1º, do CPC.

37 Apenas para que não reste dúvida da identidade entre aquela situação e a presente, relembre-se que, na época da introdução do art. 461, no CPC/73, regravando a efetivação das prestações de fazer e não fazer, por meio da Lei n. 8.952/94, a Lei n. 8.953/94, da mesma data, realizou modificações nos artigos que regravam a tutela de prestação de fazer e não fazer. Ou seja, no mesmo momento, houve a inclusão do art. 461 e modificações no regime “típico” para a tutela de prestações de fazer ou não fazer. Mesmo assim, isso jamais impediu que a doutrina considerasse que, a partir de então, as prestações de fazer e não fazer haviam recebido novo modelo de tutela, com sistema aberto e atípico de proteção. Jamais se cogitou, então, que a aplicação dos poderes abertos do art. 461 aos títulos judiciais fosse excepcional, ou dependesse, primeiramente, do esgotamento da via “típica” dos arts. 632 e ss. Tudo isso, frise-se, mesmo diante da redação então imposta ao art. 632, que afirmava claramente que o regime disciplinado a partir daquele artigo se aplicava a qualquer título executivo, ou seja, aos judiciais e aos extrajudiciais.

Com efeito, há harmonia entre a exigência de iniciativa da parte para que comece o cumprimento de sentença por expropriação patrimonial e os comandos presentes nos arts. 921, III e 924, V, do código. A exigência de iniciativa para encetar o cumprimento por expropriação se põe exatamente porque, ausentes bens do executado, há risco concreto de paralisação do curso da execução e, eventualmente, de sua extinção, com a perda da pretensão à execução. O exequente, por isso, tem que ter o exato domínio da situação patrimonial do executado, de modo a saber o melhor momento em que deve ter início o cumprimento de sentença (por expropriação patrimonial), sob pena de ter frustrada a satisfação de seu crédito. Na verdade, é o regime de suspensão e extinção do cumprimento diante da falta de bens penhoráveis que explica a exigência de iniciativa da parte exequente para inaugurar a fase do cumprimento quando empregada a técnica de expropriação patrimonial, nos termos exigidos pelo art. 513, § 1º, do código.

Quando, porém, a efetivação da prestação pecuniária se dê pelo emprego de alguma outra técnica – medida sub-rogatória ou de indução – então não se justifica a exigência de iniciativa da parte para o começo da fase de cumprimento. Ninguém imagina que, se a sentença impôs o pagamento de soma em dinheiro sob pena de sequestro de numerário, sob pena de multa coercitiva ou sob pena de restrição a direito, a efetividade dessa ordem fique condicionada a um prévio requerimento do exequente. Tampouco se há de imaginar que, nesses casos, a falta de bens penhoráveis do executado tenha algum reflexo para o prosseguimento da fase de cumprimento.

Em síntese, caso o magistrado indique, na sentença ou na decisão que imponha o pagamento de soma, o emprego da expropriação patrimonial como técnica idônea à obtenção do resultado, então a efetivação do cumprimento depende da iniciativa da parte interessada, até mesmo porque essa fase só deve iniciar-se caso haja certeza da existência de patrimônio responsabilizável, sob pena de ocorrer a suspensão do cumprimento, com eventual prescrição intercorrente da pretensão executória. Caso, porém, entenda o juiz por empregar outra técnica de indução ou de sub-rogação para impor a prestação, então todo esse regime (dos arts. 824 em diante, aí incluídos os arts. 921, III e 924, IV) é inaplicável, sendo viável a imposição da técnica *ex officio*,<sup>38</sup> até a obtenção do resultado esperado.

Sendo assim, parece claro que os preceitos indicados pela doutrina não são hábeis a apoiar a conclusão de que a efetivação de provimentos de pagar por meio de técnicas de sub-rogação ou de indução tenha caráter subsidiário no direito brasileiro. Ao contrário, aqueles artigos aplicam-se exclusivamente ao regramento de uma das técnicas empregáveis (a expropriação patrimonial), havendo outros preceitos que incidem quando outras forem as técnicas aplicadas. A existência daqueles comandos, portanto, não permite de forma alguma concluir pela subsidiariedade da aplicação do art. 139, IV, do CPC, no sistema atual.

Em verdade, a discussão a respeito da necessidade de prevalência de técnicas regradas ou não para a tutela dos direitos não é nova, mesmo em outros países. Discussão semelhante, por exemplo, já foi travada no direito norte-americano, embora sob outro enfoque. Debatendo a questão do cabimento da tutela específica naquele ordenamento, chegou-se a esboçar alguns critérios para seu emprego, em detrimento do ressarcimento por equivalente. Sugeriu-se basicamente quatro critérios para a predominância da tutela específica sobre a tutela pelo equivalente: a) deve-se exigir do autor a demonstração de que sofreu uma lesão irreparável; b) deve-se apurar se os instrumentos previstos regularmente (*at law*), como a reparação de danos, são inadequados para compensar aquele gravame; c) deve-se ponderar os gravames causados ao autor e ao réu com a concessão (ou não) da tutela específica; e d) deve-se considerar se o interesse público não será prejudicado com a concessão da medida.<sup>39</sup> Tais critérios, embora sejam considerados relevantes naquele ordenamento, não têm, jamais caráter absoluto na outorga de provimentos de tutela específica. Em verdade, como alerta a doutrina mais abalizada, tem-se confiado mais na discricionariedade judicial para a determinação do melhor instrumento para a proteção da situação posta *sub judice*.<sup>40</sup> Aliás, naquele ordenamento, tem sido alvo de acirrado debate

38 Em todo caso, porém, parece razoável a aplicação da fungibilidade de técnicas, de sorte que o magistrado pode, notando a inidoneidade do meio originalmente imposto, modificá-lo, sempre no intuito de obter de forma mais rápida, efetiva e eficiente (e, na medida do possível, com a menor restrição possível ao executado) a satisfação do crédito.

39 Assim, U.S. Supreme Court, *Weinberger v. Romero-Barcelo*, 456 U.S. 305 (1982); *Amoco Production Co. v. Gambell*, 480 U.S. 531, 542 (1987).

40 V., Rendleman, Doug. *Ob. cit.*, p. 81 e ss.

a questão da necessidade de se verificar a inadequação dos instrumentos tradicionais, como requisito para a concessão da ordem judicial. Muitos autores têm sustentado que essa exigência não pode mais se sustentar, porque ela remonta a origem do direito processual inglês da Court of Chancery, não tendo, porém, mais cabimento perante o ordenamento atual. Esse tribunal de equidade, em sua origem, só poderia ser acionado se as tutelas previstas no regime “geral” (at law) se mostrassem inadequadas. Aí reside a gênese do requisito da inadequação dos instrumentos tradicionais, como pressuposto para que se pudesse recorrer às injunctions. Todavia, essa dualidade no sistema processual anglo-americano está superada, de modo que não se justifica impor a inadequação das tutelas tradicionais para que o regime das injunctions seja aplicado.

A discussão havida naquele sistema, mutatis mutandis, pode ser transposta para o direito nacional. Parece que apenas o apego à tradição justifica a imaginada subsidiariedade do sistema atípico oferecido pelo art. 139, IV, do CPC. Nada, além disso, explica (e muito menos justifica) que ainda na atualidade seja necessário discutir sobre a prioridade do meio mais idôneo ou menos idôneo, na efetivação dos direitos.

## 5. ESBOÇANDO ALGUMA CONCLUSÃO

Concluído, então, que o regime de atipicidade não pode ser subsidiário – pouco importando a espécie de prestação a que deve proteger – a questão a ser respondida é: como deve o juiz orientar-se na escolha da ferramenta a ser empregada para a satisfação dos direitos?

Partindo da premissa de que todos os meios de indução ou de sub-rogação (e também a expropriação patrimonial) estão disponíveis, sem que se possa falar em subsidiariedade deste ou daquele meio, parece que o primeiro critério hábil a determinar a escolha do meio seja o da efetividade da medida a ser usada.

Se a “execução”, como já dito, se faz no exclusivo interesse do exequente, então a técnica a ser empregada deve considerar o caminho mais efetivo para a satisfação do crédito. Porém, também como visto, essa efetividade não pode ser vista apenas diante do processo, singularmente considerado. Deve-se também considerar, dentre outros aspectos, o esforço que aquele meio exigirá do Poder Judiciário especialmente no cotejo com os outros processos que também demandam a atenção do órgão jurisdicional.

Não há, então, como se falar de forma abstrata em medida adequada. Também, não se pode pretender estabelecer regras genéricas de adequação. De forma apriorística, pois, os poderes-deveres dos magistrados para impor as suas decisões são atípicos e amplos. O juiz não está preso a formas pré-ordenadas de efetivação (princípio da atipicidade das formas de execução), sendo livre para determinar o mecanismo mais adequado para o caso concreto. A escolha dos instrumentos a serem empregados para a efetivação de certa decisão somente poderá ser examinada diante do caso concreto.<sup>41</sup>

Há, nesse sentido, certo âmbito de discricionariedade atribuído ao juiz para a determinação da técnica a ser empregada. Essa discricionariedade judicial<sup>42</sup> na eleição dos meios de imposição da decisão judicial será orientada, especialmente, por quatro critérios básicos: a) o dever de máxima efetividade; b) o respeito a outras garantias fundamentais, em especial atribuídas àquele que deve sujeitar-se a essa efetivação; c) o critério de proporcionalidade pan-processual e suas vertentes; d) em havendo mais de um meio identicamente idôneo,

41 Recorde-se, a esse propósito, a controvérsia surgida na praxe brasileira, em relação à efetivação das sentenças que impunham o pagamento de expurgos inflacionários de cadernetas de poupança. Alguns juízes, entendendo que se tratava de obrigação de pagar, entendiam que a forma correta de execução deveria ser a “execução por quantia certa”; outros, por concluir que se tratava de obrigação de entrega de coisa (já que o dinheiro em questão era de propriedade do poupador, mas não havia sido repassado a este) entendiam por aplicar o regime da execução para a entrega de coisa; finalmente, havia juízes que entendiam que a prestação devida envolvia o “dever de creditar” (que seria operação meramente contábil e não abarcaria de fato a entrega de dinheiro) e por isso aplicavam o regime da execução de fazer. Qual a solução mais adequada? Aplicado o raciocínio do texto, a lógica das decisões mencionadas parte de premissa equivocada. Não se deve buscar a forma de execução segundo um “tipo abstrato” de prestação. Ao contrário, devem-se buscar as informações do caso concreto (as peculiaridades da prestação que se queira impor, ou seja, in casu, as particularidades envolvidas nessa restituição dos valores de expurgos inflacionários em cadernetas de poupança) para, a partir daí, determinar os instrumentos mais adequados à proteção do interesse.

42 Vale relembrar que a noção de discricionariedade judicial não tem nenhuma relação com a ideia de discricionariedade administrativa. Deveras, não há espaço, em juízo, para considerações a respeito de conveniência e oportunidade. A noção de discricionariedade judicial envolve apenas a consideração de que há uma margem de liberdade para o juiz empregar a solução ótima diante do caso concreto. Como acentua Giovanni Verde, é necessário “una qualche discrezionalità nella maniera di corredare gli ordini con misure coercitive; una discrezionalità che si collega alla necessità che il giudice in qualche modo colleghi queste sanzioni alla specificità del caso” (Verde, Giovanni. “Replica”, in *Tecniche di attuazione dei provvedimenti del giudice*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 141/142).

o respeito à menor onerosidade possível ao executado.<sup>43</sup>

Substancialmente, os dois primeiros critérios são decorrência da aplicação da teoria dos direitos fundamentais ao caso concreto. O primeiro deles (a máxima efetividade) decorre da característica, essencial a todos os direitos fundamentais, que impõe que a interpretação dada a essas garantias seja sempre otimizada. Os direitos fundamentais (dentre os quais se insere, por óbvio, a garantia de acesso à Justiça, que, como visto, é a base do direito à efetivação dos provimentos judiciais) devem sempre ser lidos de modo a extrair-se deles a maior efetividade possível. O Estado tem, portanto, o dever de oferecer o mais amplo espectro de instrumentos de efetivação das decisões judiciais imaginável.

Por outro lado, a garantia de acesso à Justiça pode contrastar com outras garantias, dadas ao “executado”. Logicamente, diante dessa colisão, não se pode sempre supor que o direito fundamental à inafastabilidade (e, conseqüentemente, os poderes de efetivação das decisões judiciais) deva prevalecer. Deve haver uma acomodação desses valores, de forma que ambos possam conviver de maneira harmônica, na maior amplitude possível de suas extensões. É nesse sentido que se põe, então, o segundo critério, acima indicado: respeitar as garantias dos que sofrerão a efetivação da decisão judicial, especificamente daquelas que possam entrar em colisão com o direito fundamental à efetividade da jurisdição.<sup>44</sup>

Respeitar não significa, necessariamente, fazer sempre prevalecer essas garantias. Isso porque, quando houver colisão de garantias fundamentais (a garantia de inafastabilidade e alguma outra garantia), a noção de “respeito” indica a necessidade de perceber a existência desse outro valor constitucional, dando aos valores envolvidos a devida ponderação. As técnicas de solução da colisão de direitos fundamentais, e em particular o critério da proporcionalidade, terão papel decisivo aqui, na tarefa de determinação da amplitude a ser dada, no caso concreto, a cada um desses interesses.<sup>45</sup>

A avaliação da proporcionalidade, ademais, deve pautar-se não apenas pela consideração da proporcionalidade endoprocessual – com a consideração dos valores constitucionais postos em jogo dentro de cada processo – mas também pan-processual, com a avaliação das conseqüências que a adoção de certo mecanismo terá para a gestão do serviço “justiça” como um todo. Assim, por exemplo, um instrumento pode parecer a priori muito eficiente, ou muito balanceado na ponderação exclusiva do caso concreto, mas mostrar-se totalmente desarrazoado se considerado o universo de processos que estão sob a administração do magistrado. Tome-se o caso da penhora por meio eletrônico: muitos magistrados ainda se mostram adversos ao seu emprego, sob o argumento de que a medida toma muito tempo para ser realizada; pensado, porém, sob a perspectiva do conjunto dos processos, e mesmo da demora da específica execução, vê-se que o instrumento poupa um tempo imenso da atividade jurisdicional. O tempo “global” poupado – do Judiciário como um todo, aí incluídos os serviços auxiliares, como o trabalho cartorário e o do oficial de justiça – e a economia gerada com a penhora por meio eletrônico – para o Judiciário e para as partes – evidentemente superam a pontual complexidade maior do procedimento, de modo a indicar o seu emprego.

Finalmente, deve entrar em cogitação, também, a máxima estabelecida pelo art. 805, do CPC, que afirma que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”. Este critério, parece desnecessário dizer, aplica-se apenas diante da multiplicidade de meios idênticamente idôneos. Não se trata, portanto, de optar por meio menos idêneo, apenas porque ele implica menor onerosidade para o executado. Como claramente determina o art. 805, parágrafo único, do CPC, a alteração do meio (em razão do princípio da menor onerosidade) depende da

43 V., sobre isso, ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais, ob. cit., p. 323 e ss.

44 Seriam impensáveis no Brasil, por exemplo, a imposição de penas ou sanções que denigram a imagem do infrator (ditas *shaming punishments*). São famosas, nos Estados Unidos, condenações impostas pelo juiz Michael A. Cicconetti, da Municipal Court of Painesville (Ohio). Apenas como exemplo, tem-se o caso em que ele condenou um réu acusado de solicitar favores sexuais a uma prostituta a, entre outras coisas, desfilar pela cidade, vestido de galinha, com uma placa com a frase “não há Galinheiro em Painesville” – referência a bordel famoso no Estado de Nevada – EUA. Em outro caso, o mesmo magistrado condenou uma senhora (Michelle M. Murray – caso n. CRB0502125) a passar uma noite na floresta, sozinha, sem alimento ou qualquer entretenimento, como punição por ela ter abandonado 35 filhotes de gatos. Obviamente, sanções como estas, ainda que com função coercitiva, não caberiam no ordenamento nacional.

45 Nesse sentido, v. Arenhart, Sérgio Cruz. “Ainda a (im)penhorabilidade de altos salários e imóveis de elevado valor – ponderações sobre a crítica de José Maria Tesheiner”. In [http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/150876/Ainda\\_a\\_im\\_penhorabilidade\\_de\\_altos\\_salarios\\_e\\_imoveis\\_de\\_elevado\\_valor\\_-\\_ponderacoes\\_sobre\\_a\\_critica\\_de\\_Jose\\_Maria\\_Tesheiner](http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/150876/Ainda_a_im_penhorabilidade_de_altos_salarios_e_imoveis_de_elevado_valor_-_ponderacoes_sobre_a_critica_de_Jose_Maria_Tesheiner), acessado em 09/03/18.



demonstração pelo executado da existência de algum meio “mais eficaz” e “menos oneroso”. Logo, se os outros meios disponíveis são menos eficazes, então o princípio da menor onerosidade não se aplica.

De toda sorte, não deve haver solução tida como correta para todos os casos. Somente a avaliação da situação concreta demonstrará qual o caminho melhor para a tutela de cada interesse, especificamente informado pela situação do requerido e pela observância de suas garantias fundamentais.

O juiz, assim, não tem uma liberdade para eleger o mecanismo de atuação que mais lhe aprouver. Está ele vinculado à observância das garantias mencionadas, devendo sempre escolher o instrumento que gere a maior efetividade para a sua decisão, sempre que possível com o menor sacrifício possível para eventuais garantias do requerido. Logicamente, essa ponderação há de passar por uma adequada justificação da decisão judicial, de modo a se ter expressa ponderação dos valores constitucionais envolvidos, o que permitirá o controle da legitimidade da atuação jurisdicional.

Sem dúvida, não é fácil determinar o ponto de equilíbrio entre a preservação das liberdades e os poderes a serem dados ao juiz. Não parece, porém, que a desconfiança na autoridade judicial – que se traduz na resistência ao emprego do art. 139, IV, do CPC, ou na compreensão de que essa técnica só pode ser aplicada subsidiariamente, diante da absoluta falha do meio tradicional – apresente a resposta adequada para que o processo de fato possa cumprir com sua promessa constitucional: oferecer ao jurisdicionado a proteção adequada, tempestiva e efetiva de seus direitos.

# JUSTICE AMIABLE : CONCEVOIR AVANT DE CONSTRUIRE

**Soraya Amrani Mekki**

Professeure à l'Université Paris Nanterre. *Directrice de l'axe Justice judiciaire, amiable et numérique, Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique*

**1 – L'essor de l'amiable. Justice amiable ou justice privée ?** – Le mouvement vers une justice amiable s'accélère aujourd'hui en France. L'amiable occupe en effet une place centrale dans le rapport remis au garde des sceaux le 15 janvier 2018 par Mme F. Agostini et M. N. Molfessis sur l'« amélioration et la simplification de la procédure civile »<sup>1</sup>, même s'il n'est encore qu'une étape vers une nouvelle conception des rapports entre l'amiable et le juridictionnel. À l'instar du Code de procédure civile, il s'agit là d'un « chantier permanent »<sup>2</sup> parce qu'au-delà des techniques contractuelles et processuelles mobilisées, voire créées, c'est une reconfiguration des rapports à la justice et au droit qui est à l'œuvre. Les préconisations du rapport et ses traductions dans la loi de programmation pour la justice 2018-2022 apportent leur pierre à l'édifice et marquent beaucoup plus nettement une avancée vers une justice amiable faisant du juge un recours subsidiaire<sup>3</sup> ou complémentaire. Il n'est plus seulement question de modes amiable mais d'une justice amiable qui aurait rang aux côtés voire insérée dans la justice étatique. Ce mouvement n'est pas propre à la France car on l'observe partout l'amiable étant supposé pouvoir sauver la justice de son encombrement et d'une certaine désaffection des justiciables.

Malheureusement, la construction de cette « justice amiable » se fait par la technique sans qu'une conception globale du sens de l'amiable y ait précédé. Or, les options techniques proposées ont des conséquences importantes, tant sur la conception de la justice que sur le rôle de ses différents acteurs. L'incitation à l'amiable semble se faire principalement par souci de traitement simplifié des petits litiges, au point qu'entre justice amiable et justice privée le glissement se fait insidieusement.

**2 – La politique amiable. Une justice amiable à double vitesse ?** – Il est tentant de résumer la politique amiable, soit à une pure gestion managériale de la justice, soit au contraire à une saine volonté de pacifier les relations sociales. En vérité, elle est l'une et l'autre. Il s'agit sans conteste de repenser l'accès au juge pour désencombrer les rôles des juridictions de tout ce qui pourrait être traité plus efficacement à l'amiable. Il s'agit aussi d'avoir l'humilité de dire que le jugement n'est pas toujours adapté au traitement du litige, qu'il peut ne pas être le point d'aboutissement d'une querelle mais, au contraire, le point de départ d'une nouvelle discorde envenimée.

La politique amiable consisterait à discerner les besoins de recours au juge par catégorie de litiges, de profils des parties ou plus largement de situations litigieuses. Il faut convenir qu'il y a là une difficulté d'identification majeure. Cette politique doit aussi garantir la qualité du processus amiable qui ne doit pas porter une atteinte substantielle à l'accès au juge<sup>4</sup>. Pour ce faire, encore convient-il au préalable de s'entendre sur ce qui est attendu du processus amiable. Or, concevoir l'amiable n'est pas chose aisée car

1 F. Agostini et N. Molfessis, *Chantiers de la justice. Amélioration et simplification de la procédure civile* : Ministère de la Justice. – V. JCP G 2018, act. 237, *Aperçu rapide* J. Théron.

2 G. Wiederkehr, *L'accélération des procédures et les mesures provisoires* : RID comp. 1998, spéc. p. 449.

3 A. Garapon, *Rapport de l'IHEJ. La prudence et l'autorité : l'office du juge au XXI<sup>e</sup> siècle* : La Documentation française, juill. 2013. – P. Delmas-Goyon, *Rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice. Le juge du 21<sup>e</sup> siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice* : La Documentation française, déc. 2013. – D. Marshall, *Rapport à Mme la garde des Sceaux, ministre de la Justice. Les juridictions du XXI<sup>e</sup> siècle : une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice* : La Documentation française, déc. 2013.

4 CEDH, 26 mars 2015, n° 11239/11, *Momčilović c/ Croatie*.

les textes et les pratiques reposent sur des philosophies bien différentes.

Deux conceptions de l'amiable peuvent être schématiquement distinguées même si elles peuvent parfois se recouper et se superposer<sup>5</sup>. Dans une première conception, la justice amiable est entendue comme une négociation à partir d'une anticipation de la solution juridique au litige. Il s'agit alors de transiger par des concessions réciproques au regard de ce que le juge aurait pu décider. On comprend le lien étroit avec la question de la justice prédictive<sup>6</sup>. Dans une conception différente, portée par les spécialistes des modes amiables, le développement de l'amiable est conçu comme un mode de reconstruction du lien social par la qualité de l'écoute, la communication non violente et les techniques de reformulation ou de négociation raisonnée. Il s'agit d'aller rechercher derrière le litige juridiquement relevant le conflit sous-jacent. Le litige n'est en effet que la traduction juridique d'un conflit qui peut être de toute autre nature. La solution juridique peut ainsi être impropre à régler le conflit et susciter au contraire la résurgence d'un nouveau litige<sup>7</sup>. La finalité est alors de construire un accord qui n'est pas nécessairement juridique, à partir d'un travail sur les valeurs et les intérêts de chacun.

La politique amiable qui est menée depuis de nombreuses années n'a pas pris parti sur ces modèles qui ne sont parfois même pas perçus et reconnus. L'obsession pour l'amiable comme mode de gestion des flux amène au contraire à ajouter à la diversité des formes de justice amiable et à confondre justice amiable et justice privée. Il est notable à cet égard que l'article 1<sup>er</sup> du nouveau Code de procédure civile québécois ne traite pas de modes amiables mais de modes privés de résolution des litiges. L'amiable y est conçu comme un moyen de traiter des petits litiges de masse. La reconstruction du lien social par les techniques de communication n'est plus de mise, pas plus que la négociation à partir d'une anticipation de la solution. Il s'agit bien plus de proposer de s'accorder sur la solution anticipée et non de négocier réellement, faute de temps, à partir de ce qui ne devrait être qu'une donnée de la négociation. La justice amiable à double vitesse est alors en marche.

**3 – La codification de l'amiable. Principes directeurs et dispositions communes.** – Un chantier de l'amiable aurait sans doute nécessité une réflexion sur des principes directeurs de l'amiable qui auraient toute leur place au fronton du Code de procédure civile. Comme pour les autres dispositions, allant du général au particulier, il faudrait reconstruire les articles traitant de l'amiable. « La codification de l'amiable »<sup>8</sup> témoigne en effet d'un empilement de textes dont les contours sont difficilement lisibles et parfois incohérents. Le rapport sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile préconise certes une réécriture indispensable pour mise en cohérence des textes sur l'homologation des accords, mais c'est l'ensemble des dispositions qui devraient être repensées.

Le Livre 5 du Code de procédure civile, consacré aux modes de résolution amiable des différends, est largement dépassé et manque de cohérence non seulement avec les autres dispositions du Code mais aussi avec celles des autres codes et lois éparses. En la matière, la confusion règne. Les difficultés terminologiques, concernant la distinction du conciliateur et du médiateur notamment, ne font que témoigner

5 Sur ces archétypes, V. not. S. Amrani Mekki, *Le déploiement des modes amiables de résolution des différends : Vers une justice approximative in Derecho, Justicia, Universidad, Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos : éd. universitaria Ramon Areces, 2017, p. 61 et s., spéc. n° 24-25.* – S. Amrani Mekki, *La médiation judiciaire, La médiation : un mode alternatif de règlement des différends parmi les autres ?*, *Le contexte juridique national et européen, Impact et signification des modifications législatives et réglementaires (not. le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015)*, *Conférence ENM, 17 juin 2016 : Cahiers de la justice ENM.* – S. Amrani Mekki, *Faut-il réformer le cadre de la médiation ? in La médiation au service de l'entreprise : CDE 2016, dossier 26, p. 66 et s.* – *Le statut du médiateur, colloque, Tunis, 10 mars 2017 in La médiation dans tous ses états : Pedone, 2018, p. 43 et s.* – Comp. présentant les modèles qualifiés de « thérapie » et « d'expertise », X. Lagarde, *Les chimères de l'alternativité, Doit, Histoire, Anthropologie, S. Armani Mekki, G. Davy, S. Kerneis et M. Roccati (dir.) : Mare et Martin, 2018, pp. 244 et s.*

6 Voir par exemple le rapport de P. Bas, *Mission d'information sur le redressement de la justice, Cinq ans pour sauver la justice*, <https://www.senat.fr/rap/r16-495/r16-4951.pdf>, spécialement p. 138 : « Les outils de « justice prédictive » peuvent aussi contribuer à réduire la saisine des juridictions. En effet, exploitant la masse des décisions de justice, qui seront de plus en plus nombreuses à être en libre accès en vertu du principe adopté par le législateur dans la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 précitée, sous les réserves déjà exprimées, de tels outils pourront permettre de connaître les solutions statistiquement les plus probables dans un contentieux donné ou le montant prévisible des dommages et intérêts. Dans ces conditions, si l'affaire représente un enjeu financier limité, les parties pourront avoir intérêt à s'entendre plutôt que de saisir la juridiction, ce qui représenterait un gain de temps et d'argent pour elles ».

7 Y. Chalaron, *Rapport de synthèse au colloque sur la médiation judiciaire dans les condits individuels du travail*, *Gaz. Pal.*, 1999, 1934 « la médiation même de l'article 131-1 du NCPC montre bien qu'à partir d'un « litige », phénomène essentiellement juridique, et dont l'appréhension par le juge est étroitement corsetée, le médiateur va librement pénétrer dans un « conflit », phénomène beaucoup plus complexe qui met en œuvre souvent dans le non-dit, non seulement des prétentions juridiques mais aussi des ressorts les plus divers de l'âme humaine ».

8 S. Amrani Mekki, *La codification de l'amiable in Quarantième anniversaire du Code de procédure civile, C. Puigelier et I. Pétel Teyssié (dir.) : Panthéon Assas Paris II, Hors coll., févr. 2016, p. 97 et s.*

des rôles différents qui leur sont assignés dans des matières où le mot « amiable » n'a pas toujours le même sens. Le médiateur qui a en théorie interdiction de proposer un accord se voit ainsi parfois reconnaître ce pouvoir dès lors que la sensibilité de la matière litigieuse, la vulnérabilité des parties ou le caractère collectif du litige impose un contrôle étatique plus poussé sur le processus amiable. On notera ainsi avec intérêt que le médiateur de la consommation ou le médiateur dans les actions de groupe en matière de santé, a un statut spécifique et pour mission de proposer un accord. Ce qui est vrai du statut et des fonctions du tiers l'est aussi du type de contrôle opéré par le juge qui de facultatif devient parfois obligatoire. Le contrôle léger se fait parfois plus poussé. De sorte que ce sont tous les textes sur les modes amiables qu'il faudrait remettre à plat pour redonner cohérence à l'ensemble.

Plus techniquement, la politique juridique menée consiste à reconnaître une dimension amiable du procès. L'alternative laisse place à l'alternance voire à une coopération du juridictionnel et de l'amiable. Par conséquent, la relégation de l'amiable dans le Livre 5 n'a plus de sens. L'amiable doit innover toutes les dispositions du Code de procédure civile. Il en est de même des dispositions sur la preuve. C'est à une refonte plus globale du Code qu'il faut appeler, pour rappeler que l'amiable est une voie offerte tout au long de la procédure, ce qui justifie sa place dans les dispositions liminaires comme dans le Livre premier du Code sur les dispositions communes, au-delà des seuls outils de conciliation et de médiation. Il serait ainsi possible d'ajouter à l'article 2 du Code et préciser que les parties peuvent conduire l'instance par une procédure participative, laquelle pourrait être envisagée dans de nombreuses autres dispositions, notamment celles relatives à la recherche des éléments de preuve<sup>9</sup>.

**4 – Les enjeux de l'amiable. Désubstantialisation du droit ou revitalisation de la justice ? –** Les enjeux liés à la politique amiable sont d'importance car elle dessine les rapports du justiciable à la justice et au droit. Derrière leur apparence technique, les outils amiables portent un choix de société.

L'accord n'est pas la stricte application de la règle de droit, même prédite au plus juste. Il s'agit de trouver une solution au litige et non de dire le droit. La justice amiable conduit ainsi à penser une justice « hors la loi » qui demeurerait justice même sans juge et sans droit.

Le recours à l'amiable ne peut en outre être pensé que dans un contexte plus global où la part du numérique est importante. Justice amiable et justice numérique seraient les remèdes miracles aux maux de la justice par une modernisation des outils et des rapports du justiciable avec la justice. C'est ainsi que Le rapport de MM. J.-F. Beynel et D. Casas sur la « Transformation numérique »<sup>10</sup> de la justice avait préconisé des médiations numériques et la construction d'une procédure de médiation préalable schématisée<sup>11</sup>, proposition retenue dans la loi de programmation pour la justice 2018-2022. Il y a là un changement de perspective important car c'est peut-être une autre justice qui se crée aujourd'hui sans qu'on ait suffisamment pensé ses incidences. La construction d'une justice amiable qui est aujourd'hui à l'œuvre (1) ne devrait pas se faire sans une conception de ce qu'elle est et de ce qu'elle porte (2).

## 1. LA CONSTRUCTION DE L'AMIABLE

**5 –** Les outils amiables, qui doivent désormais être présents dans la boîte à outils des juges, des avocats comme de tout professionnel du droit (juriste d'entreprise, notaire, huissier, expert...), sont aujourd'hui variés et pour partie réglementés (A). L'objectif semble désormais de vouloir en forcer l'utilisation (B).

### A. LES OUTILS DE L'AMIABLE

**6 – Variété des outils.** – La volonté d'inciter au passage par l'amiable a conduit le législateur, comme

9 V. Commission présidée par M. Le Breton de Vannoise dont la soussignée a été membre. Un projet de décret avait été soumis qui intégrait l'acte contresigné par avocat dans les dispositions probatoires. R. Le Breton de Vannoise, La justice du 21<sup>e</sup> siècle en marche, l'acte de procédure d'avocats : *Gaz. Pal.* 10 mars 2015, p. 4 et s. ; – R. Le Breton de Vannoise, Proposition de création d'une nouvelle notion en procédure civile, l'acte de procédure d'avocats : *Gaz. Pal.* 18 janv. 2014, p. 16 et s

10 J.-F. Beynel, et D. Casas, Chantiers de la justice. Transformation numérique : Ministère de la Justice ; JCP G 2018, act. 133, Aperçu rapide B. Deffains et J.-B. Thierry.

11 Sur les chantiers justice, V. S. Amrani Mekki, Les chantiers de la justice Numérique, Procédure civile et Réseau des juridictions : le rationnel est-il toujours raisonnable ? : *Gaz. Pal.* 6 févr. 2017, n° 5, p. 67.

la pratique, à multiplier les outils amiables. Conciliation, médiation, processus collaboratif ou encore procédure participative sont autant d'outils offerts aux parties pour régler leur conflit. Certains s'utilisent obligatoirement hors le juge (processus collaboratif), d'autres imposent la présence d'avocats (procédure participative) ou d'un tiers (médiation). Quoiqu'il en soit, ces outils ne s'excluent pas les uns les autres. Il est possible de passer d'un mode amiable à un autre, voire de les combiner lorsque, par exemple, il s'agit de faire intervenir un médiateur dans un processus collaboratif ou une procédure participative.

Il existe d'abord, des modes amiables qui font intervenir un tiers indépendant, impartial et neutre. A cet égard, les difficultés terminologiques ne sont que le reflet des difficultés à saisir l'objet considéré. Cela est manifeste lorsqu'il s'agit de distinguer le médiateur du conciliateur. Lorsqu'il s'agit d'un mode judiciaire, la distinction du médiateur et du conciliateur se fait aisément au regard de leurs statuts respectifs. Le conciliateur est un véritable auxiliaire de justice inscrit sur une liste par le premier président de la Cour d'appel et qui exerce sa fonction de manière bénévole. Le médiateur est quant à lui une personne rémunérée qui n'a pas de statut encadré. Tout au plus doit-il justifier qu'une expérience en matière de médiation ou au regard de la nature du litige. Cependant, il n'existe pas textuellement de différence de fonction si ce n'est que le conciliateur, de par son statut, propose les termes d'un accord alors que le médiateur amène les parties à le trouver par elles-mêmes. Il ne s'agit là que d'une pratique et non d'une distinction établie. Cependant, en matière administrative, le médiateur est bénévole. De plus, lorsque le médiateur intervient dans le domaine de l'action de groupe en matière de santé, il est inscrit sur une liste et doit proposer les termes de l'accord<sup>12</sup>. De même en est-il du médiateur de la consommation<sup>13</sup>.

Lorsque la conciliation et la médiation sont extrajudiciaires, la difficulté à les distinguer est encore plus nette dans la mesure où la qualification dépend de la volonté contractuelle des parties et ne renvoie pas à un statut ou à une mission particulière. On parle ainsi indifféremment de conciliateur ou de médiateur, ce qui se vérifie à l'article 1530 CPC qui, définissant la modalité de résolution amiable des différends devant un tiers précise, reprenant la formule de la directive du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, que peu importe sa dénomination<sup>14</sup>.

Il existe ensuite des modes amiables sans intervention d'un tiers auquel il pourra néanmoins être fait appel en tant que de besoin. Il peut s'agir d'une négociation informelle ou d'un mode plus structuré, processus collaboratif ou procédure participative. Le processus collaboratif se déploie en dehors du droit et n'est régi par aucun texte<sup>15</sup>. Sa spécificité tient au fait que les personnes assistant les parties, en pratique des avocats, s'obligent à se désister de l'affaire en cas d'échec de la négociation qui est dès lors un peu le leur. L'avocat ne peut dès lors garder en tête le potentiel procès futur, ce qui règle des difficultés éventuelles liées à l'obligation de confidentialité. Le processus non réglementé est cependant normé par des pratiques qui visent à en sécuriser le déroulement par une succession d'étapes encadrant la négociation et sécurisant les parties<sup>16</sup>.

12 S. Amrani Mekki, *L'action de groupe santé : un nouveau modèle pour de nouveaux préjudices* », JCP 2016, I, 146. V. article L 1143-6 CSP : Le juge saisi de l'action mentionnée à l'article L. 1143-1 peut, avec l'accord des parties, donner mission à un médiateur, dans les conditions fixées à la section 1 du chapitre Ier du titre II de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, de proposer aux parties une convention réglant les conditions de l'indemnisation amiable des dommages qui font l'objet de l'action ».

13 Directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation transposée par l'ordonnance n°2015-1033 du 20 août 2015. V. not. S. Bernheim-Desvaux, *La transposition de la directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (RELC) par l'ordonnance n°2015-1033 du 20 août 2015*, CCC 2015, Etude 11. V. article R. 152-5 du Code de la consommation : *Lorsque, dans le cadre du processus de médiation, le médiateur propose une solution aux parties, celles-ci en sont informées par écrit ou par tout autre support durable* ».

14 Article 1530 CPC : *« La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence* ». L'article 21 de la loi du 8 février 1995 précise *« La médiation régie par le présent chapitre s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* ».

15 M. Blitz, C. Vander Stock, A.-M. Boudrat, F. Hoge et C. Smetz-Gary, *Le droit collaboratif : un nouveau mode alternatif de résolution de conflits*, La tribune de l'ordre des avocats francophones et germanophones, mars 2009, p. 13 ; M.-J. Brodeur et C.-P. Prémont, *Le droit collaboratif : un processus de résolution des conflits sans la menace d'avoir recours aux tribunaux*, RRJ 2009, 77-90 ; C. Buttrulle-Cardew, *Le droit collaboratif*, AJ Famille 2007, 29.

16 Pour une présentation générale, C. Buttrulle-Cardew, *Le processus de droit collaboratif*, in *Le guide des modes amiables*, Dalloz, pp. 391 et s. Le

Quant à la procédure participative<sup>17</sup>, il s'agit d'une création française particulière qui, comme son nom l'indique, est insérée à la procédure dont elle constitue une sorte de pré instance hors le juge. Elle suppose l'assistance obligatoire par avocat et a pour particularité de permettre en cas d'échec une saisine rapide du juge par requête conjointe avec une exclusion de principe de la mise en état (art. 2062 à 2068 C. civ. et art. 1542 et s. CPC). Echec patent en pratique, les récents textes tentent de lui redonner vie en étendant son domaine à la matière sociale<sup>18</sup> et en la rendant possible même après saisine du juge<sup>19</sup>.

L'offre amiable est ainsi diversifiée, ce qui constitue un atout pour mettre à disposition des outils adaptés au litige et aux parties à différentes étapes de la procédure. Les conditions du changement de culture sont ainsi favorisées. Il est possible d'appeler un médiateur dans un processus collaboratif ou dans une procédure participative. De même, il est permis de recourir à une médiation judiciaire même après un échec du préalable obligatoire de conciliation.

**7 – Variété des usages.** – Les modes amiables de résolution des différends ne sont pas seulement des outils permettant d'éviter le recours au juge. Le procès déploie une dimension amiable et il est préconisé d'intégrer des phases amiables dans la procédure judiciaire. C'est ainsi qu'il est l'utilisation des modes amiables pour compléter la décision du juge par une sorte de séquençage de la résolution du litige. Issue d'une préconisation du tribunal de grande instance de Paris, l'idée est de limiter l'intervention du juge à une décision sur le principe de responsabilité ou la validité d'un titre. Il renverrait les parties à un processus amiable pour déterminer les modalités de réparation ou d'indemnisation<sup>20</sup>. L'exemple est pris de la procédure d'action de groupe mais elle peut aussi s'inspirer des condamnations par la Cour européenne des droits de l'homme qui renvoie aux parties l'évaluation de l'indemnisation idoine. Il est envisagé que l'usage des algorithmes prédictifs ou de la solution rendue dans un contentieux sériel permettrait de faciliter l'accord. L'office du juge se limiterait au droit mais plus aux conséquences factuelles.

Une autre nouveauté concerne l'auteur de la conciliation, par une généralisation possible du pouvoir de délégation par le juge de sa mission de conciliation hors textes spéciaux<sup>21</sup>, mais surtout par la possibilité pour le greffier d'y procéder<sup>22</sup>. Les greffiers, s'ils sont informés des processus amiables, ne sont pourtant pas formés pour en user. Il est d'ailleurs étonnant que le rapport n'ait pas envisagé plus directement la possibilité pour l'expert de faire office de conciliateur alors que l'interdiction qui lui est faite à l'article 240 CPC de concilier les parties est une singularité française souvent critiquée<sup>23</sup>.

Plus largement, c'est la mise en état qu'il est proposé de mener à l'amiable par la mise en place de la procédure participative de mise en état. Existant textuellement depuis le décret n°2017-892 du 6 mai 2017, la réforme annoncée de procédure civile pourrait fortement inciter à son usage. Il s'agit non plus de résoudre à l'amiable le litige mais par une sorte d'externalisation de la mise en état, de demander aux parties assistées de leurs avocats de s'en charger pour ne demander le rétablissement de l'affaire qu'au moment où le juge n'aura plus qu'à juger.

**8 – Modernité des outils.** – La modernisation des outils amiables se fait par leur projection dans

---

processus est construit en neuf étapes : 1) Réunion individuelle avec le client (information et évaluation) ; 2) prise de contact avec l'avocat de l'autre partie ; 3) Réunion individuelle avec son client pour préparer la réunion ; 4) Contact entre avocats pour un éventuel débriefing ; 5) Rencontre des clients en présence des avocats ; 6) Réunion de chaque avocat avec son client ; 7) Débriefing entre avocats ; 8) Rencontre de règlement intermédiaire ; 9) règlement du différend et fin de processus.

17 S. Amrani Mekki, *La convention de procédure participative*, D. 2011, pp. 3007 et s.

18 LOI n°2015-990 du 6 août 2015 – art. 258 réformant l'article 2064 C.C iv. qui excluait auparavant expressément la matière sociale.

19 Le projet de loi dit J21 mais rebaptisé depuis propose d'étendre la possibilité de recourir à une convention de procédure participative après la saisine du juge par une réforme de l'article 2062 CPC. Le décret du 11 mars 2015 avait déjà permis un assouplissement chronologique, v. S. Amrani Mekki, *L'ambition procédurale du décret du 11 mars 2015, simplification, modernisation et incitation à la conciliation* », *Gaz. Pal.* 14-16 juin 2015, spéc. pp. 3 et s.

20 F. Agostini et N. Molfessis, *préc. note 1, spéc. Livret 3, p. 25*.

21 Une modification de l'article 129-2 CPC est envisagée.

22 F. Agostini et N. Molfessis, *préc. note 13*. Le rapport considère que tel est déjà le cas par référence à *COJ, art. R. 131-10, al. 3* qui dispose « Ces greffiers assurent l'accueil et l'information du public, la réception, la préparation et le suivi des procédures alternatives aux poursuites ; ils prêtent leur concours au bon déroulement des actions tendant à la résolution amiable des litiges » mais rien dans le texte ne lui confie directement la mission de conciliation.

23 En revanche, il est envisagé une expertise amiable dont l'articulation avec la procédure participative et l'acte contresigné par avocat n'est pas limpide faute de précisions : *préc. note 13*.

une nouvelle dimension numérique. Les professionnels du droit ont d'ores et déjà investi la question. Si les huissiers de justice ont mis en place la plateforme *medicys*<sup>24</sup>, les avocats<sup>25</sup> et les notaires<sup>26</sup> ont les moyens, via leurs propres plateformes, de les proposer rapidement. Des *legaltechs* peuvent également proposer leurs services à l'instar du site *demandjustice.fr*<sup>27</sup>. À cet égard, le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 fait le choix de la régulation plutôt que de la réglementation s'appuyant sur la richesse des innovations qui pourraient être encadrées par un système de labellisation conditionnée par le respect de principes généraux : « Le ministère de la Justice ne saurait décider qu'il existe une seule plateforme numérique de règlement alternatif des litiges. De la concurrence et de l'imagination créative naîtront les outils les plus efficaces »<sup>28</sup>.

La mise en place d'une médiation numérique par le ministère de la Justice est également prônée, qui n'aurait pas nécessairement le même « marché » ni les mêmes interlocuteurs. Si la médiation devait devenir un passage amiable obligatoire, la mise en place par le service public d'une offre numérique devra y être associée. Il existe déjà des médiateurs rémunérés à la vacation dans les juridictions. Le service devrait se transposer numériquement, ce qui suppose de concevoir la médiation numérique.

Celle-ci peut, d'abord, consister à une mise en relation des parties avec un centre de médiation ou un tiers médiateur, à l'instar de la plateforme mise en place par les notaires, pour une rencontre en présentiel. Dans cette hypothèse, le numérique n'est qu'un facilitateur de mise en relation. Il est cependant possible d'aller plus loin et de concevoir une médiation entièrement dématérialisée. Elle prend alors des formes variées allant d'une médiation automatisée par la formulation d'offres à la rencontre virtuelle avec un médiateur(en audio ou en visioconférence). Il va sans dire que cette implication à distance du médiateur étonne quant au rôle qui lui est assigné de renouer un dialogue et de rechercher un lien où la distance numérique pourrait poser difficulté. Il est certes possible de rencontrer un médecin en ligne mais c'est ici une autre dimension et une autre méthodologie qui devraient se mettre en place. La dimension numérique change la relation et partant le modèle de médiation<sup>29</sup>. Autrement dit, le support n'est pas neutre.

**9 – Industrialisation de l'amiable ?** – Le passage à une dimension numérique est nécessaire lorsqu'on envisage une généralisation de la médiation obligatoire qui supposerait une industrialisation de l'amiable. Le numérique serait au service du traitement de l'amiable de masse. C'est en ce sens que le Président Macron a pu souhaiter « que le numérique permette de résoudre plus rapidement des conflits de la vie quotidienne, simples, par le recours à la médiation en ligne »<sup>30</sup>. Pour l'heure, un modèle *Cerfa*<sup>31</sup> est téléchargeable pour faire une demande de conciliation préalable à la saisine du tribunal d'instance, avec indication possible de son courriel pour faciliter des démarches en ligne avec le greffe. Les modèles de justice amiable cohabitent ainsi sans recouvrir les mêmes réalités.

## B. L'UTILISATION DE L'AMIABLE

**10 – Utilisation facultative.** – La question fondamentale du caractère obligatoire ou non du passage par l'amiable avant la saisine du juge est au cœur des réflexions actuelles en France. Les tensions existent sur le sujet au point que les rapports remis au Grade des sceaux le 15 janvier 2018 ne sont pas en totale concordance les uns avec les autres ni totalement fermes dans leurs positions respectives.

Le rapport sur l'Amélioration et la simplification de la procédure civile indique, en effet, avoir renoncé à proposer un passage obligatoire. Les raisons invoquées sont d'importance mais largement

24 <http://www.medicys.fr/>.- *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 50, 11 Décembre 2017, 1328 – V. 3 questions à Me Christine Valès, présidente de l'Association Médicys, centre de médiation et de règlement amiable des huissiers de justice « Tous les mois, plusieurs centaines d'entreprises choisissent Médicys pour leurs litiges de la consommation » : JCP G 2017, prat. 1328.

25 <https://www.cnb.avocat.fr/fr/actualites/gerez-vos-procedures-participatives-en-ligne>

26 <http://www.mediation.notaire.fr/>.

27 <http://www.demandjustice.fr/>.

28 J.-F. Beynel et D. Casas, préc. note 9, spéc. Livret 1, p. 11.

29 J.-B. Racine, *La résolution amiable des différends en ligne ou la figure de l'algorithme médiateur*, D. 2018, 1700.

30 *Libres propos E. Macron, Une justice pour notre temps. Élection présidentielle 2017* : *Gaz. Pal.* 14 mars 2017, n° 11, p. 16.

31 *Formulaire Cerfa* n° 11807\*03 qui vise CPC, art. 748-8, 830, 831 et 845.

conjoncturelles. Sont ainsi invoqués l'absence de conciliateurs et de médiateurs en nombre suffisant pour répondre à la demande, l'absence de système d'évaluation des outils existants et surtout le risque que l'amiable ne se transforme en passage de pure forme, comme cela a été le cas pour la conciliation prud'homale ou familiale.

La question plus fondamentale de savoir si l'amiable pouvait être imposé et s'il n'y avait pas là une incongruité n'est pas abordée. Il est vrai que le passage amiable obligatoire est conventionnellement conforme car il ne porte pas d'atteinte substantielle au droit. Peut-il toutefois y faire obstacle ? La multiplication des étapes au processus de règlement des litiges peut être source de découragements.

**11 – Utilisation renforcée ou forcée ?** – Il y a cependant une extension du passage obligatoire par l'augmentation préconisée du taux de compétence de ce qui serait le nouveau tribunal de proximité, taux passant de 4 000<sup>32</sup> à 5 000 euros et qui impliquerait mécaniquement l'extension de la conciliation préalable obligatoire devant le tribunal d'instance pour les litiges compris entre ces deux sommes.

Surtout, alors que le rapport semble opter pour la simple faculté en imposant seulement une généralisation de l'injonction de rencontrer un médiateur ou un conciliateur, il envisage la possibilité d'enjoindre de tenter une médiation<sup>33</sup>. L'amiable n'est pas alors un préalable obligatoire mais bien un passage obligé qu'on a peine à concrétiser. De plus, le rapport sur la transformation numérique envisage la modélisation d'une procédure numérique où la phase précontentieuse de médiation semble automatique.

En outre, le rapport entend imposer la procédure participative de mise en état<sup>34</sup> comme procédure de principe<sup>35</sup> même si dans d'autres développements il préconise uniquement de la favoriser<sup>36</sup>. Il s'agit d'imposer l'amiable pour traiter le litige. La phase conventionnelle de traitement de l'affaire pourra éventuellement aboutir à un accord, partiel ou total ou, *a minima*, à un litige décanté sur lequel le juge pourra statuer plus rapidement.

Enfin, il est préconisé des sanctions assez lourdes en cas de refus de satisfaire à l'injonction de rencontrer un médiateur que serait la caducité pour le demandeur, et une modulation (dans des termes inconnus) de l'article 700 CPC pour le défendeur, alors même que l'origine de la réticence n'est pas déterminée (partie ou avocat ?).

Le projet de loi de programmation pour la justice 2018-2022 prévoit pour l'heure un passage obligatoire par l'amiable en matière de conflit de voisinage et pour les litiges d'un montant à fixer par décret en conseil d'état. Il précise que cet amiable obligatoire pourra prendre la forme d'une conciliation devant un conciliateur de justice, une médiation ou une procédure participative. L'injonction de rencontrer un médiateur est en outre généralisée mais il faudra attendre le résultat des débats parlementaires pour mesurer exactement l'étendue de ces obligations.

**12 – Utilisation incitée.** – Si le passage par l'amiable n'est pas directement rendu obligatoire, plusieurs mesures incitatives d'accompagnement sont envisagées. Elles visent principalement à en faciliter le déroulement et les éventuelles suites judiciaires.

**L'incitation est principalement temporelle**, car il est prévu la fixation d'une audience plus rapide pour les parties qui sortent d'une procédure participative de mise en état<sup>37</sup>. En effet, une telle procédure

32 Sur les modes amiables actuellement obligatoires, V. S. Amrani Mekki, *Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle* : *Gaz Pal* 31 janv. 2017, n° 5, p. 46 et s.

33 F. Agostini et N. Molfessis, *préc note 1, spéc. Livret 3, p. 26* : « Généraliser la possibilité pour le juge même en l'absence de dispositions spécifiques en ce sens, à toutes les étapes de la procédure d'enjoindre aux parties de rencontrer ensemble un médiateur ou un conciliateur qui les informera sur l'objet, le déroulement, les suites et le coût d'une mesure de résolution amiable d'un différend, **voire de tenter une médiation** ».

34 Sur le concept de procédure participative de mise en état, S. Amrani Mekki, *L'avocat du 21<sup>ème</sup> siècle – Projet J21, procédure participative et acte de procédure d'avocats* : *JCP G* 2015, I, 1052. – *L'acte de procédure d'avocats : signe d'une nouvelle ère de la procédure civile ? in 40 ans après... Une nouvelle ère pour la procédure civile*, C. Bléry et L. Raschel (dir.) : Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2016, p. 17 et s. – Sur sa traduction technique, S. Amrani Mekki, *préc. note 24*.

35 F. Agostini et N. Molfessis, *préc note 1, spéc. Livret 3, p. 21* : « D'ailleurs, le recours à la procédure participative devrait également devenir le mode normal d'échanges pour les parties assistées dans le cadre d'une procédure orale » et p. 26 : « Dès lors que les parties sont assistées par un avocat, **imposer** le recours à la procédure participative pour la mise en état des affaires comme proposé ci-après ».

36 F. Agostini et N. Molfessis, *préc note 1, spéc. Livret 3, prop. n° 19, p. 22 et s.*

37 Sur le détail de cette procédure, V. S. Amrani Mekki, *préc. note 24*.



visé à permettre une mise en état contractualisée par les avocats. L'externalisation de la mise en état profite aux juridictions ainsi déchargées. La procédure vise alors *a minima* à décanter le litige en présentant à la fin de la phase amiable les points d'accord et de désaccord et, *a maxima*, à régler un litige dont il faudra alors homologuer l'accord. Les actes contresignés par avocats seront alors autant d'avancées vers la solution du litige<sup>38</sup>.

**L'incitation est également juridique**, en tentant de sécuriser les processus par une clarification de la phase d'homologation. La feuille de route concerne l'harmonisation des conditions de recours à l'homologation, car les modes de saisine et le contrôle du juge diffèrent actuellement, la réflexion sur la communication au ministère public qui pourrait conduire à s'en passer, ou encore l'harmonisation des effets de la décision du juge. Les textes sont, en effet, assez disparates, certains visant un office qui relèverait de la matière gracieuse<sup>39</sup>, d'autres imposant un contrôle plus poussé du juge. C'est ainsi que s'il doit normalement se contenter d'un contrôle de la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs<sup>40</sup>, il est parfois imposé un contrôle de la conformité à l'intérêt de l'enfant<sup>41</sup> ou à celui des parties<sup>42</sup>.

**L'incitation est encore financière**, car il est prévu de rendre obligatoire leur couverture par l'assurance de protection juridique<sup>43</sup> et de revaloriser l'aide juridique accordée aux auxiliaires de justice<sup>44</sup>. En outre, un défendeur qui n'a pas constitué avocat pourrait néanmoins proposer un règlement amiable<sup>45</sup>. Il est, de manière plus éclatée, prévu que le juge fixe le montant de la rémunération à verser directement par la partie visée au médiateur, comme c'est le cas pour le consultant<sup>46</sup>.

**L'incitation est enfin administrative**, avec la sollicitation des services d'accueil unique du justiciable et des structures d'accès au droit pour accompagner la politique amiable dans le prolongement de ce que la loi J21 avait déjà établi.

**13 – Amiable de gré à gré ou amiable d'adhésion ?** – La profusion des textes concernant les modes amiables et leur localisation dans des supports divers conduisent à qualifier d'amiable des processus très divers. L'amiable vise tantôt la négociation en vue de permettre aux parties de trouver par elles-mêmes une solution à leur différend. La négociation se fait alors comme en matière contractuelle de gré à gré. Elle pourra, selon les cas et selon la formation des tiers intervenants, comporter ou non une dimension juridique, la négociation se faisant en ayant comme donnée ou non la solution juridictionnelle prévisible du litige.

Dans d'autres hypothèses, le mode qualifié d'amiable repose sur un avis adressé par un tiers. L'amiable concerne alors, non le processus pour parvenir à un accord, mais l'accord sur la solution proposée. Il y a bien accord amiable mais, comme pour le contrat d'adhésion, l'amiable d'adhésion s'éloigne de la perception de l'amiable comme mode de reconstruction du lien social. L'important est de trouver une solution et l'adhésion peut refléter la balance à faire avec les inconvénients associés à la saisine du juge. On est davantage en présence d'une justice privée qu'amiable qui devient, peu à peu, un préalable à la saisine du juge et se transforme en quasi pré-instance. Les modèles diffèrent beaucoup trop à l'heure actuelle pour permettre une systématisation et les chantiers justice sont trop discrets sur le sujet pour en juger. L'« amiable d'adhésion » pourrait ainsi laisser place, en cas de rejet de la proposition, à un amiable de gré à gré. En sorte que la diversité des justices amiables suppose la catégorisation et la rigueur dans l'emploi des termes

38 Il convient de préciser que le rapport n'admet pas, pour l'heure, la force exécutoire de tels actes : *préc. note 1, spéc. Livret 3, p. 27.*

39 *CPC, art. 131-12.*

40 *Cass. 2e civ., 26 mai 2011, n° 06-19.527 : JurisData n° 2011-010017.*

41 En matière d'autorité parentale, *V. C. civ., art. 373-2-7* : Le juge homologue « sauf si (...) elle ne préserve pas (...) les intérêts de l'enfant (...) ». Mais il ne peut plus en modifier les termes (*CPC, art. 1143*).

42 En matière d'action de groupe, *V. L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, art. 73, al. 2* : « Le juge peut refuser l'homologation si les intérêts des parties et des membres du groupe lui paraissent insuffisamment préservés (...) ».

43 *F. Agostini et N. Molfessis, préc. note 1, Livret 3, spéc. p. 26. – C. assur., art. L. 127-1.*

44 *D. n° 91-1266, 19 déc. 1991, art. 118-1.*

45 *F. Agostini et N. Molfessis, préc. note 1, Livret 3, p. 29-30* : « Ainsi, selon l'ampleur de cette dérogation, le défendeur pourrait être autorisé à présenter des observations tendant à la mise en œuvre de délais de paiement ou d'exécution ou, plus largement, tendant à faciliter la mise en œuvre de la décision. Il pourrait également être autorisé à accepter ou à proposer une procédure de règlement amiable, sur tout ou partie du litige ».

46 *CPC, art 131-6, al. 2 et 3 à mod.*

utilisés. Autrement dit, il devient urgent de concevoir l'amiable.

## 2. LA CONCEPTION DE L'AMIABLE

**14** – Le chantier de l'amiable s'inscrit dans la lignée des précédents textes et rapports qui incitent à l'usage de l'amiable mais ne prend pas le temps de le conceptualiser. D'abord, parce que les différents rapports n'expriment pas techniquement leurs choix qui sont parfois encore hésitants, ou en annoncent d'autres à venir. Un rapport n'est pas un décret et encore moins une circulaire permettant d'envisager la mise en musique de ce qui est préconisé. Ensuite, parce que les rapports sont paradoxalement déjà trop techniques pour envisager l'impact de la politique amiable sur la conception de la justice et du droit. L'absence de préconisation sur les principes directeurs du procès civil est symptomatique. Or, se développe au travers de la généralisation du recours à l'amiable une justice « hors la loi » (A) **et partiellement hors le juge (B).**

### A. UNE JUSTICE « HORS LA LOI »

**15 – Désubstantialisation du droit par la négociation.** – La justice amiable s'inscrit dans une politique de « juridiversité »<sup>47</sup> où le recours au juge n'est plus l'Alpha et l'Omega de la résolution des litiges. La justice peut être plurielle<sup>48</sup> et se déployer hors l'application stricte de la loi. Cependant, il ne faut pas que cette nouvelle forme de justice supplante voire écrase la justice traditionnelle. Le doyen Carbonnier mettait déjà en garde contre le risque d'« une sorte d'acharnement, non pas thérapeutique mais conciliatoire, ré conciliatoire, unanimiste, qui voit le fin mot de la justice civile non plus dans un échange d'argumentations rationnelles et une pesée de ces argumentations, mais dans un échange de baisers de paix à tout prix »<sup>49</sup>. Il en découle en effet le risque non négligeable d'une désubstantialisation du droit.

L'amiable n'est en effet pas l'application stricte de la règle de droit mais une négociation qui peut éventuellement anticiper une décision de justice. Il faut rappeler que l'amiable est aussi la recherche d'une solution satisfaisante qui peut s'épanouir hors le droit. Les parties recherchent l'accord hors le droit. L'apaisement des relations sociales, le rétablissement du lien social entre les parties sont bien l'objectif de la justice et c'est la raison pour laquelle il faut s'en féliciter.

Or, lorsque le droit est à l'instar du droit du travail ou du droit de la consommation entièrement tourné vers la protection de la partie faible, la mise à l'écart du droit n'est pas sans danger si elle est faite de manière impérative, automatique et sans nuances. Le risque de la création d'un droit bis ou d'un sous droit a déjà été en ce sens dénoncé<sup>50</sup>.

Surtout, si les intérêts individuels des parties peuvent être mieux servis par l'accord, tel peut ne pas être le cas d'un intérêt collectif voire de l'intérêt général. Le droit de la consommation offre un utile exemple. Il souffre d'un défaut de judiciarisation ayant justifié par ailleurs la création de l'action de groupe. Il se déploie grâce aux saisines des justiciables qui peuvent provoquer des questions préjudicielles et une évolution notable du droit substantiel comme processuel. Rappelons que l'obligation de relever d'office des règles de droit par le juge provient de l'incitation européenne. La résolution des contentieux sériels peut aussi nécessiter un jugement pilote que le rapport appelle de ses vœux. C'est la raison pour laquelle la médiation en matière de consommation est réglementée avec précaution qu'il s'agisse du statut

47 S. Gaboriau, *Déjudiciarisation et administration de la justice – Promouvoir la « juridiversité »* : LPA 14 juin 2012, n° 119, p. 3. C'est « le développement de l'éventail des réponses apportées par la justice. Ainsi, doit se tisser, une justice différenciée mais fondée sur les mêmes valeurs, grâce au croisement des pratiques contentieuses et « alternatives » ».

48 L. Cadiet, *L'accès à la justice* : D. 2017, p. 522.

49 J. Carbonnier, *Regard d'ensemble sur la codification de la procédure civile in Le Nouveau Code de procédure civile : 20 ans après – Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 : La Documentation française, 1998, spéc. p. 16.*

50 F. Petit, « Les problématiques du règlement amiable des différends sociaux en France », in F. Petit, Ph. Auvergnon (et al.), L'Harmattan, 2007, pp 13 et s., spéc. p. 32 : « la tentation serait grande de construire un autre droit du travail. La négociation serait alors une simple technique d'évitement » ; S. Amrani Mekki, « Le code de la consommation à l'épreuve des recours individuels et collectifs », in *Les 20 ans du code de la consommation. Nouveau enjeux*, C. Aubert de Vincelles et N. Sauphanor-Brouillaud (dir.), Lextenso, coll. LEJEP, 2013, p. 145 et s.

du médiateur ou de l'homologation de l'accord.

M. J. Faget soulignait déjà que « l'institutionnalisation de la médiation serait dans cette perspective le moyen de substituer au sein même de l'appareil d'État un principe de négociation généralisée et donc de dérégulation normative en lieu et place du corpus de normes qui fonde l'existence d'un monde commun et sacralise la suprématie des rapports de droit sur les rapports de force »<sup>51</sup>.

De plus, si l'amiable peut mieux satisfaire les parties à un litige, il peut nuire à la fonction du droit. Ainsi en est-il en matière de responsabilité civile et notamment médicale où les modes amiables se déploient de manière importante. Si l'accord permet à la victime de mieux se reconstruire, et à l'auteur d'éviter parfois de lourdes condamnations, c'est la fonction dissuasive et préventive de la responsabilité qui est atteinte.

Plus largement encore, le risque est de vider de toute substance les droits par ailleurs reconnus. Ainsi en est-il de la responsabilité civile si la médiation devait désormais régler les questions d'indemnisation. S'il s'agit d'appliquer la nomenclature Dintilhac par recours à une expertise amiable, le gain est intéressant. Si la procédure n'est pas normée, le risque est de réduire le *quantum* de l'indemnisation. On pourrait là aussi imaginer un corpus de règles encadrant le processus de négociation, en voyant pointer le risque d'une para-justice car le médiateur coûte moins que le juge qui devient superviseur du travail accompli ; on n'ose dire chef de chantier !

**16 – Dévitalisation du droit par la prévision.** – Cette justice est en outre intimement liée à la justice prédictive qui est également encouragée dans les rapports résultant des chantiers justice. Sous réserve de transparence des algorithmes, la prédiction est félicitée comme gage d'incitation à l'amiable. Or, il y a là deux difficultés notables. La première concerne le mode de négociation. Faire un lien quasi automatique entre justice prédictive et justice amiable réduit cette dernière à une négociation par anticipation de la solution du litige, ce qu'elle n'est pas ou du moins pas seulement. La deuxième concerne la justice prédictive qui est de nature à figer le droit là où les justiciables devraient avoir le droit à une jurisprudence évolutive<sup>52</sup>.

C'est par les avancées jurisprudentielles que des droits ont évolué notablement, notamment en droit de la responsabilité. Or, la justice prédictive est une photographie à un instant T de la jurisprudence, pour autant qu'elle y parvienne. Elle dépend de la structuration des décisions de justice permettant aux algorithmes de fonctionner et peut difficilement contenir la donnée d'évolution de carrière des magistrats ayant construit leur propre jurisprudence.

En sorte que l'amiable serait conçu comme un moyen de traitement de la masse qui serait peu éloigné des hypothèses où le juge pourrait statuer par des ordonnances civiles non motivées<sup>53</sup>. Le rapport préconise en effet l'extension des ordonnances civiles à la matière pénale, c'est-à-dire des décisions simplifiées à l'extrême. C'est la raison pour laquelle les rapports ont tendance à envisager l'amiable pour le traitement de masse des petits litiges civils, là où il est particulièrement bien adapté pour le traitement des litiges d'affaires les plus complexes dans une dimension qui s'étendrait au-delà du juridique pour comprendre les intérêts économiques.

**17 – Revitalisation de la justice ?** – La mise à l'écart du droit n'est pas une nouveauté. Il faudrait confronter les risques inhérents à la négociation avec la réalité de l'application du droit par les juridictions et donc sortir d'un idéal où le juge appliquerait par un pur syllogisme judiciaire la règle de droit, expression de la volonté populaire. La réalité est tout autre. Sans parler, comme l'avait fait un ancien ministre, de clochardisation de la justice, il est un fait que la justice civile ne permet pas aujourd'hui de donner pleinement satisfaction principalement du fait de la durée des procédures. Il en découle un choix désormais

51 J. Faget, *Médiation et post-modernité. Légitimation ou transformation de l'action publique ? : De Boeck Supérieur, Négociations 2/2006 (n° 6), p. 51-62, spéc. n° 29.*

52 Rappelons qu'au contraire les parties n'ont pas de droit acquis à une jurisprudence figée, *Cass. Ire civ., 21 mars 2000, n° 98-11.982 : JurisData n° 2000-001121.*

53 S. Amrani Mekki, *Justice prédictive et accès au juge : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, à paraître.*

ouvert entre une justice amiable rapide (et efficace ?) et une justice judiciaire moins « performante ». On passe alors de la justice amiable, qui assure une solution acceptée et de qualité, à une justice amiable qui garantit une solution simple et rapide.

Les précautions ne doivent pas conduire à une mise à l'écart de l'amiable suspecté d'oppression du faible par le fort. D'abord, parce que les avocats sont garants de l'équilibre des parties. Ensuite, parce que le recours au juge doit être préservé à tous les stades, notamment à celui de l'homologation. C'est pourquoi un contrôle formel par un autre que le juge, ce qui a pu être proposé, est à manier avec réserve.

Les précautions sont cependant nécessaires et se constatent d'ores et déjà dans les modes amiables institutionnalisés où le statut du tiers médiateur, ses modalités d'intervention ou le contrôle de l'accord est supervisé. L'institutionnalisation des modes amiables est en marche même si les premières étapes ont pu prêter à confusion<sup>54</sup>. Le défaut d'affichage conceptuel nuit cependant à la compréhension et milite encore pour une remise à plat globale.

Il faut assurer la juridiversité, la pluralité et l'information sur la justice amiable sans remplacer mécaniquement un modèle par un autre. Cette nécessité est confortée par le fait que l'amiable et le juridictionnel ne s'excluent pas. La justice peut se faire hors le juge mais aussi par une transformation de son office.

## B. UNE JUSTICE « HORS LE JUGE » ?

**18 – Repositionnement du juge, un office différé et différent.** – Si la justice amiable recherche une forme de justice hors la loi, elle met à l'écart le juge, au moins dans une première phase de résolution du litige. Son intervention ne se fait plus alors que potentielle, de manière différée dans le temps et substantiellement différente.

L'intervention peut n'être que différée dans le temps, ce qui implique un changement de nature<sup>55</sup>. Le juge n'intervient plus *ab initio* pour régler un litige mais *a posteriori* pour traiter du contentieux né de l'accord ou pour en consolider les termes.

Son office, en qualité de juge homologateur, diffère ainsi sensiblement de celui qu'il remplit lorsqu'il agit *ab initio* pour trancher un litige. En principe, il n'opère qu'un contrôle léger de conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Par exception, il peut être amené à vérifier que l'intérêt d'une partie vulnérable ou d'une collectivité de personnes représentées est respecté. Il peut aller jusqu'à demander une révision de l'accord. Cependant, même dans cette dernière hypothèse, il ne dit pas le droit sur un litige mais contrôle l'accord.

Cette évolution de l'office du juge est encore plus nette lorsqu'il ne s'agit plus seulement pour lui d'homologuer un accord mais de juger de sa validité ou de son exécution. Le contentieux que pourra faire naître le nouveau divorce par acte contresigné par avocats, consacré par la loi J21, est symptomatique<sup>56</sup>. L'homologation du juge n'est plus une condition pour parfaire l'acte mais celui-ci pourra être contesté. La déjudiciarisation que permettent les modes amiables s'accompagne alors d'une rejudiciarisation sur un litige différent. Le recours au juge n'est plus que subsidiaire. Surtout, il ne porte plus sur le litige mais sur l'accord ayant eu à en traiter.

**19 – Une matière litigieuse différente.** – La justice amiable se fait hors le juge qui n'est plus qu'un ultime recours, certains ayant été jusqu'à dire qu'il serait désormais le mode alternatif de résolution des litiges. Lorsqu'il intervient en seconde ligne comme contrôleur de l'accord, il n'est plus juge de la famille, de la responsabilité ou de la construction, mais celui du contrat, ce qui pose de nombreuses questions procédurales aussi bien que d'administration de la justice. D'un point de vue procédural, on songe d'abord à

54 Il en est ainsi du statut du médiateur plus ou moins réglementé qui opère une scission entre médiateur conventionnel, médiateur institutionnel et médiateur vacataire. V. not D. n° 2017-1457, 9 oct. 2017 et Circ. 8 févr. 2018. – S. Amrani Mekki, *L'institutionnalisation des modes amiables, in L'alternativité entre mythe et réalité, préc. note 5.* – V. aussi, *Le statut du médiateur, préc. note 5.*

55 S. Amrani Mekki, *Déjudiciarisation et professions juridiques, in Le pluralisme des professions juridiques en France : Rev. Assoc. H. Capitant 2012, p. 127 et s.* – *Déjudiciarisation et professions juridiques in La déjudiciarisation, O. Boscovic (dir) : Mare et martin, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2012, p. 117 et s.*

56 S. Amrani Mekki, *La liberté contractuelle en droit processuel de la famille : Gaz. Pal. 11 avr. 2017, hors série n° 2, p. 4 et s.*

la question de la répartition des affaires au sein des juridictions, qui est plus une question d'administration de la justice que de compétence, car celle-ci demeure celle du tribunal de grande instance en son ensemble. Concrètement, il s'agit de savoir si ce sera par exemple le juge aux affaires familiales ou le juge du contrat qui sera chargé du contentieux portant sur la convention<sup>57</sup>. La question est d'autant plus complexe que les demandes pourront être multiples. C'est l'intérêt des modes amiables que de pouvoir régler en un seul accord des litiges de natures diverses qui seraient de la compétence de juges différents. Au stade du contrôle, la question de la compétence réapparaît.

La question, ensuite, sera posée des causes d'annulation possibles de la convention et de ses effets. L'accord n'étant pas revêtu de la formule exécutoire, il demeure un contrat susceptible d'annulation pour vice du consentement, notamment pour réticence dolosive. Quant aux effets de l'annulation, la question se posera de l'indivisibilité des termes de l'accord. À la question classique de droit des contrats du caractère déterminant pour le consentement et de l'indivisibilité entre les stipulations, la singularité de la matière litigieuse pourra s'ajouter. La figure du contrat à laquelle est associée une intangibilité heurte alors l'office du juge qui vise à adapter sa décision à l'espèce.

**20 – Un raisonnement juridique différent ?** – Enfin, le raisonnement juridique pourrait être atteint par l'évolution de la justice amiable. Celle-ci pourrait conduire à ne plus partir du droit appliqué aux faits mais de l'accord trouvé ou possible, pour déterminer si le juge aurait des raisons de s'en écarter. La combinaison de la justice amiable et de la justice prédictive est en ce sens. Si les algorithmes peuvent conduire le juge à mieux connaître sa propre jurisprudence, ils peuvent aussi l'amener à la prendre comme point de référence. De l'information, on passe alors à la reproduction. Le précédent n'est pas loin, éventuellement complété des opinions dissidentes par ailleurs préconisées<sup>58</sup>. Comme en matière de barèmes, la réflexion du juge sera alors de se demander s'il a des raisons de s'en écarter.

Quant aux avocats, leur office évolue en conséquence. Dans le cadre d'une procédure amiable, l'avocat doit négocier à partir du résultat des algorithmes qu'il prendra comme donnée parmi d'autres. Rappelons en ce sens que le rapport sur le numérique préconise une information des justiciables sur les données Pharos<sup>59</sup> indiquant les stocks des juridictions et les durées moyennes de traitement des litiges. Tout est dès lors en place pour une analyse économique du procès<sup>60</sup> : durée, coût, solution prévisible.

Plus largement, pourrait y avoir le risque de juger de la loyauté des parties à saisir le juge alors qu'un accord plus favorable aura été proposé. En droit anglo-saxon, une telle situation conduit le juge à condamner la partie agissante à s'acquitter de tous les frais du procès. La consécration, préconisée, de consacrer le principe de loyauté est ici la voie ouverte à un jugement moral sur le comportement d'une partie dont les conséquences ne sont pas encore maîtrisées.

En même temps, le juge se repositionne socialement car il n'est plus interlocuteur social mais technicien, chef d'équipe qu'il coordonne et supervise.

**21 – Nouveau modèle de procès : vers une justice libérale ?** – C'est une justice libérale qui est en marche, ce que confirme la procédure participative de mise en état qui se fait hors le juge. L'idée est de rendre la procédure aux parties en redonnant corps au principe dispositif. Les parties gèrent la mise en état d'un commun accord qui ne porte pas sur le fond mais sur les moyens de gérer le litige. Ce n'est plus le juge qui impose le rythme mais l'accord des parties qui doivent y voir le moyen de reprendre la main dans une procédure mécanisée, rythmée par des délais légaux durement sanctionnés. La rigidité de la procédure doit conduire à repenser les rapports entre les avocats pour avancer sereinement dans la procédure et éventuellement arriver à un accord. Le procès redevient la chose des parties par leur accord. L'accord est ici le moyen de retrouver de la liberté à l'ombre du juge, qui devient ici juge d'appui.

57 Pour une compétence du TGI, V. S. Thouret, *L'après divorce conventionnel* : *AJ fam.* 2017, p. 42. – Pour celle du JAF, V. J. Casey, *Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une réforme en clair-obscur* : *AJ fam.* 2017, p. 20.

58 S. Amrani Mekki, *Une proposition inattendue, les opinions dissidentes* : *Gaz. Pal.* 6 févr. 2018, n° 5, p. 30.

59 Plateforme d'harmonisation, de recoupement et d'orientation des signalements.

60 S. Amrani Mekki, *Analyse économique et temps du procès in Droit et économie du procès civil*, D. Cohen, (dir.) : LGDJ, coll. *Droit et Économie*, 2010, p. 249 et s.

L'amiable devient un outil de rationalisation du traitement du contentieux pour concentrer l'activité juridictionnelle sur les domaines où elle apporte une valeur ajoutée. L'incitation à l'amiable devrait avoir pour effet de changer la chronologie judiciaire, car le travail des parties devra se faire en amont du procès. Le juge, ultime recours, peut se concentrer sur l'application de la règle de droit qui pourrait devenir une nouvelle obligation<sup>61</sup>.

**22 – Chantier de l'amiable** : quid des plans du grand architecte ? – En partant de l'idée louable de mieux gérer les litiges en recourant à l'amiable, on risque d'arriver à une confusion des genres amiables, voire à la création d'une justice amiable à double vitesse. La première se consacrant à la reconstruction du lien social par le droit d'être entendu dans un processus amiable qui plus est de gré à gré, alors que la seconde constituerait une pré-instance hors le juge pour gérer autrement la masse des petits litiges, le plus souvent au moyen d'une simple adhésion<sup>62</sup>.

Le chantier de la justice amiable est en cours dans de nombreux Etats. Il offre l'occasion de clarifier les modèles, de les mettre en cohérence, en soulignant leur complémentarité, et de repenser la codification de l'amiable. Pour ce faire, il convient de garder un regard critique car justice amiable ne rime toujours avec justice aimable.

---

61 F. Agostini et N. Molfessis, *préc. note 1, Livret 3, prop. n° 24*.

62 S. Amrani Mekki, *L'institutionnalisation de l'amiable, in Les chimères de l'alternativité, préc. pp. 152 et s., spéc. p. 162* : « Il est sans doute temps de faire une pause technique pour penser les modes amiables et repenser en conséquence l'office du juge sans quoi la justice amiable ne sera qu'une sous justice ou para justice au rabais. Il faut faire un choix conceptuel sur le sens de l'amiable et ses relations au droit. De même, il convient d'adapter les politiques amiables à la spécificité des matières litigieuses, comme au caractère collectif de certaines procédures sans pour autant dénier l'existence d'un socle commun. S'il faut porter une politique forte en matière de modes amiables, il faut en définir les principes directeurs communs. L'institutionnalisation ne doit pas se réduire à une simple accumulation de réglementations ».

# GLI EFFETTI DELLE SENTENZE SULLA GIURISDIZIONE E LA DISCIPLINA DELLA *TRANSLATIO IUDICII*

**Stefano Alberto Villata**

*Professore associato di diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Milano*

1. – Le presenti riflessioni sono dedicate alla memoria di Ada Pellegrini Grinover e traggono origine da uno dei più recenti scritti dell'illustre Maestra del diritto processuale brasiliano: in particolare, in un articolo comparso nel dicembre 2016 sulla *Revista de Processo* dal titolo *Mitos e realidades sobre a coisa julgada. Uma reflexao italo brasileira*, Ada Pellegrini invitava gli studiosi, sia italiani sia brasiliani, a riflettere su alcuni fenomeni di confine e, tra l'altro, a rimeditare alcune conclusioni sull'oggetto del giudicato, se lo stesso davvero riguardasse – come si insegna tradizionalmente – soltanto le sentenze di merito o dovesse investire anche quelle processuali. Il richiamo immediato era alla dottrina italiana che ha coniato l'espressione "efficacia panprocessuale" con riguardo alle sentenze della Corte di Cassazione che regolano la giurisdizione o la competenza. "Ci hanno detto che la cosa giudicata si forma solo sulle sentenze di merito. Che dire allora della stabilità di altre decisioni (o della loro immutabilità, se ben compresi i suoi cedimenti), che fin'ora non abbiamo osato chiamare cosa giudicata (creando in Italia, l'espressione «efficacia panprocessuale» e quella di «efficacia preclusiva esterna») ma che le corrispondono in tutto e per tutto?" si chiedeva con la consueta onestà intellettuale l'insigne processualista qui onorata. La stessa poi proseguiva con l'esempio della sentenza che dichiara insussistente la legittimazione ad agire di una delle parti che passerebbe in giudicato *rebus sic stantibus* e richiamava l'art. 486, par. 1, del c.p.c. brasiliano che consente la riproposizione della medesima azione laddove vi sia "correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito".

Ebbene, il tema dei limiti c.d. interni alla giurisdizione civile, derivanti dalla presenza di un altro potere pubblico o dalla sussistenza di un giudice speciale (limite quest'ultimo non ordinariamente presente in sistemi di giurisdizione unica quale quello brasiliano), ben si presta, a mio avviso, all'analisi se vi possa essere spazio per effetti di accertamento vincolante (discendenti dalla cosa giudicata) a fronte di pronunce che verificano (si usa volutamente un termine atecnico) il ricorrere di un presupposto processuale, qual è appunto la giurisdizione nell'ordinamento italiano. In particolare, spunti significativi di riflessione possono derivare dalla relativamente recente introduzione, nel sistema processuale italiano, di una norma speciale sulla c.d. *translatio iudicii*, ovvero sul "passaggio" di un giudizio pendente da una giurisdizione all'altra, senza soluzione di continuità: in particolare, l'art. 59 della legge 69/2009, nel disciplinare tale fenomeno, ha, come si vedrà meglio *infra*, disciplinato espressamente l'efficacia (che per ora, chiamerei) vincolante della sentenza che declina la giurisdizione a favore di un altro giudice interno e delle pronunce sulla giurisdizione emanate dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Non solo, ma da tempo dottrina e giurisprudenza si sono interrogati sull'efficacia delle sentenze che, ai sensi dell'art. 37, comma 1, c.p.c. declinano la giurisdizione del giudice italiano nei confronti, non già del giudice speciale amministrativo, ma nei confronti della pubblica amministrazione, in ragione dei poteri a quest'ultima attribuiti dalla legge.

Prima di esaminare *ex professo* l'efficacia della sentenza che si pronuncia sui limiti interni alla giurisdizione si passerà quindi ad accennare sinteticamente ai limiti interni alla giurisdizione ad esaminare approfonditamente la disciplina della *translatio*.

2. – Il punto di partenza non può che essere l'art. 1 c.p.c. il quale specifica che la giurisdizione civile è esercitata dai giudici ordinari, salvi speciali disposizioni previste dalla legge. Già quindi nell'impianto (pre-costituzionale) del codice di procedura civile la tutela dei rapporti di diritto civile viene affidata, ordinariamente, al giudice ordinario. Tale disposizione trova del resto un successivo *pendant* nell'art. 102 cost.

che attribuisce la funzione giurisdizionale ai magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario e vieta l'istituzione di nuovi giudici speciali. La scelta di fondo della nostra Costituzione, coerente con il principio di tendenziale unità della giurisdizione, trova peraltro un'immediata (consapevole) eccezione nel successivo art. 103 cost. che si occupa della giurisdizione di un giudice speciale (quello amministrativo) individuandone l'ambito fisiologico e generalizzato di tutela nell'interesse legittimo<sup>1</sup>. Al riguardo, giova comunque sin d'ora rilevare che, dal punto di vista del giudice civile e in considerazione del disposto dell'art. 1 c.p.c. e 102, comma 1, cost., la disciplina della giurisdizione corrisponde all'individuazione dei limiti al potere giurisdizionale di tale giudice e sotto questa luce viene usualmente studiato<sup>2</sup>.

Tali limiti, come noto, possono dipendere – per quanto qui oggetto di esame – o dalla sussistenza di altri poteri dello Stato (in particolare, della pubblica amministrazione) o dalla giurisdizione di giudici speciali.

Con riguardo al primo profilo, l'art. 37 c.p.c. individua innanzi tutto la possibilità che il giudice ordinario difetti di giurisdizione «nei confronti della pubblica amministrazione». Si tratta di un'ipotesi – da non confondersi con la diversa questione relativa ai rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa – in cui l'AGO<sup>3</sup> è priva del potere giurisdizionale in conseguenza dell'esistenza di sfere di attribuzioni esclusive di altri poteri dello Stato. In altri termini, nessun giudice (ivi inclusi quelli speciali) ha potere giurisdizionale in ordine ad una determinata questione, sicché si parla, di frequente, di difetto assoluto di giurisdizione<sup>4</sup>. Difetto assoluto che riguarda, come detto, la singola controversia – e quindi un riparto di competenza *in concreto*<sup>5</sup> – e il cui rilievo e decisione devono essere coordinati con la disciplina costituzionale dei conflitti di attribuzione di cui all'art. 134 cost. e l. cost. 87/1953 (l'art. 37 ha lasciato infatti «ferme le norme vigenti per le questioni di giurisdizione») <sup>6</sup>.

L'origine storica della norma va rintracciata nel sistema dei c.d. *conflitti* tra potere giurisdizionale ed esecutivo, introdotto nell'ordinamento italiano con il decreto legge 20 novembre 1859, n. 3780 (c.d. legge Rattazzi) che attribuiva ai governatori (poi prefetti) il potere di sollevare il conflitto tra autorità giudiziaria ed amministrazione<sup>7</sup> (attiva e soprattutto contenziosa<sup>8</sup>), ottenere la sospensione del processo e vedere il conflitto deciso con decreto reale su parere del Consiglio di Stato (all'epoca organo esclusivamente amministrativo)<sup>9</sup>. Le leggi di unificazione del 1865, nel contestualmente abolire i tribunali del contenzioso amministrativo ed attribuire al giudice civile la tutela di ogni diritto soggettivo (civile o politico), ritoccò di

1 Già Attardi, *Giurisdizione e competenza in generale*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, I, 1, Torino, 1973, 3 ss., spec. 5 osservava peraltro che di unità della giurisdizione in base all'art. 102 cost. sembrerebbe corretto parlare con riguardo alla giurisdizione civile, atteso che la giurisdizione amministrativa, rispetto agli interessi legittimi, è altrettanto generale. La posizione come si vedrà non è peraltro unanimemente condivisa, ed anzi trova, anche di recente, significativi contrasti.

2 Così ad esempio Mandrioli C., Carratta, *Diritto processuale civile*, I, cit., 193; v. anche Luiso, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, Milano, 2017, 74, nonché Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino, 2009, 57 che evidenzia come l'art. 37 c.p.c. non si occupa della questione di giurisdizione in senso oggettivo, ma del difetto di giurisdizione dal punto di vista soggettivo del giudice civile.

3 Autorità giudiziaria ordinaria.

4 Osserva Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007, 135 che tale difetto presuppone «un ambito della vita di relazione sottratto alla cognizione di qualsiasi giudice, ordinario o speciale che sia».

5 Gioia, *La decisione*, cit., 31, nt. 117 evidenzia che il riparto di competenze tra i tre poteri dello Stato è affidato alle cure della Corte Costituzionale, mentre alla Corte di Cassazione è attribuito il riparto in ultima istanza tra i vari organi giurisdizionali, nonché «il riparto di competenza tra giudici e pubblica amministrazione, in concreto».

6 Sul tema cfr. Gioia, *La decisione*, cit., 29 ss. testo e nt. 111 che ritiene che le norme abbiano tacitamente abrogato l'istituto del regolamento di giurisdizione di cui al secondo comma dell'art. 41 e 368 c.p.c., nonché di cui all'art. 362, comma 2, nr. 2, c.p.c. In senso opposto, v. invece Montesano, *Rapporti e «conflitti» tra giurisdizione civile e poteri legislativo ed esecutivo da Lodovico Mortara ad oggi*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 969 ss., spec. 978 s. Osserva Picardi, *Manuale del processo civile*, Milano, 2010, 64 che a favore del difetto assoluto di giurisdizione in ipotesi simili milita la constatazione che, qualora il giudice dovesse comunque provvedere, si potrebbe determinare un'indebita interferenza nella sfera di attribuzione spettante ad altri poteri dello Stato e, conseguentemente, un conflitto di attribuzioni la cui soluzione è demandata alla Corte Costituzionale ex art. 134 cost. Cfr. anche Fazzalari, *Ricorso per cassazione nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, 580 ss., spec. 582 che rileva come il difetto assoluto di giurisdizione non è sottratto alla cognizione della Corte di Cassazione dall'art. 134 cost. che deferisce alla Corte Costituzionale i conflitti tra poteri dello Stato. Per un'ipotesi in cui è stato (con successo) sollevato il conflitto di attribuzioni da parte del governo nei confronti di un organo giudiziario che aveva disposto una consulenza tecnica sul c.d. metodo Di Bella, esorbitante dalla posizione del singolo ricorrente e integrante un'indebita interferenza nella sfera delle attribuzioni spettanti all'esecutivo e, in particolare, agli organi tecnico-scientifici preposti alla sperimentazione dei farmaci, C. Cost., 2 aprile 1999, n. 121.

7 V. art. 1: «vi è conflitto quando l'Autorità giudiziaria si occupa di questioni riservate alle determinazioni dell'Autorità amministrativa, o quando un Tribunale ordinario si occupa di una questione riservata ai Tribunali del contenzioso amministrativo».

8 Mantellini, *I conflitti di attribuzione fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, Firenze, 1871, 36 che mette in luce come i conflitti riguardassero principalmente i rapporti tra giurisdizione e i tribunali del contenzioso amministrativo (cioè l'amministrazione contenziosa più che quella attiva).

9 Per un'approfondita analisi storica v. Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1977, 9 ss. V. anche Villata R., *Il conflitto di attribuzioni sollevato dal prefetto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 895 ss., oggi ripubblicato in Villata R., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 143 ss., spec. 144 ss.



poco il sistema, attribuendo, con l'art. 10 dell'all. D., al Consiglio di Stato, in adunanza generale<sup>10</sup> (ancora organo amministrativo seppur consultivo, e quindi sostanzialmente parte in causa<sup>11</sup>) il compito di dirimere i conflitti<sup>12</sup>, a questo punto nei confronti della sola amministrazione attiva. La situazione venne rivista con la l. 3761 del 1877<sup>13</sup> che attribuì il ruolo di giudice dei conflitti alla Cassazione romana (e quindi al potere giudiziario, emancipandolo dal controllo del Consiglio di Stato<sup>14</sup>) e consentì di sollevare il conflitto anche in ipotesi in cui l'amministrazione non fosse parte (art. 1, comma 1); non solo, l'art. 4 precisava che la decisione sul conflitto, quando fosse proseguito il giudizio (davanti al g.o.) «non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto e sulla proponibilità delle azioni»<sup>15</sup>, lasciando intendere che, laddove la decisione fosse invece stata ostativa alla prosecuzione del giudizio (perché il conflitto veniva risolto a favore della p.a.), la situazione soggettiva doveva ritenersi definitivamente pregiudicata (con assimilazione della pronuncia sul conflitto ad una sentenza di merito di rigetto delle pretese attoree<sup>16</sup>). Giova poi rammentare che all'epoca della promulgazione della legge del 1877 – a seguito della soppressione dei Tribunali del contenzioso amministrativo avvenuta con le leggi di unificazione del 1865 – la Corte di Cassazione si trovava quindi a decidere se ricorrevva un diritto soggettivo, affidato alla giurisdizione dei Tribunali, ovvero un interesse semplice privo di protezione giuridica, affidato alla cura dell'amministrazione (eventualmente sollecitata anche tramite i ricorsi gerarchici), non sussistendo, in base a tale sistema, spazio per diverse (anche minori) situazioni soggettive in capo al privato. La situazione mutò nuovamente con l'istituzione, ad opera della l. 5992/1889 della IV sezione del Consiglio di Stato alla quale spettava di decidere sui ricorsi per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere contro atti dell'autorità amministrativa «che abbiano per oggetto un interesse di individui» che non fossero di competenza di altri giudici. Faceva quindi ingresso, tra le posizioni giuridiche tutelate, l'interesse legittimo, con conseguente riduzione dell'ambito di attività dell'amministrazione sottratto ad un controllo giurisdizionale<sup>17</sup>.

Con il vigente codice di procedura civile ci si è limitati a recepire l'istituto dei conflitti<sup>18</sup> trasformando la vecchia *incompetenza* di cui alla legge del 1877 nella questione di giurisdizione di cui al primo comma dell'art. 37<sup>19</sup>, disciplinando il regolamento di giurisdizione di cui all'art. 41 e 368 c.p.c. e riprendendo l'art. 4 di detta legge nell'art. 386 c.p.c. in ordine agli effetti della decisione sulla giurisdizione che consente la prosecuzione del giudizio.

10 Art. 25 all. E.

11 Già Mantellini, *I conflitti di attribuzione fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, cit., 38 evidenziava che il Consiglio di Stato, pur divenendo giudice dei conflitti, «conservava pur sempre le sue tradizioni e le proprie attinenze verso l'amministrazione, della quale non cessava d'essere, qual è, il primo organo consultivo».

12 Si veda al riguardo Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 140 s. che correttamente osserva che in tal modo il legislatore attribuì ad un organo amministrativo il compito di determinare il perimetro del potere giudiziario (che avrebbe dovuto essere autonomo), rinunciando all'individuazione di un potere terzo, al quale affidare la decisione del conflitto; non solo, ma con tale intervento si tralasciava di considerare che stabilire se vi è o meno una situazione giustiziabile nei confronti della pubblica amministrazione è, tanto più in un sistema di giurisdizione unica come quella del 1865, compito del giudice, che invece veniva attribuito ad un organo diverso (Consiglio di Stato) il quale aveva al riguardo l'ultima parola, potendo dichiarare (nella sostanza) infondata la domanda. Si vedano al riguardo anche le considerazioni di Mantellini, *I conflitti di attribuzione fra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, cit., 140 relative al fatto che il giudicare se un interesse sia assistito dalla legge è un giudizio giuridico e pare quindi contraddittorio sostenere che non abbia giurisdizione al riguardo il giudice dell'azione. Si veda anche pag. 131 ove l'autore evidenzia che, nel giudicare accertando e interpretando i fatti, il Consiglio di Stato rischia di uscire dal proprio ruolo di giudice dei conflitti.

13 Sul dibattito che portò all'emanazione della suddetta legge v., ampiamente, Cipriani, *Il regolamento*, cit., 16 ss.

14 Cfr. al riguardo Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 67 che mette in evidenza la portata fondamentale del trasferimento alla Corte di cassazione del ruolo di giudice dei conflitti ai fini dell'affermarsi dell'indipendenza della giurisdizione ordinaria rispetto all'amministrazione. V. anche Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 148 che sottolinea che in tal modo veniva attribuito all'autorità giudiziaria il compito di valutare la tutelabilità di una situazione soggettiva nei confronti della pubblica amministrazione.

15 Norma poi trasfusa nell'attuale 388 c.p.c.

16 Per considerazioni analoghe cfr. Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 145 s. ove ulteriori riferimenti ed in particolare Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1901, 361 che evidenzia come sfuggono al sindacato giurisdizionale gli atti amministrativi esercizio di un potere discrezionale in quanto possono ledere interessi semplici dei cittadini e mai diritti, sicché interesse e diritto delimitano il campo rispettivamente dell'amministrazione e della giurisdizione. Di conseguenza, la giurisdizione non si esplica sull'interesse semplice «non per difetto di competenza, ma per una ragione più intima di merito, perché cioè non vi è diritto, né azione da far valere». Anche se in termini scientifici si parla di rigetto per difetto assoluto di giurisdizione, in termini volgari la domanda viene respinta «perché il cittadino attore di fronte all'amministrazione ha torto in quanto fa valere un interesse che l'ordinamento giuridico non riconosce, e che l'amministrazione, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, e pertanto dei suoi diritti, può legittimamente sacrificare».

17 Osserva Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 149 che le uniche attribuzioni insindacabili dell'amministrazione potevano essere solo quelle incidenti sugli interessi c.d. semplici o di fatto. Con la conseguenza che, qualora fosse stato dedotto davanti al g.o. un interesse legittimo, l'amministrazione non avrebbe potuto più rivendicare le proprie attribuzioni sollevando il conflitto, ma soltanto eccepire il difetto di giurisdizione del g.o. nei confronti del Consiglio di Stato (così Cipriani, *Il regolamento*, cit., 80).

18 Emblematica in tal senso è la Relazione al Re del Ministro Grandi al c.p.c. laddove si precisa, al par. 11, di aver provveduto a fondere «nel codice le disposizioni della legge 31 marzo 1877, n. 3761 sui conflitti di attribuzione».

19 Così Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 99; v. anche Gioia, *La decisione*, cit., 88.

Seppure l'art. 37 c.p.c. considera – come visto, per ragioni storiche – il caso più diffuso del conflitto con i poteri della pubblica amministrazione<sup>20</sup>, attesa la frequenza delle zone di confine/interferenza tra potere giurisdizionale e potere esecutivo, il limite in questione riguarda anche tutti gli altri poteri dello Stato<sup>21</sup> ed è un diretto derivato del principio di legalità (e non tanto di quello della separazione dei poteri<sup>22</sup>), per il quale ciascun organo pubblico ha i poteri (e solo quelli) attribuiti dalla legge. Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui si chieda ad un giudice di dichiarare l'invalidità dell'elezione di un membro del Parlamento: in tal caso vi è difetto (assoluto) di giurisdizione del g.o. in conseguenza dei poteri di autodichia attribuiti dall'art. 66 cost. al singolo ramo del Parlamento<sup>23</sup>; autodichia che è stata estesa dall'art. 3 d.lgs. 235/2012 (c.d. Legge Severino) anche alla decadenza dal mandato parlamentare per incandidabilità sopravvenuta a seguito di condanna penale definitiva per determinati reati<sup>24</sup>. Ancora, oltre alla verifica dei titoli di ammissione e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e incompatibilità dei propri membri, l'autodichia è stata estesa dagli organi costituzionali anche alle controversie con i propri dipendenti e appaltatori<sup>25</sup>.

Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario (ma anche di quello amministrativo<sup>26</sup>) nei confronti della

- 20 Mandrioli C., Carratta, *Diritto processuale civile*, I, cit., 235 evidenzia che i poteri non giurisdizionali della p.a. escludono i poteri giurisdizionali del giudice e viceversa.
- 21 Così Luiso, *Diritto processuale civile*, I, cit., 75. Per una recente ipotesi in cui la Cassazione ha dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione in relazione ad una domanda proposta innanzi al T.A.R. da un'associazione consumeristica volta ad ottenere l'annullamento del d.p.r. di indizione di un referendum costituzionale (c.d. confermativo) si veda Cass., sez. Un., 1° dicembre 2016, n. 24624 che mette in evidenza come tale d.p.r. non costituisca esercizio di attività amministrativa, ma rientri nell'ambito del potere di revisione costituzionale. Cfr. anche Cass., sez. Un., 3 marzo 2016, n. 4190 che ha dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione del T.A.R. adito da un membro dell'Assemblea regionale siciliana per l'annullamento di un atto del presidente della medesima assemblea che aveva sciolto e ricostituito una commissione legislativa permanente, nonché Cass., sez. Un., 1° febbraio 2008, n. 2439 che ha ritenuto sussistente il difetto assoluto di giurisdizione con riguardo ad una domanda proposta innanzi al TAR di annullamento di una delibera di giunta regionale che approvava uno schema di disegno di legge regionale, atteso che «gli atti impugnati costituiscono fasi legislativamente regolate del processo di formazione di una legge regionale, sicché gli stessi, in quanto espressione di esercizio della potestà legislativa dell'Ente Regione, sono sottratti al sindacato giurisdizionale, sia del giudice ordinario che di quello amministrativo». Per un'ipotesi in cui è stato dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione in ragione del potere esclusivo della Corte Costituzionale a sindacare la legittimità costituzionale delle norme Cass., sez. Un., 3 giugno 1985, n. 3295: «poiché l'ordinamento non attribuisce ad alcun giudice, ordinario, amministrativo o speciale, il potere di sindacare la legittimità delle norme di rango costituzionale, ivi incluse, pertanto, quelle dettate dall'art. 139 e dalle disposizioni XII e XIII della Costituzione (sul divieto di revisione della forma repubblicana, sul divieto di ricostituzione del disciolto partito fascista e sul trattamento dei membri della Casa Savoia), deve affermarsi il difetto assoluto di giurisdizione sulla domanda che sia rivolta a conseguire una declaratoria d'illegittimità delle suddette norme, ancorché sotto il profilo della pretesa esorbitanza rispetto al mandato popolare conferito con il referendum del 2 giugno 1946, ovvero del preteso contrasto con i principi della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo o della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali».
- 22 Così invece Gioia, *La decisione*, 88. L'assunto non appare completamente condivisibile se solo si considera che sussistono certamente interferenze tra i singoli poteri: basti pensare alla Corte Costituzionale che giudica sulla legittimità delle leggi o ancora ai giudici amministrativi che hanno potere censorio sugli atti dell'esecutivo. Più in generale, non mancano, come si vedrà *infra*, poteri giurisdizionali attribuiti ad organi legislativi (come nel caso dell'autodichia) o poteri amministrativi attribuiti all'autorità giurisdizionale (si pensi alla giurisdizione volontaria, di rimozione di limiti alla capacità del legale rappresentante di un minore). Evidenzia che non è infrequente che attività oggettivamente rientranti nella sfera di pertinenza di una determinata funzione siano svolte da organi partecipi di una diversa funzione anche Verde G., *Diritto processuale civile*, I. Parte generale, Bologna, 2012, 32 s.
- 23 Sul tema si veda il recente lavoro di Torretta, *Verifica dei poteri e Stato costituzionale. Saggio sull'art. 66 della Costituzione*, Roma, 2012. Cfr. anche, in giurisprudenza, Cass., sez. Un., 17 ottobre 1980, n. 5583, in *Giust. civ.*, 1981, I, 44 che ha deciso che il controllo dei titoli di ammissione dei componenti delle assemblee parlamentari, comprensivo del riscontro del regolare svolgimento delle operazioni elettorali e del risultato numerico delle votazioni, è demandato dall'art. 66 cost. in via esclusiva alle stesse camere e, conseguentemente, resta precluso, tanto con riguardo alle modalità del procedimento ed alle garanzie per gli interessati, quanto con riguardo al contenuto delle decisioni adottate da detti organi sovrano, ogni sindacato, alternativo, concorrente o successivo, di qualsiasi autorità giurisdizionale. V. pure Cass., sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9152 che ha ritenuto esulare dalla giurisdizione amministrativa – perché rientrante nell'autodichia delle Camere – una controversia riguardante l'ammissione di un simbolo alle elezioni politiche nazionali; Cass., sez. Un., 8 aprile 2008, n. 9151: «ogni questione concernente le operazioni elettorali, ivi comprese quelle relative all'ammissione delle liste, compete in via esclusiva al giudizio delle Camere, restando così preclusa qualsivoglia possibilità di intervento in proposito da parte di qualsiasi autorità giudiziaria. La natura giurisdizionale della funzione di autodichia svolta in proposito dalle Camere attraverso organi propri è da intendersi come funzione giurisdizionale esclusiva, la cui estensione vale anche per la fase preparatoria elettorale, ed in particolare per le questioni di ammissione od esclusione delle liste dalla competizione. Né il giudice ordinario né il giudice amministrativo sono dotati di giurisdizione in ordine a tali controversie. Può dunque parlarsi di difetto assoluto di giurisdizione» (cfr. anche Cass., sez. Un., 6 aprile 2006 n. 8118). V. pure Cass., sez. Un., 25 giugno 1993, n. 7075 che ha dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione in relazione ad una domanda rivolta al TAR di annullamento dei decreti presidenziali di nomina di senatori a vita, in ragione del potere del Senato di verificare i titoli di ammissione dei propri componenti.
- 24 Sulla questione – e per osservazioni critiche alla scelta del legislatore delegato – v. ad esempio, Buonomo, *L'irresistibile forza espansiva dell'autodichia parlamentare*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), nonché, in relazione al caso Minzolini (nel quale, nonostante la condanna definitiva, il Senato non dichiarava la decadenza), Galazzo, *Art. 66 Cost. una riforma necessaria? – Appunti sul caso Minzolini*, in *Giur. pen. Web*, 2017, 4 nonché Gorlani, *Intorno ad alcune vicende recenti sul rapporto "necessitato" tra applicazione della legge e autodichia parlamentare*, in [costituzionalismo.it](http://costituzionalismo.it), 2017, 1, 11 ss., spec. 27 ss.
- 25 A tale ultimo riguardo, e in relazione alla compatibilità di tali forme di autodichia con le attribuzioni dell'autorità giudiziaria vi è stato, di recente, un intervento della Corte Costituzionale, che, con sentenza 262 del 2017, ha risolto, rigettandolo, un conflitto di attribuzioni sollevato dalla Suprema Corte in relazione alla pretesa lesione delle proprie attribuzioni da parte degli organi decisori delle controversie del Senato e della Presidenza della Repubblica. La Consulta ha osservato che l'autodichia, quale garanzia di autonomia degli organi costituzionali sottratta all'ingerenza ad organi esterni, si declina sia nella normazione, sia nel momento applicativo di tale regolamentazione autonoma. Gli organi che esercitano tale funzione di applicazione della normativa autonoma, da un lato offrono tutela alle posizioni giuridiche dei dipendenti (il che esclude la lesione del diritto alla tutela effettiva costituzionalmente garantito), dall'altro non sono giudici speciali ex art. 102 cost. ma «organi interni non appartenenti all'organizzazione giudiziaria, in tanto giustificati in quanto finalizzati alla migliore garanzia dell'autonomia dell'organo costituzionale». La Corte Costituzionale soggiunge che l'affidamento a collegi interni del compito di interpretare e applicare le norme relative al rapporto di lavoro dei dipendenti con gli organi costituzionali di cui si tratta, nonché la sottrazione delle decisioni di tali collegi al controllo della giurisdizione comune è, in definitiva, un riflesso dell'autonomia degli stessi organi costituzionali». V. anche la sentenza 12 ottobre 2017, n. 213 che ha riconosciuto agli organi di autodichia della Camera natura giurisdizionale tale da conferire il potere di sollevare questione di legittimità costituzionale delle norme da applicarsi. Sul punto cfr. anche Castelli, *Il "combinato disposto" delle sentenze n. 213 e 262 del 2017 e i suoi (non convincenti) riflessi sull'autodichia degli organi costituzionali*, in *Oss. Cost.*, 2018, 1 ss., spec. 6 ss. che ritiene gli organi di autodichia equivalenti ad una giurisdizione speciale.
- 26 Si veda al riguardo, ad es., Cass., sez. Un., 19 febbraio 1999, n. 86 che ha ben individuato, tra i limiti esterni comuni alla giurisdizione amministra-

pubblica amministrazione viene usualmente ricondotto alle ipotesi in cui l'attore non vanta nei confronti della pubblica amministrazione (convenuta<sup>27</sup>) alcuna posizione giuridica protetta dall'ordinamento di diritto soggettivo o interesse legittimo (ché altrimenti ricorrerebbe o la giurisdizione ordinaria o quella amministrativa, stante la generale giustiziabilità delle situazioni soggettive nei confronti della p.a. prevista dall'art. 113 cost.)<sup>28</sup>, ma è, al più, titolare di un interesse di mero fatto, non protetto dall'ordinamento. Si tratta di materie soggette ad un potere insindacabile della pubblica amministrazione<sup>29</sup>, quale può essere, ad esempio, quello di governo<sup>30</sup>, evidentemente non incidente su posizioni giuridiche dei privati protette dall'ordinamento, con la conseguenza che il difetto è assoluto, non essendovi alcun giudice che abbia *potestas iudicandi*. Al riguardo, si discute peraltro se, così configurato, si tratti di un vero e proprio difetto di giurisdizione o piuttosto dell'assenza di un oggetto idoneo di giudizio per insussistenza di una situazione protetta<sup>31</sup> in considerazione anche della usuale qualificazione della suddetta questione in termini di improponibilità assoluta della domanda<sup>32</sup> derivante dal fatto che né il giudice civile, né altro giudice hanno *potestas iudicandi*.

Non a caso, non sono mancate condivisibili prese di posizione in dottrina che hanno evidenziato come la suddetta questione può essere definita di giurisdizione solo perché così la chiama il legislatore<sup>33</sup>, ma che in realtà ha ad oggetto l'esistenza (o meglio la dichiarazione di inesistenza) di una situazione protetta e quindi una questione che riguarda il *merito* della controversia<sup>34</sup>, con conseguenti dubbi di legittimità costituzionale del regolamento di giurisdizione previsto dall'art. 41 c.p.c. in relazione a tale questione; regolamento che, in tale prospettiva, attribuirebbe alla Corte di cassazione il potere di decidere, in unico grado e con effetti di giudicato sostanziale, questioni di merito idonee, in caso di declinatoria, a pregiudicare il diritto<sup>35</sup>.

Si è detto che tale difetto sussiste quando si è in presenza di interessi c.d. di fatto, non giuridicamente protetti né quali diritti soggettivi né quali interessi legittimi: si tratta ovviamente dell'individuazione di un territorio di confine con le posizioni tutelate, destinato ad allargarsi o a restringersi a seconda delle tendenze *lato sensu* politiche dell'ordinamento<sup>36</sup> (e, aggiungerei, degli interpreti). Al riguardo che la Suprema Corte ha sin dall'origine tentato di distinguere il giudizio in ordine alla (in)sussistenza di una situazione giuridica tutelata da quello in ordine al merito, limitando, in linea di principio, la dichiarazione di difetto assoluto

tiva, l'ipotesi che abbia esercitato la propria *potestas iudicandi* nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa (e, quindi, in situazione di cosiddetto difetto assoluto di giurisdizione).

- 27 Gioia, *La decisione*, cit., 67 correttamente evidenzia che anche se l'art. 37 c.p.c. non stabilisce espressamente quali siano le parti del processo nell'ambito del quale insorge la questione di giurisdizione, ciò ovviamente accadrà quando una delle parti sia la pubblica amministrazione. Va aggiunto che, attesi i poteri di autotutela della p.a. e l'attributo di esecutorietà dei suoi atti, la p.a. rivestirà più di frequente il ruolo di convenuta che quello di attrice.
- 28 Osserva correttamente Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 136 s. che una lettura costituzionalmente orientata della norma impone di ritenere inconfigurabile il difetto di giurisdizione laddove vi siano diritti soggettivi o interessi legittimi (necessariamente giustiziabili), con la conseguenza che lo stesso «si può estendere sin dove non siano configurabili posizioni giuridiche tutelabili». Cfr. anche Ferri C., *Note in tema di pronunce sulla giurisdizione*, Pavia, 1968, 6 s. che evidenzia come l'art. 113 cost. assicura la tutela nei confronti della p.a. di diritti soggettivi e interessi legittimi, ma ciò non esclude la ricorrenza del difetto di giurisdizione quante volte si affermi che il privato non è titolare, di fronte all'autorità amministrativa, di alcuna situazione giuridica sostanziale, ma solo di un semplice interesse.
- 29 Così, *ex multis*, Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive e il rapporto giuridico processuale)*, Torino, 2015, 374 che evidenzia come si tratta di ipotesi di insindacabilità giurisdizione dell'operato della P.A.; Gioia, *La decisione*, cit., 60 s. che sottolinea come la situazione giuridica non trova tutela nell'ordinamento davanti a nessun giudice, per essere appannaggio del potere discrezionale della p.a.; Liebman E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, cit., 20 s.
- 30 Verde G., *Diritto processuale civile, I., Parte generale*, Bologna, 2012, 45 che correttamente rileva come situazioni di interesse semplice sono sempre più destinate a ridursi, attesa la generale giustiziabilità di diritti soggettivi e interessi legittimi.
- 31 Così Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I*, cit., 373; v. già Montesano, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli, 1960, 218 s. per il quale, nel sistema dei conflitti tra poteri, la declinatoria di giurisdizione nei confronti della p.a. comporta la dichiarazione di infondatezza della domanda del cittadino e il relativo difetto non consiste in una questione pregiudiziale in senso stretto, atteso che incide sull'oggetto stesso della domanda, riguardando una sua speciale infondatezza nel merito.
- 32 Qualificazione diffusa anche a livello di manualistica: v. ad es., Liebman E.T., *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, Milano, 2012, 21 che parla di improponibilità assoluta (o meglio *inesistenza*) dell'azione; Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I*, cit., 373
- 33 Così Cipriani, *Il regolamento*, cit., 99; v. anche Attardi, *Diritto processuale civile, I*, Padova, 1999, 202 che evidenzia come la questione dei limiti nei confronti della p.a. si presenta come attinente alla giurisdizione solo sulla base della disciplina positiva, potendo optare il legislatore per una disciplina alternativa nella quale «quando si debba stabilire se una determinata materia sia riservata all'attività discrezionale della P.A. e rientri, di conseguenza, nella sfera di questa, sia in gioco in realtà la stessa esistenza del diritto soggettivo fatto valere». In senso contrario Bove, *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 947 ss., spec. 949 nt. 2.
- 34 Si veda in particolare Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 185; Gasperini, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova, 2002, 150. Cfr. anche gli autori citati alla successiva nota 62.
- 35 Così Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 234 ss. che evidenzia i profili di contrasto con l'art. 24 cost. (sotto il profilo della violazione del diritto di azione e del diritto alla prova, stante il divieto di mezzi istruttori costituendo nel giudizio in Cassazione), 25 cost. (in conseguenza della possibilità data dall'art. 41 c.p.c. di esautorare il giudice del merito), 111, comma 7 cost. (la Cassazione finisce per pronunciarsi in unico grado con decisione idonea a pregiudicare il diritto)
- 36 Così Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 154.

di giurisdizione o di improponibilità della domanda ad ipotesi in cui non vi fosse contestazione sui fatti prospettati e contrasto sull'interpretazione delle norme da applicare<sup>37</sup>. Senonché è sin troppo facile obiettare che non sussiste alcuna differenza ontologica nell'indagine da compiersi da parte del giudice in ordine alla situazione protetta a seconda che vi sia o meno contrasto sulle norme, restando l'attività da compiersi sempre la medesima<sup>38</sup>. Ancora, le S.U. hanno più volte ribadito come la verifica dell'improponibilità assoluta della domanda importi un'indagine preliminare volta a vedere «se una determinata domanda sia *in astratto*<sup>39</sup> configurabile nei termini di fatto e di diritto proposti dall'attore», muovendo dal c.d. *petitum sostanziale*<sup>40</sup>. Senonché, si è autorevolmente osservato<sup>41</sup>, che il ricorso al criterio del *petitum sostanziale* (con conseguente rifiuto della rilevanza della prospettazione attorea) impone al giudice di ricercare il reale intento della parte in relazione alle effettive possibilità di tutela e quindi di irrompere nel territorio del merito, sicché appare alquanto difficile qualificare come *astratta* la verifica sulla giurisdizione che si concluda con la dichiarazione di inesistenza di qualsiasi posizione giuridica tutelabile<sup>42</sup>, tanto più laddove si ritenga, interpretando *a contrario* l'art. 386 c.p.c., che tale pronuncia pregiudichi la posizione sostanziale pretesa e sia idonea al giudicato sostanziale<sup>43</sup>.

Ma se così stanno le cose, la pronuncia di difetto assoluto di giurisdizione, nel momento in cui riconosce l'assenza di qualsivoglia situazione giuridica tutelata, preclude ogni futuro accesso alla giurisdizione (salvo sopravvenienze in fatto e in diritto), così mostrando di voler esplicitare gli effetti tipici della cosa giudicata materiale. Ma sul punto si tornerà in fine del presente contributo.

3. – Il difetto di giurisdizione inoltre sussiste laddove la controversia sia attribuita alla giurisdizione di un giudice speciale: come noto, la nostra Costituzione, mentre afferma all'art. 102 c.p.c. che la giurisdizione è esercitata dai magistrati ordinari appartenenti all'ordinamento giudiziario, vietando l'istituzione di giudici speciali e straordinari – lasciando intendere un'aspirazione all'*unità della giurisdizione* – immediatamente frustra tale aspirazione con la norma successiva che si occupa specificamente di giudici speciali (Consiglio di Stato, Corte dei Conti e tribunali militari), individuando l'ambito della loro giurisdizione. Il tema di maggiore dibattito, sin dalle leggi di unificazione del Regno d'Italia, è sempre stato il rapporto tra giurisdizione ordinaria

37 Cass., sez. Un., 8 luglio 1960, n. 1814, in *Giust. civ.*, 1961, I, 109.

38 V. Amirante F., *La giurisdizione e la sua verifica in Cassazione*, in *La Cassazione civile. Giurisprudenza sistematica di Diritto processuale civile* diretta da A. Proto Pisani, Torino, 1998, I, 681 ss., spec. 701 che evidenzia come la differenza tra interpretazione facile o evidente e difficile non ha basi concettuali e la correlativa distinzione tra domanda infondata e domanda manifestamente infondata, e per ciò solo improponibile non ha alcun rigore scientifico. Cfr. anche Gasperini, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, cit., 148.

39 Corsivo mio.

40 Così Cass., sez. Un., 12 gennaio 1966, n. 207, in *Foro it.*, 1966, I, 212, con nota di Nigro, *La peronospera del tabacco combina ancora guai*, la quale prosegue aggiungendo che occorre verificare «se sia cioè, sempre tenuto conto non della mera prospettazione soggettiva, sibbene del cosiddetto *petitum sostanziale*, della necessaria connessione tra *petitum* e *causa petendi*, onde dedurre la effettiva consistenza dell'intrinseco interesse dedotto in lite, ipotizzabile *in astratto* un diritto o un interesse provvisto di azione o di difesa giurisdizionale». Ancora, la sentenza distingue tra proponibilità *astratta* della domanda (necessaria per superare lo scrutinio sul difetto di giurisdizione) e proponibilità e fondamento in concreto che riguarda il merito: «il primo problema si limita alla determinazione di una fattispecie astratta entro la quale possa in astratto rientrare la fattispecie concreta fatta valere sicché sia, sempre in astratto, ipotizzabile un diritto o un interesse tutelato, nonché alla qualificazione astratta di questo diritto o interesse, in relazione alla fattispecie astratta invocata e alla fattispecie concreta fatta valere»; tutto il resto, quando si passa dalla proponibilità astratta a quella concreta, fuoriesce dal problema di giurisdizione e diventa questione di merito. Occorre precisare che, come si vedrà meglio quando si tratterà del *discrimen* tra g.o. e g.a., il criterio del *petitum sostanziale* impone di effettuare il riparto di giurisdizione sulla base della reale situazione giuridica dedotta in giudizio (e non già del provvedimento richiesto – annullamento dell'atto o meno – o della prospettazione attorea della situazione giuridica tutelata).

41 Nigro, *La peronospera del tabacco*, cit., 213 s.

42 Così Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 162 s. che evidenzia come la distinzione tra indagine sulla configurabilità in astratto della fattispecie e accertamento concreto dell'esistenza della situazione giuridica può essere richiamata soltanto quando si tratti di descrivere la situazione che si verifica quando viene affermata la giurisdizione di un giudice (a seconda che ricorra un diritto soggettivo o un interesse legittimo), essendo poi compito della sentenza di merito accertare l'effettiva titolarità (e aggiungiamo, esistenza) della posizione giuridica dedotta in giudizio, mentre in caso di esito negativo della suddetta verifica in *astratto* e conseguente dichiarazione del difetto assoluto di giurisdizione, dal piano dell'*astratto* si passa a quello concreto derivante da una decisione di inesistenza di qualsivoglia situazione tutelata.

Nel senso che il regolamento di giurisdizione prospettante «questioni attinenti alla configurabilità dell'interesse fatto valere dalla controparte privata, in relazione alla presenza o meno nell'ordinamento di una norma potenzialmente idonea a tutelarlo» sia inammissibile in quanto «tali questioni investono il fondamento nel merito della domanda, e pertanto non sono traducibili in termini di riparto delle attribuzioni giurisdizionali» v. Cass., sez. Un., ord. 12 aprile 1990, n. 256, in *Rass. avv. Stato*, 1991, I, 245. V. poi, con riguardo a domande risarcitorie (anche) di interessi legittimi (allorché non ne era ancora riconosciuta la generalizzata risarcibilità) Cass., sez. Un., 14 gennaio 1992, n. 367, in *Giust. civ.*, 1992, I, 2727 con nota di Santoriello, *Nuovi orientamenti in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo* che ha giudicato che la questione di configurabilità *in astratto* di una situazione di diritto soggettivo attiene al fondamento nel merito della domanda e non alla giurisdizione.

43 In questo senso Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 232; v. anche Gasperini, *Il sindacato della Cassazione*, cit., 312 s. che riconosce alla sentenza che ha dichiarato il difetto di giurisdizione nei confronti della p.a. il valore di sentenza di merito idonea al giudicato sostanziale, in considerazione dell'oggetto della pronuncia che è una questione di merito. V. anche Laudisa, *La sentenza processuale*, Milano, 1982, 62 che parifica la sentenza declinatoria ad una sentenza di rigetto nel merito che fa stato tra le parti ex art. 2909 c.c.; Ferri C., *In tema di giudicato sulla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 350 ss., spec. 356; Montesano, *Processo civile*, cit., 211 ss., spec. 227.

e giurisdizione amministrativa, che in Italia ha assunto natura di contrapposizione tra situazioni soggettive: il noto binomio diritto soggettivo-interesse legittimo.

I nostri costituenti, con una soluzione di compromesso, hanno recepito lo *status quo*<sup>44</sup> della pluralità di giurisdizioni, confermando, per quanto riguarda quella amministrativa, la giurisdizione speciale del Consiglio di Stato con riguardo agli interessi legittimi contrapposta alla tutela dei diritti soggettivi, affidata al giudice ordinario. L'art. 103 cost. confermava altresì la possibilità di attribuire, in speciali materie, al g.a. giurisdizione esclusiva, ovvero estesa ai diritti soggettivi. Che si sia trattata di una soluzione di compromesso, con un certo qual grado di equivocità, tra i fautori di tesi opposte (unità della giurisdizione *versus* giurisdizione speciale), risulta anche dal dibattito in senso all'Assemblea Costituente, ben riassunto nella nota sentenza 204 del 2004 della Corte Costituzionale<sup>45</sup>. Vi era infatti sostanziale unanimità di vedute nel riassorbimento nella Carta Costituzionale dei principi fondamentali di cui alla l. 2248/1865, senonché tale riassorbimento veniva variamente interpretato, ora come rinvio "statico" da parte di chi (Calamandrei) voleva riempire, con il giudice ordinario, il vuoto di tutela lasciato dalla legge del 1865 e colmato con l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato (che aveva ormai, *in thesi*, ormai esaurito il suo ruolo), e chi invece intendeva operare un rinvio "dinamico" al sistema previgente, evidenziando che il Consiglio di Stato non aveva tolto nulla al g.o. (Bozzi), rappresentando anzi la sua istituzione una conquista di tutela del cittadino a fronte dei poteri della p.a. (Leone). Chiosa la Corte Costituzionale che il Costituente ha riconosciuto al giudice amministrativo «piena dignità di giudice ordinario per la tutela, nei confronti della pubblica amministrazione, delle situazioni soggettive non contemplate dal (modo in cui era stato inteso) l'art. 2 della legge n. 2248 del 1865», ovvero degli interessi legittimi. Ci si può chiedere se con gli artt. 103 e 113 cost. si sia costituzionalizzato il criterio di riparto della giurisdizione diritti soggettivi-interessi legittimi<sup>46</sup>, fatte salve le ipotesi di giurisdizione esclusiva del g.a. nelle particolari materie<sup>47</sup> o se il legislatore ordinario possa utilizzare la riserva di legge attribuita dall'art. 113, comma 3, cost. per determinare gli organi di giurisdizione che possono annullare gli atti amministrativi attribuendo tale potere al g.o. per la tutela innanzi allo stesso di interessi legittimi (tanto

44 In questo senso anche Proto Pisani, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 369 ss., spec. par. 3.

45 Pubblicata ad esempio in *Giur. cost.*, 2004, p. 2181 con osservazioni di Scoca, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?* e di Lariccia, *Limiti costituzionali alla «discrezionalità» del legislatore ordinario nella disciplina della giustizia amministrativa*; in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 969 con note di commento di Clarich, *La «tribunalizzazione» del giudice amministrativo evitata*, di Pollice, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, di Mattarella B.G., *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «riletta» dalla corte costituzionale. Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa* e di Pajno, *Giurisdizione esclusiva ed «arbitrato» costituzionale*; in *Foro it.*, 2003, I, 2593 con note di Travi, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 d.leg. 31 marzo 1998 n. 80, dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004, n. 204 e di Fracchia, La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione «esclusiva» alla giurisdizione del giudice amministrativo*; in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2207, con note di Sandulli P., *L'analisi «critica» della Corte Costituzionale sulla giurisdizione per materia* e di Delle Donne, *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004: il ritorno al «nodo gordiano» diritti-interessi*; in *Dir. proc. amm.*, 2004, 796, con note di Cerulli Irelli, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)* e di Villata R., *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte Costituzionale*; in *Foro amm. CdS*, 2004, 1895 con note di Satta F., *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004*, di Gallo C.E., *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti e di Siclari, La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie afferenti alla vigilanza sul credito: una conferma implicita e alcune incertezze residue*.

46 Come sembrano presupporre la citata C. Cost., 6 luglio 2004, n. 204 e la recente Corte Cost., 18 gennaio 2018, n. 6, la quale, nel ritenere inammissibile una questione di costituzionalità sollevata dalla Corte di Cassazione adita con ricorso ex art. 111 cost. contro una decisione del Consiglio di Stato, ha da un lato rivendicato il proprio ruolo di «interprete ultimo delle norme costituzionali e – nella specie – di quelle che regolano i confini e l'assetto complessivo dei plessi giurisdizionali», dall'altro lato ha precisato che il ricorso per cassazione per i «soli» motivi inerenti alla giurisdizione, previsto dall'ottavo comma dell'art. 111 cost. contro le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, non comprende anche il sindacato su *errorres in procedendo* o *in iudicando*, «poiché non è compatibile con la lettera e lo spirito della norma costituzionale», che «attinge il suo significato e il suo valore dalla contrapposizione con il precedente comma settimo, che prevede il generale ricorso in cassazione per violazione di legge contro le sentenze degli altri giudici». «Ne consegue che deve ritenersi inammissibile ogni interpretazione di tali motivi che, sconfinando dal loro ambito tradizionale, comporti una più o meno completa assimilazione dei due tipi di ricorso»; v. inoltre C. Cost., 1° agosto 1979, n. 100 per la quale la pretesa che spetti al g.o. tutelare interessi legittimi risulta «smentita dai chiari disposti dell'art. 113 comma 1 e – principalmente – dall'art. 103 comma 1 cost.». V. anche Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino verso la pubblica amministrazione*, Milano, 1964 29 s. che definisce il g.a. giudice naturale precostituito degli interessi legittimi; Giannini, Piras, voce *Giurisdizione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 229 ss., spec. 231 rilevano che l'art. 113 cost. riserva agli organi della g.a. (in senso soggettivo) la tutela degli interessi legittimi. V. pure Mazzamuto, *Il riparto di giurisdizione*, Napoli 2008, 16 ss. (nella Costituzione vigente «è mantenuta una scelta che conferma l'assetto strutturale della giurisdizione in senso dualista il che, piaccia o non piaccia, in qualsiasi ricostruzione del sistema non può essere elusa»).

47 Osserva Andrioli, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 1622 ss., spec. 1642 s. che i costituenti non solo non nutrono incertezze sulla funzionalità del binomio diritto-interesse, quale criterio di discriminazione tra giudice ordinario e Consiglio di Stato, sino a potenziarlo nei primi due commi dell'art. 113 e nel consentirne la deroga, assicurata dalla riserva di legge, sol a favore del Consiglio di Stato (art. 103), ma trasformarono nella nebulosa riserva di legge delineata nell'ultimo comma dell'art. 113 la proposta di Calamandrei diretta a sopprimere i limiti al potere del g.o. imposti dall'art. 4 l. del 1865. Ne risultano – secondo l'autore – «vincoli rigorosi per il giudice ordinario prima che per l'interprete. Il Parlamento non solo non può commassare diritti e interessi nella cognizione dello stesso giudice, ma, nella spinta a realizzare parzialmente questa finalità, è frenato dall'art. 103, che [...] prevede la sottrazione della cognizione di diritti al giudice ordinario e la loro assegnazione al giudice amministrativo, e non l'inverso, e ciò significa che le preferenze dei costituenti erano per la giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato e non per l'assorbimento, sia pure parziale, di interessi legittimi nella cognizione del giudice ordinario».

più laddove vi siano anche, implicati, diritti soggettivi)<sup>48</sup>. Chi scrive ritiene che la soluzione preferibile sia la prima, per ragioni di ordine sia storico, sia letterale, rinvenendosi nell'art. 103 cost. un criterio di riparto che, lungi dal trovare smentita nell'art. 113, comma 3 (che si limita ad individuare un potere che il giudice può avere nei confronti dell'amministrazione, sul presupposto che giurisdizione vi sia), nello stesso riceve conferma, nella parte in cui tale ultima norma abbina ancora una volta g.o. e g.a. alla tutela, rispettivamente, di diritti soggettivi e di interessi legittimi.

Con riguardo al criterio di riparto, mi pare condivisibile l'approdo della dottrina amministrativistica che, al di là del dibattito in ordine alla fecondità della nozione e alla ricostruzione sostanziale del medesimo<sup>49</sup>, ritiene che ciò che consente di determinare l'esistenza dell'interesse legittimo è la sua necessaria correlazione con un potere autoritativo<sup>50</sup>: in altre parole, ogni qual volta vi sia un potere di una pubblica amministrazione in grado di incidere unilateralmente sulle situazioni giuridiche del cittadino (limitandole o ampliandole) quest'ultimo sarà titolare di un interesse legittimo (rispettivamente, oppositivo o pretensivo); interesse legittimo che potrà essere inciso sia da atti, sia da comportamenti compiuti nell'esercizio del suddetto potere. L'art. 7, comma 1, c.p.a.<sup>51</sup> conferma tale impostazione: «sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni»<sup>52</sup>.

Ancora, va rammentato che al fine di individuare la giurisdizione da adire vi fu, sino al famoso concordato Romano-D'Amelio del 1930<sup>53</sup>, ampio dibattito tra i sostenitori del *petitum* (per cui si doveva affermare la giurisdizione amministrativa in virtù della sola domanda di annullamento del provvedimento) e seguaci della *causa petendi* che ritenevano invece corretto riferirsi alla natura della situazione giuridica dedotta in giudizio<sup>54</sup>. Infine, prevalse il criterio del *petitum* sostanziale: in altre parole, come afferma costantemente la Suprema Corte, «la giurisdizione deve essere determinata sulla base della domanda, dovendosi guardare, ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, non già alla prospettazione compiuta dalle parti, bensì al *petitum* sostanziale. Questo ultimo deve essere identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, quanto – soprattutto – in funzione della *causa petendi*, ossia della intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio, da individuarsi con riguardo ai fatti allegati»<sup>55</sup>.

4. – Una volta che la questione di giurisdizione sia stata sollevata, tramite o eccezione di parte o rilievo officioso, il giudice deve decidere al riguardo con sentenza che, come in relazione ad ogni pregiudiziale di rito, potrà essere, ai sensi dell'art. 279 c.p.c., definitiva del giudizio, ove declini la giurisdizione<sup>56</sup>, ovvero non definitiva se il giudice si limiti a statuire sulla stessa, affermandola, ovvero definitiva (tipicamente) di merito, nel caso in cui il giudice ritenga sussistente la giurisdizione e contestualmente definisca il giudizio.

48 Così, specialmente, Proto Pisani, *L'art. 113, 3° comma, Cost.: una norma troppo spesso dimenticata, fondamentale per la tutela effettiva del cittadino contro atti della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2015, V, 184 ss.; ma v. già Proto Pisani, *Appunti sul giudice*, cit., par. 6, nonché Proto Pisani, *Due c.d. scritti minori offuscano la Costituzione*, in *Foro it.*, 2018, V, 246 (in critica a scritti di Verde G., *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 827 ss., spec. 833 e 835 e Villata R., il quale ha replicato con *Una Costituzione offuscata o una Costituzione riscritta a proprio uso?*, in *Foro it.*, 2018, in corso di pubblicazione). La tesi è sostenuta anche da Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 92 ss. ove ampi riferimenti e Menchini, *La tutela del giudice ordinario*, in Cassese, *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, t. V, *Il processo amministrativo*, Milano, 2003, 4874 ss.

49 Sul punto sia permesso rinviare a Villata S.A., *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, Milano, 2006, 283 ss., nonché, da ultimo, a Scoa, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

50 V., *ex multis*, Cacciavillani, *La giurisdizione amministrativa*, in Sassani, Villata R., *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 119 ss., spec. 125.

51 Codice del processo amministrativo.

52 Osserva Ramajoli, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva e merito*, in Sassani, Villata R., *Il codice del processo amministrativo*, cit., 141 ss., spec. 145 che il testo della norma riproduce testualmente i criteri di riparto di giurisdizione enunciati dalla sentenza 204 del 2004.

53 Sanzionato con le decisioni dell'Adunanza Plenaria nr. 1 e 2 e delle Sezioni Unite, 15 luglio 1930, n. 2680.

54 In argomento v. Cavallo Perin, *Il riparto di giurisdizione del concordato Romano-D'Amelio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 14 ss., spec. 16 ss. ove ampi riferimenti.

55 Così, da ultimo, Cass., sez. Un., 2 marzo 2018, n. 4497.

56 Naturalmente le cose possono mutare nel contesto della *translatio iudicij* ove si ritenga che, a seguito della declinatoria, il processo prosegua, il che priverebbe tale sentenza dei caratteri della definitività, a meno di non riferirla esclusivamente al giudizio innanzi a quel giudice adito. Si veda infatti Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 316 che assimila la situazione in esame a quella che si determina a seguito della sentenza (oggi ordinanza) che dichiara l'incompetenza e ritiene incompatibile con la pronuncia di una sentenza definitiva la *perpetuatio* degli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta originariamente innanzi al giudice carente di giurisdizione.

La decisione sulla giurisdizione viene assunta in base, come detto, al c.d. *petitum* sostanziale ovvero alla situazione sostanziale dedotta in giudizio in connessione con l'effettivo obbiettivo della domanda e la protezione alla stessa garantita dall'ordinamento<sup>57</sup>, sicché il giudice, diversamente da quanto accade in relazione agli altri presupposti processuali i cui fatti costitutivi non sono rilevanti per il merito, non può limitarsi alla mera *prospettazione*<sup>58</sup>: il giudice deve spingersi ad accertare l'esistenza – in astratto – e la qualificazione della situazione giuridica pretesa<sup>59</sup>. Tale orientamento è stato ribadito anche successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. 80/1998 e all'affermazione della risarcibilità dell'interesse legittimo<sup>60</sup>, il cui combinato disposto attribuiva la giurisdizione sulla domanda consequenziale all'annullamento al giudice amministrativo e quella sulla domanda risarcitoria autonoma al giudice ordinario e sembrava quindi scardinare il criterio della situazione sostanziale dedotta (e del grado di protezione offerto dall'ordinamento), sicché ancor oggi può considerarsi diritto vivente.

Ma proprio nella parte in cui abbraccia anche la *qualificazione giuridica* della situazione dedotta in giudizio, non fondandosi soltanto sulla *prospettazione* della parte, ma investendo un profilo che evidentemente attiene al merito (ovvero alla dichiarazione di esistenza/inesistenza di una situazione protetta), la decisione sulla giurisdizione perde, in questo frangente, i caratteri tipici della statuizione su un presupposto processuale (destinata a valere soltanto all'interno del processo in ragione della portata limitata al singolo procedimento dell'accertamento in essa contenuto) per esprimere una vocazione ad esplicare effetti conformativi in successivi giudizi in cui si discuterà, innanzi al giudice individuato come giurisdizionalmente competente, proprio della medesima situazione sostanziale.

Venendo al sostrato fattuale che determina il contenuto della decisione sulla giurisdizione, va rammentato il testo dell'art. 386 c.p.c. – applicabile anche al giudice di primo grado – per il quale la decisione sulla giurisdizione è determinata dall'oggetto della domanda e quindi da elementi *intrinseci*, cioè ad elementi che rilevano anche per l'accoglimento della domanda. Peraltro, non dovendo decidere, ai fini della giurisdizione, sull'esistenza in concreto della situazione giuridica (ma sulla sua ricorrenza in astratto e tutelabilità innanzi al giudice adito), non sarà necessaria una specifica istruttoria, fermo restando che il giudice di primo grado ben potrà far uso di tutte le risultanze probatorie ammesse ed esperite anche ai fini del giudizio sul merito. Così, tipicamente, ove si faccia questione di difetto del g.o. nei confronti della p.a. o del g.a., l'attore alleggerà una *causa petendi* attinente ad atti e comportamenti della p.a., la quale a sua volta difficilmente dedurrà un titolo diverso, ma piuttosto ne contesterà l'esistenza o offrirà una diversa interpretazione del titolo dedotto dall'attore<sup>61</sup>, sicché difficilmente il giudice, per decidere sulla giurisdizione, dovrà andare oltre

57 Si tratta di posizione ormai consolidata che si trascina, tralasciamente, di massima in massima: v. da ultimo, ad esempio, Cass., sez. Un., 2 marzo 2018, n. 4997.

58 Per un'ampia ricognizione (anche storica) dell'evoluzione dell'individuazione del criterio per determinare il riparto di giurisdizione e per il rifiuto della teoria della *prospettazione* (che consentirebbe alla parte di scegliersi il plesso giurisdizionale), v. Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 135 ss., 140 ss., 141 ss.

59 Cfr. sempre Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 143 che evidenzia come il giudice va ben oltre la *prospettazione* dell'attore per valutare la posizione giuridica soggettiva che egli concretamente deduce in giudizio. Ancora – osserva l'autrice (pag. 145) – la decisione sulla giurisdizione deve presupporre la questione di fatto e, in un momento logico immediatamente successivo, astrarsene.

60 V. ad esempio Cass., sez. Un., 12 marzo 2004, n. 5179: «Nell'atto introduttivo [...] la società, odierna ricorrente, chiese (sulla base di otto motivi di censura carenza assoluta di potere, eccesso e sviamento di potere sotto diversi profili, violazioni di legge) che l'atto amministrativo in questione fosse dichiarato nullo o, in subordine, che ne venisse disposto l'annullamento. Orbene, ancorché tali richieste formalmente radichino la competenza giurisdizionale del giudice amministrativo stante il divieto posto al giudice ordinario (art. 4 secondo comma legge 20 marzo 1865 n. 2248) di revocare (o modificare) l'atto amministrativo, esse, in astratto, nondimeno non osterebbero alla declaratoria della giurisdizione di quest'ultimo giudice. Secondo, infatti, la costante giurisprudenza di questa Corte, basata sul disposto dell'art. 386 c.p.c., la giurisdizione si determina sulla base del criterio non già della *prospettazione* ma del c.d. *petitum* sostanziale (e non formale), da individuarsi alla stregua della effettiva natura della controversia e soprattutto in funzione della *causa petendi*; riguardo, pertanto, alla domanda proposta da un privato nei confronti della pubblica amministrazione, anche nel caso in cui – come nella specie – essa contenga la richiesta di annullamento di un atto amministrativo, ricorre la giurisdizione del giudice ordinario allorché tale richiesta si riconnetta alla tutela di una posizione di diritto soggettivo in considerazione della dedotta inosservanza di norme di relazione da parte della p.a., ed in tal caso il potere del giudice ordinario è limitato alla sola disapplicazione dell'atto lesivo del diritto soggettivo (in tal senso, da ultimo, Cass. nn. 16218/01 e 3145/03). Nella specie, mentre la domanda subordinata di annullamento dell'atto amministrativo per cattivo esercizio del relativo potere si ricollega manifestamente a posizioni di interesse legittimo la carenza di potere, allegata in via principale dalla ricorrente, formalmente si connette invece a posizione di diritto soggettivo, posizione, peraltro, riguardo alla quale non è sufficiente la mera *prospettazione* della parte, ma è necessario che, in astratto, essa sia riconosciuta come tale dell'ordinamento: se così non fosse, la parte sarebbe libera di scegliere il giudice secondo la propria convenienza, contro la previsione costituzionale del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 primo comma), norma che non può non dispiegare i suoi effetti anche in tema di riparto di giurisdizione». Orbene, nel caso di specie la Corte di cassazione ritiene che, anche a fronte di un contratto concluso la p.a. conservi il potere di intervenire sulla fase antecedente al contratto (e che non sussista quindi carenza in astratto del potere). «Pertanto, se l'ordinamento non pone incompatibilità tra l'esercizio dell'autotutela e la già avvenuta conclusione del contratto, la posizione soggettiva del privato, a fronte del relativo atto autoritativo, si connota in termini di interesse legittimo, talché deve essere affermata la giurisdizione del giudice amministrativo».

61 Così Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 154 ss.

alle allegazioni delle parti. Così ad esempio, ove l'attore allegghi che la p.a. ha tenuto un comportamento materiale, non giustificato da alcun potere autoritativo, la convenuta ben potrà invece allegare (e offrire prove al riguardo) che il suddetto comportamento è sostenuto da un potere previsto dalla legge, sicché la Corte adita, ai fini della giurisdizione, potrà decidere sulla base degli elementi offerti da entrambe parti (e sulla scorta delle norme di diritto) se sussiste, in astratto, un diritto soggettivo od un interesse legittimo<sup>62</sup>; il tutto senza dover prendere posizione sulla fondatezza nel merito della domanda attorea.

Ove il giudice declini la propria giurisdizione per difetto nei confronti di altro giudice speciale, questi dovrà indicare il giudice munito di giurisdizione per consentire la *translatio iudicii* a norma dell'art. 59 l. 69/2009.

5. – Come noto, nonostante gli auspici della dottrina<sup>63</sup>, la Corte di cassazione si è sempre opposta ad un'applicazione analogica dell'art. 50 c.p.c. (disciplinante la riassunzione e prosecuzione del giudizio innanzi al giudice competente, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali) al difetto di giurisdizione<sup>64</sup> in ragione del fatto che la *translatio* presupporrebbe l'unicità della giurisdizione e l'art. 367 c.p.c. consentirebbe la prosecuzione del giudizio solo laddove la Corte di cassazione dichiara la giurisdizione del giudice ordinario. Di conseguenza, in caso di declinatoria (ancorché nell'ambito del riparto tra g.o. e giudici speciali) si rendeva necessario l'avvio di un nuovo giudizio, con perdita degli effetti sostanziali della domanda originaria particolarmente pregiudizievole con riguardo alle decadenze sostanziali<sup>65</sup>, quali quelle relative alla proposizione di ricorsi innanzi al T.A.R. o alle commissioni tributarie o al giudice ordinario stesso<sup>66</sup> ovvero di azioni possessorie (con il relativo termine annuale decorrente dallo spoglio).

La questione è esplosa in tutta la sua estrema rilevanza pratica con l'allargarsi della giurisdizione esclusiva del g.a. su diritti soggettivi – con il d.lgs. 80/1998 e la l. 205/2000 – con relativo moltiplicarsi di questioni di giurisdizione di confine e la pronuncia 204 del 2004 della Corte Costituzionale che, nel

62 Per un'ipotesi di decisione in sede di regolamento di giurisdizione – relativa al ricorrere di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva – in cui si è data (correttamente) rilevanza agli elementi addotti dal convenuto v. Cass., sez. Un., 19 aprile 2007, n. 9325, in *Corr. giur.*, 2007, 1534 con nota adesiva di Marzano, *Regolamento di giurisdizione: le Sezioni Unite mandano in soffitta il petitum sostanziale*, per la quale la moltiplicazione delle ipotesi di giurisdizione esclusiva e la consistenza delle materie ad essa attribuite comportano che, in sede di regolamento di giurisdizione, fermo restando il criterio di riparto fondato sul binomio diritti-interessi, debba preliminarmente verificarsi l'eventuale appartenenza della controversia a materia di giurisdizione esclusiva, con la necessità, dettata dalla complessità nell'identificazione dei confini delle materie stesse (particolarmente, riguardo all'urbanistica, se si controverta su aspetti di gestione del territorio, se sia ravvisabile l'esercizio di poteri amministrativi o viceversa un comportamento senza potere, se il soggetto che se ne sia reso autore sia pubblico o a questo equiparato), di non limitarsi alle allegazioni dell'attore ma di apprezzare elementi probatori acquisiti al processo anche su iniziativa del convenuto, valutabili non già ai fini della decisione di merito ma ai soli effetti dell'identificazione del giudice munito di giurisdizione.

63 V. in particolare Oriani, *Sulla «translatio iudicii» dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa)*, in *Foro it.*, 2004, V, 9 ss., spec. 14 ritenendo applicabile anche al giudice di merito il meccanismo previsto dall'art. 382 c.p.c., nonché Oriani, *Ancora sulla translatio iudicii nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale*, in *Corr. giur.*, 2004, 1187 ss., seguito da Cipriani, *Riparto di giurisdizione e «translatio iudicii»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 729 ss., spec. 740 (ma v. già Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 168 con riguardo alla possibilità di *translatio* dal g.a. al g.o. all'esito di regolamento di giurisdizione). Il seme della *translatio* si ritrova invero anche in uno scritto di Andrioli, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, cit., 1644 il quale, muovendo dalla parificazione attuata dalla Costituzione tra g.o. e g.a. sul piano processuale della tutela di situazioni soggettive (che ne costituiscono l'oggetto del processo), rileva che gli stessi non rappresentano mondi incomunicabili, con la conseguenza che l'art. 367 c.p.c., posto sullo stesso piano dell'art. 50 c.p.c., dovrebbe operare nel senso di consentire la trasmissione della causa dal giudice dei diritti a quello degli interessi e viceversa.

64 V. ad es., Cass., sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7039 per la quale il giudice ordinario che dichiara il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo non può disporre la rimessione delle parti davanti a detto giudice, con gli effetti ricollegabili alla *translatio iudicii*.

65 Per un'ipotesi in cui l'impossibilità di applicare la disciplina della *translatio* aveva comportato il rigetto, per tardività dell'azione (in relazione al giudizio riproposto innanzi alla corretta giurisdizione), v. Cass., sez. I, 25 novembre 2003, n. 17934 che, con riguardo ad un'impugnativa contro cartella esattoriale riguardante sanzioni amministrative pecuniarie (per omessa notifica dei verbali) erroneamente proposta innanzi al giudice tributario, ha dichiarato inammissibile l'opposizione riproposta davanti al giudice ordinario, in quanto il termine di impugnazione era scaduto alla data dell'impugnazione davanti a tale giudice, non potendo aversi riguardo al termine della proposizione del ricorso alla commissione tributaria, dovendosi escludersi che «nel caso di specie si sia verificata alcuna «translatio iudicii» poiché questa presuppone necessariamente l'unicità della giurisdizione nel cui ambito il rapporto processuale viene considerato regolarmente costituito sia pure innanzi al giudice incompetente con la conseguenza che, una volta riassunta la causa davanti a quello competente, risultano salvi tutti gli atti in precedenza proposti. Nel caso invece di domanda proposta innanzi ad un giudice privo di giurisdizione nessuna possibilità di riassunzione dinanzi al giudice avente tale giurisdizione è possibile, ad eccezione della ipotesi di regolamento preventivo di giurisdizione, con la conseguenza che nessuna salvezza degli atti in precedenza effettuati è possibile»; v. anche Cass., sez. I, 23 marzo 2000, n. 3473 per la quale, in relazione ad un giudizio erroneamente introdotto innanzi al TAR e poi riproposto davanti al g.o. quando era già maturato il termine di decadenza, «l'adizione, ove pur tempestiva, di un giudice sfornito non già della «competenza» (intesa come porzione di giurisdizione spettante in concreto a ciascun giudice rispetto ad una determinata controversia) bensì della stessa «potestà giurisdizionale» (vista come capacità di attuazione del diritto sostanziale spettante ad un ordine giurisdizionale) non vale ad assicurare il rispetto del termine decadenziale per la proposizione dell'azione, poiché il primo procedimento, attivato innanzi ad autorità priva (in materia) della *potestas iudicandi*, non può in alcun modo confluire nel giudizio successivamente instaurato davanti ad un organo appartenente ad un diverso ordine giurisdizionale. Gli effetti conservativi del termine decadenziale sono, in altre parole, in funzione della *translatio iudicii*, che consente di configurare la riassunzione davanti al giudice competente come prosecuzione del rapporto processuale precedentemente instaurato davanti al giudice incompetente, con ciò appunto valorizzando l'iniziale atto introduttivo cui il rapporto nella sua unitarietà, quindi, si ricollega. Ed è evidente che una tale ricongiunzione di segmenti processuali può avvenire solo in quanto l'organo erroneamente per primo adito, sia a sua volta titolare della *potestas iudicandi* ed interno al medesimo ordine giurisdizionale».

66 Si pensi alle opposizioni a sanzioni amministrative da introdursi nel termine di decadenza di 30 giorni.



dichiarare illegittima la giurisdizione esclusiva riguardante diritti (laddove non vi siano poteri), ha prodotto effetti dirompenti sui processi in corso, avviati in base alle originarie previsioni del d.lgs. 80/1998 innanzi al g.a. e riguardanti diritti soggettivi da affidarsi, a seguito della decisione del Giudice delle Leggi, al giudice ordinario in ragione dell'assenza, nella vicenda concreta, di una situazione di potere: l'attore originario correva infatti il concreto rischio di arresto del processo con una mera declinatoria di giurisdizione, in ragione dell'inapplicabilità (in caso di incostituzionalità del parametro normativo) della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c. e possibili effetti di estinzione della situazione sostanziale dedotta<sup>67</sup>, laddove la stessa avesse dovuto essere azionata entro un breve termine di prescrizione o, più probabilmente, di decadenza.

A fronte di tale indubbia criticità sono state riprese le proposte per evitare una conclusione in rito del processo, muovendo sul piano sia di una (nuova) interpretazione del diritto vigente sia della prospettazione di un dubbio di costituzionalità del *diritto vivente* (che non consentiva la trasmigrazione), per violazione degli art. 3 e 24 cost.<sup>68</sup>.

Sul primo piano si è mossa, audacemente, la Corte di Cassazione: la tesi tradizionale è stata infatti consapevolmente abbandonata<sup>69</sup> con la pronuncia delle Sezioni Unite, 22 febbraio 2007, n. 4109<sup>70</sup> la quale ha ritenuto che, in base al diritto vigente – ampiamente reinterpretato – dovesse operare la *translatio iudicii* in caso sia di pronuncia emessa dalla Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione o di ricorso ex art. 360 c.p.c. nr. 1 sia di declinatoria da parte del giudice di merito<sup>71</sup>.

La Corte Costituzionale, con la nota sentenza 12 marzo 2007, n. 77<sup>72</sup>, ha invece seguito un percorso opposto rispetto a quello della decisione della S.C. pubblicata appena qualche settimana prima, muovendo proprio dal fatto che, contrariamente a quanto affermato dalle S.U., non è corretta la premessa che manchi nell'ordinamento un divieto di *translatio* tra g.o. e giudice speciale<sup>73</sup>. In ogni caso, il Giudice delle Leggi opportunamente distingue tra trasmigrazione del giudizio e conservazione degli effetti della domanda originariamente proposta innanzi al giudice carente di giurisdizione<sup>74</sup>. Ebbene, il principio di incomunicabilità

67 Per simili considerazioni v. per tutti Acone, *Giurisdizione e translatio iudicii... aspettando Godot*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1591 ss., spec. 1594 s. e Consolo, De Cristofaro, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. giur.*, 2007, 745 ss., spec. 745.

68 Dubbio sollevato da T.A.R. Liguria, ord. 21 novembre 2005, n. 148.

69 La parte argomentativa della pronuncia si apre con l'onesto riconoscimento, accompagnato dalla indicazione dei relativi precedenti, che costituiva *ius receptum* che «che la *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale (e viceversa) presuppone necessariamente l'unicità della giurisdizione, nel cui ambito il rapporto processuale viene considerato regolarmente costituito sia pure innanzi al giudice incompetente, con la conseguenza che, una volta riassunta la causa davanti a quello competente, risultano salvi tutti gli atti in precedenza proposti. Nel caso, invece, di domanda proposta innanzi ad un giudice privo di giurisdizione, non è possibile la riassunzione dinanzi al giudice — amministrativo o speciale — fornito di tale giurisdizione, mentre lo è se il giudice fornito di giurisdizione è il giudice ordinario».

70 Pubblicata ad esempio in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1577, con nota di Acone, *Giurisdizione e translatio iudicii... aspettando Godot*; in *Foro it.*, 2007, 1009 con nota di Oriani, E possibile la «*translatio iudicii*» nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale.

71 Ritengono le S.U., dopo aver preso atto del pregresso costante orientamento contrario e di opinioni opposte espresse in dottrina, che in base ad una lettura costituzionalmente orientata della disciplina della materia, che tenga conto delle argomentazioni emergenti dalle intervenute modifiche legislative e delle prospettazioni in parte nuove svolte dalla dottrina, «sussistano le condizioni per affermare che è stato dato ingresso nell'ordinamento processuale al principio della *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale, e viceversa, in caso di pronuncia sulla giurisdizione». La Corte quindi, pur trincerandosi dietro a non meglio precisate modifiche normative (la Corte si riferisce forse all'affermarsi del criterio di riparto per materia – peraltro fortemente ridimensionato proprio dalla decisione del Giudice delle Leggi – e non più per situazione soggettiva), è ben conscia di dar luogo, con un intervento sostanzialmente innovativo, all'ingresso della *translatio* tra giurisdizioni. Tale interpretazione consentirebbe inoltre di dare un più chiaro significato all'art. 382 nella parte in cui stabilisce che la Corte, con la statuizione sulla giurisdizione, debba indicare l'ufficio giudiziario competente. Se infatti la pronuncia dovesse essere sempre di cassazione senza rinvio, non avrebbe senso l'indicazione anche del giudice competente. Neppure ostacoli si rinvengono nell'art. 386 c.p.c. che prevede che la sentenza sulla giurisdizione, quando prosegue il giudizio, non pregiudica le questioni sulla pertinenza del diritto: tale norma appare piuttosto conferma del fatto che la prosecuzione è ammissibile. Ed ancora, anche l'art. 367, comma 2, c.p.c. – che consente la riassunzione nel caso in cui la Corte, in sede di regolamento, confermi la giurisdizione del g.o. – deve essere riletto nel contesto in cui il regolamento di giurisdizione è proponibile davanti sia al g.a. sia al giudice tributario, con la conseguenza che, proposto il regolamento nel giudizio pendente innanzi al giudice speciale e ritenuta dalla Cassazione la giurisdizione del g.o., diventa perciò ammissibile, in applicazione proprio dell'art. 367 c.p.c., disporre la riassunzione del processo avanti il g.o. A tali argomentazioni esegetiche la Corte aggiunge considerazione di carattere funzionale relative al fatto che la trasmigrazione consente di continuare il processo innanzi al giudice effettivamente munito di giurisdizione per dar luogo ad una pronuncia di merito che conclude la controversia «realizzando in modo più sollecito ed efficiente quel servizio giustizia costituzionalmente rilevante». Infine, le S.U. precisano che la *translatio* è possibile anche nel caso di sentenza del giudice di merito, che abbia declinato la giurisdizione, anche se tale sentenza non vincolerà il giudice a quo, il quale ben potrà a sua volta declinare la potestas iudicandi, con conseguente conflitto negativo di giurisdizione e possibilità di proporre ricorso alla S.C. ex art. 362, comma 2, c.p.c.

72 Pubblicata, insieme a quella delle S.U., ad es. in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1577 e in *Foro it.*, 2007, 1009 con le già citate note.

73 Evidenzia la Corte che l'espresso riferimento dell'art. 50 c.p.c. alla sola competenza «non altro può significare se non divieto di applicare alla giurisdizione quanto previsto, esplicitamente ed esclusivamente, per la competenza»; il che avrebbe reso superfluo, nell'asciutta essenzialità delle norme del c.p.c., un espresso divieto di applicare alla giurisdizione le norme sulla competenza. Ancora, la possibilità di ricorrere al conflitto ex art. 362 c.p.c. è ammessa dalla norma «in ogni tempo», il che pare incompatibile con l'esigenza di salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria, salvezza che – aggiungiamo noi –, anche a tutela dell'altra parte che tali effetti subisce, non può essere rimessa ad un'iniziativa affidata all'esclusivo arbitrio dell'attore ad anni di distanza dalla duplice declinatoria: anche Acone, *Giurisdizione e translatio iudicii*, cit., 1604 riconosce che la pendenza *sine die* del processo in uno stato di quiescenza sarebbe in insanabile contrasto con i principi del giusto processo.

74 «la trasmigrabilità del processo è strumento necessario, ma non sufficiente perché il giudice ad quem possa giudicare della domanda dinanzi a lui

tra giurisdizioni appare alla Corte incompatibile con fondamentali valori costituzionali, ed in particolare con il principio di effettività della tutela delle situazioni soggettive espresso negli artt. 24 e 111 cost.: la pluralità di giurisdizioni – aventi l'unica funzione di tutelare (in maniera maggiormente adeguata) chi chiede giustizia – non può risolversi in una vanificazione della tutela e in un pregiudizio irreparabile al merito della controversia. Come la disciplina in tema competenza, volta a salvaguardare il principio del giudice naturale e l'idoneità (valutata dal legislatore) del giudice competente a rendere una decisione migliore, non sacrifica mai il diritto delle parti ad ottenere una risposta sul bene della vita oggetto di lite, così «al medesimo principio gli artt. 24 e 111 Cost. impongono che si ispiri la disciplina di rapporti tra giudici appartenenti ad ordini diversi, allorché una causa, instaurata presso un giudice, debba essere decisa, a seguito di declinatoria di giurisdizione, da altro giudice». Di conseguenza, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 l. TAR nella parte in cui non prevede la conservazione degli effetti della domanda nel processo proseguito, a seguito di declinatoria, davanti al giudice munito di giurisdizione<sup>75</sup>. Il Giudice delle Leggi si ferma qui, riconoscendo che spetta al legislatore ordinario disciplinare nel modo ritenuto più opportuno il meccanismo della riassunzione (forma, termini, notifica, etc.), adottando una scelta di fondo a lui soltanto demandata, nonché mantenere in vita il principio per il quale ogni giudice è giudice della propria giurisdizione oppure adottare l'opposto principio seguito, per la competenza (territoriale semplice e per valore), dall'art. 44 c.p.c.

A seguito della pronuncia di incostituzionalità gli interpreti hanno provato a riempire il vuoto (come si vedrà, solo provvisoriamente) creato dalla Corte in relazione alle modalità (citazione<sup>76</sup> o comparsa di riassunzione), e termini per la riassunzione, ricorrendo alle norme allora vigenti e distinguendo tra riassunzione a seguito di pronuncia della S.C. in sede di ricorso per cassazione (con proposta di applicazione dell'art. 392 c.p.c. e termine, allora di, 1 anno<sup>77</sup>) e di regolamento di giurisdizione (367, comma 2, c.p.c. con termine, allora, di 6 mesi) o di declinatoria del giudice di merito (ancora una volta 367, comma 2 o art. 50 c.p.c.)<sup>78</sup>. Inoltre, è stato affrontato il tema dell'eventuale vincolo del giudice *ad quem* in relazione alle indicazioni provenienti dal giudice *a quo* (diverso ovviamente dalla S.C.): si è ipotizzato così di applicare le norme sul conflitto negativo ex art. 362 c.p.c.<sup>79</sup> o l'applicazione analogica dell'art. 45 c.p.c. con conseguente "proponibilità" del regolamento d'ufficio<sup>80</sup>.

Il legislatore è intervenuto, per una volta, piuttosto tempestivamente sulla questione, nell'ambito dell'ennesima riforma del processo civile, attraverso l'art. 59 l. 69/2009<sup>81</sup>; norma che non ha novellato alcuna

---

riassunta come se essa fosse stata proposta davanti a lui nel momento in cui lo fu al giudice privo di giurisdizione». Nel senso invece che non vi sarebbe distinzione di piani perché la logica della riassunzione è quella di far proseguire un processo già pendente e così mantenere gli effetti processuali e sostanziali della domanda v. Oriani, È possibile la «translatio iudicii», cit., 1020 che precisa che, una volta ammessa la traslazione, non vi dovrebbe essere bisogno di una disposizione espressa che faccia salvi gli effetti della domanda (e non c'è nemmeno nell'art. 50 c.p.c.); così anche Acone, *Giurisdizione e translatio iudicii*, cit., 1602 e Consolo, De Cristofaro, *Evoluzioni processuali*, cit., 746 per i quali la *translatio* in tanto ha un senso in quanto porti con sé l'identità del rapporto processuale e la salvezza degli effetti della domanda.

75 Si è peraltro osservato (Ricci E.F., *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 693 ss., spec. 701 s.) che la salvezza degli originari effetti della domanda (proposta al giudice erroneo) potrebbe non essere utile (perché tali effetti sono irrilevanti innanzi al giudice *ad quem*), sicché dovrebbe ipotizzarsi una produzione retroattiva (alla prima domanda) degli effetti tipici dall'atto introduttivo innanzi al giudice *ad quem*.

76 Propende per la citazione (o meglio, per la forma dell'atto introduttivo) chi ha ritenuto che non di vera *translatio* si dovesse parlare (in ragione del fatto che dopo la declinatoria il processo non penderebbe più) ma di necessità di avviare un nuovo processo (così ad es., Ricci E.F., *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, cit., 698).

77 Così Oriani, È possibile la «translatio iudicii», cit., 1023. In senso contrario Ricci E.F., *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, cit., 705 che evidenzia come non ricorra un'ipotesi di giudizio di rinvio di cui all'art. 392 c.p.c.; così anche Consolo, De Cristofaro, *Evoluzioni processuali*, cit., 748.

78 Per le diverse proposte interpretative, che oggi hanno solo rilievo storico, v. ad es., Oriani, È possibile la «translatio iudicii», cit., 1023 s., nonché Acone, *Giurisdizione e translatio iudicii*, cit., 1604 ss. Per l'applicazione analogica dell'art. 50 c.p.c. per quanto riguarda il termine Ricci E.F., *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, cit., 704; v. anche Consolo, De Cristofaro, *Evoluzioni processuali*, cit., 748 nonché, in giurisprudenza, Cass., sez. trib., 31 maggio 2017, n. 13734.

79 Così Oriani, È possibile la «translatio iudicii», cit., 1024.

80 Aderiscono a questa seconda opzione Acone, *Giurisdizione e translatio iudicii*, cit., 1605 s. e Consolo, De Cristofaro, *Evoluzioni processuali*, cit., 748.

81 Sul quale si veda ad es. il commento a prima lettura di Ricci E.F., *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione tra intuizioni felici e confusioni di idee*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1537 ss.; Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1267 ss. e Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile (legge 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1295 ss. Cfr. anche C. Rizza, *Le novità in materia di giurisdizione e competenza*, in Punzi (a cura di), *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, 23 ss.; Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, in Balena, Caponi, Chizzini, Menchini, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, 252 ss.; Ruffini, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii fra confusione del legislatore ed equivoci degli interpreti*, in *Giur. it.*, 2013, 214 ss.; Trisorio Luzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009, n. 69*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1216 ss.; Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice nella l. n. 69 del 2009*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1191 ss.; Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, in Consolo, *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2010, vol. III, sub art. 59 l. 69/2009, 2305 ss.; Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni dell'ordinamento nazionale*, in *Dir. prat. trib.*,

disposizione del c.p.c.<sup>82</sup> o delle (allora) vigenti leggi sul processo amministrativo, contabile o tributario ma che ovviamente vale per tutte le giurisdizioni speciali<sup>83</sup>, salvo specifiche norme (ad es., 11 c.p.a. e 17 cod. giust. cont.) previste nelle leggi processuali.

Il primo comma innanzi tutto impone al giudice ordinario o speciale di indicare, nel momento in cui declina la giurisdizione, il giudice nazionale – se esistente – che ritiene munito di giurisdizione. È chiaro quindi che tale indicazione non vi sarà nei casi in cui il difetto sia dichiarato per ragioni di ordine internazionale o per la sussistenza di altri poteri/improponibilità assoluta nei confronti della p.a.<sup>84</sup>

Ancora, al primo comma viene ribadito il principio che solo la statuizione sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite è vincolante per il giudice e per le parti anche in altro processo, cioè anche in ipotesi in cui il processo non sia riassunto nel termine di 3 mesi<sup>85</sup>: si tratta della c.d. efficacia panprocessuale delle pronunce della S.C. sulla giurisdizione<sup>86</sup> di cui si dirà meglio *infra*.

Il secondo comma prevede il termine perentorio di 3 mesi (dal passaggio in giudicato della declinatoria<sup>87</sup>) per la prosecuzione del processo tramite riproposizione della domanda innanzi al giudice indicato quale munito di giurisdizione: tale prosecuzione (tempestiva) determina un vincolo per le parti all'indicazione del giudice e la salvezza (*recte*, retrodatazione) degli effetti sostanziali e processuali (e quindi anche la litispendenza in senso stretto?<sup>88</sup>) che la domanda avrebbe prodotto se il giudice *ad quem* fosse stato adito sin dall'instaurazione dell'originario processo, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute.

Ci si è chiesti peraltro se, nel prevedere che la domanda sia *riproposta*, il legislatore abbia inteso contemplare l'avvio di un nuovo procedimento (con produzione retroattiva degli effetti della domanda proposta innanzi al giudice *ad quem*)<sup>89</sup> o piuttosto impropriamente riferirsi ad una forma di riassunzione, con prosecuzione del medesimo rapporto processuale<sup>90</sup>.

2010, 121 ss.

82 Secondo Cipriani, *La translatio tra giurisdizioni italiane*, in AA. VV., *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Foro it.*, 2009, V, 249 ss., spec. 251 la norma avrebbe dovuto più opportunamente essere inserita nel c.p.c.

83 La scelta mi pare in fondo corretta regolando i comportamenti di tutti i giudici (ordinari e speciali), così anche Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 256, testo e nt. 33, nonché Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, cit., 2309. L'art. 59 indica, oltre ai giudici civili, amministrativi, contabili, tributari, anche la generica (e indeterminata) categoria di quelli speciali: per tale rilievo Sandulli P., *La translatio secondo la l. n. 69/2009*, cit., 729, nt. 8.

84 *Ex multis*, Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit. 124 s.

85 La norma non risulta peraltro coordinata con l'art. 374 c.p.c. che consente la pronuncia sulla giurisdizione anche alle sezioni semplici, se sulla questione di giurisdizione proposta si sono già pronunciate le sezioni unite. Si potrebbe ipotizzare quindi, con una forzatura del testo (e assumendo un legislatore in qualche modo *distra*to, il che non è inverosimile, anche se la distrazione si è ripetuta con l'art. 11 c.p.a.), che il vincolo discenda, non solo dalla pronuncia delle S.U., ma anche da quello delle sezioni semplici investite di un ricorso ex art. 360 (e 362 c.p.c. – in tal senso, Sandulli P., *La translatio secondo la l. n. 69/2009*, cit., 729 s.; v. anche Consolo, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza sCOORDINATA del nuovo "Codice della giustizia amministrativa*, in *Corr. giur.*, 2010, 758 ss., spec. 763 testo e nt. 12; Trisorio Luzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009, n. 69*, cit., 1223; Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 126; Mandrioli C., Carratta, *Diritto processuale civile, I.*, cit., 257). In senso opposto Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma*, cit., 1303 che ritiene preferibile un'interpretazione letterale (cfr. anche Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 258).

86 Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 125 s.

87 È rimasto invece fermo a 6 mesi il termine di riassunzione innanzi al g.o. di cui all'art. 367 c.p.c. per il caso in cui la statuizione sulla giurisdizione provenga dalla S.C., adita tramite regolamento di giurisdizione ex art. 41 c.p.c.: così anche Sandulli P., *La translatio secondo la l. n. 69/2009*, cit., 732, nt. 21 e Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1196; Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 127. V. però Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma*, cit., 1306 che ritiene che le due norme prevedano fattispecie diverse: l'art. 367 c.p.c. riguarda l'ipotesi in cui la Corte afferma la giurisdizione del giudice (civile) adito, l'art. 59 si applica invece in caso di declinatoria (a questo punto, se ben si interpreta il pensiero dell'a., anche nel caso in cui la stessa provenga dalle S.U. adite con il regolamento di giurisdizione). Cfr. anche Verde G., *Diritto processuale civile, I.*, cit. 42 per il quale l'art. 59 assorbirebbe l'art. 367, comma 2, c.p.c.; Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, cit., 2311 s. ritiene l'art. 367 c.p.c. applicabile con riguardo ad ogni pronuncia in sede di regolamento, mentre l'art. 392 c.p.c. per la riassunzione successiva a pronuncia della Cassazione a seguito di ricorso ex art. 360 nr. 1 c.p.c. Secondo Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., sull'art. 392 c.p.c. dovrebbe prevalere l'art. 59.

88 Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 131.

89 Così ad esempio Ricci E.F., *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione*, cit., 1539, 1541 che evidenzia anche come il processo innanzi al giudice *a quo* può considerarsi finito con la declinatoria e ritiene che l'estinzione del processo in caso di tardiva riassunzione sia frutto di un errore di memoria del legislatore o di una «piramidale (ed in qualche misura anche comica) confusione di idee»; v. anche Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma*, cit., 1300, nonché Battaglia, *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 81 ss., spec. 95 che ritiene preferibile tale ricostruzione al fine di evitare una biforcazione del medesimo processo in caso di contestuale impugnativa della declinatoria e riassunzione del giudizio innanzi al giudice *ad quem*.

90 In quest'ultimo senso Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 1268; v. anche Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento alla l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 749 ss., spec. 759 s. e Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 257, in ragione della disciplina prevista dal legislatore (vincolo delle parti sulla questione, mantenimento delle preclusioni e estinzione del processo) che si spiega solo ipotizzando una vera e propria riassunzione/prosecuzione (v. però Menchini, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e translatio: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, 217 ss., 223 che riconosce che la disposizione dell'art. 11 c.p.a. parla in modo univoco di riproposizione, facendo intendere che si tratta della proposizione di un nuovo giudizio); cfr. pure Trisorio Luzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009, n. 69*, cit., 1220; Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, cit., 2318 s.; Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 185 (che ritiene più coerente alla perpetuatio degli effetti della domanda lo schema della riassunzione); Merlin, *Elementi di diritto processuale civile. Parte generale*, Pisa, 2017, 160 e Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1203 che conseguentemente ritiene non necessaria una nuova procura per la riassunzione che potrà essere notificata ex art. 170 c.p.c. e potrà essere compiuta da entrambe le parti.

È poi stata prospettata una tesi intermedia che evidenzia come in caso di statuizione della S.C a seguito di regolamento ex art. 41 c.p.c. e declinatoria passata in giudicato il processo originario deve considerarsi chiuso, sicché la parte potrà soltanto riproporre la domanda, introducendo un nuovo giudizio (con ciò salvando gli effetti sostanziali e processuali della domanda)<sup>91</sup>; al contrario, in caso in cui la declinatoria non sia ancora passata in giudicato, si dovrebbe ricorrere allo schema di una vera riassunzione (anche se, nel caso in cui la stessa provenga dalla parte soccombente sulla giurisdizione, si verificherebbe acquiescenza alla declinatoria e perciò suo contestuale passaggio in giudicato)<sup>92</sup>. Sempre nel tentativo di reperire un significato proprio al lessico utilizzato dal legislatore, si è proposto di distinguere tra *riassunzione*, da effettuarsi nel termine perentorio assegnato dal giudice *a quo* nella sentenza declinatoria<sup>93</sup>, con conseguente estinzione ex art. 307 c.p.c. in caso di omessa tempestiva riassunzione, e *riproposizione* che, se effettuata entro il termine di 3 mesi dal passaggio in giudicato della declinatoria (con già consumata estinzione del primo processo a seguito di omessa tempestiva riassunzione nel termine fissato dalla declinatoria), consente semplicemente la retrodatazione alla prima domanda degli effetti sostanziali e processuali della seconda domanda<sup>94</sup>.

Con riguardo all'infelice scelta terminologica (proposizione/riassunzione), si è però sostenuto che la scelta non sia stata casuale, avendo il legislatore tenuto in considerazione l'ipotesi che, in ragione dell'eventuale diverso ambiente processuale della giurisdizione riconosciuta rispetto a quella declinata (tipicamente, g.o. nei rapporti con la g.a., con riguardo alle tutele proponibili nei confronti della p.a.), sia necessaria una modifica dell'originaria domanda per adattarla ai poteri del giudice *ad quem*<sup>95</sup>; al contrario, nell'ipotesi in cui l'ambiente processuale sia omogeneo, sarebbe sufficiente una mera riassunzione (con richiamo al precedente atto introduttivo)<sup>96</sup>. Vero è che la promiscuità di utilizzo dei termini non consente di assumere una scelta consapevole da parte del legislatore: chi scrive ritiene più aderente alla lettera dell'art. 59 e alla sua disciplina la tesi della prosecuzione del medesimo giudizio, purché la domanda sia coltivata nel termine di 3 mesi dal passaggio in giudicato della declinatoria.

Problematico è anche il decorso del termine perentorio di 3 mesi dalla declinatoria: la lettura più plausibile mi pare essere quella che considera tale termine come quello finale e consente alla parte di proseguire immediatamente il giudizio davanti al giudice *a quo*<sup>97</sup>, senza dover attendere il passaggio in giudicato della sentenza<sup>98</sup>, fermo restando che, in caso di impugnazione e successiva riforma della declinatoria (consolidatasi

In giurisprudenza, Cass., sez. Un., 22 novembre 2010, n. 23596 per la quale la riproposizione della domanda, se tempestiva, costituisce certamente una riassunzione, come emerge dal comma 4 dell'art. 59 (che comporta, in caso di tardiva riassunzione, l'estinzione del rapporto processuale).

91 Così Verde G., *Diritto processuale civile*, I., cit., 42 s. che rileva che dal fatto che inizi un nuovo processo discende che restano ferme le preclusioni intervenute nel corso del processo chiuso, si degradano le prove raccolte innanzi al giudice *a quo* e il secondo giudice potrebbe declinare la giurisdizione ma non potrebbe proporre regolamento di giurisdizione, come si desumerebbe dal terzo comma dell'art. 59 che l'ammette nel processo riassunto.

92 Nel processo riassunto le prove raccolte conservano la loro efficacia, le parti possono essere rimesse in termini e il secondo giudice può investire le S.U. della questione di giurisdizione: Verde G., *Diritto processuale civile*, I., cit., 43 che pur riconosce la difficoltà di coordinare l'estinzione per mancata riassunzione prevista dal quarto comma.

93 Osserva Verde G., *Ancora sulla pendenza del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2010, 219 ss., spec. 220 che la fissazione di un termine perentorio per la riassunzione urterebbe contro l'art. 152, comma 1, c.p.c.

94 Ruffini, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, 217. In senso contrario si è opposto che a tale interpretazione osta il dato positivo: l'art. 59 fa riferimento ad un unico termine decorrente dal passaggio in giudicato, senza autorizzare il giudice *a quo* alla fissazione di un termine diverso ed anteriore per la riassunzione (così Consolo, *La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio*, in Sassani, Villata R., *Il codice del processo amministrativo*, cit., 317 ss., spec. 335).

95 Osserva Consolo, *Translatio, regolamento, ragionevole durata e disciplina (anch'essa ragionevole) delle "liti" sulla giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2011, 351 ss., spec. 355 che domanda riproposta potrebbe significare solo *editio actionis* rimodellata in ragione delle peculiari esigenze della giurisdizione *ad quem*; v. anche Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 260. Per riflessioni in ordine alla necessità di riformulare la domanda a seguito di *translatio* in ambiente processuale diverso da quello di origine, v. Tropea, *La translatio iudicii si "schiede", ma l'abuso "per omissione" di attività processuale paralizza la pretesa risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1416 ss., spec. 1423 s., nonché Orofino, *Translatio iudicii e modifica della domanda innanzi al giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, 44 ss.

96 Così, con riguardo alla trasmigrazione di un procedimento dal T.A.R. al T.S.A.P. Cass., sez. Un., 21 aprile 2011, n. 9130 ha ritenuto ricorrere un'ipotesi di mera riassunzione (e non di riproposizione), attesa l'omogeneità delle tutele esperibili, sicché ha cassato la pronuncia del T.S.A.P. che aveva dichiarato inammissibile l'atto di riassunzione che non conteneva tutti gli elementi previsti per il giudizio innanzi a tale giurisdizione (ed in particolare, l'indicazione dei fatti di causa, richiamati dal ricorrente attraverso un rinvio all'originario ricorso innanzi al giudice amministrativo).

97 Cass., sez. Un., 25 novembre 2011, n. 24904 che precisa anche che il passaggio in giudicato della decisione non condiziona neppure il potere del giudice *ad quem* di sollevare il conflitto a mente del terzo comma dell'art. 59, nonché Cass., sez. Un., 22 novembre 2010, n. 23596 per il quale il passaggio in giudicato non delimita il termine iniziale per la riassunzione, ma solo il termine finale. V., in dottrina, Rizza, *Le novità in materia di giurisdizione e competenza*, cit., 34; Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit., 763; Trisorio Liuzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009, n. 69*, cit., 1219; Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, cit., 2322; Consolo, *La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio*, cit., 339 testo e nt. 55.

98 Ritiene invece preferibile attendere il passaggio in giudicato della declinatoria, al fine di evitare la pendenza contemporanea del medesimo processo davanti a due giudici, con il rischio che, in caso di riforma della declinatoria con rinvio della causa al primo giudice, le attività compiute nel processo riassunto vengano travolte Marino, *L'sezioni unite ancora sui rapporti tra translatio iudicii e regolamento di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2011, 969

con il passaggio in giudicato della statuizione della giurisdizione), gli atti e gli effetti del processo (erroneamente) proseguito davanti ad altro giudice verranno meno in virtù del principio sottostante all'art. 336, comma 2, c.p.c. in tema di effetto espansivo. Va segnalato peraltro che la Corte di cassazione ha reagito a tale disposizione, ritenendo che la prosecuzione del processo innanzi al giudice *ad quem* da parte dell'attore che si sia visto declinare la giurisdizione equivalga a rinuncia all'impugnazione della declinatoria (o meglio, acquiescenza<sup>99</sup>), con formazione del giudicato (formale?) implicito sulla giurisdizione<sup>100</sup>. Rimane comunque aperta (anche se improbabile, ma comunque ammissibile<sup>101</sup>) l'ipotesi che sia piuttosto il convenuto (o altro attore o terzo) a proseguire l'originario giudizio, pendente l'impugnazione della declinatoria da parte dell'attore o ancora, che in caso di rilievo officioso, sia invece il convenuto ad impugnare (avendovi interesse<sup>102</sup>), con conseguente necessità di coordinamento dei due procedimenti. Al riguardo, si è proposta l'applicazione analogica della sospensione del processo *ad quem*, variamente invocando l'art. 48 c.p.c.<sup>103</sup>, l'art. 295 c.p.c.<sup>104</sup>, l'art. 337, comma 2<sup>105</sup>, o l'art. 367, comma 1, c.p.c.<sup>106</sup>.

In caso di omessa sospensione<sup>107</sup>, e conferma della giurisdizione del primo giudice, il secondo giudizio, riassunto innanzi al giudice inizialmente (ed erroneamente) indicato come competente, dovrà chiudersi con una pronuncia in rito per carenza di giurisdizione (senza ovviamente indicazione di altro giudice)<sup>108</sup>, mentre dovrà farsi ricorso ad un'applicazione analogica dell'art. 336 c.p.c. (effetto espansivo della sentenza di riforma/cassazione) per il caso in cui il secondo processo si sia chiuso con una sentenza (i cui effetti devono essere travolti ove cada il presupposto – la declinatoria del primo giudice – sulla quale si fonda la pronuncia di merito del secondo).

La norma, come visto, prevede poi un vincolo alla giurisdizione in capo alle parti derivante dal passaggio in giudicato della declinatoria: il terzo comma si occupa invece degli effetti della sentenza nei confronti del giudice *a quo*: nel bilanciamento tra principio della *Kompetenz Kompetenz* (per il quale ciascun giudice è giudice della propria competenza, in questo caso giurisdizione) e ragionevole durata, l'art. 59, comma 3, attribuisce al giudice *ad quem* – e non alle parti<sup>109</sup> – il quale dubiti della propria giurisdizione (ritenendo quindi

ss., spec. 975. V. anche Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 128 s.

- 99 Nel senso che la riassunzione da parte dell'attore soccombente sulla giurisdizione comporti acquiescenza alla sentenza, con passaggio in giudicato della stessa, Verde G., *Diritto processuale civile*, I., cit., 43 nonché Godio, *Riassunzione post translatio e impugnazione della declinatoria di giurisdizione: un'inammissibile "doppia iniziativa"*, in *Corr. giur.*, 2016, 108 ss., spec. 111 che ritiene che, in caso di impugnazione seguita poi dalla riassunzione sia possibile configurare l'inammissibilità per sopravvenuto difetto di interesse; Trisorio Liuzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009, n. 69*, cit., 1221 s.; Consolo, *La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio*, cit., 340. In senso opposto Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1194 s. che richiama quanto comunemente ritenuto con riguardo alla riassunzione successiva alla declinatoria di incompetenza.
- 100 Cass., sez. Un., 18 novembre 2015, n. 23539 in *Corr. giur.*, 2016, 106: «la parte, che ha deciso di avvalersi della possibilità di proseguire il processo innanzi al giudice ritenuto (da quello originariamente adito) munito di giurisdizione, con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda già proposta, ha mostrato, inequivocamente, di preferire una pronuncia nel merito, con conseguente implicita rinuncia all'impugnazione della declinatoria ancora astrattamente ammissibile (o implicito abbandono di quella eventualmente già proposta)». Ancora una volta la Corte ricorre a dubbi argomenti sistematici relativi al ridimensionamento del ruolo della giurisdizione come presupposto processuale alla luce della garanzia della ragionevole durata e alla necessità di impedire condotte processuali che duplichino l'impiego di risorse attraverso la prosecuzione del giudizio innanzi al giudice *ad quem* e la parallela impugnazione della sentenza sulla giurisdizione.
- 101 In senso contrario Cipriani, *La translatio tra giurisdizioni italiane*, cit., 252 che ritiene che a riassumere il giudizio, riproponendo la domanda, possa essere solo l'attore. L'assunto non mi sembra convincente, tanto più laddove si ritenga che il giudizio prosegua innanzi al giudice *ad quem* e che quindi ci si trovi nell'ambito di un'unitaria litispendenza, rispetto alla quale anche il convenuto potrebbe aver interesse alla riassunzione per ottenere una decisione di merito che impedisca la riproposizione della domanda, o anche solo il venir meno del vincolo per le parti all'indicazione del giudice munito di giurisdizione, di cui al secondo comma dell'art. 59. Certamente si tratta di evenienza singolare, perché implicherebbe (come osserva acutamente Ricci E.F., *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione*, cit., 1542 s.) un'iniziativa del convenuto volta a produrre retroattivamente, ad esclusivo beneficio dell'attore, gli effetti della domanda riproposta.
- 102 Lo ammette, condivisibilmente, Godio, *Riassunzione post translatio*, cit., 112. V. anche Manzo, *Translatio iudicii ed effetto vincolante della declinatoria di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1306 ss., spec. 1313 s.
- 103 Lo ipotizza Cipriani, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 251 s. salvo immediatamente riconoscere che si tratta di norma eccezionale (il che, a mio avviso, osta alla sua applicazione analogica).
- 104 Così Auletta F., *Decisione sulla questione di giurisdizione e discipline transitorie*, in AA.VV., *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività*, Napoli, 2009, 103 ss., spec. 113 seguito da Sandulli, *La translatio secondo la l. n. 69/2009*, cit., 731 e Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, cit., 2322 s.
- 105 Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1195.
- 106 Propone tale applicazione analogica, con conseguente sospensione facoltativa, Consolo, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione*, cit., 762, nonché Consolo, *Translatio, regolamento*, cit., 357, nt. 17; Consolo, *La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio*, cit., 341.
- 107 Si veda Trisorio Liuzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009, n. 69*, cit., 1221 che non ritiene applicabile analogicamente l'art. 48 c.p.c., atteso il carattere eccezionale della stessa, cosicché i due giudizi dovranno proseguire il loro corso, senza possibilità che uno si fermi in attesa dell'altro.
- 108 Così anche Consolo, *Translatio, regolamento*, cit., 358.
- 109 Il potere delle parti di sollevare regolamento di giurisdizione ex art. 41 c.p.c. è stato ritenuto, dalla S.C., precluso, nonostante l'art. 59 faccia salve le norme proprio sul predetto regolamento: la pronuncia declinatoria viene, come noto, equiparata, nell'interpretazione ormai costante dell'art. 41 c.p.c., a decisione di merito: così ad es., Cass., sez. Un., 4 marzo 2016, n. 4249 che ha rilevato che «il regolamento preventivo di giurisdizione proponibile dopo che il giudice di merito di primo grado abbia emesso una sentenza, anche soltanto, come nel caso di specie, limitata alla giurisdizione, in quanto soggetta al rimedio dell'appello. Tale regola è rimasta ferma anche a seguito dell'entrata in vigore della L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 59,

ad esempio erronea la qualificazione della situazione sostanziale data dal primo giudice<sup>110</sup> o sussistente/insussistente un'ipotesi di giurisdizione esclusiva), al riguardo<sup>111</sup>, il potere di sollevare d'ufficio, con ordinanza, la questione di giurisdizione davanti alle S.U., però soltanto fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito<sup>112</sup>. Ciò sarà possibile nel caso in cui le S.U. non si siano già pronunciate e la declinatoria non sia stata impugnata dalle parti<sup>113</sup>. In difetto, il giudice *ad quem* sarà vincolato dall'indicazione proveniente dal giudice che ha declinato la giurisdizione in suo favore e non dovrebbe quindi poter declinare la propria *potestas iudicandi*<sup>114</sup>. Peraltro, nell'ipotesi in cui ciò sia comunque avvenuto, la Corte di cassazione ha in ogni caso ritenuto esperibile il conflitto ex art. 362 c.p.c.<sup>115</sup>: la soluzione sembra però contrastare con il vincolo all'indicazione del giudice *a quo* che pare avvincere anche il giudice *ad quem* nel caso in cui non abbia sollevato il conflitto innanzi alle S.U. entro la prima udienza.

In caso di "prosecuzione", *recte* riproposizione della domanda, oltre il termine di 3 mesi non vi sarà alcun vincolo, neppure per le parti, con la conseguenza che il giudice non potrà invece sollevare il conflitto di giurisdizione d'ufficio<sup>116</sup>.

Non vi è chi non veda poi la contraddizione terminologica tra la *salvezza* di effetti (che presupporrebbe che tali effetti si siano già prodotti e vengano conservati) e il riferimento di quegli stessi effetti (ipoteticamente fatti salvi) alla domanda (ri)proposta davanti al secondo giudice munito di giurisdizione: il legislatore prevede,

---

che ha disciplinato *la translatio iudicii*, risultandone anzi da quest'ultima rafforzata, sia perché le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione sono rimaste immutate in virtù del suddetto art. 59, comma 3, u.p., sia perché, anche nel nuovo sistema processuale, in materia di giurisdizione il legislatore ha inteso conservare la natura non impugnatoria del rimedio del regolamento preventivo, la cui funzione continua ad essere proprio quella di prevenire decisioni impugnabili o possibili conflitti reali di giurisdizione» (v. anche Cass., sez. Un., 26 aprile 2017, n. 10230; Cass., sez. Un., 7 luglio 2011, n. 14960; Cass., sez. Un., 22 novembre 2010, n. 23596; Cass., sez. Un., 8 febbraio 2010, n. 2716; Cass., sez. Un., 18 giugno 2010, n. 14828, in *Corr. giur.*, 2011, 967). L'auspicio della dottrina (Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 1270; Consolo, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione*, cit., 759 ss.; Ruffini, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, cit., 218; Manzo, *Translatio iudicii ed effetto vincolante della declinatoria di giurisdizione*, cit., 1315; in senso opposto, Cipriani, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 253) ad una rivisitazione della propria giurisprudenza (a partire da Cass., sez. Un., 22 marzo 1996, n. 2466, in *Foro it.*, 1996, I, 1635, con nota adesiva di Cipriani, *Le Sezioni Unite riscrivono l'art. 41 c.p.c. e sopprimono (o quasi) il regolamento di giurisdizione*) in ordine alla ricomprensione di una sentenza di rito tra le ipotesi in cui la causa è decisa nel merito in primo grado non è stato accolto. La S.C. ha però riconosciuto la proponibilità del regolamento, allorché il processo sia stato riproposto oltre il termine di tre mesi, con conseguente venir meno del vincolo alla precedente declinatoria: così Cass., sez. Un., 3 novembre 2017, n. 26155. Si veda anche Verde G., *Diritto processuale civile, I.*, cit., 42 che osserva che le ragioni di inammissibilità del regolamento a seguito di una declinatoria erano dovute al fatto che si riteneva che per il regolamento fosse necessaria la pendenza del giudizio in primo grado, sicché, una volta riconosciuta che la pendenza prosegue anche in caso di traslazione, viene meno il presupposto su cui era basata la citata soluzione giurisprudenziale, del che però il legislatore del 2009 non si sarebbe reso conto.

110 Così Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 185.

111 Osserva Cipriani, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 252 che non si comprende la ragione per la quale l'effetto panprocessuale (e perciò vincolante anche in futuri processi aventi oggetto identico) delle statuizioni sulla giurisdizione della S.C. venga qui limitato alla pronuncia delle S.U. all'interno dello stesso processo (tanto più quando il comma 1 prevede l'esplicitarsi di tale efficacia anche in altro processo).

112 Al riguardo, adita dal Consiglio di Stato in sede di conflitto ex art. 59 l. 60/2009 e 11 c.p.a., la Corte di Cassazione, sez. Un., 13 aprile 2012, n. 5873, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 726 ha precisato che anche il giudice di secondo grado può sollevare il conflitto, allorché il giudice *ad quem* di primo grado si sia limitato a risolvere una questione processuale che si ponga in posizione logicamente pregiudiziale rispetto a quella di giurisdizione (non potendosi in tal caso ritenere superata la barriera preclusiva costituita dalla prima udienza fissata per la trattazione del merito, arg. ex art. 183, comma 1, c.p.c. nella parte in cui prevede, in prima udienza, il rilievo preliminare di questioni processuali attinenti alla corretta instaurazione del contraddittorio). Cass., sez. Un., 8 maggio 2017, n. 11143 ha dichiarato inammissibile un regolamento d'ufficio proposto, nell'ambito del giudizio contabile, oltre la prima udienza tenutasi innanzi al giudice delegato per l'istruzione, nonostante egli sia privo di potere decisorio (spettante al collegio), mentre non è stata ritenuta ostativa la decisione sull'istanza cautelare da parte della commissione tributaria adita, intervenuta prima dell'udienza di trattazione del merito (Cass., sez. Un., 12 novembre 2015, n. 23113).

113 Così, correttamente, anche Consolo, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione*, cit., 766 che ritiene trattarsi di impugnazione perciò straordinaria (posizione ricalcata su quella sostanzialmente assunta in relazione al regolamento di competenza d'ufficio ex art. 45 c.p.c.: v. al riguardo Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile, vol. I*, cit., 498, nonché Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 134). In senso opposto Monteleone, *Difetto di giurisdizione e prosecuzione*, cit., 280 che ritiene che, in caso di passaggio in giudicato della declinatoria, il giudice sia vincolato, insieme alle parti, alla decisione, mancando una disposizione analoga all'art. 44 c.p.c.; il che condurrebbe, a mio avviso, ad una disapplicazione del regolamento d'ufficio, dato che la riassunzione innanzi alla giurisdizione d'arrivo da parte (normalmente) dell'attore soccombente sulla giurisdizione, comportando acquiescenza, consoliderà l'immutabilità della declinatoria. Si veda anche Ruffini, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, cit., 218 che ritiene il regolamento sollevabile dal giudice solo nel caso in cui il processo sia stato riassunto nel termine assegnato dal giudice della declinatoria, mentre non sarebbe proponibile nel caso di riproposizione anche se avvenuta entro il termine trimesale dal passaggio in giudicato della declinatoria, nel qual caso il giudice – non vincolato, come le parti, dalla declinatoria – potrebbe anzi rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione e declinarla nuovamente.

114 Così anche Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, cit., 2328 e Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 133 che ritiene sia stato tacitamente abrogato, *in parte qua*, il conflitto negativo di cui all'art. 362 c.p.c. Per un caso in cui un TAR, avanti il quale il precedente giudizio innanzi al g.o. era stato riassunto, non ha sollevato il conflitto e ha declinato la propria giurisdizione, conflitto poi sollevato dal Consiglio di Stato, in sede di appello, v. Cass., Sez. Un., 19 maggio 2014, n. 10922 che, pur riconoscendo l'errore del TAR nel non aver sollevato il conflitto, ha comunque dichiarato inammissibile l'iniziativa del Consiglio di Stato perché assunta oltre la prima udienza innanzi al giudice *ad quem* e comunque radicata la giurisdizione amministrativa. Nel senso che invece il giudice *ad quem* conservi il potere di declinare la sua giurisdizione Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1210.

115 Individuando una lacuna nell'art. 59 l. 69/2009: Cass., sez. Un., 5 luglio 2013, n. 16883; Cass., sez. Un., 20 giugno 2012, n. 10139; Cass., sez. Un., 5 luglio 2011, n. 14660; Cass., sez. Un., 5 maggio 2011 n. 9841.

116 Così, seppur con riguardo all'art. 11 c.p.a. Cass., sez. Un., 18 dicembre 2014, n. 26655 che rileva come la tardiva riassunzione esclude che il secondo giudizio possa dirsi la prosecuzione del primo; cfr., anche Cass., sez. Un., 10 marzo 2014, n. 5493 nonché Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 259.

nella sostanza, una produzione retroattiva (cioè decorrente dall'originario atto introduttivo) degli effetti sostanziali e processuali tipici della domanda proposta innanzi al giudice corretto<sup>117</sup>, ivi inclusa la *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c.<sup>118</sup>.

Restano ferme, come visto, le decadenze (di natura sostanziale o pre-processuale<sup>119</sup>) relative all'omesso tempestivo esperimento di un'azione: il riferimento temporale sarà ovviamente la proposizione dell'originaria domanda innanzi al giudice che ha declinato la giurisdizione: in altre parole, resteranno ferme le decadenze prodottesi prima di tale proposizione, quali ad esempio quelle derivanti dal decorso del termine di 60 giorni per l'impugnazione innanzi al TAR dei provvedimenti amministrativi o per l'avvio del giudizio tributario: il che significa che, in caso di trasmigrazione dal g.o. ai predetti giudici speciali, l'originaria domanda dovrà essere stata proposta nel rispetto dei predetti termini di decadenza; in difetto, il giudice speciale dovrà dichiarare inammissibile per tardività l'azione<sup>120</sup>, fermi restando i poteri di rimessione in termini per errore scusabile eventualmente previsti dalla specifica disciplina processuale<sup>121</sup> (v. ad es., art. 11, comma 5, c.p.a. e art. 153 c.p.c.).

Più problematico appare il mantenimento delle preclusioni, laddove la norma sembra riferirsi alle preclusioni processuali (ad esempio, assertive e probatorie<sup>122</sup>) che hanno però diversa disciplina nella legge processuale che regola il giudizio innanzi alle diverse giurisdizioni; tant'è che si è ipotizzato che la norma riguardi solo le preclusioni extraprocessuali<sup>123</sup>. Mi pare preferibile l'interpretazione che attribuisca un significato plausibile alla norma (per differenza con le decadenze pre-processuali) e che quindi debbano mantenersi ferme le preclusioni relative alle nuove domande, alle allegazioni ed alle istanze istruttorie<sup>124</sup>, ove tali preclusioni siano presenti nel processo *ad quem*: la disposizione appare criticabile nella sua formulazione draconiana, ma appare agevolmente temperabile attraverso il ricorso all'istituto della rimessione in termini di cui all'art. 153 c.p.c. (v. anche art. 11 c.p.a.). Qualsiasi opinione si accolga al riguardo, resta fermo che tali preclusioni non potranno impedire le allegazioni e le istanze probatorie che trovino causa nelle caratteristiche della giurisdizione del giudice *ad quem*: così, ad esempio, intervenuta la *translatio* da g.a. (ove è vietato l'interrogatorio formale e il giuramento), non si potrà ritenere preclusa la relativa istanza di ammissione innanzi al g.o. (posto che, nel procedimento amministrativo la parte non aveva un tale potere istruttorio)<sup>125</sup>, ed ancora, non si potrà impedire l'adeguamento della medesima domanda con le richieste di tutela proponibili innanzi alla giurisdizione *ad quem* come si dirà subito *infra*<sup>126</sup>.

In ogni caso, la domanda dovrà essere riproposta con le modalità e secondo le forme per il giudizio

117 Così Ricci E.F., *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione*, cit., 1539 nonché Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma*, cit., 1300.

118 Cass., sez. VI, 21 febbraio 2013, n. 4484 che, ai fini della competenza territoriale, ha ritenuto rilevante la situazione di fatto sussistente al momento della domanda originaria.

119 Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 1268; Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 261.

120 Consolo, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 1268 prospetta l'ipotesi che sia, in tal caso, il giudice ordinario (o il diverso giudice speciale) a quo a dichiarare l'inammissibilità per tardività della domanda ed evitare così una *translatio* sostanzialmente inutile, perché la domanda di tutela è già pregiudicata nel suo esito, salvo poi ammettere che sulla eventuale richiesta di rimessione in termini dovrebbe comunque pronunciarsi il giudice *ad quem*.

121 Sandulli, *La translatio secondo la l. n. 69/2009*, cit., 731 s.; Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, cit., 2325.

122 Il problema diviene assai grave con riguardo alle preclusioni istruttorie, anche alla luce della degradazione ad argomenti di prova delle prove (come si vedrà *infra*, costituente) raccolte innanzi al giudice *a quo*. Vi è chi (Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma*, cit., 1302) ha proposto di ritenere vincolate le parti alle preclusioni delle istanze istruttorie maturate innanzi al primo giudice che non si estenderà ovviamente a quei mezzi di prova che non siano stati ammessi da quest'ultimo.

123 Monteleone, *Difetto di giurisdizione e prosecuzione del processo*, cit., 280: le preclusioni endoprocessuali non possono restare ferme, altrimenti la riproposizione della domanda secondo il rito applicabile al giudice *ad quem* sarebbe inutile; Trisorio Liuzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009, n. 69*, cit., 1223 s. secondo il quale un'interpretazione costituzionalmente orientata non potrebbe non valorizzare le differenze strutturali tra i processi (e il diverso regime di preclusioni), con la conseguenza che il processo riassunto sarà regolato solo dal rito applicabile innanzi al giudice *ad quem*.

124 Così anche Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 261. V. pure Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1204 che evidenzia come la norma riprende il principio affermato dalla giurisprudenza in relazione alla riassunzione innanzi al giudice competente ex art. 50 c.p.c.; Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, cit., 2327 che propone di estendere al caso di specie i principi elaborati in tema di mutamento di rito (ex art. 427 e 428 c.p.c.) per cui in tanto si applicheranno preclusioni in quanto contraddistinguono entrambi i riti, con la conseguenza che ove il giudice *ad quem* abbia preclusioni più blande, la parte si potrebbe giovare di tale regime più favorevole.

125 Osserva Consolo, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione*, cit., 766 che se il giudice *ad quem* può assumere prove che quello *a quo* non avrebbe potuto ammettere, si dovranno concedere alle parti nuove istanze nei termini previsti dalla giurisdizione di arrivo.

126 Problema posto immediatamente da Proto Pisani, *La riforma del processo civile: ancora una riforma a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, V, 221 ss., spec. 226. Mi pare ammissibile (se non addirittura necessaria) la proposizione della domanda di annullamento dell'atto amministrativo (o dell'atto impositivo) nel giudizio proseguito innanzi al g.a. (o al giudice tributario); domanda inizialmente non avanzata innanzi al g.o. in ragione dei limiti di cui agli artt. 4 e 5 della l. di abolizione del contenzioso del 1865; per analoghe considerazioni Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 260; v. anche Orofino, *Translatio iudicii e modifica della domanda*, cit., 59 ss., 67 ss. che evidenzia come si pone un problema anche di ragioni di contestazione dell'atto (essendo diverse le censure proponibili in caso di atto provvedimentoale – i classici vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere – e di atto paritario, quale ad esempio in materia di lavoro subordinato, contestabile in virtù di vizi negoziali o per ragioni civilistiche – buona fede, inadempimento, etc.).

davanti al giudice *ad quem* in relazione al rito applicabile: per il giudizio civile, citazione o ricorso, a seconda del modello previsto dal rito.

Ci si è posti il problema relativo al se, nel passaggio tra le giurisdizioni (con caratteristiche diverse) la domanda possa essere adeguata alle caratteristiche del giudice *ad quem*<sup>127</sup>: si è ipotizzato infatti che l'atto che determina la prosecuzione del giudizio vada diversamente regolato a seconda che debba essere proposto davanti ad un giudice la cui giurisdizione abbia o meno le stesse caratteristiche della prima, con la conseguenza che, laddove si passi da un giudizio di tipo impugnatorio ad un giudizio di cognizione sul rapporto o viceversa, l'atto di prosecuzione deve avere la forma di una riproposizione della domanda, con il necessario adattamento del *petitum*<sup>128</sup>; se, invece, il giudizio prosegue verso un processo con le stesse caratteristiche, allora l'atto di prosecuzione assume la forma di un atto di riassunzione<sup>129</sup>. Laddove l'attore non si sia limitato a tale adattamento (che mi pare consentito)<sup>130</sup>, ma abbia anche proposto ulteriori domande (magari consequenziali), con riguardo a queste ultime viene riconosciuta all'atto di riassunzione/prosecuzione natura propriamente introduttiva (con ogni conseguenza in tema di effetti sostanziali e preclusioni)<sup>131</sup>.

Resta il fatto che non sempre risulterà agevole comprendere – attese le differenze strutturali tra le giurisdizioni – se ci si trovi di fronte ad un mero adeguamento della domanda alle caratteristiche della giurisdizione di “approdo” o piuttosto una nuova domanda: in particolare, nei rapporti tra g.o. e g.a. una facilitazione a tale operazione dovrebbe riceversi dal continuo utilizzo del criterio del *petitum* sostanziale che consente di individuare la concreta situazione soggettiva dedotta in giudizio dall'attore/ricorrente e di conseguenza, nel riconoscere la giurisdizione competente, di consentire gli opportuni adattamenti del *petitum* immediato. Così non vi è dubbio che un corretto adeguamento si avrà quando, a fronte della revoca di una determinazione di assunzione di un pubblico impiegato, si passi dalla richiesta di accertamento della illegittimità della revoca e della sussistenza del rapporto prospettata innanzi al giudice civile (dichiaratosi carente di giurisdizione) ad una domanda di annullamento della predetta revoca innanzi al giudice amministrativo,<sup>132</sup> o ancora, in caso di giudizio per il pagamento di sovvenzioni oggetto di revoca, il passaggio dalla domanda di condanna (con accertamento dell'illegittimità della revoca) proposta innanzi al g.o., alla domanda di annullamento della revoca “riproposta” innanzi al g.a. sulla base dei medesimi motivi di censura<sup>133</sup>. Meno convincente è invece l'ipotesi – esaminata da una recente sentenza del Consiglio di Stato<sup>134</sup> – in cui proposta davanti al giudice civile un'azione risarcitoria di inadempimento, la stessa sia stata rigettata, con declinatoria, sull'assunto che il contratto non fosse stato ancora stipulato, sicché, innanzi al g.a., veniva proposta una domanda risarcitoria precontrattuale: impregiudicata ogni considerazione in relazione alla natura (fittiziamente) di rito e più propriamente di merito del rigetto da parte del giudice ordinario<sup>135</sup>, resta la sensazione che le situazioni soggettive dedotte in giudizio, anche utilizzando il criterio del *petitum* sostanziale, siano differenti (seppur proponibili con domande “complanari” all'interno dello stesso processo e nei limiti in cui lo stesso consenta la modifica della domanda)<sup>136</sup>.

127 In senso favorevole Consolo, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione*, cit., 765 che rileva che se non si consente alla parte di rimodulare la domanda, ben raramente quest'ultima farà ricorso alla *translatio*, nonché Trisorio Liuzzi, *Commento all'art. 59*, cit., 1221. V. anche Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 143 ss., spec. 181 ss. che ipotizza, con scetticismo, la proposizione di domande subordinate *double face*, ipotesi che non mi sentirei di escludere allorché la tutela riguardi situazioni giuridiche in materie di confine tra le due giurisdizioni: v. anche Orofino, *Translatio iudicii e modifica della domanda*, cit., 70 ss.

128 Trisorio Liuzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009*, n. 69, cit., 1221.

129 Così Cass., sez. Un., 15 dicembre 2016, n. 25837; Cass., sez. Un., 21 aprile 2011, n. 9130.

130 Così anche Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 260.

131 Cass., sez. Un., 22 luglio 2016, n. 15223. Si veda però ad esempio T.A.R. Umbria, 5 dicembre 2014, n. 605 che ha dichiarato parzialmente inammissibile la riassunzione riguardante domande nuove (nel caso di specie, accanto alla domanda per responsabilità precontrattuale già proposta innanzi al g.o. che aveva declinato la giurisdizione, era stata azionata innanzi al T.A.R. innanzi al quale il giudizio era stato riassunto anche una responsabilità di natura contrattuale).

132 V. in questo senso T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 30 gennaio 2014, n. 153, in *Foro it.*, 2014, III, 189.

133 Così T.A.R. Campania, Salerno, 27 ottobre 2015, n. 2257 che ha ritenuto ammissibile e fondato un motivo di censura del provvedimento di revoca già introdotto, seppur succintamente, innanzi al g.o.

134 Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2015, n. 781.

135 La situazione soggettiva dedotta in giudizio, anche ricorrendo al criterio del *petitum* sostanziale, era chiaramente un diritto soggettivo insorto dopo la stipulazione del contratto (che costituisce, anche oggi, il limite temporale della giurisdizione esclusiva), sicché la domanda, a seguito dell'accertamento che non era stato stipulato alcun contratto (neppure tacitamente), doveva rigettarsi nel merito, restando ferma la possibilità di agire, con azione risarcitoria precontrattuale per mancata stipula, innanzi al g.a.

136 V. però Consolo, *A proposito di Declinatoria di giurisdizione ed effetto conservativo del termine*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 332 ss., spec. 357 s. che ritiene ammissibile, in sede di *translatio*, la proposizione di domande complanari e esemplifica l'ipotesi in cui adito con una domanda risarcitoria di interesse legittimo il g.a. (il quale declini la giurisdizione a favore del g.o.), venga riproposta innanzi a quest'ultimo un'azione risarcitoria per lesione di diritto soggettivo. Nel caso di specie peraltro mi pare difficile riconoscere la proposizione di una domanda complanare, sibbene ricorrere, al più, un



Se l'adeguamento del *petitum* al diverso contesto giurisdizionale sembra ammissibile nei predetti termini, problemi maggiori sorgono con riguardo alla eventuale modifica/integrazione della *causa petendi*, tanto più che il termine di decadenza per l'impugnativa dell'atto (eventualmente fatto salvo dalla produzione retroattiva degli effetti tipici della domanda presentata innanzi alla giurisdizione, amministrativa, di approdo) è riferito anche ai motivi di ricorso, sicché spirato il termine non è consentito un allargamento del *thema decidendum*, ferma la possibilità di proporre, al ricorrere dei presupposti previsti dall'art. 43 c.p.a., motivi aggiunti<sup>137</sup>. Per comprendere la rilevanza della questione, basti pensare al diverso rilievo che determinate condotte del convenuto possono avere a seconda del tipo di giurisdizione adita; la violazione dell'interesse pubblico potrebbe non aver rilievo dal punto di vista civilistico e invece assumerne, *sub specie* di eccesso di potere, nel giudizio di annullamento. Così costituirà un inammissibile allargamento dell'oggetto del giudizio la deduzione, in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, di motivi ovvero di vizi del provvedimento diversi da quelli (quanto meno *in nuce*) prospettati innanzi al g.o., fatta salva sempre la possibilità per il giudice amministrativo di riquilibrare, *sub specie* di vizio di legittimità, con una certa elasticità<sup>138</sup>, circostanze di fatto allegiate dall'attore per ottenere, davanti al g.o., diverse conseguenze giuridiche: così, ad esempio, un comportamento qualificato innanzi a quest'ultimo quale in contrasto con la buona fede contrattuale, ben può trasformarsi, senza che ciò rappresenti inammissibile *mutatio*, in una censura di eccesso di potere. Resta come *extrema ratio*, la rimessione in termini (innanzi al g.a. per errore scusabile – v. art. 11 e 37 c.p.a.) a fronte di un errore sulla giurisdizione (e sulla correlativa richiesta di tutela) che appaia non imputabile, in ragione dell'incertezza (giustificata ad esempio da contrasti giurisprudenziali in seno ai plessi giurisdizionali e infine alle sezioni unite) del criterio di riparto nel caso di specie<sup>139</sup>; rimessione in termini che, nella sua configurazione meno estrema, potrebbe limitarsi a consentire una più ampia deduzione di motivi aggiunti davanti al g.a. ovvero, nelle ipotesi più incerte, potrebbe spingersi sino a consentire il superamento del termine decadenziale di 60 giorni per l'impugnativa<sup>140</sup>.

L'inosservanza del termine per la riassunzione/prosecuzione determina l'estinzione del processo<sup>141</sup>, da dichiararsi d'ufficio in occasione della prima udienza<sup>142</sup>, e conseguentemente è impedita la conservazione degli effetti sostanziali e processuali. Nel caso in cui il processo non sia neppure proseguito, tale impedimento alla conservazione degli effetti potrà essere a nostro avviso conosciuto *incidenter tantum* dal giudice innanzi al quale la situazione giuridica sia nuovamente dedotta in giudizio<sup>143</sup>.

Tornando all'"estinzione" per mancata riassunzione, si tratta di norma che lascerebbe intendere la sussistenza di una continua litispendenza (e non già l'avvio di un nuovo processo tramite proposizione della domanda

---

mero mutamento della qualificazione giuridica della situazione soggettiva lesa, restando identico peraltro il diritto risarcitorio oggetto del processo.

137 Orofino, *Translatio iudicii e modifica della domanda*, cit., 77.

138 Consolo, *A proposito di Declinatoria*, cit., 358 ritiene che in sede di *translatio*, pur dovendo rimanere fermo il *petitum* mediato e i fatti storici che individuino la situazione soggettiva, «se ne potranno aggiungere di nuovi, specie nel caso in cui si passi dal giudice civile al giudice amministrativo, e si faccia così questione di vizi dell'atto» per concludere che «una certa elasticità si rende indubbiamente necessaria, e proprio per la giusta constatazione per cui sottesa al meccanismo della *translatio* vi è una considerazione della domanda giudiziale in qualche modo più duttile ed elastica di quella cui da molti anni la processualciviltistica accede».

139 Osserva Consolo, *A proposito di Declinatoria*, cit., 343 che il meccanismo della retrodatazione degli effetti è parente stretto dell'errore scusabile che consente la rimessione in termini, con la particolarità che, con riguardo alla *translatio*, la scusabilità dell'errore non è rimessa al giudice ma è tipizzata dalla legge.

140 Orofino, *Translatio iudicii e modifica della domanda*, cit., 83 s. suggerisce di utilizzare un parametro non troppo severo nella concessione della rimessione in termini che potrebbe avere conseguenze tutto sommato in linea con il rispetto del principio di parità e rendere più efficace la *translatio*. V. anche Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1204: nel mutamento della giurisdizione si riconosceranno facilmente motivi per varie rimissioni in termini delle parti, in particolare con riguardo a quelle deduzioni che sarebbero state inammissibili innanzi al giudice della declinatoria. Cfr. anche Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, cit., 2325.

141 Secondo Ruffini, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, 216 la norma andrebbe riferita al termine assegnato dal giudice della declinatoria (e non già di quello di cui al comma 2 decorrente dal passaggio ingiudicato della sentenza), in coerenza con l'art. 307 c.p.c. che dispone l'estinzione del giudizio qualora la parte alla quale spetti riassumerlo o proseguirlo non vi abbiano provveduto nel termine perentorio stabilito dal giudice.

142 Secondo Menchini, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e translatio*, cit., 226 l'omesso rilievo dell'estinzione in occasione della prima udienza determinerebbe la prosecuzione del giudizio ma anche il venir meno dell'impedimento alla conservazione degli effetti della domanda; cfr. anche Battaglia, *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii*, cit., 98 per il quale la previsione non lascerebbe spazio ai dubbi in ordine al fatto che la prima udienza rappresenterebbe il limite temporale insuperabile per il rilievo officioso dell'estinzione; così anche Trisorio Liuzzi, *Commento all'art. 59 l. 18 giugno 2009, n. 69*, cit., 1224 e Gioia, *art. 59 l. 69/2009*, cit., 2326. La tesi non mi persuade, atteso che non pare sanabile a posteriori la già intervenuta – nel mondo sostanziale – caducazione degli effetti della domanda, collegata al mancato rispetto del termine trimestrale; fermo restando che il giudizio potrà proseguire quale *novum iudicium* sulla domanda riproposta: la norma sembra piuttosto un invito al giudice a procedere immediatamente alla dichiarazione di estinzione (*recte*, di dichiarazione che gli effetti sostanziali e processuali ricollegabili al tempo dell'originaria domanda non sono fatti salvi).

143 In senso parzialmente diverso Glendi, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni*, cit., 136 che ritiene ammissibile una riassunzione innanzi al giudice *ad quem* da parte della parte che via abbia interesse per ottenere la dichiarazione di caducazione degli effetti sostanziali e processuali.

successiva alla chiusura di quello innanzi al giudice *a quo*<sup>144</sup>. Peraltro, la disposizione – nella parte in cui impone la dichiarazione d'estinzione – ha un significato pratico soltanto se si ipotizzi la forma di una vera e propria riassunzione (che non abbia peraltro i requisiti di una autonoma domanda, neppure *per relationem* al precedente atto introduttivo). Appare comunque diseconomico – ferma la impedita salvezza degli effetti dell'originaria domanda e l'assenza del vincolo per le parti sulla giurisdizione – imporre alla parte (che abbia ri-proposto una domanda con tutti i crismi) di subire la dichiarazione di estinzione e costringerla a riproporre, nuovamente, la medesima domanda. A mio avviso, sarebbe maggiormente razionale applicare la conversione dell'atto di riassunzione (che ne abbia tutti i requisiti) in un nuovo atto introduttivo<sup>145</sup> e consentire così la prosecuzione del processo tardivamente riassunto, che potrà essere considerato, a tutti gli effetti, un nuovo giudizio<sup>146</sup>.

L'instaurazione di un nuovo processo<sup>147</sup>, se da un lato non consente di far salvi gli effetti dell'originaria domanda – il che potrà rilevare ove siano maturati *medio tempore* fatti estintivi (ovvero, tipicamente la prescrizione)<sup>148</sup> – dall'altro lato consente alla parte di svincolarsi sia dall'efficacia preclusiva della declinatoria sia, soprattutto, dalle preclusioni maturate nel precedente giudizio; il che dovrebbe rendere la scelta a favore della *translatio* non sempre scontata.

Non direttamente incidenti sul tema oggetto del presente contributo sono le questioni relative all'efficacia probatoria delle prove assunte nella giurisdizione *a quo* e gli effetti della declinatoria sui provvedimenti cautelari, per il che ci si permette di rinviare ai contributi citati in nota.

6. – Siamo giunti alle conclusioni di questo contributo e dobbiamo rispondere alla domanda relativa a quale efficacia ha la sentenza che pronuncia sui limiti interni alla giurisdizione del giudice ordinario.

Si è visto che tale decisione è tradizionalmente qualificata come sentenza a contenuto processuale e perciò, ordinariamente, priva dell'attitudine a produrre effetti di accertamento in altri processi ovvero effetti di giudicato sostanziale.

È noto peraltro che per la dottrina maggioritaria<sup>149</sup>, seguita dalla giurisprudenza della Suprema Corte, il nostro ordinamento, recependo la teorica chiovendiana<sup>150</sup>, riconosce efficacia di giudicato sostanziale, o comunque efficacia extraprocessuale, alle sole sentenze di merito, a quelle sentenze che si pronunciano, accertandola,

144 La norma infatti è criticata da chi ritiene che il giudizio innanzi al giudice *a quo* non possa estinguersi, perché è già chiuso con la pronuncia declinatoria: così Ricci E.F., *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione*, cit., 1541 che non a caso parla di norma che «il legislatore ci manda da tutt'altro cielo» e Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma*, cit., 1303 che evidenzia la contraddizione del legislatore che, dopo aver detto che l'atto sanante consiste in una nuova domanda, vede poi in questa solo un atto di prosecuzione del processo originariamente pendente. Parimenti opera distinguo chi (Verde G., *Diritto processuale civile*, I., cit., 43) ipotizza che si debba differenziare tra proposizione della domanda a seguito di una declinatoria immutabile, nel qual caso il secondo giudice non deve dichiarare l'estinzione di un processo già chiuso, ma solo dare atto dell'intempestività della domanda, non idonea al salvataggio degli effetti della domanda, e tra riassunzione a seguito di declinatoria non ancora passata in giudicato, laddove il giudice potrà propriamente dichiarare l'estinzione del primo processo (e ancora una volta dare atto che la salvezza degli effetti non si è verificata). La norma è invece valorizzata da chi (ad es., Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 257, 262 s.) ritiene che da essa si desuma l'intenzione del legislatore di prevedere una vera e propria prosecuzione del giudizio originario.

145 Così Cipriani, *La translatio iudicii tra giurisdizioni*, cit., 253.

146 Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma*, cit., 1303 ritiene che non si vedono ragioni per le quali il processo innanzi al giudice *ad quem* debba estinguersi, fermo che non si produrrà la retrodatazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda e il vincolo per le parti sulla giurisdizione; così anche Ricci E.F., *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione*, cit., 1542, nonché Battaglia, *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii*, cit., 9; v. pure Giussani, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 1198. In senso contrario Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 263 che consente però la riproposizione, sempre che non si siano verificati fenomeni di estinzione del diritto o dell'azione.

147 Che Menchini, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 263 ritiene ammissibile solo decorso il termine trimestrale dal passaggio in giudicato della sentenza sulla giurisdizione, altrimenti operando come impedimento la litispendenza. Cfr. anche Monteleone, *Difetto di giurisdizione e prosecuzione*, cit., 281 che, se ben comprendo, ritiene che la riproposizione della domanda fuori termini sia irricevibile.

148 Il problema si pone concretamente se: (a) si ritiene che con la sentenza declinatoria di giurisdizione venga meno *ab origine* l'effetto interruttivo permanente o sospensivo della prescrizione, cosa che non è affatto scontata, non potendosi equiparare la declinatoria ad una pronuncia di estinzione (v. comunque Cass., sez. I, 11 giugno 2007, n. 13662 che ha correttamente ritenuto conservarsi l'effetto interruttivo permanente anche in caso di definizione del giudizio in rito, con una declinatoria di giurisdizione); (b) il nuovo processo è avviato oltre il termine sostanziale di prescrizione/decadenza decorrente dal passaggio in giudicato della declinatoria (che determina l'esaurirsi della litispendenza e con ciò dell'effetto interruttivo permanente di cui all'art. 2945 c.c.). Occorre un *caveat* relativo al fatto che, a fronte dell'art. 59 che, come visto, prevede l'estinzione del giudizio e perdita degli effetti sostanziali, possa essere oggetto di ripensamento l'affermazione che l'effetto interruttivo permanente si conserva anche in caso di declinatoria: quanto meno con riguardo al difetto di giurisdizione nei confronti dei giudici speciali, si potrebbe ipotizzare che il legislatore abbia inteso imporre alla parte una tempestiva riassunzione per mantenere (anche) tale effetto sostanziale, con la conseguenza che la declinatoria di giurisdizione non seguita da una tempestiva riassunzione determini la perdita dell'effetto interruttivo permanente (in coerenza con l'art. 2945, comma 3, c.c. che, in caso di estinzione, fa salvo solo l'effetto interruttivo istantaneo).

149 V. ad esempio Garbagnati, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 257 ss., spec. 276; Montesano, *In tema di accertamento incidentale e limiti del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 329 ss. nonché gli autori citati nelle note che seguono.

150 V. Montesano, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 17 ss., spec. 21 s. il quale sottolinea come tale ricezione si giustifica in quanto sia divenuta regola positiva l'idea-cardine del sistema chiovendiano, la quale identifica l'oggetto del giudicato con il bene di diritto sostanziale che è assicurato dal definitivo accoglimento o rigetto della domanda (cfr. Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, 1993 (ristampa), 231 ss., spec. 267 ss.).

sull'esistenza o inesistenza di una situazione giuridica di diritto soggettivo, mentre le sentenze con contenuto processuale, per il loro stesso oggetto, limitato all'ammissibilità/inammissibilità di quel concreto processo ovvero al dovere del giudice di pronunciarsi nel merito in relazione alla domanda proposta, non sono in grado di esplicare alcuna efficacia al di fuori del procedimento in occasione del quale sono state emanate<sup>151</sup>.

Il principio di cui sopra si ricava tradizionalmente, da un lato dall'art. 310 c.p.c., norma che, per il caso di estinzione del giudizio, esclude dalla generale inefficacia soltanto le «sentenze di merito pronunciate nel corso del processo e quelle che regolano la competenza», presupponendo pertanto che le sentenze a contenuto processuale siano invece colpite dalla predetta inefficacia<sup>152</sup>, dall'altro lato dall'analisi del contenuto delle sentenze processuali le quali, appunto, avendo ad oggetto l'accertamento del dovere decisorio del giudice nel merito in relazione a quel determinato processo<sup>153</sup> e più in generale sull'ammissibilità del procedimento<sup>154</sup>, non sono in grado di esplicare alcun effetto al di fuori del procedimento dal quale traggono origine.

Sotto tale ultimo profilo l'inettitudine della sentenza sul processo ad acquisire efficacia di giudicato sostanziale discende quindi proprio dalla sua strutturale inidoneità ad essere invocata in ulteriori procedimenti, al contrario della sentenza di merito la quale, laddove definisce l'esistenza/inesistenza di una situazione sostanziale è in grado di proiettare la propria efficacia di accertamento, ad ogni effetto, sulle situazioni sostanziali che dalla stessa dipendono.

A tale tradizionale ricostruzione si è, talvolta, opposta nel passato la Corte di Cassazione, la quale ha riconosciuto anche alla statuizione (addirittura implicita) sulla giurisdizione contenuta in una sentenza di merito efficacia di giudicato sostanziale o comunque «panprocessuale» con riguardo a giudizi che abbiano ad oggetto o lo stesso diritto<sup>155</sup> (evenienza improbabile e che al più dovrebbe impedire il rilievo officioso del difetto di giurisdizione o applicarsi nel remoto caso in cui la sentenza di merito sia non definitiva) o addirittura anche solo lo stesso rapporto<sup>156</sup> e quindi, potenzialmente, anche in relazione a diritti sostanziali

- 151 Anche chi ritiene ipotizzabile un'efficacia di giudicato sostanziale (o meglio di immutabilità degli effetti) delle sentenze sul processo, ed in particolare sulla giurisdizione, è costretto poi ad affermare che l'effetto proprio di tale giudicato sarebbe operante soltanto in relazione ad un'identica domanda proposta davanti al medesimo giudice che ha pronunciato la precedente sentenza (v. Ferri C., *In tema di giudicato sulla giurisdizione*, cit.; 359; Ferri C., *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 419 ss., spec. 439 s. nonché Fornaciari, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, Milano, 1996, 45 ss. in nota) con ciò evidenziando una fondamentale differenza con il giudicato sostanziale che è invocabile anche in relazione a diritti dipendenti da quello deciso dalla sentenza di merito inoppugnabile. Peraltro C. Ferri ha mutato parzialmente la sua opinione in Ferri C., *Note in tema di pronunce sulla giurisdizione*, cit., 130 ritenendo sufficiente l'identità della domanda. V. anche Arieta, *La sentenza sulla competenza. Struttura, efficacia e stabilità*, Padova, 1990, 345 ss. che pur attribuendo alla sentenza sulla competenza un'efficacia extraprocessuale derivante dall'irrettrabilità della decisione da parte del giudice che l'ha emanata, riconosce che tale efficacia è in grado esclusivamente di precludere un nuovo giudizio sulla sussistenza della competenza in ordine alla medesima domanda da parte dello stesso giudice, ma non è in grado di vincolare giudici diversi.
- 152 In questo senso ad esempio Menchini, voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civile*, XVI, Torino, 1997, 404 ss., spec. 419; Saletti, voce *Estinzione del processo. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma 1989, 13; Montanari, *L'efficacia delle sentenze non definitive su questioni preliminari di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 392 ss., spec. 418; Vaccarella, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 341 ss.
- 153 Sottolinea l'incompatibilità di un'efficacia extraprocessuale delle sentenze di rito con l'irripetibilità del processo Satta S., Punzi, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 210 nt. 27. Cfr. già Allorio, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, 246 ss., spec. 254 nt. 3 secondo il quale le sentenze processuali conterrebbero l'accertamento di situazioni «essenzialmente effimere, legate all'atmosfera in cui vennero in essere». Cfr. poi Consolo, *Il cumulo condizionale di domande. I*, cit., 234 ss., 237 ss., il quale, muovendo dall'individuazione di un oggetto processuale consistente nella questione relativa alla sussistenza del dovere processuale del giudice di decidere sul merito di quella determinata controversia, dovere rispetto al quale i singoli presupposti processuali costituiscono mere questioni pregiudiziali, rileva che le sentenze di rito sono inesorabilmente destinate a vedere confinata la loro rilevanza al giudizio che concludono ed al giudice che le ha emanate, non potendo l'accertamento del predetto dovere rilevare in altri processi, laddove invece si potrebbe semplicemente riproporre la medesima questione pregiudiziale, oggetto però di mera cognizione e non di accertamento da parte del precedente giudice. V. pure Laudisa, *La sentenza processuale*, cit., 188 ss. che rileva inoltre che la sentenza processuale, accertando soltanto il potere-dovere del giudice di giudicare la lite nel merito, non attribuirebbe alcun bene apprezzabile nella vita al di fuori del processo, sicché tale pronuncia esaurirebbe in esso e con esso i suoi effetti. Cfr. anche Arieta, *La sentenza sulla competenza*, cit., 338 ss., anche se poi l'autore riconosce alla sentenza sulla competenza un'efficacia preclusiva nel caso in cui sia proposta innanzi al medesimo giudice la medesima causa in relazione alla quale si sia già pronunciato sulla competenza con sentenza passata in giudicato formale.
- 154 In senso contrario alla ricostruzione dell'oggetto di accertamento nelle sentenze processuali nei termini di ammissibilità della domanda proposta cfr. però Turrone, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, 169 ss. il quale evidenzia che le sentenze di rito deciderebbero esclusivamente della sussistenza/insussistenza di singole questioni pregiudiziali attinenti ai presupposti processuali.
- 155 Cass., sez. Un. 17 luglio 2008, n. 19600 in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1027, con nota critica di Villata S.A., *Efficacia «panprocessuale» della pronuncia implicita sulla giurisdizione contenuta in sentenza di merito passata in giudicato?*, che cita, quali precedenti conformi, Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 14546; 30 marzo 2004, n. 6673; gennaio 2005, n. 1621; 12 marzo n. 5184; 19 novembre 1999, n. 802; 1 settembre 1999, n. 605. Il principio risulta invocato, tralasciamente, anche di recente, pur dopo l'approvazione della l. 69 del 2009: v. ad es., Cass., sez. Un., 2 marzo 2018, n. 4997 e Cass., sez. Un., 13 ottobre 2011, n. 21065 (con riguardo ad una domanda, sostanzialmente identica ad altra precedente, riguardante l'assunzione nel pubblico impiego già rigettata dal g.o. nel merito)
- 156 Così Cass., sez. Un., 27 ottobre 2014, n. 22745: «il passaggio in cosa giudicata di una pronuncia del giudice ordinario, ovvero del giudice amministrativo, recante statuizioni sul merito di una pretesa attinente ad un determinato rapporto, estende i suoi effetti al presupposto della sussistenza della giurisdizione di detto giudice su tale rapporto, indipendentemente dal fatto che essa sia stata o meno oggetto di esplicita declaratoria e, quindi, osta a che la giurisdizione di quel giudice possa essere contestata in successive controversie fra le stesse parti aventi titolo nel medesimo rapporto davanti a un giudice diverso, avendo il giudicato esterno la medesima autorità di quello interno, in quanto corrispondono entrambi all'unica finalità dell'eliminazione dell'incertezza dette situazioni giuridiche e della stabilità delle decisioni». Nel caso di specie, la domanda inizialmente proposta innanzi al g.a. con riguardo alla revoca di contributi (per false autocertificazioni) era stata dichiarata inammissibile da quest'ultimo per omessa impugnativa

dipendenti<sup>157</sup>.

Costituisce poi dato comunemente condiviso che le sentenze della Suprema Corte in tema di giurisdizione abbiano «efficacia panprocessuale»<sup>158</sup>: tale efficacia è stata inizialmente elaborata per sistematizzare e differenziare gli effetti delle sentenze (della Suprema Corte) che regolano la competenza – che si sottraggono alla generale caducazione prevista dall'art. 310 c.p.c. in caso di estinzione del giudizio per le sentenze processuali – dal giudicato sostanziale. Ed infatti, l'efficacia panprocessuale ha la caratteristica di vincolare i giudizi successivi, solo con riguardo alla riproposizione della medesima domanda<sup>159</sup>, a differenza della sentenza di merito che può essere invocata in processi che abbiano ad oggetto diritti soggettivi diversi, ma connessi a quello pregiudicato, per dipendenza sostanziale.

Le sentenze emanate dalla Corte di cassazione in sede di regolamento di competenza sono quindi eccezionalmente in grado di sopravvivere all'estinzione del giudizio e vincolano, in relazione alla questione decisa, i successivi giudici che siamo chiamati a pronunciarsi sulla medesima situazione sostanziale. Tale singolare efficacia è stata dai più giustificata in base alla posizione della Suprema Corte quale organo di vertice della giurisdizione ordinaria e organo regolatore della competenza<sup>160</sup>. Da qui, il passo è stato breve, per riconoscere anche alle sentenze della Corte di Cassazione pronunciate in sede di regolamento di giurisdizione la medesima efficacia, in quanto appunto sentenze pronunciate dall'organo regolatore dei conflitti di giurisdizione (v. art. 65 l. ord. giud.<sup>161</sup>) che su tale questione statuisce<sup>162</sup>, come indica l'art. 382, comma 1, c.p.c., e poi anche alle pronunce della Cassazione sulle questioni di giurisdizione (non contenendo il predetto art. 382 alcuna distinzione in ordine alla sede – regolamento o ricorso ordinario – nella quale avviene la statuizione)<sup>163</sup>.

Su questo quadro interpretativo è intervenuto l'art. 59 l. 69 del 2009 che, come visto, disciplina il vincolo delle parti (ed eventuale del giudice) alla pronuncia di altra giurisdizione, passata in giudicato, che declini la *potestas iudicandi*: la norma dimostra certamente che la questione di giurisdizione è riproducibile innanzi ad altro giudice (e con riguardo alla medesima domanda)<sup>164</sup>. Non solo, ma, come visto, la sentenza declinatoria obbliga il giudice *ad quem* che si voglia svincolare dalla relativa statuizione a investire della questione di giurisdizione le Sezioni Unite con il regolamento c.d. d'ufficio, il che, *a contrario*, conferma che anche la decisione del giudice del merito passata in giudicato, oltre a vincolare le parti, produce degli effetti giuridici, quanto meno di preclusione, innanzi ad altro giudice in relazione alla medesima domanda, tant'è che, anche ove quest'ultimo intenda dissentire, si vede costretto a attivare il regolamento di giurisdizione d'ufficio e motivare la sua presa di posizione in contrapposizione a quanto deciso dal primo giudice; ove il regolamento non venga sollevato, il giudice è poi tenuto ad uniformarsi a quanto deciso dal primo<sup>165</sup>. Resta il fatto che non mi pare qui potersi parlare di efficacia di giudicato, sibbene di una preclusione che si forma all'interno dell'unitaria litispendenza a ridiscutere della questione di giurisdizione a seguito dell'omessa attivazione, nella prima udienza, del regolamento di giurisdizione d'ufficio; il che pare contrastare con quella giurisprudenza che continua a ritenere che la decisione (implicita o esplicita) contenuta in una sentenza di merito, ove passata in giudicato formale, è idonea a vincolare anche successive iniziative giudiziali aventi

dell'atto presupposto: a seguito di tale rigetto, l'attore si rivolgeva al giudice civile per accertare che la pretesa di restituzione dei contributi era prescritta.

157 Per qualche spunto nel senso della riproducibilità della questione di giurisdizione in successivi giudizi e perciò del riconoscimento dell'efficacia di giudicato anche alle pronunce sulla giurisdizione provenienti dai giudici di merito, Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 263 s.

158 Denominazione adottata, come noto, da Redenti, *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, I, 257 ss., spec. 258 e s. Di efficacia paraprocessuale parla Proto Pisani, *In tema di giudicato interno, giudicato esterno e preclusione*, in *Foro it.*, 1986, I, 3009 ss., spec. 3010.

159 V. ad esempio Menchini, voce *Regiudicata civile*, cit., 419.

160 V. ad es. Montesano, *Sull'efficacia panprocessuale delle sentenze civili di Cassazione*, in *Temi*, 1971, 739 ss.

161 Norma che attribuisce alla Cassazione la funzione di assicurare il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni.

162 V. ex multis Franchi, *Giurisdizione italiana e cosa giudicata*, Padova 1967, 44 s.; Ferri C., *Estinzione del processo ed efficacia delle sentenze regolatrici della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1973, 134 ss., spec. 143 s.; Ferri C., *Note in tema di pronunce sulla giurisdizione*, cit., 101; Consolo, *Il cumulo condizionale di domande. I*, Padova, 1985, 291 nt. 200 (il quale rileva che eccezionalmente l'accertamento della Suprema Corte avrebbe ad oggetto, non già il dovere decisorio di decidere il merito, ma direttamente la questione di giurisdizione); Vaccarella, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, cit., 354; Cipriani, *Il regolamento di giurisdizione*, cit., 167.

163 V. al riguardo Proto Pisani, *In tema di giudicato interno, giudicato esterno e preclusione*, cit., 3009.

164 Così Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 264 s.

165 Per queste considerazioni v. Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 272 che osserva poi come la sentenza affermativa della giurisdizione non è invece vincolante nei confronti del giudice appartenente ad altro organo giurisdizionale.

ad oggetto lo stesso diritto o rapporto giuridico: mi sembra che oggi tale orientamento sia stato definitivamente messo fuori campo, ad eccezione delle ipotesi di sentenza non definitiva/parziale emessa all'interno del processo, il cui passaggio in giudicato determina una preclusione interna a ridiscutere della questione di giurisdizione in ordine alle situazioni giuridiche dedotte in giudizio.

Quanto agli effetti della decisione della Corte di cassazione sulle questioni di giurisdizione l'art. 59, comma 1, l. 69/2009 prevede che la stessa, resa dalle sezioni unite, è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo, dando così definitivo riconoscimento legislativo all'efficacia pan-processuale (con le già viste questioni relative all'estensione o meno della detta efficacia anche alle pronunce sulla giurisdizione emesse, ex art. 374 c.p.c., dalle sezioni semplici).

In caso di riparto tra giudice ordinario e giudici speciali, la pronuncia della Cassazione vincolerà parti e giudici anche in relazione alla qualificazione giuridica della situazione soggettiva dedotta in giudizio<sup>166</sup>: ciò vale a dire che il giudice non potrà ad esempio rigettare la domanda perché ritiene sussistente una diversa situazione giuridica<sup>167</sup>. La decisione sulla giurisdizione si basa però su una riconduzione in astratto della fattispecie alla specifica situazione giuridica<sup>168</sup>, ma, come ben chiarisce l'art. 386 c.p.c., non pregiudica le questioni relative alla pertinenza del diritto, sicché ben potrà il giudice munito di *potestas iudicandi* rigettare nel merito la domanda perché la fattispecie sostanziale non risulta in concreto integrata<sup>169</sup>.

Ancora più incisiva è l'efficacia della sentenza passata in giudicato, anche pronunciata da parte del giudice del merito, che dichiara il difetto di giurisdizione per la sussistenza di altro potere dello stato/improponibilità assoluta della domanda. Si è visto infatti nel secondo paragrafo del presente lavoro che la pronuncia declinatoria per insussistenza di potere giurisdizionale in capo ai giudici viene usualmente assimilata ad una decisione di merito, idonea al giudicato sostanziale<sup>170</sup>, e quindi a precludere, salvo mutamenti di fatto (o di diritto, attraverso il riconoscimento retroattivo della tutelabilità della situazione in capo all'attore), la riproposizione della medesima domanda.

La prospettiva che sembrava trovare il favore dell'Autrice qui onorata trova quindi sostanziale conferma: anche le sentenze processuali, nonostante il loro oggetto limitato, ed in particolare la sentenza sulla giurisdizione, appaiono idonee a produrre effetti vincolanti in successivi giudizi, a precludere in altri termini al giudice successivo l'esame *ex novo* ed illibato di determinate questioni impediienti.

Se con la cosa giudicata sostanziale ci si riferisce alla stabile (perché immutabile) attribuzione di un bene della vita del diritto sostanziale alla parte vittoriosa, mi pare evidente che la stessa sia qui fuori campo: ma ove invece si allarghi la prospettiva e si consideri che l'essenza del giudicato consiste nella dichiarazione vincolante (ed appunto immutabile) di una regola di diritto, anche processuale, applicata ad un caso concreto, tale per cui il giudice successivo, chiamato a pronunciarsi in relazione al medesimo evento della vita e con riguardo ad analoghi effetti, deve rispettare la portata precettiva di tale regola e conformarsi ad essa, parlare di giudicato con riguardo a sentenze sulla giurisdizione non appare a chi scrive, nell'odierno contesto anche normativo, un fuor d'opera.

166 Così Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 176 ove anche ulteriori riferimenti. V. anche Gasperini, *Il sindacato della cassazione sulla giurisdizione*, cit., 350 ss., 355 ss. che distingue a seconda che la decisione sulla giurisdizione da parte della S.C. sia intervenuta a seguito di regolamento preventivo di giurisdizione (e oggi anche d'ufficio) *in limine litis*, in assenza di attività istruttoria, e decisione della S.C. ad esito del ricorso ex art. 360 nr. 1 c.p.c., che abbia consentito alla Corte di decidere in base all'attività istruttoria svolta dal giudice del merito. Nel primo caso, sarebbe possibile per il giudice *a quo* ritenere, ad esito della sua cognizione piena, inesistente il fatto ritenuto invece sussistente dalla S.C. ai fini della statuizione sulla giurisdizione

167 Così Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 181.

168 Così Gioia, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 175.

169 V. Ferri C., *Note in tema di pronunce sulla giurisdizione*, cit., 69 ss.

170 Montesano, *Processo civile e pubblica amministrazione*, cit., 216 ss.; Zingales, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione*, cit., 185; Gasperini, *Il sindacato della Cassazione*, cit., 150. Cfr. anche gli autori citati alla precedente nota 62.

# ACCIONES COLECTIVAS: LEGITIMACIÓN Y COSA JUZGADA EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

**Teresa Armenta Deu**  
Catedrática de Derecho Procesal  
Universidad de Girona

## INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Desde finales del siglo pasado y en progresión creciente se ha transitado de una situación en la que predominaban las relaciones jurídicas singularizadas y aisladas entre sí, a otra donde predominan relaciones jurídicas masivas que afectan a un amplio conjunto de personas, a lo que se ha unido el desarrollo de los derechos supraindividuales y la necesidad de incrementar su protección. El derecho de consumo es un buen ejemplo aunque no el único, desde luego.

En un planteamiento prestado, las relaciones jurídicas “inter privados” se han fragmentado, en un lado activo (poder) y en un lado pasivo (deber), pudiendo estar integrado el lado activo por derechos subjetivos, potestades y lo que algunos autores denominan “situaciones secundarias”<sup>2</sup>, entre las que se encontrarían los intereses difusos. Los intereses difusos aparecen, así, como intereses tutelados no susceptibles de disfrute exclusivamente individual, es decir, sin un titular exclusivo, nacidos por la socialización de la contratación, la conciencia de los ciudadanos de estar asistidos de mayores derechos o el incremento de sectores comunitarios sucesivamente más amplios<sup>3</sup>.

Al desarrollo de las nuevas situaciones jurídicas citadas corresponde la protección de los intereses supraindividuales en el proceso civil tradicional, tutela ciertamente limitada y centrada en reconocer un poder de oficio del tribunal para proteger los límites a la autonomía de la voluntad, que aunque no pudiera declarar la nulidad, sí podría resolver desconociendo la validez de los actos o contratos que infringían aquellos límites o llegar incluso a declarar la citada nulidad. Facultad a la que se añadieron el reconocimiento al Ministerio Fiscal del carácter de portavoz de los citados intereses, y finalmente, la legitimación plural y la atribución de legitimación a personas o entidades diferentes a los titulares de la relación jurídica litigiosa. La irrupción y progresivo desarrollo de los intereses supraindividuales ha puesto de relieve la insuficiencia del citado tratamiento abriendo un cúmulo de situaciones diferentes cuyas línea divisoria debe trazarse en atención a categorías concretas. Así sucede, por ejemplo, con los derechos subjetivos públicos y los derechos subjetivos colectivos, correspondiendo los primeros a los que implican un poder individual que se materializa en aquellos de los que son titular una persona frente al Estado o las Administraciones públicas, y que quedan fuera del ámbito del derecho privado. En tanto los segundos, debido a su diferenciación entre intereses difusos y derechos subjetivos colectivos, exige contemplar la existencia de sujetos de derechos de carácter colectivo que actúan en el tráfico jurídico como centro de imputación jurídica y son titulares «per se» de derechos subjetivos<sup>4</sup>.

En resumen y siempre desde un punto de vista general, la tutela colectiva, aparece como una alternativa que reconoce derechos que no pertenecen a una persona en concreto, cuya titularidad y legitimación no

---

1 Este trabajo se publica en homenaje a la profesora Ada Pellegrini Grinover, con mi agradecimiento por su amistad, sus enseñanzas y lo que me hizo reír. Hasta siempre Ada. Su redacción se ha realizado con la Ayuda de la Fundación Privada Serra Domínguez, Convocatoria 2017. Concorre con el disfrute del I+D (referencia DER2017-82146-P) y de la Ayuda para la mejora de la productividad científica de los grupos de investigación (MPC UdG 2016).

2 A, LOPEZ LÓPEZ, “El lado activo de la relación jurídica” en “Derecho civil. Parte General”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 305.

3 SANCHEZ CONZÁLEZ, M.Paz, “Los intereses difusos bajo la óptica del derecho civil”, ponencia presentada a las Jornadas sobre “Los intereses colectivos: representación y defensa ante la administración y los tribunales. las “otras” legitimaciones», cit.pdp, n.1.

4 SANCHEZ GONZALEZ,M.P, ob.cit.loc.cit. Quien cita el supuesto del art. 38,1 CC.

corresponde al par que se cita en el artículo 10,1 LEC, cuando se reconoce legitimación a quien se afirma titular de una situación jurídica concreta, abriendo indefectiblemente un amplio abanico de cuestiones que deben encontrar acomodo en un derecho procesal basado en la protección individual de los derechos.

Por otra parte, y atendiendo ahora a una segunda perspectiva, la incorporación de las acciones colectivas ha abierto un nuevo frente en el derecho procesal, hasta entonces articulado en torno a la relación entre un derecho o pretensión y una resolución con cosa juzgada, comprendiendo la acumulación de acciones y de procesos. En este contexto, las principales cuestiones a las que debe atender su configuración es la de un derecho cuya titularidad no corresponde en exclusiva a ninguno de los titulares del colectivo, sino a “la clase”; circunstancia que abre los siguientes interrogantes: ¿Cómo adecuar la estructura de un proceso bipolar, con un objeto del proceso delimitado objetiva y subjetivamente y sobre el que se ciñe el ámbito de la cosa juzgada como garantía de seguridad jurídica, a la incorporación, entre otras cuestiones, de un alto número de reclamaciones pequeñas para cuya tutela el coste del acceso a la justicia puede resultar desproporcionado? ¿Cómo se justifica la quiebra de principios tan sólidamente asentados como: «sólo debe comparecer en juicio quien resulte identificable», «la demanda debe dirigirse frente a aquél de quien pueden predicarse los efectos del proceso» o «sólo debe demandarse a quien esté en condiciones de arrostrar las consecuencias que se deriven del proceso»?

Planteadas las cosas así las cosas, resulta claro que junto a los problemas tradicionales que ha debido solventar el proceso, las acciones colectivas abren un nuevo frente, focalizado esta vez en el elemento subjetivo, aunque no sólo.

## I. ALGUNAS ACLARACIONES PREVIAS

A la hora de acometer cualquier análisis de las acciones colectivas, su complejidad intrínseca, incrementada por la pluralidad de las mismas y su insuficiente regulación legal, conduce inevitablemente a establecer un mínimo de lo que podríamos denominar “conceptos comúnmente aceptados”, con independencia de eventuales discrepancias o necesidades de posteriores matices. Convengamos, por tanto, y cuando menos inicialmente en los siguientes asertos.

La *acción colectiva* requiere actuar para proteger un derecho o interés que pertenece a un grupo de personas, de manera que la sentencia que se obtenga obligará al grupo como un todo. La aparición de derechos que no pertenecen a nadie en concreto (medio ambiente), o que pertenecen a un grupo como tal (consumo) obliga a prever la existencia de acciones que los tutelen, al que igual a determinados intereses, cuyo desarrollo se ha admitido con más flexibilidad que la de los derechos, diferenciando entre múltiples clasificaciones, de entre la que partiremos de aquella que discrimina entre:

- a. *Intereses supraindividuales*, como aquellos que pertenecen a una comunidad social que ostenta su titularidad; son esencialmente indivisibles y de origen común propiciando una tutela procesal colectiva. Categoría procesal surgen cuando se entabla una acción colectiva en defensa“, de todos los afectados, generalmente por un hecho dañoso, sustanciándose como una unidad. La legitimación podría ser ejercitada por cualquier miembro pero la ley ha otorgado legitimación en tales casos a asociaciones o grupos, de manera que estas comparecen sin ser titulares de un derecho, ni actuar en representación, a partir de una legitimación extraordinaria “ex lege”<sup>5</sup>.
- b. *Intereses plurindividuales*, como aquellos relativos a derechos subjetivos cuya titularidad recae sobre cada uno de los sujetos afectados y que admiten asimismo un tratamiento colectivo, no por dicha titularidad, sino debido a la magnitud de los afectados o al carácter de la infracción<sup>6</sup>. Su carácter es divisible y su ejercicio conjunto obedece a aspectos circunstanciales como un daño de origen común o el elevado número de afectados, que en caso de “small claims” no justifica el coste del proceso, y en el de las “big claims” busca evitar pronunciamientos contradictorios. Se trata también de una categoría procesal que surge al interponer

5 La indeterminación forma parte de la esencia de este tipo de intereses, en tanto el vínculo no es jurídico sino que proviene de una situación común y contingente, como el ser consumidor de un determinado producto o destinatario de una campaña de publicidad. J. MONTERO AROCA, (1996) “Personalidad y legitimación” en “Ensayos de derecho procesal”, Bosch, p. 306

6 M.J.SANDE MAYO, (2018) “Las acciones colectivas en defensa de los consumidores”, Thomson. Aranzadi, pp. 60ss.

la acción en defensa “de todos” los afectados a partir de la legitimación legal reconocida<sup>7</sup>. Este fenómeno, al que algún autor niega el carácter de “acciones colectivas”, era según el mismo el que pretendía regularse en la reforma del 2000 en supuestos de daños en masa a consumidores<sup>8</sup>.

El criterio de la LEC que diferencia, como sabemos entre “intereses colectivos” para referirse a aquellos cuyos sujetos son o pueden ser determinados; e “intereses difusos”, cuando se trata de sujetos indeterminados, no resulta útil al referirnos a los intereses supraindividuales, como lo pone de manifiesto la acción de cesación, operando, sin embargo, en el caso de los intereses plurindividuales a efectos de quienes resultarán legitimados, del sistema de publicidad e intervención, de la sentencia y sus efectos y de la ejecución<sup>9</sup>. Por otra parte, la distinción del art. 11, 2 y 3 LEC entre “intereses colectivos” e “intereses difusos” se acompaña del inciso “ser perjudicados por un hecho dañoso”, circunstancia que conduce a entender que se está haciendo referencia únicamente a intereses individuales plurales, por ser éstos los únicos que reclaman una tutela reparadora individualizada<sup>10</sup>. En todo caso, tras la trasposición de la Directiva 98/27/CE por Ley 39/2002, de 28 de octubre, hoy Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los consumidores, se advierte el error de utilizar para la acción de cesación la expresión conjunta “intereses colectivos y difusos” equiparándolos pese a su diferente naturaleza<sup>11</sup>.

## II. SOBRE LA LEGITIMACIÓN

A tenor del artículo 10,1 LEC la legitimación es la afirmación de la titularidad de un derecho propio, que en el caso del 10,2 se afirma proviene de otro titular a quien la ley permite sustituir. En general, y también en cuanto a la tutela específica en las acciones colectivas, la legitimación resulta íntimamente conectada con los efectos de la sentencia. De hecho, en el caso de los intereses supraindividuales la resolución que ponga fin al proceso afectará a la comunidad o grupo en su conjunto; mientras que en el caso de intereses supraindividuales y en línea de principio, afectará a los titulares de los intereses tutelados que no se hayan personado. De ahí, que la legitimación no corresponda de manera natural a ningún sujeto y sí a aquellos legalmente determinados, debiendo ser éstos últimos “representantes adecuados” de los intereses en cuestión.

La legitimación en las acciones colectivas denota una determinada política legislativa desde el momento en que se manifieste una posición más favorable a la existencia y amplia configuración de las acciones colectivas, o no sea así, y a partir de ahí, a la configuración que se efectúe sobre los sujetos legitimados<sup>12</sup>. No es lo mismo reconocer legitimación sólo en beneficio de los afectados, individualmente considerados (modelo USA); que únicamente a sujetos u organismos determinados legalmente (asociaciones, grupo, Obnusman, Ministerio fiscal) (modelo generalizado en los países de “civil law”); o a asociaciones y/o grupos o entidades, sin descartar la acción individual (modelo italiano)<sup>13</sup>.

7 Su paradigma sería la irrupción de las “mass torts” en USA, en caso de demandas de consumidores y responsabilidad del fabricante, de trabajadores por la exposición al amianto, en un caso tristemente universal.

8 J.LOPEZ, (2016) “Acciones con trascendencia supraindividual, acciones colectivas y colectivización de acciones” en AAVV “Derecho, Justicia y Universidad” (Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos”, Ramón Areces), T.II, pp. 1907-1909. A su juicio, existen *acciones con trascendencia supraindividual* en las que la cosa juzgada se extiende a quienes no fueron parte (herederos y causahabientes, litisconsortes necesarios, socios de una sociedad cuyos acuerdos han sido impugnados, afectados por acciones inhibitorias); *acciones colectivas* que correspondería a aquellas en las que el legislador, además de al titular individual y atendiendo a su trascendencia supraindividual, admite una fórmula de legitimación colectiva e indirecta, en atención a la representatividad del sujeto legitimado, que permite una tutela simultánea, colectiva y concurrente, en orden a evitar reiteración de pretensiones. Y, finalmente, *colectivización de acciones individuales*, que correspondería al ya referido concepto de las “clas action” reparadoras norteamericanas y que no resultan en puridad una acción colectiva sino una suerte de acumulación forzosa de acciones, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales de ésta última.

9 Así lo defiende M.J. SANDE, ob.cit, p. 59. En contra P.GUTIERREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, (2001) “La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos”, Aranzadi, Cizur Menos, Navarra, p. 99ss

10 B. ANDRÉS CIURANA, “La sentencia dictada..”, con P. CALDERÓN CUADRADO, ob.cit. p. 334. Por el contrario, P.GUTIERREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, (2001) “La tutela jurisdiccional..”, entendiendo que en estos dos apartados pueden considerarse incluidos los intereses plurindividuales, considerando el hecho dañoso en un sentido amplio.

11 Error que se reitera en la previsión del art. 54.3 TRLGDCU.

12 En este sentido la posición de la Unión Europea y la de Americana, del Norte y del Sur ofrecen tendencias claramente opuestas. J. LOPEZ SAN-CHEZ, (2011), “El sistema de la class action en los Estados Unidos de América”, Comares, Granada. PELEGRINI GINOVE, A. “Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (La ley brasileña número 7374, de 24 de julio de 1985) en Rev. D. Proc. 1988. A. GIDI, (2014) “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil”, Universidad Nacional Autónoma de México. SILVESTRI, E, “The Difficult Art of Legal Transplants: The Case of Class Action”, Revista de Procedimiento, nº 35, 2010, entre otros muchos.

13 Sobre la legitimación, in extenso, S. COROMINAS BACH, “La legitimación activa en las acciones colectivas” (2018), Marcial Pons. En general: GUTIERREZ DE CABIEDES, P, (1999) “La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: Colectivos y Difusos”, Elcano, Navarra. DE



## 1. LA LEGITIMACIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce legitimación a diferentes sujetos jurídicos, entre los que me detendré algo más en las asociaciones de consumidores y usuarios paradigma indiscutible a estos efectos.

### A) LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: DIVERSOS SUPUESTOS

La Ley de Enjuiciamiento Civil atribuye legitimación para la defensa de consumidores, usuarios y adherentes a diferentes sujetos según el tipo de acción ejercitada y el grado de determinación del grupo afectado. Se diferencia así, como veremos, la legitimación cuando se trate del ejercicio de una acción colectiva de cesación y la legitimación para la defensa de los intereses individuales plurales; en tanto al tratarse de las acciones colectivas resarcitorias la legitimación dependerá de la determinación de los afectados por el hecho dañino.

1) La *legitimación individual* para el ejercicio de la acción en defensa de los intereses plurindividuales no se contempla en el artículo 11,1 LEC; algo que no ocurre cuando se trata de los intereses supraindividuales, fundamentalmente porque determinadas leyes sectoriales han otorgado legitimación al consumidor individual<sup>14</sup>. Esta circunstancia sirve de argumento para quienes defienden la legitimación del consumidor, sin convencer a quienes se la niegan arguyendo la diferencia entre que el consumidor individual perjudicado por daño pueda solicitar el cese de la actividad ilícita, y acumuladamente el resarcimiento, y otra que se reconozca la legitimación en este tipo de acciones que precisan de reconocer a quien acciona de una adecuada representación<sup>15</sup>. El error se atribuye a no haber diferenciado entre las acciones de cesación individuales y las colectivas, tal como sí ocurre en los artículos 32.1 y 33.1 de la ley de Competencia Desleal, diferenciando, en el primer precepto, las acciones que cabe entablar, y entre ellas la de cesación; y en el segundo, diferenciando entre la legitimación reconocida a los propios perjudicados por el acto de competencia desleal, y en favor del INC, de las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y de las Entidades de otros Estados miembros de la UE, en defensa del interés general<sup>16</sup>.

2) La *legitimación de las asociaciones de consumidores* se contempla en el art. 11 de la LEC, sobre el que centraré mi atención, y en múltiples referencias en leyes sectoriales<sup>17</sup>. El art. 11 LEC reconoce su actuación para la protección de tres intereses diversos: los propios de la asociación; los de sus asociados, y los *intereses generales*; así como, en el ejercicio de acciones colectivas resarcitorias en defensa de intereses colectivos y difusos (art. 11,2 y 3 LEC).

Se abre así un amplio abanico para la actuación de las citadas asociaciones, que sin embargo, *se somete a que concurran en ellas una serie de presupuestos*, concretamente:

- a. que carezcan de ánimo de lucro<sup>18</sup>;
- b. que se hayan constituido conforme a lo previsto en los arts. 5 a 10 LODA;
- c. que se les atribuya estatutariamente la defensa de los derechos legítimos de consumidores y usuarios; y
- d. que reúnan los requisitos específicos a que se remite el art. 20.1 LGDCU, como, entre otras, la preceptiva inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios<sup>19</sup>.

Ahora bien, aunque como se ha dicho, la legitimación que se reconoce a asociaciones de consumidores

LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y, (2015), "La tutela jurisdiccional civil de consumidores y usuarios", Edisofer, Madrid, 2005.

14 La Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal en su nueva redacción por Ley 29/2009, de 30 de diciembre legitima a cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal para interponer la acción declarativa de deslealtad del acto, de cesación o prohibición del mismo, de remoción de los efectos producidos, de rectificación de las informaciones incorrectas, engañosas o falsas, de resarcimiento de los daños y perjuicios producidos por la conducta desleal y la acción de enriquecimiento injusto (art. 33 LCD) La Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, en su artículo 29.3 e) respecto de la publicidad ilícita. La Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (art. 106, 3 e). La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicio de la sociedad de la Información y el Comercio Electrónico (art. 31 a).

15 F. GASCÓN INCHAUSTI, "Tutela judicial de los Consumidores y Transacciones Colectivas (2010) Thomson Reuters, Pamplona, p. 143; A. PLAN-CHADELL GARGALLO (2014) "Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado", Tirant lo Blach, Valencia. J. LOPEZ SANCHEZ, "La legitimación...", cit, p. 230ss, quien diferencia el supuesto en que haya accionado un consumidor individual en defensa de su derecho privativo, en el que los efectos de la resolución serían los efectos reflejos de la sentencia; y aquel otro en que se resuelve la acción colectiva, hipótesis en que la afectarían los efectos directos.

16 M.J. SANDE, "Las acciones colectivas en defensa..", cit., p. 98-99.

17 Art. 25.1 Ley General de Publicidad; art. 19.2 a 4 Ley de Competencia Desleal; y art. 16.3 Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

18 Art. 23 TRLGDCU para las asociaciones de carácter estatal.

19 Art. 33.1 TRLGDCU.

y usuarios les permite accionar en defensa de intereses diversos: los suyos propios, los de los asociados, los colectivos y difusos y los *intereses generales*<sup>20</sup>; su actuación y el tipo concreto de dicha legitimación no es idéntica en todos ellos.

- a. Cuando actúa en defensa de *los intereses de la asociación* se trata de una legitimación ordinaria, puesto que lo hace por un derecho propio<sup>21</sup>; de ahí que los efectos recaerán sobre la propia entidad, y no sobre los consumidores y usuarios individualmente considerados<sup>22</sup>;
- b. Si la asociación defiende los *intereses de sus asociados*, se discute si actúa en defensa de intereses individualmente considerados o en defensa de intereses individuales plurales<sup>23</sup>; y si se trata de legitimación extraordinaria por sustitución, legitimación extraordinaria representativa o representación legal o institucional<sup>24</sup>.

No parece que se trate de un caso de legitimación por sustitución, por cuanto la asociación hace valer derechos e intereses ajenos pero en interés de la propia asociación. La configuración como legitimación extraordinaria representativa ha sido la más frecuente en diferentes resoluciones<sup>25</sup>, divergiendo, sin embargo, en si los efectos recaen sobre los asociados, como correspondería a un caso de representación “ordinaria”, reforzando el argumento por la obligación de identificar en la demanda al asociado a los que representa y que actúan en calidad de demandantes<sup>26</sup>; o por el contrario no es así<sup>27</sup>. En orden a diferenciar éste caso del siguiente parece sensato interpretar que se trata de un caso de representación, con las singularidades que como en otros aspectos nos vamos encontrando para acomodar la dogmática procesal a las singularidades de las acciones colectivas, recayendo los efectos en los representados<sup>28</sup>.

- c. La legitimación de las asociaciones cuando defienden *intereses individuales “colectivos y difusos”*, por su parte, constituye también un supuesto de *legitimación extraordinaria*, en el que la asociación no afirma su titularidad sobre los derechos e intereses, pero tampoco ostenta la representación de sus asociados individualizadamente, sino que actúa en defensa de “todos” los afectados. Al rechazar configurarla como un caso de legitimación por sustitución<sup>29</sup>, comparto que se trata de un caso de *legitimación representativa* cuya justificación no es defender un interés privado, sino derechos e intereses de un amplio conjunto de personas, que alcanzan la categoría de interés social<sup>30</sup>.

Dicho carácter “representativo”, en su defectuosa construcción en la LEC, no se requiere específicamente en el supuesto en que se defiendan los intereses “de un grupo determinado” de consumidores (art. 11.2 LEC), algo que sí sucede cuando se trate de un “grupo indeterminado” de consumidores, en el que se deberá añadir a su reconocimiento como asociación, la acreditación conforme pertenece al Consejo de Consumidores y Usuarios (art. 11.3 LEC)<sup>31</sup>.

20 Que deben interpretarse como los generales supraindividuales.

21 La asociación actúa como cualquier persona jurídica en nombre propio y con base en un derecho o interés del que se presenta como titular. F. CORDÓN MORENO, CORDÓN MORENO, ARMENTA DEU, MUÉRZA ESPARZA Y TAPIA FERNANDEZ, (2011) “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, 2ª ed, T.I, p.209-228.

22 M.P. CALDERÓN CUADRADO, “La sentencia dictada en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios”, en AAVV (S.BARONA coord.), (2003) “Tutela de los Consumidores y usuarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 379.

23 Defienden conceptuarlos como intereses individualizados de cada sujeto, como socio, GUTIERREZ DE CABIEDES, “Art. 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios”, en CORDÓN MORENO, F (coord.) “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, cit, p. 153 y M.P. CALDERÓN CUADRADO, “La sentencia...”, cit, p. 374.

Por el contrario, entienden que se trata de intereses plurindividuales, E. GONZALEZ PILLADO, en GONZALEZ PILLADO (coord.), (2011) “Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje”, Tecnos, Madrid, p. 102.

24 De la OLIVA SANTOS, en De la OLIVA SANTOS, DIEZ PICAZO GIMENEZ, “Derecho procesal civil. El proceso de declaración”, Madrid, 2004, entiende que se trata de un caso de legitimación extraordinaria “representativa” siendo la asociación la verdadera parte. Parecer que comparten parcialmente, I. GONZALEZ CANO, “La tutela colectiva...”, cit. p. 147 y P. CALDERÓN CUADRADO, “La sentencia...”, quienes abogan por entender un caso de legitimación “representativa” con ciertas peculiaridades.

25 SAP Barcelona (S.11) 310/2014, de 9 de julio; SAP Madrid (S.28) 220/2014, de 11 de julio, entre otras.

26 Exigencia que se deriva del art. 399.1 LEC en relación con el art. 155 y la obligación de consignar los datos identificativos del actor, domicilio o residencia en que puede ser emplazado. M.J.SANDE, “Las acciones colectivas...”, cit. p. 111; M.P. CALDERÓN CUADRADO, p. 376.

27 J.GARNICA MARTÍN, en FERNANDEZ BALLESTEROS, M.A RIFÁ SOLER, J.M VALLS GOMBAU, (2000) “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, p. 168. Quien entiende que sólo en sentido impropio cabría hablar de representación, como *representación paraorgánica*.

28 M.J. SANDE, “Las acciones colectivas...”, cit.p. 111.

29 SAPP de Madrid (S.28) 160/2012, de 19 de noviembre. BUJOSA VADELL, L, (1995) “La protección jurisdiccional de los intereses de grupo”, Bosch, Barcelona, p. 265.

30 M.ORTELLS RAMOS (Dir): (2015) Derecho procesal civil”, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, p. 139.

31 El carácter representativo de la asociación supone la pertenencia de la asociación al Consejo de Consumidores y Usuarios (art. 38 TRLGDCU). El listado en <http://www.consumo-ccu.es/representación/organizaciones.asp>, consultado el 5 de abril de 2018.

La adecuación de este criterio se reconoce, entre otras, en la SAAP de Madrid (S.28) 139/ 2013, de 30 de septiembre.

- d. Las asociaciones están legitimadas para defender los *intereses generales de los consumidores, usuarios y adherentes* (art. 11,1 *in fine* LEC). La interpretación contradictoria que ha surgido en doctrina y jurisprudencia gira en torno a si por *intereses generales* deben entenderse algunos de los referidos anteriormente o sólo los intereses supraindividuales; duda que encuentra fundamento en la escasísima referencia legal y en las posteriores remisiones erróneas en el TRLGDCU<sup>32</sup>. No coincido con aquellos autores que consideran que se trata de la manifestación de un interés que corresponde a la propia asociación, es decir, un caso de legitimación ordinaria<sup>33</sup>, creo, con otros autores, que corresponde mejor a un caso de *legitimación extraordinaria en defensa de un interés social* atribuida por ley a determinadas entidades y organismos<sup>34</sup>. En tal sentido, la jurisprudencia, ha rechazado que en este caso la asociación debe ostentar, ni menos acreditar, la condición de *especialmente representativa*<sup>35</sup>.

## B) LEGITIMACIÓN DE ENTIDADES LEGALMENTE CONSTITUIDAS QUE TENGAN POR OBJETO LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES

El art. 11,2 LEC reconoce legitimación a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa de los consumidores, sólo para la defensa de *intereses individuales con determinación de afectados*. La entidad actuará en nombre propio pero en interés de los afectados por el hecho que estarán determinados; es decir, con legitimación extraordinaria.

Estas entidades, sin delimitación legal, se han equiparado mayoritariamente a entidades preexistentes al momento del acto generador del daño y cuyo objeto social no se circunscribe a la protección de los consumidores<sup>36</sup>, esto es, que persiguen además otros objetivos<sup>37</sup>.

## C) LEGITIMACIÓN DE LOS GRUPOS DE AFECTADOS

La legitimación de los grupos se apoya en la previsión de capacidad para ser parte contemplada en el art. 6.7.1 LEC, circunscrita en principio a consumidores, usuarios y adherentes, si bien se aboga por una lectura “amplia” del término “consumidores” que permita incorporar tutelas como la del medio ambiente o la sanitaria<sup>38</sup>. No es la única restricción: se señala además “*cuando los individuos estén determinados o sean fácilmente determinables*” circunstancia que excluye los procesos para tutelar intereses individuales con afectados indeterminados y procesos para tutelar intereses supraindividuales.

Por otra parte, se requiere que *para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados*, circunstancia ésta última que contiene resonancias de la exigencia de la “numerosity” norteamericana, como criterio que busca perfijar un verdadero “efecto colectivo”<sup>39</sup>.

La fórmula legal empleada, sin embargo, resulta mejorable por cuanto abre interrogantes en cuanto a si contempla la capacidad para ser parte pasiva<sup>40</sup> o se refiere a su capacidad procesal o legitimación. Parece acertado entender, a mi juicio, que aunque formulado incorrectamente, con este presupuesto cuantitativo se busca atender la adecuada representación de los intereses de los ausentes, aspecto éste que debiera servir para interpretar la cuantificación de esa “mayoría, a falta de referencia legal expresa”<sup>41</sup>.

32 El art. 54 TRLGDCU (donde se determinan el orden de legitimados para la acción de cesación) remite a aquellos contemplados en el art. 11.2 y 11.3 (referentes a los intereses individuales) y no al apartado final del art. 11.1 que corresponde a los supraindividuales.

33 P.GUTIERREZ DE CABIEDES e HIDALGO DE CABIEDES, “La tutela jurisdiccional...”, cit. pp. 266-269 y L.BUJOSA VADELL, “La protección jurisdiccional...”

34 C. MIRA ROS (2010), “Ámbito del juicio verbal. Ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios (art. 250.1.2)”, La Ley 11056/2010. M.J.SANDE, “Las acciones colectivas..”, cit. pp. 119-120.

35 STS 524/2014, de 13 de octubre (RJ 2014/5594).

36 Se rechaza, así el supuesto de entidades creadas “ex post facto”, como en el caso de los afectados por la Talidomida, el fraude Volkswagen, las prótesis mamarias, o los afectados por la hipoteca, por ser reconducibles a las propias asociaciones de consumidores. P.GUTIERREZ DE CABIEDES e HIDALGO DE CABIEDES, “Comentarios..”, cit. p. 64.

37 SAAP de Madrid, (S.21) 45/2013, de 17 de enero.

38 A.PLANCHADELL GARGALLO, (2014) “Las acciones colectivas en el ordenamiento español. Un estudio comparado”, Tirant lo Blanch, p. 86.

39 S.COROMINAS BACH, “La legitimación...”, cit.

40 Conforme a la cual los grupos de afectados determinados o fácilmente determinables – estén integrados o no por la mayoría- tendrían capacidad para ser parte pasiva. M.J. SANDE, “Las acciones colectivas..” cit. p. 138-139. La clase pasiva es negada, empero, por la mayoría de autores: I.GONZALEZ CANO, “El interés colectivo..”, cit. pp. 100-102; C. SAMANES ARAS, (2000) “Las partes en el proceso civil”, La Ley, Madrid, p. 20. J.F. GARNICA MARTINEZ, en FERNANDEZ BALLESTEROS, RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU, “Comentarios..” cit. p. 120.

41 La necesidad cuantitativa debiera haber figurado en el art. 11.2 LEC como requisito condicionante del reconocimiento de legitimación. M.J. SANDE, “Las acciones colectivas..” cit.p.140. Sobre la cuantificación: J. JIMENEZ FORTEA, “La capacidad en los procesos para la tutela de los dere-

En cuanto a la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, aspectos cuyo análisis excede el ámbito de este trabajo, conviene recordar, que una vez más el legislador omite cuando menos tres puntos: a) determinar si la adecuada integración debe acreditarse con la demanda, como presupuesto de su admisión<sup>42</sup>; b) el modo y alcance en que debe acreditarse, teniendo en cuenta que nuestro modelo no existe un control judicial al respecto; y c) el modo de elección del representante a efectos de integrar la capacidad procesal “ex” art. 7.7 LEC.

Volviendo a la legitimación, ya se ha adelantado que el grupo estará legitimado si los *intereses son individuales* y los *afectados* están *determinados o son fácilmente determinables*. A partir de ahí, la doctrina se divide entre quienes entienden que se trata de un caso de legitimación ordinaria ya que el grupo defiende intereses de los que puede ser titular<sup>43</sup>; o en defensa de los derechos individuales homogéneos de todos los afectados por el hecho dañoso controvertido<sup>44</sup>; en cuyo caso se trataría, una vez más, de un caso de legitimación extraordinaria representativa, al actuar en nombre propio pero en interés de todos los afectados por el hecho dañoso.

Por su parte, para la legitimación en el ejercicio de la acción de cesación, el TRLGCU remite a los párrafos 2 y 3 del art. 11, que como sabemos hace referencia a los intereses individuales e intereses “difusos”, considerándolos – erróneamente – intereses individuales homogéneos e intereses supraindividuales- lo que conduce a valorar, que si se interpreta correctamente, ante conductas contrarias a intereses de incidencia social de los consumidores resultan legitimados para interponer la acción de cesación los mismos sujetos legitimados con arreglo al art. 54 TRLGCU<sup>45</sup>.

Recordemos, finalmente, que cuando se trate de intereses individuales y sus titulares sean indeterminados o difícilmente determinables, no se les reconoce legitimación (art. 11.3 LEC). Negativa que se extiende a la defensa de intereses supraindividuales y a la interposición de la acción de cesación en leyes sectoriales, con alguna excepción<sup>46</sup>.

#### **D) LEGITIMACIÓN DE LAS ENTIDADES COMUNITARIAS HABILITADAS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN**

Se reconoce legitimación a dichas entidades en aplicación del art. 11,4 limitadas a las acciones de cesación, es decir, protección de intereses supraindividuales, excluidas otras como la de indemnización o daños y perjuicios o devolución de cantidades<sup>47</sup>

#### **E) LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL**

Conforme al art. 11,5 el MF está legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de consumidores y usuarios. Podrá accionar, por tanto, acciones de cesación o acciones resarcitorias, así como intervenir conforme a lo dispuesto en el art. 15.1,II LEC o instar la ejecución, “ex” artículo 519,up LEC<sup>48</sup>.

### **III. LA CONEXIÓN ENTRE LEGITIMACIÓN Y COSA JUZGADA: PUBLICIDAD E INTERVENCIÓN. UNA APROXIMACIÓN**

La complejidad de las acciones colectivas no se queda en las “flexibilizaciones” que deben efectuarse en

chos e intereses de los consumidores”, en BARONA VILAR (dir), “Tutela..”, cit, p. 99.

42 Aspecto discutido entre quienes así lo defienden conforme al tenor literal del art. 6.7.1 LEC que define los requisitos para adquirir la condición de parte. J.F. GARNICA, en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFA SOLER, VALLS GOMBAU, “Comentarios..” cit. p.134, PLANCHADELL GARGALLO, “Las acciones colectivas..”, cit., p. 89. Y quienes lo niegan, por no constar entre los contemplados en el art. 266 LEC, como “numerus clausus”.

43 P.GUTIERREZ DE CABIEDES e HIDALGO DE CABIEDES, “La legitimación..”, cit. p. 165

44 T. ARMENTA DEU,(2014) “Cosa juzgada y acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español” en E.CARBONELL PORRAS (dir), “Intereses colectivos y legitimación activa”, Aranzadi, p. 180. M.J. SANDE, “Las acciones colectivas..” cit. p. 145.

45 Instituto Nacional de Consumo y órganos correspondientes de las CCAA y corporaciones locales con competencia en la materia; asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos exigidos normativamente; Ministerio Fiscal y Entidades de la UE constituidas para la protección de consumidores y usuarios, incluidas a tal fin en el “Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

46 La Ley de Servicios Sociales de la Información y del Comercio Electrónico sí permite su ejercicio. Sobre la misma, P. GONZALEZ GRANDA, “Protección judicial de los consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico” en ARIZA COLMENAREJO, GALÁN GONZALEZ, (2009), “Protección judicial...”, cit. p. 17.

47 La Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009 señala los presupuestos para entender habilitada a una entidad, que, deberá figurar, además, en el listado correspondiente del Diario Oficial de la Unión Europea.

48 D. MARCOS FRANCISCO, “Nuevas medidas de defensa de los consumidores en materia de acciones colectivas, asistencia gratuita, costas y tasas judiciales” en InDret, Barcelona, octubre 2015, p.7.F. CORDON MORENO, “Reformas procesales introducidas por la Ley 3/2014, de 27 de marzo. En especial, la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones en defensa de los consumidores” en Revista CESCO de Derecho de Consumo, n.9, 2014.

los diferentes conceptos abordados, singularmente en la legitimación; alcanzan la consecución, o el intento de una resolución, que afecte a todos los miembros de la clase constituida: en unos casos (intereses supraindividuales) porque así corresponde a su naturaleza, y en lo relativo a los intereses individuales plurales porque esa es la finalidad con la que se constituyó la clase.

En este contexto resulta inevitable plantearse la necesidad de cohonestar el acceso a la justicia, el principio de contradicción y el derecho de defensa con las singularidades que adoptan las acciones colectivas en materia de cosa juzgada, según los diversos modelos de inclusión o exclusión de los múltiples titulares

Recordemos que al menos en un plano teórico y lineal los modelos de inclusión (opt in), son aquellos en los que como su propio nombre delata, ejercitada la acción colectiva por un titular, el resto de titulares pueden incorporarse al proceso, de manera que el ejercicio de la facultad de adherirse supone la renuncia a formular reclamaciones a título individual, y por lo tanto, la cosa juzgada de la sentencia podrá oponerse frente a cualquier pretensión, sea del tipo que sea, que quieran plantear más adelante los sujetos adheridos; aunque nunca frente a reclamaciones individuales procedentes de sujetos que permanecieron ajenos al proceso colectivo por voluntad propia.

Mientras que el modelo de exclusión (opt out), la construcción se monta sobre la publicidad del ejercicio de la acción colectiva, para propiciar que ejercitada ésta por alguno de los legitimados al efecto, y trascurrido un plazo establecido, quien no se excluyó expresa y voluntariamente del ámbito de la eficacia de la sentencia en el momento en que pudo hacerlo, consintió en quedar vinculado por la misma, renunciando a hacer valer sus derechos a título individual, de manera que se verá alcanzado por la cosa juzgada como un miembro más de la clase, y ello con independencia de si intervino efectivamente en el proceso o no.

Así las cosas, resulta inevitable que junto a los problemas tradicionales que ha debido solventar la cosa juzgada, desde su mera delimitación inicial hasta el alcance material o temporal, las acciones colectivas abren un nuevo frente, focalizado esta vez en el elemento subjetivo, aunque no exclusivamente.

A este respecto, quien no ha sido parte en un proceso ni tuvo oportunidad de serlo no debe quedar afectado “a priori” con los efectos del proceso derivados de la cosa juzgada (*audiatur et altera pars*). Dicho principio será respetado cuando todos los interesados en condiciones de igualdad hayan tenido la posibilidad de participar a lo largo del proceso e influir en el pronunciamiento final. De otra manera, no. Y, paralelamente, este principio (*audiatur et altera pars*) resulta excepcionado cuando se extienda la cosa juzgada a terceros que no participaron, no pudieron hacerlo o incluso ignoraron la existencia del repetido proceso, diferenciándose en tal sentido las circunstancias que justificarían una extensión *ultra partes de la cosa juzgada* que evita en tal supuesto la citada infracción.

Sin querer adelantar conclusiones, cabe razonar que la duda se centra, en definitiva, en si cabe oponer a la vigencia del principio de seguridad jurídica y la consiguiente garantía de contradicción, otros intereses igualmente tutelables o si es posible incluso enervar su vigencia. Planteamiento que en definitiva visualiza el conflicto existente entre los citados derechos de defensa de quienes han permanecido ausentes del proceso y la protección del demandado frente al riesgo de poder sufrir más procesos con idéntica pretensión. O el de los que permanecieron ajenos, en caso de sentencia denegatoria.

El imperfecto modelo La Ley de Enjuiciamiento Civil articula la incorporación de los restantes titulares a través del doble mecanismo del llamamiento y publicidad, de una parte, y de la incorporación inicial o mediante intervención, de otra. Ocurre que no prevé fórmula alguna de “opt out”, circunstancia que genera importantes problemas a la hora de explicar la extensión subjetiva, como veremos.

En el art. 15 LEC se contempla la publicidad e intervención en procesos promovidos por asociaciones, entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de consumidores y usuarios o por grupos de afectados que se hayan visto perjudicados por el hecho dañoso controvertido<sup>49</sup>.

49 Excluyendo, por tanto, los procesos incoados por las asociaciones de consumidores y usuarios cuando actúan en defensa de los intereses de la propia asociación o de los intereses propios de sus asociados, al operar la cosa juzgada *inter alios*. Resulta indiferente, sin embargo, quien esté legitimado para el ejercicio de la acción, lo que incluye al Ministerio Fiscal, aunque no figure textualmente en el artículo 15.1 LEC, debido quizás a que su intervención fue modificada mediante Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, incorporando el nuevo apartado 5, y también a la modificación de la Ley 3/2014, de 27 de marzo por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes

Las reglas especiales en materia de publicidad se regulan refiriéndose erróneamente a “intereses colectivos” e “intereses difusos”, cuando en realidad si se piensa en la finalidad propia del precepto, esto es, dar publicidad y la posibilidad de incorporarse a un proceso cuyos efectos pueden perjudicarles posteriormente, se debieran referir a *intereses individuales plurales*, es decir, procesos en los que se ejercitan acciones reparadoras al amparo del art. 11.2, 2 y 3 LEC<sup>50</sup>.

La posterior distinción entre procesos en que los perjudicados estén determinados o sean fácilmente determinables y aquellos en los que no sea así, se explica porque tanto el contenido de la sentencia como sus efectos estarán conectados a dichas circunstancias. Veámoslo.

### A) Afectados determinados o fácilmente determinables

La comunicación previa al proceso sólo podrá realizarse cuando los afectados estén determinados, de manera personalizada<sup>51</sup>; sin perjuicio de que ésta se asimile al intento razonable de notificación<sup>52</sup>. Proporcionará la mayor información posible sobre el contenido de la demanda a efectos de cumplir su objetivo de propiciar la incorporación del afectado o que éstos arrosten las consecuencias<sup>53</sup>. No se prevé legalmente las consecuencias de no aportar con la demanda la acreditación de dicha notificación, lo que conduce a aplicar las reglas generales, esto es, sin implicar la inadmisión inmediata, por no ser ésta una circunstancia de las previstas legalmente<sup>54</sup>; y resultando en todo caso subsanable<sup>55</sup>.

Tras la admisión de la demanda, deberá llamarse a todos los consumidores perjudicados por el hecho dañoso para que puedan asumir personalmente la defensa de su derecho o interés individual (art. 15.1 LEC); así como al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su intervención (art. 15.2 LEC). El art. 15.4 LEC exceptúa la llamada si se trata de la acción de cesación, salvo en lo referido al Ministerio Fiscal<sup>56</sup>. El llamamiento se llevará a cabo por el Letrado de la Administración de Justicia a través de los medios de comunicación difundiendo en el ámbito territorial en que se haya producido el daño<sup>57</sup>.

No se contempla tampoco un plazo para la incorporación en el caso de afectados determinados, si bien aquél que lo haga tardíamente sabe que tendrá que aceptar el proceso en la sede en que se encuentre.

### B) Afectados indeterminados o difícilmente determinables

Cuando el número de afectados sea indeterminado, la publicidad de la admisión de la demanda acarrea la suspensión del proceso durante el plazo que se estime oportuno, si bien no podrá exceder de los dos meses (art. 15.3 LEC)<sup>58</sup>. Trascurrido éste el proceso se reanuda con la intervención de aquellos que se hayan incorporado, *no admitiéndose su personación en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos* (sic: los que no se personaron) *puedan hacer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 LEC*<sup>59</sup>.

C) En los procesos en que se defiendan intereses supraindividuales, el que no se prevea la intervención por las razones apuntadas, al igual que la ausencia de regulación en la LEC no impide admitir que así pueda

complementarias.

50 P. GUTIERREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, en “Comentarios...”, cit.p. 211; I. GONZALEZ CANO, “La tutela colectiva..”, cit. p. 168-169.

51 Auto de la AP de Madrid (S.28).

52 Auto de la AP de Girona (S.2) 7/2006, de 18 de enero.

53 El Auto de la AP de Madrid (S.28) 160/2008, pormenoriza la necesidad de dar al destinatario noticia suficiente de la presentación de la demanda, de su objeto y de la condición del destinatario como perjudicado y afectado, siendo válida cualquier forma con tal de que quede constancia escrita de la notificación.

54 Art. 403,1 LEC. Sin que obste a esta hermenéutica su apartado 3 (*cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente*) pues éstos se refieren a los contemplados en el art. 266, cuya omisión acarrea dicha inadmisión ex art. 269.2 LEC.

55 Art. 231 y SAP de A Coruña (S.4) 269/2005, de 23 de junio.

56 Aunque no conste así en el texto legal, así lo interpreta la Circular 2/2010 de la FGE y M.J SANDE, “Las acciones colectivas..”, cit. p. 206-207.

57 Art. 15.1 LEC. Así se hará, valorando la dispersión de los perjudicados o la entidad del daño. El medio puede ser el BOE o el Portal de la Administración de Justicia, y otros que trasciendan efectivamente (periódicos, noticiarios televisivos, correos electrónicos y sms (arts. 23 y 25 Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia. Sin descartar *Facebook*, *Twitter*, *Youtube* y otros medios de comunicación de gran alcance actualmente. Vid, <http://www.mjjusticia.gob.es>

58 El plazo transcurre entre la publicación del anuncio de la admisión de la demanda y la fecha de publicación del último anuncio, en caso de que sean varios.

59 J. GARNICA, “Comentarios...”, cit. p. 234-235 se opone a la preclusión que contempla el art. 15.3, entre otros aspectos porque si se aplica al supuesto de afectados indeterminados, con igual razón habría que aplicarlo al de afectados determinados (15.2), siendo incluso en el primero más lógico no someterlo a restricciones.

sucedir, algo que de hecho se prevé legalmente en el TRLGCU y en determinadas normas sectoriales<sup>60</sup>.

#### D) Intervención

La intervención de los perjudicados, sobre la que no cabe extenderse ahora, se configura como una interpretación voluntaria, ya que la llamada sólo es tal<sup>61</sup>, incorporándose con un carácter discutido, debido al complejo carácter de los intereses supraindividuales, que difícilmente permite hablar de cotitularidad, como requeriría la intervención litisconsorcial, pero tampoco encaja exactamente en que el interviniente se vea afectado por los efectos reflejos, como sucedería en la intervención adhesiva simple. Duda que se extendería en el caso de defender que se trata de una intervención provocada una vez se atiende a la llamada y a la hora de incorporarse<sup>62</sup>.

### IV. LA SENTENCIA EN LOS PROCESOS COLECTIVOS: EL ARTÍCULO 221 LEC

A la hora de establecer la necesaria conexión entre la legitimación y los efectos de la sentencia y singularmente la cosa juzgada, es preciso comenzar por el art. 221 LEC, significativamente titulado “sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios”, aunque ni el precepto es aplicable a todos los procesos iniciados por aquellas, ni se ciñe a los procesos instados por ellas<sup>63</sup>. De hecho, la extensión de los efectos del 221, surge independientemente de que ejerciten la acción la asociación o los restantes legitimados conforme al art. 11 LEC<sup>64</sup>.

Con todo, las especialidades contenidas en el art. 221 LEC no se aplicarán a los procesos que tengan por objeto la tutela de los intereses propios de la asociación, ni a los de sus asociados (art. 11.1 LEC). En el primer caso, porque cuando la asociación actúa con legitimación ordinaria en interés propio y exclusivo. En el segundo, porque la asociación comparece como representante voluntario de los asociados, que son las verdaderas partes, salvo que la asociación no haya actuado conforme al art. 15 LEC, es decir, cumpliendo las exigencias de publicidad que requiere acudir a acción colectiva. No siendo así, la asociación defiende los intereses privativos de los socios y ningún efecto recaerá en quienes no han tomado parte, ni han sido informados del proceso, preservando su derecho a actuar individualmente, más allá del 222,3 LEC.

Tratándose de procesos para la defensa de los intereses individuales y de los iniciados para la defensa de intereses supraindividuales, conviene distinguir:

#### A) PROCESOS PARA LA TUTELA DE INTERESES INDIVIDUALES PLURALES

Centrándome exclusivamente en el aspecto subjetivo, que es el contemplado en el art.221,1,<sup>a</sup>, cuando se pretenda una condena basada en el resarcimiento, de contenido dinerario, esto es, de hacer, no hacer o dar cosa específica, los dos apartados discriminan entre la determinación o indeterminación de los afectados por el hecho dañoso y a tal efecto delimitan el contenido de la sentencia en uno u otro caso.

- a. La *determinación de los sujetos* habrá conducido, ya inicialmente a que antes de presentar la demanda se identificaran los perjudicados poniendo en su conocimiento la intención de accionar, sirviéndose, llegado el caso, de la diligencia preliminar contemplada en el art. 256.1.6 LEC. Recordemos que la comunicación previa es condición de admisibilidad de la demanda como colectiva, debiendo acreditarse suficientemente<sup>65</sup>.

60 Art. 54.2 TRLGDCU; art. 16.3, Ley 7/1988, de 13 de abril, de CGC; Art. 121,1 Ley 25/1990, de 20 de diciembre de Medicamento; art. 10,3 up Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles; art. 13.3up Ley 2171995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados. Por el contrario, alguna resolución excluye no sólo el llamamiento sino también la intervención, AAP de Madrid (Sección 21) 652012, de 20 de diciembre.

61 La entienden como provocada, J. BANACLOCHE PALAO, en “Comentarios...”, cit. p. 112; P. GUTIERREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, “Comentarios...”, cit. p. 214.

62 J.A. DEL OLMO DEL OLMO, “Especialidades de la fase declarativa en los procesos para la tutela de los consumidores y usuarios (ley de enjuiciamiento civil 1/2000 (y II)”, “Boletín de Información del Ministerio de Justicia”, 2004, 1968, p. 2909; A. PLANCHADELL GARGALLO, “Las acciones colectivas...”, cit. p. 160; J. F. GARNICA MARTÍN, en “Comentarios...”, cit. p. 235ss; M.J ARIZA COLMENAREJO, “La acción...”, cit. p. 131ss.

63 P. CALDERÓN CUADRADO, “La sentencia dictada...” cit. p. 317; V. MORENO CATENA,(2010) “Sentencias dictadas en los procesos para la tutela de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios”, en GONZALEZ PILLADO (Coord) “Resolución de conflictos en materia de consumo: proceso y arbitraje”, Tecnos; J.F. GARNICA, “Comentarios a la LEC...”, cit. p. 856; I. GONZALEZ CANO, “La tutela colectiva...”, cit. pp. 238-241; A. PLANCHADELL, “Las acciones colectivas...”, p. 206. Todos coinciden en señalar un error de transcripción a lo largo del proceso parlamentario en el que, a pesar de ampliar los sujetos legitimados, no se modificó el título del precepto.

64 Las entidades legalmente constituidas, los grupo de afectados o el Ministerio Fiscal.

65 De no hacerlo así, se admite su admisión como acción en defensa de los intereses de los asociados, para no negarles su derecho a la tutela; pero sin

Y además, que precisamente su inclusión en la demanda, previa comunicación de sus posibilidades de actuación propicia que figuren en la sentencia, les afecte la cosa juzgada y figuren en el título ejecutivo pudiendo actuar como beneficiarios en la ejecución (art. 517.2.1º y 538.2 LEC)<sup>66</sup>.

- b. Cuando los *sujetos estén indeterminados* se habrá producido la llamada contemplada en el art. 15.1 LEC y eventualmente las intervenciones correspondientes, y la sentencia contendrá, junto a los pronunciamientos correspondientes a quienes se personaron inicial o sucesivamente, los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago<sup>67</sup>, y en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante (art. 221,1.1, II LEC)<sup>68</sup>.

## B) PROCESOS PARA LA TUTELA DE INTERESES SUPRAINDIVIDUALES

Sabemos que en esta hipótesis y por su naturaleza, la sentencia no debe incluir ningún pronunciamiento subjetivo especial, ya que la titularidad corresponde al grupo social afectado, y no a cada individuo que lo integra. Ahora bien ¿Cómo se integra en este apartado el art. 221,1, 2ª LEC en virtud del cual: *Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente?*

La extensión “ultra partes” que se deduce del tenor literal de este precepto ha suscitado posiciones dispares en la doctrina y en la jurisprudencia. Tanto desde el punto de vista de su significado: para algunos el efecto jurídico propio de las sentencias anulatorias<sup>69</sup>; para otros procurar que la sentencia vincule a otros demandados (bancos, empresarios) que podrían reproducir la conducta declarada ilícita o no conforme a la ley<sup>70</sup>, sin tratarse en todo caso de delimitar el efecto subjetivo de cosa juzgada, en cuyo caso se solaparía con el art. 222.3 LEC<sup>71</sup>.

Con ello nos adentramos de lleno en el siguiente tema a abordar: la cosa juzgada

## V. LA COSA JUZGADA

### 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE COSA JUZGADA Y MODELOS

La peculiaridad de la cosa juzgada en los supuestos de intereses supraindividuales reside en la configuración legal del derecho de acción, que siendo colectiva opera en defensa de intereses difusos. A partir de este dato, interesa analizar dos presupuestos:

- a) La aplicación del principio jurídico general, en atención al cual, y en la medida de lo posible: solo puede haber respecto de un mismo hecho dañoso y un mismo demandado, un único proceso colectivo, tenga la amplitud que tenga el número de los activamente legitimados para el ejercicio de la acción de clase. Lo que resulta por otra parte bastante lógico, pues se trata de evitar que el demandado se vea sometido, simultánea o sucesivamente, a varios procesos colectivos, con los costes que ello conlleva en términos de tiempo, esfuerzo y dinero, más los riesgos que entraña la posibilidad de pronunciamientos contradictorios. Y, b) derivado de aquél, que la cosa juzgada de la sentencia que se pronuncie sobre la acción colectiva, si llega a haberla, excluya siempre un proceso *colectivo* posterior.

vulnerar el derecho de defensa de los no conocían del proceso, como ocurriría si se admitiera la colectiva. En el primer supuesto, la sentencia afectaría a los asociados que figuren en la demanda. M.J. SANDE, “Las acciones colectivas..”, cit. p. 258,n.16.

66 Instando la ejecución o beneficiándose de la ya instada por otros beneficiarios. Algo que se extiende a quienes actuaron como litisconsortes con la actora o intervinieron posteriormente. SJPI de Madrid (nº 61) de 20 de julio de 2004.

67 O cumplir la obligación de hacer, no hacer o entregar cosa cierta. La redacción legal vuelve a poner de manifiesto aspectos mejorables. C. SENES MOTILLA, “Disposiciones generales sobre

68 Tras dictarse la sentencia donde figuran los parámetros para determinar los beneficiarios de la condena, éstos deben instar el reconocimiento conforme al incidente contemplado en el art. 519 LEC

69 GUTIERREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CABIEDES, “La tutela jurisdiccional..”, cit.p. 431; T.ARMENTA DEU, “Cosa juzgada y ....”, cit. pp. 184-185.

70 I. GONZALEZ CANO, “La tutela colectiva..”, cit. p. 250; J.F GARNICA MARTIN, “Comentarios..”, cit. p. 860.

71 I. TAPIA FERNANDEZ, “El objeto del proceso”, cit. p. 362; P. CALDERÓN CUADRADO, “La sentencia dictada...”, cit. p. 362.



A partir de ahí surge otra cuestión de idéntica relevancia: ¿tienen que excluirse también ulteriores reclamaciones *individuales*. Y si es así ¿Por qué razón? y ¿con que condicionantes?

Respecto de las acciones individuales de resarcimiento, habrá que distinguir: En el modelo de “opt in” el ejercicio de la facultad de adherirse al proceso supone la renuncia a formular reclamaciones a título individual, y por lo tanto la cosa juzgada de la sentencia podrá oponerse frente a cualquier pretensión, sea del tipo que sea, que quieran plantear más adelante los sujetos adheridos; pero no frente a reclamaciones individuales procedentes de sujetos que permanecieron ajenos al proceso colectivo por voluntad propia;

En tanto en el modelo “opt out”: toda la construcción se monta sobre una ficción, conforme a la cual: quien no se excluyó expresa y voluntariamente del ámbito de la eficacia de la sentencia en el momento en que pudo hacerlo, consintió en quedar vinculado por ésta renunciando a hacer valer sus derechos a título individual, de manera que ha de verse alcanzado por la cosa juzgada como un miembro más de la clase, y ello con independencia de si intervino efectivamente en el proceso o no. Configuración, conviene adelantarlo ya, que plantea dudas de orden constitucional, en la medida en que en la práctica puede llegar a suponer una expropiación material de la facultad del individuo de pretender del Estado la tutela de sus derechos subjetivos. Preocupación avalada en el mandato del art. 6 CEDH.

## 2. TRATAMIENTO DE LA COSA JUZGADA EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. LEGITIMACIÓN Y COSA JUZGADA

El texto español dispone que la cosa juzgada afectará, no sólo a las partes del proceso en que se dicte, sino también a los sujetos no litigantes titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 11 de la propia LEC. La remisión al mecanismo legitimario sustenta la discusión sobre si se trata o no de un caso de extensión “ultra partes” de la cosa juzgada, ya que, el ausente no será parte si quien acciona es una asociación de consumidores, pero sí lo será si comparece a través de un grupo de afectados, cuando, además, tampoco la regulación legal aclara si en determinados supuestos se considera parte o no al perjudicado ausente en cuyo beneficio actúa quien demanda.

Más en concreto, la interpretación mayoritaria sobre el texto del artículo 222 LEC sostiene que la resolución firme dictada en un proceso al que resulte aplicable dicho precepto, extiende los efectos de cosa juzgada a “todos los afectados” por la actuación frente a la que se dirige la acción.

Dicha hermenéutica supone de hecho la creación de una suerte de macroproceso en el que debe decidirse toda la problemática derivada del conflicto que evita un rosario de procesos posteriores provenientes de sujetos distintos al demandante. Es más, todos los sujetos y situaciones favorables conexas, se verán prejuzgadas por el resultado, favorable o desfavorable alcanzado.

Esta regulación legal y la interpretación señalada en el párrafo anterior presenta diversos problemas debido al amplísimo alcance del art. 222.3 LEC, que no constituye ciertamente un sistema de “opt in” pero tampoco prevé ningún mecanismo de “opt out”, haciendo pivotar todo el régimen de publicidad sobre una distinción nada clara entre intereses colectivos e intereses difusos, en torno a la repetida mayor facilidad o dificultad de determinar los posibles beneficiarios de la condena.

Es cierto, que aun así, no se cierra la posibilidad de que el perjudicado ausente del proceso pueda beneficiarse de los efectos positivos de la sentencia para su posición jurídica, con arreglo a lo dispuesto en los arts. 221 LEC y en virtud del mecanismo del art. 519 LEC. Incluso pese a la confusión que genera entender: que si se trata de una “acción colectiva”, conforme al parámetro de estar determinados los afectados, y a lo dispuesto en el art. 221,1,1ª LEC, se deberán determinar individualmente los beneficiados por la condena. En tanto, si se trata de “intereses difusos”, por no poder determinarse individualmente los beneficiarios, la sentencia *establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.*

La normativa explicada precisa de matices según la acción que se ejercite.

En lo relativo a la *acción de cesación*, el efecto de supresión de la conducta lesiva y su prohibición de

reiteración en el futuro afectará a la generalidad de los afectados, sin mayores complicaciones.

Pero cuando se trata de *pretensiones de resolución contractual o indemnizatorias*, los tribunales exigen identificar a los perjudicados, tendiendo a calificarlas como colectivas y no difusas. Y es ahí donde se originan dificultades a la hora de admitir si se trata de una acción colectiva, en cuyo caso, el demandante debe identificar a los afectados, o de una acción protectora de intereses difusos, supuesto en el que corresponde al órgano judicial establecer los datos y características necesarios para poder exigir el pago, o en su caso, instar la ejecución e intervenir en ella (art. 221,2ª,1 LEC)<sup>72</sup>. El problema surge cuando calificándose de difusa (por la dificultad en la determinación de los afectados) se entiende que era colectiva (por considerar que la dificultad no es imposibilidad), no habiéndose identificado correctamente a los miembros que se verán afectados y sin que se haya recurrido a mecanismos facilitadores de dicha localización, como la diligencia preliminar contemplada en el apartado 6º del artículo 256,1 LEC.

Tal fue el caso en la resolución del Juzgado de Primera Instancia nº 90 de Madrid resolviendo sobre la pretensión de la Asociación de Víctimas de la Talidomida España contra Grünenthal Pharma S.A.<sup>73</sup>. En la misma se reconoce, que si bien la acción se ejercitó con arreglo al art. 11.2 LEC indicando expresamente el objetivo de obtener un fallo estimatorio que abriera la posibilidad de futuras adhesiones en el ejercicio de una “acción colectiva”, fue la parte quien debió determinar los componentes del grupo, debiendo la sentencia en casos de indemnización como el citado, basarse y establecer la existencia de un nexo causal entre el comportamiento negligente y las concretas lesiones que pueda padecer cada uno de los afectados. Y de no ser así, cuando la indeterminación individual no se debe a imposibilidad material o desconocimiento de la identidad de los eventuales afectados, sino por inacción de la demandante, no cabe dejar dichos extremos para la ejecución de la sentencia<sup>74</sup>.

### 3. ANÁLISIS CRÍTICO

#### A) DEL MODELO EN GENERAL

Como se ha adelantado, el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, impide a quien no actuó en tiempo y forma hacerlo en el futuro en un proceso individual posterior, sin perjuicio, eso sí, de poder beneficiarse, en su caso, en fase de ejecución de sentencia con arreglo a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 LEC, siempre a partir de la sentencia que vincula, según lo expuesto en el apartado anterior.

En otros términos. La preclusión, consagrada en el art. 136 LEC, en relación con los artículos 13,3 y 15 de la LEC<sup>75</sup>, permite – que si los perjudicados son determinados o fácilmente determinables- es decir, se considera una acción tuteladora de intereses plurales individuales, tras el llamamiento del consumidor o usuario, intervengan en el proceso en cualquier momento, aunque limitando su actuación a los actos procesales que no hubieran precluido.

Tratándose de una pluralidad de sujetos indeterminados o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo de hasta dos meses fijados por el secretario judicial en atención a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. Vencido dicho plazo, con la intervención de todos los consumidores y usuarios que hayan acudido a la llamada se reanudará el proceso, sin admitir ninguna personación individual posterior.

La justificación de esta exclusión -semejante a la existente en los modelos de opt-out- es la publicidad realizada y la posibilidad de intervención en el plazo señalado, en relación con la necesidad de no alteración y de evitar dilaciones injustificadas<sup>76</sup>. Y como contrapeso del efecto suspensivo de este segundo llamamiento, la ley establece una preclusión absoluta de la personación posterior de cualquier perjudicado para defender por sí mismo su derecho.

72 SAP de Sevilla, de 22 de enero de 2004 y Auto de 6 de mayo de 2008, Sala de lo Civil, Sec 1ª (JUR 2008/186254) F.Jdco, Tercero.

73 Autos nº 217,12, de 19 de noviembre de 2013

74 Fto. Jdco Sexto

75 Donde se regula la publicidad e intervención en procesos para la defensa de intereses colectivos y difusos.

76 GUTIERREZ de CABIEDES, P, “Comentarios al art. 13” en AAVV “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, ob.cit., pp. 259ss.

El punto crítico a este respecto surge en el caso de sentencia desfavorable en supuestos, por ejemplo, en que se declare que las cláusulas establecidas por determinadas entidades financieras no resultan abusivas, resolución, que por efecto de la extensión comentada, afectará a todos los que firmaron contratos en los que figuraran dicha cláusula con alguna de las entidades demandadas, privándoles del ejercicio de su acción individual.

El legislador español ha rechazado la posibilidad de cualquier efecto “secundum eventum litis” que podría propiciar en casos como el descrito que la extensión de la cosa juzgada a terceros se produjera sólo si la sentencia es favorable. Pero tampoco ha previsto que dicha extensión, al menos en su efecto positivo, vinculante, no en el excluyente, alcanzara a las entidades demandadas que incorporaron en sus contratos cláusulas con idéntico contenido abusivo. Es decir, que si la sentencia afecta a todos los consumidores hayan sido o no demandantes, que afecte también a todas las entidades que observaron idéntico comportamiento frente al consumidor, hayan sido o no demandados.

Por otra parte, además, a tenor del vigente régimen legal, y más concretamente de la configuración de la cosa juzgada en su función positiva, se provoca otro efecto no deseable, en aquellas hipótesis en que consumidores que hubieran contratado con otra entidad, pero con idéntico contenido en sus cláusulas, alcanzaran una resolución favorable.

La clave interpretativa de esta situación no reside tan sólo en la aplicación del 222.3 LEC, sino que debe completarse con lo dispuesto en el art. 222,4 LEC (función positiva o prejudicial de la cosa juzgada). El tenor legal de éste último precepto requiere de la identidad subjetiva en ambos procedimientos, de manera que a falta de dicha identidad no cabe invocar el efecto prejudicial o positivo de lo resuelto en un proceso anterior sobre objeto procesal conexo. Así las cosas, si la resolución fue favorable en otros procesos en los que no se intervino, cabe acudir a los mecanismos articulados para la ejecución de sentencia, pero si estos no se estiman aplicables, no cabrá invocar el efecto positivo de la cosa juzgada, por la citada falta de identidad subjetiva.

Dicha función positiva o prejudicial se contempla en la normativa española únicamente en el supuesto del art. 221.1.2ª LEC, cuando como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal y único, se declare ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta. En cuyo caso, el juez deberá determinar en la sentencia si conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso correspondiente. Parece, por lo tanto, que únicamente se podrá hacer valer de manera vinculante la declaración de ilicitud de la conducta dañosa en un proceso posterior si la sentencia del proceso colectivo así lo determina expresamente. De lo contrario, su valor se reduciría al de mero hecho jurídico, que el juez del segundo proceso sería libre de valorar con arreglo a su particular criterio

Expresado en otros términos, exceptuando el régimen de intervención y publicidad que se acaba de exponer, el art. 15.3 de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de trasposición al ordenamiento de varias directivas europeas, establece, que cuando como presupuesto de la condena o pronunciamiento único, se declare ilícita una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará, si conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración haya de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente; formulación que si bien podría chocar inicialmente por cuanto la conducta que se declare ilícita lo es respecto de todos, se adecua en el caso de protección de consumidores y usuarios a lo que se determine exactamente en la sentencia<sup>77</sup>.

No se trata propiamente de una extensión subjetiva “ultra partes” de la cosa juzgada, sino que opera en este caso la eficacia jurídico material propia de la sentencia anulatoria, o lo que es igual, la modificación jurídica inherente al efecto constitutivo de ese tipo de sentencias con efectos “erga omnes”<sup>78</sup>.

## **B) A TENOR DE LA CLASIFICACIÓN ENTRE INTERESES INDIVIDUALES PLURALES E INTERESES SUPRAINDIVIDUALES**

Pormenorizando ahora lo expuesto con carácter general en atención a la clasificación entre intereses

77 DE LA OLIVA, A, Comentario al art. 221 en AAVV “Comentarios a la LEC”, ed. Civitas, p. 392

78 TAPIA FERNANDEZ, I, “Comentarios al artículo 221 LEC, en AAVV “Comentarios a la LEC”, 2ª ed, T.I, Aranzadi, 2011, p.1094

individuales plurales y distinguiendo a su vez entre si los afectados están determinados o no; e intereses supraindividuales, la extensión de los efectos de la sentencia resultaría como sigue:

- a. En *procesos en defensa de intereses individuales plurales* rige el 222.3 LEC, extendiendo los efectos a los consumidores titulares de los intereses tutelados que no se hayan personado en el proceso colectivo de manera directa, sea quien sea el sujeto legitimado promotor de la acción colectiva<sup>79</sup>. Esta vinculación se produce con independencia de la estimación o desestimación de la acción ejercitada; y que pese a alguna interpretación en contrario, nuestro ordenamiento no prevé la extensión *secundum eventum litis*, que requeriría como excepción una mención expresa en tal sentido<sup>80</sup>.

A partir de ahí y diferenciando según nos encontremos ante procesos con afectados determinados o cuando no lo estén<sup>81</sup>:

- b. Procesos con intereses individuales plurales y perjudicados determinados

Habiéndose cumplido con la comunicación previa (art. 15.2 LEC) y la publicidad de la admisión de la demanda (art. 15.1 LEC), se ve satisfecha cualquier exigencia derivada del principio de audiencia y del derecho de defensa, de forma que o se habrán incorporado o habrán quedado fuera con plena conciencia<sup>82</sup>.

En este supuesto, no hay contradicción alguna con el texto del art. 221,1,1ª LEC, ya que la sentencia determinará individualmente los consumidores y usuarios que han de entenderse beneficiados, que deben corresponderse con aquellos identificados por la actora por el hecho dañoso controvertido. De no ser así, es decir, si no coincidieran sólo se explicaría porque a tenor de la interpretación judicial, y pese a dicha identificación, conforme a las leyes sobre su protección no han de entenderse beneficiados<sup>83</sup>.

- c. En *procesos en los que se tutelen intereses individuales plurales y los sujetos estén indeterminados*, quienes fueron alertados y se incorporaron al proceso resultan afectados por la regla general; mientras que tratándose de aquellos que no se incorporan, la extensión de los efectos abre un doble efecto hermenéutico entre: quienes defienden que el supuesto debe conectarse con el régimen de publicidad del artículo 15, 1 y 3 LEC, que no garantiza de hecho que realmente hayan tenido conocimiento de la existencia del proceso, a consecuencia de lo cual, y para evitar vulnerar el principio de audiencia: 1º) limitan la vinculación en cuanto a la ejecución a los cinco años en los que pervive la acción ejecutiva<sup>84</sup>, y 2º) en caso de sentencia desestimatoria, niegan la existencia de cosa juzgada, al no haber podido ejercitar su derecho de defensa<sup>85</sup>. Y quienes, ateniéndose al tenor del art. 15 y 222.3 ambos de la LEC extienden la cosa juzgada a todos los perjudicados por el hecho perjudicial<sup>86</sup>.

La primera posición es la sostenida por la STS 375/2010, de 17 de junio, donde se remarca *que la consideración de los requisitos exigidos por esta Sala para la consideración de la cosa juzgada, especialmente el de identidad subjetiva, no resuelve de forma automática la cuestión, para la que caben diversas soluciones legislativas por lo que es necesario examinar cuál es el régimen que la LEC establece en esta materia.*

Y tras dedicar un párrafo a la legitimación reconocida en el art. 11 LEC señala lo siguiente:

*Podría sostenerse que, según el artículo 15 LEC, tras el llamamiento al proceso que se ordena hacer a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual, la sentencia produce efectos de cosa juzgada respecto*

79 La acción colectiva es una y su ejercicio y resolución la agota. F. GASCON INCHAUSTI, "Tutela judicial .." cit. p. 127.

80 I. DIEZ PICAZO GIMENEZ, "Cláusulas suelo y cosa juzgada", el Confidencial, Tribuna, [https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2017-01-30/clausulas-suelo-y-cosa-juzgada-hipotecas-juzgado-notario-jefes-casa-vivienda\\_1323358](https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2017-01-30/clausulas-suelo-y-cosa-juzgada-hipotecas-juzgado-notario-jefes-casa-vivienda_1323358), visita 6 de abril de 2018, 20.03. En contra, M.J CACHÓN CADENAS y N. REYNAL QUEROL, "Concurrencia de acciones colectivas y acciones individuales para la protección de derechos e intereses de consumidores y usuarios", Revista Jurídica de Catalunya, n.2, 2015, p.444. quienes sí perciben la existencia de aquellos efectos "en lo favorable" interpretando que cuando el 222.3 habla de "sujetos legitimados con arreglo al artículo 11, se refiere sólo a aquellos que han visto reconocido su derecho judicialmente (teoría monista) y no a los que pueden ejercitar la acción.

81 M.J. SANDE MAYO, "Las acciones colectivas..", cit. p. 301-303.

82 STS 375/2010, de 17 de junio (RJ 2010, 5407).

83 F. CORDÓN MORENO, "Acción colectiva y acción individual para la tutela de los derechos de los consumidores: relación entre ambos procesos. STC 148/2016, de 19 de septiembre" en Revista CESCO de Derecho de Consumo, de 2 de diciembre de 2016, p. 8

84 SAP de Madrid (Sec 19ª), de 14 de abril 2005. M.J.SANDE MAYO, "Las acciones colectivas..", cit. pp. 303-304. Señala esta autora que quienes no se incorporaron al proceso, ni hubieran instado la el incidente de reconocimiento de los afectados regulado en el art. 519 LEC podrán iniciar un nuevo proceso sin que quepa oponer la cosa juzgada. En igual sentido, F.CORDON MORENO, "Relación entre..", cit. p. 9

85 M.J.SANDE MAYO, ob.ci. loc.cit.

86 P. CALDERÓN CUADRADO, "Las acciones..", cit.p. 410. V.MORENO CATENA, "Sentencias dictadas..", cit. p. 137.

de todos ellos, puesto que no se establece, a diferencia de lo que ocurre en el caso de perjudicados indeterminados (artículo 15.3 LEC), que, aunque no se personen, podrán hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los arts. 221 y 519 de esta Ley

*Sin embargo, esta Sala entiende que si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, este posible efecto de cosa juzgada respecto de todos los perjudicados debe quedar restringido a los casos en que la sentencia determine que, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Solo así tiene sentido la previsión del artículo 221.2 LEC.*

*En caso de no efectuarse el pronunciamiento de que la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente, teniendo en cuenta que el ejercicio de este tipo de acciones tiene un carácter instrumental dirigido a la protección de los consumidores, hay que entender que la LEC opta por considerar que su alcance subjetivo, desde el punto de vista procesal, no puede limitarse a la personalidad de la entidad que la ejercita ni a los perjudicados que hayan comparecido o que aquella haya incluido en la demanda. En suma, como opina un sector relevante de la doctrina, en este supuesto el requisito de la identidad subjetiva para determinar la concurrencia de litispendencia o cosa juzgada, por tratarse del ejercicio de acciones colectivas por parte de entidades que las ejercitan en beneficio de consumidores concretos, debe determinarse en función de los sujetos perjudicados en quienes se concrete el ejercicio de la acción.*

*En el caso examinado ninguna de las sentencias dictadas en ambas instancias contiene pronunciamiento alguno en el sentido de que la declaración de nulidad ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Por esta razón debe entenderse que la sentencia dictada no produce efectos de cosa juzgada respecto de los usuarios no incluidos en la demanda.*

Finalmente,

- d. En los procesos en defensa de *intereses supraindividuales*, a juicio de algunos autores no rige el 222.3 LEC ya que en este supuesto los titulares de los derechos tutelados no son sujetos concretos sino la comunidad social, como un todo, lo que explica que los legitimados individuales no lo estén para ejercitar la acción colectiva, y también que al ejercitarse la acción de cesación no se llame a los afectados (art. 15.4 LEC)<sup>87</sup>.

Otros entienden que resulta indiferente los intereses en litigio – al menos desde el punto de vista de la regulación contenida en la LEC, que atiende a los grupos y su determinabilidad y no a los intereses- y perciben que con la regla segunda del art. 221 no se está acometiendo la cosa juzgada – para lo que está el 222- o al menos no únicamente, sino la extensión del propio pronunciamiento que recaiga sobre personas que no han sido parte en el proceso, y que dicha extensión atañe a la posibilidad de extensión “ultra partes” a otros que se puedan hallar en situación de llevar a cabo la misma actividad o conducta declarada ilícita o no conforme a la ley<sup>88</sup>.

A juicio de quienes niegan aplicar el 222,3 a las resoluciones en que se han defendido intereses supraindividuales, el art. 221.1, 2 LEC establece – para los casos de declaración de ilicitud o de no conforme a la ley una determinada conducta- que *la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección de consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso correspondiente.*

### C) RELACIÓN ENTRE LA ACCIÓN DE CESACIÓN Y LAS ACCIONES INDIVIDUALES POSTERIORES

Han sido varias las resoluciones que se han manifestado sobre la independencia de la acción de cesación y la acción individual, al menos en una primera aproximación.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381 y C-385/14 señaló que *las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos*

<sup>87</sup> Ibidem.

<sup>88</sup> F.J. GARNICA MARTIN, (2006) “La acción de cesación” en “Estudios de derecho judicial”, n.193, p.25-26. A su juicio, esta interpretación explica la derogación del art. 20 LCGU, sustituida por el art. 221.1.2º conforme a la cual cualquier pronunciamiento que declare nula una CGC está llamada a producir efecto frente a todos. Según esta hermenéutica se estaría estableciendo una suerte de “acción de clase pasiva” que afectaría a quienes no han sido parte, ni probablemente han sido llamados, lo que abre el tema de la eventual vulneración del principio de audiencia.

*jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y las otras únicamente pueden atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13.*

Desde una perspectiva constitucional y el mismo año, nuestro Tribunal Constitucional había puesto de relieve dicha diversa naturaleza<sup>89</sup>. En sus propios términos: *la llamada acción colectiva de cesación de cláusulas contractuales, no permite sustentar la tesis del desplazamiento o exclusión de la acción individual de nulidad de cláusulas abusivas, en beneficio de la referida acción de cesación.* Por el diferente control que se ejerce a través de una y otra acción y porque no existe identidad subjetiva entre ambos procesos, y porque la extensión automática de la cosa juzgada derivada de estimar la acción de cesación a todas las cláusulas insertas en los contratos en vigor, no está prevista en la regulación de la acción colectiva, y podría llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal unidad en su contrato.

Sin embargo, la independencia entre los procesos colectivos en defensa de intereses supraindividuales y los procesos individuales no significa que la sentencia del primero no surta efecto alguno en el segundo. La STS 367/2017, de 8 de junio (RJ 2017, 2509) empieza por recordar que como ya se señaló en la STS 375/2010, de 17 de junio, es necesario *de una parte, garantizar el principio de estabilidad de las resoluciones judiciales y de seguridad jurídica, en que se asienta esta institución (SIC: la cosa juzgada), y de otra, el ejercicio de estas acciones no puede suponer una restricción a la protección de los derechos de los consumidores.*

A partir de ahí, el Alto Tribunal diferencia entre el tipo de acciones ejercitadas en procesos resueltos previamente para sentar las siguientes directrices:

- a. En casos como el resuelto mediante sentencia, como la 705/2015, de 23 de diciembre, en que se estimó una acción colectiva de declaración de nulidad y cesación de una cláusula suelo abusiva, se aprecia la existencia de cosa juzgada respecto de un litigio posterior en que se ejercitaba otra acción colectiva respecto de la misma cláusula predispuesta por el mismo banco.
- b. Cuando, de otro modo, se ejercita una acción colectiva que resulta desfavorable para el consumidor y posteriormente se ejercita una acción individual, diferentes resoluciones<sup>90</sup>, rechazan la existencia de cosa juzgada, no por tratarse de dos tipos de acciones diferentes, sino (..) *no debe perjudicarle un pronunciamiento desfavorable acordado en un proceso en el que no ha podido intervenir.. esto es, en atención a la salvaguarda del principio de audiencia y el derecho de defensa.*
- c. La diferente naturaleza de la acción fue puesta de relieve por diversas resoluciones del Tribunal Constitucional<sup>91</sup>, a esa circunstancia, esta resolución del Tribunal Supremo añade dos óbices para entender procedente la cosa juzgada: que no existe previsión legal al respecto, de donde cabe inferir que no entiende aplicable el art. 222,3 a las acciones de cesación.....; y que apreciar la cosa juzgada cercenaría en caso de desestimación de la acción de cesación, una eventual línea de defensa del consumidor que se encontrar vinculado a dicha resolución<sup>92</sup>.

89 STS 148/2016, de 19 de septiembre (RTC 2016, 148). Doctrina reiterada en tres sucesivas resoluciones del mismo año: 206/2016; 207/2016, y 208/2016, todas de 12 de diciembre.

90 SSTS 127/2017, de 24 de febrero; 334/2017, de 25 de mayo, y 357/2017, de 6 de junio.

91 STC 148/2016, de 19 de septiembre; 206/2016, 207/2016 y 208/2016, todas de 12 de diciembre.

92 G. GARCIA ROSTÁN.

# COURT SYSTEM AND CASE MANAGEMENT IN HUNGARY

Viktória Harsági

## 1. VERTICAL ARRANGEMENT

In Hungary, in accordance with the principle of the separation of powers, Act IV of 1869 laid down that tasks relating to justice and public administration shall be carried out by separate organs of state. This Act laid the foundations for the modern administration of justice in Hungary after the Compromise of 1867, which was followed by several statutes regulating the structure and operation of the courts.<sup>1</sup> The four-level regular court system and several special court systems had evolved by the first decades of the 20<sup>th</sup> Century.

According to Kengyel, “after the Communist take-over, eastern- and central-European countries were forced to change their court systems according to the Soviet pattern [...] the destruction of the old Hungarian court system began at the end of the 1940s.” Several institutions of the court system were abolished, such as the two-level appeal system by Act XI of 1949, and administrative courts by Act II of 1949. By abolishing the courts of appeal, the four-level court system was reduced to “a three-level system of justice characterizing socialist countries based on the unity of local-territorial-supreme courts.”<sup>2</sup>

After the democratic political transformation, no relevant changes were made in the structure of the Hungarian court system. The 1997 Amendment of the Constitution rendered it possible for the reorganized courts of appeals to start their *de facto* operations several years later following repeated changes in their perceived purpose. The courts of appeals reintegrated into the structural system of courts were set up mainly in order to reduce the overburdening caseload of lower-level (local) courts and that of the Supreme Court. As a result, the court system became a four-level system again – as in the era preceding World War II.

As a result of the justice reform of 2011, the names of courts have changed in Hungary (Act CLXI of 2011 on the Organization and Administration of Courts). Apart from this, the reform has also brought about some structural changes in the court structure. Thus, beginning from 1 January 2012 the Hungarian court system continues to have four levels and the system of civil remedy ensures one level of appeal. The lowest level courts were the local courts (helyi bíróság), the name of which changed to district courts (járásbíróság) with effect from 1 January 2013. The second level is constituted by the 19 courts of justice (törvényszék) and the Municipal Court of Justice. The latter were substituted for the county courts and the Municipal Court of Budapest after 1 January 2012. The five courts of appeal were inserted in the court system (in two stages, in 2003 and 2005) as the third level. And finally, at the top of the hierarchy is the Curia, which replaced the Supreme Court following 1 January 2012.

The new Code of Civil Procedure (new HCCP – Act CXXX of 2016 entered into force on 1 January 2018) has not changed the system of two levels of first instance courts. Cases are tried at first instance by the district courts and the courts of justice. In civil cases local courts had general first-instance jurisdiction before the new Act. From 2018 the new regulation defines courts of justice as the courts having general jurisdiction and also prescribes mandatory representation by counsel before them. By doing so, the regulation basically returns to the traditions of 1911. It introduces uniform procedural rules<sup>3</sup> (it no longer contains the rules of the former HCCP pertaining to small claims, or the rules relating to matters of special importance, which

1 Kengyel M, (2008) Magyar polgári eljárásjog. Budapest, Osiris, 2008, 91.

2 Ibid. 93.

3 Varga I., Identification of Civil Procedure Regulatory Needs with a Comparative View. ELTE Law Journal 2014(6), 139-140.; Varga I. (2013), Perrendi szabályozási igények azonosítása jogösszehasonlító kitekintéssel. In: Varga I. (ed.) Codificatio processualis civilis. Studia in Honorem Németh János II. ELTE Eötvös Kiadó, Budapest, 492., 496-498.

classified cases based on the value of the claim. The uniform system of procedural rules introduced by the new HCCP is modelled for courts of justice and even in cases initiated before the district courts deviation from these rules is permitted only if the party involved is not legally represented.

Cases falling within the first-instance jurisdiction of the courts of justice can be appealed to the courts of appeal. Review petitions are heard by the Curia. Moreover, it ensures the uniformity of judicial practice.

The purpose of effective case management is intended to be served by the distribution of cases between the two first instance courts (courts of justice and district courts), which takes place so that cases of a more specialized character or of greater complexity and cases involving substantial claims start at a higher level (before the courts of justice). The jurisdiction of district courts extends to *a)* property cases where the value of the claim does not exceed thirty million forints or where the value of the claim based on property rights cannot be determined (except for actions relating to copyright, neighbouring rights and industrial property rights, actions for general damages or compensation for pain and suffering related to the exercise of official authority, actions launched in the public interest, actions concerning the formation and lawful operation of a legal person, disputes between legal persons and their current or former members, and disputes between current or former members arising from their membership relations), *b)* actions related to personal status, *c)* enforcement actions. [Section 20 new HCCP].

Concerning the new regulation – having regard to its entry into force in January 2018 – no conclusions can be drawn from practical experiences so far.

## 2. HORIZONTAL ARRANGEMENT

The labour courts have functioned as first instance courts since 1973. Despite the fact that their area of jurisdiction (venue) extends to a whole county, they exclusively try cases at first instance. The adjudication of appeals against the decision of labour courts forms part of the tasks of the courts of justice. Labour courts try cases arising from employment relations and employment contracts and they also proceed in other cases falling within their subject-matter jurisdiction by provision of law. After 1 January 2013, administrative courts function as specialised courts, proceeding – within one structural unit with labour courts – beginning from 1 January 2013. The jurisdiction of administrative courts extends to cases of judicial review of administrative decisions. Appeals submitted against the decisions of administrative courts are tried by the courts of justice.<sup>4</sup> As of 1 January 2018 – as a part of the package of procedural reforms – a (separate) code of administrative procedure entered into force, so this area is no longer governed by the HCCP.

The new Code of Civil Procedure has not essentially changed the rules relating to jurisdiction, but contains some novelties with regard to consumers (it has introduced rules of exclusive jurisdiction that serve the interests of the weaker party). Under the regulation in force – based on the principle of *actor sequitur forum rei* – general jurisdiction basically continues to be based on the defendant's domicile. The new regulation continues to permit the parties – unless it is provided otherwise in the Act – to make a choice of court agreement and agree on the territorial jurisdiction of a court to assess a dispute having arisen between them concerning property rights or a potential future dispute that may arise between them from a specified legal relation. The parties may conclude such an agreement in writing; or orally, but with written confirmation; or in a form which is consistent with the established business practices of the parties; or in the course of international trade, in a form which is consistent with commercial customs with which the parties were or should have been familiar, and which are commonly known and regularly applied by persons concluding such contracts in the given business sector.

In the absence of exclusive territorial jurisdiction, the plaintiff may, at his own discretion and instead of the court having general territorial jurisdiction over the defendant, bring the action also before the court of the domicile of the person entitled to enforce the claim, if the action is for imposing a maintenance obligation on the basis of an Act; before the court of the location of the immovable property, if the action is related to the ownership or possession of immovable property, or to an *in-rem* right encumbering the immovable

4 Kengyel M., Harsági V. (2013), Hungary – Civil Law. In: Eliantonio M. et al. (eds), Standing up for Your Right(s) in Europe. A Comparative Study on Legal Standing (Locus Standi) before the EU and Member State Courts. Intersentia, 324-325.; cpr. Varga (2014)



property; before the court of the place of concluding the transaction or performing the service, if the action is for enforcing a contractual claim; before the court of the domicile in Hungary or, in the absence thereof, the Hungarian place of residence of the plaintiff, if the action is for enforcing the contractual claim of a consumer against an undertaking; and before the court of the geographical location where the damage was caused or arose, if the action is for claiming compensation arising from tort. [Sections 27-28 new HCCP]

Concerning the new regulation – having regard to its entry into force in January 2018 – it is not yet possible to draw conclusions from the practical experiences.

### 3. COMPLEXITY ARRANGEMENT

The Fundamental Law of Hungary lays down as a general rule that justice shall be administered by panels of judges, but it also allows for proceedings to be conducted by a single judge [Art. 27]. Only a professional judge may act as a single judge or as the president of the trial panel. Courts hearing civil matters at first instance usually consist of one professional judge. In case of lawsuits relating to the protection of industrial property rights (which require more specialized expertise), the court must comprise three professional judges, two of whom shall have higher technical education.

In the era preceding the democratic political transformation, in the spirit of “the involvement of the people”, trials conducted by lay assessors used to be much more widespread. Nowadays this solution is used merely in labour disputes: the labour court hears cases at first instance in panels of three, comprising a professional judge as presiding judge and two lay assessors.<sup>5</sup> During the proceedings, professional judges and lay assessors are entitled to the same rights and have the same obligations.

The panel of judges proceeding at second instance consists of three professional judges. The Curia proceeds in panels of three professional judges during the review procedure. If it is justified by the extreme complexity or special social significance of the case, the Curia may order that a panel of five professional judges shall proceed in the case [Section 9 new HCCP].

The importance of the rules relating to the composition of courts is manifested in the fact that their violation may result in the annulment of the judgment.

### 4. LEGAL HISTORICAL PERSPECTIVE

The Hungarian civil procedural system is based on the civil law system, and more specifically, on German-Austrian civil procedural law, which still bears on it some marks of the socialist heritage. Since the democratic political transformation, it has repeatedly become characterised by Western orientation; the approximation of the legal system to Western cultures (in a lot of cases to European Community law) began as early as the 1990s.<sup>6</sup> Hungarian civil procedural law is not a pure national creation; it developed under the influence of Western (European) institutions, which is but a natural consequence of the fact that Hungary had attached herself to Western culture beginning from the earliest times. On the other hand, our civil procedure is *not a simple reception*. Hungary did not simply adopt foreign civil procedural institutions, but rather received them after substantial modifications suited to her situation.<sup>7</sup>

For one and a half centuries Hungarian civil procedure has basically been following German-Austrian legal culture and its changes. To a lesser degree the influence of the French legal system can also be shown. Among others, this may be traced back to German and French erudition received by legislators at the end of the 19th century and the beginning of the 20th century, which had a strong impact on the choice of model. Other cultural influences also presented themselves with varying degrees of intensity in the different historical eras, thus, for example, the influence of Soviet law, and to a small degree, that of the common law system. However, they

5 Lay assessors are nominated by unions representing the interests of employees and employers

6 Harsagi V., (2012) „Downstream or Up the Stream” – Influence of Different Legal Cultures on Hungarian Civil Procedure Law. In: Mareshin D., (ed.): Civil Procedure in Cross-cultural Dialogue: Eurasia Context, Statut Publishing House, Moscow, 2012, 277- 272.

7 Magyary G., Nizslovszky E., (1942) Magyar polgári perjog. Franklin Társulat Kiadása, Budapest, 23.; Novák I., Első magyar polgári eljárásjogunk – Hommage à 1911:I. tc. Birák Lapja, 1996 (1-2) 155.

were able to gain ground in Hungarian civil procedure only temporarily, afterwards they usually “failed”.<sup>8</sup>

At the beginning of the 20th century there was a turning point in the history of the Hungarian Code of Civil Procedure. The outdated and anachronistic Code of Civil Judicial Procedure of 1868 still based on the written form, the indirect method and a prescribed system of proof was replaced by the *Code of Civil Procedure of 1911*. The preparatory work for codification lasted almost 25 years. The prolonged work resulted in a “Code of Civil Procedure recognized Europe-wide, which, due to Sándor Plósz, combined with a lasting impact the elements of German civil procedure having liberal-capitalist foundations and those of the Austrian civil procedure of 1895 implementing the ideal of social civil action.”<sup>9</sup>

The Code of Civil Procedure of 1911 undebatably turned out to be one of the best European products of European legal development in the era. Its creators probably set it as their objective to ensure, through the implementation of modern principles, the possibility of rights enforcement within the framework of an effective and relatively short action, and at the same time, to prevent the protraction of lawsuits by mala fide litigants. For this purpose a concentrated action structure was developed. It gave effect to the basic principles that had evolved during legal development in the 19th century (oral hearing, publicity, immediacy, free evaluation of evidence), on the other hand, it established a modern cooperation between the court and parties, it respected the parties’ right to disposition, but put the management of the lawsuit into the hands of the court, so as to avoid the protraction of proceedings by increasing the activity of the judge.<sup>10</sup>

The prolonged codification had the advantage that legislators were able to get more acquainted with the main Acts on civil procedure of the last third of the 19th century and even their reception. The work was characterised by the rather *strong influence of German and Austrian civil procedure*,<sup>11</sup> but during its creation not only these codes but, apart from them, primarily French and English institutions were also carefully utilized.<sup>12</sup>

The codification of Hungarian civil procedure which started in the 1880s was founded on the German Code of Civil Procedure of 1877 and the French Act of 1806 on civil procedure. Sándor Plósz prepared his first draft based on the German Code of Civil Procedure, the influence of Austrian codification, which became accelerated at the beginning of the 1990s, was first reflected in the reasoning attached to the draft of 1902.<sup>13</sup> Everything that on the application of strong criticism was found the most valuable in the German and Austrian codes of civil procedure was adopted by the legislator. Nevertheless, it would be erroneous to believe that the Act was limited to the simple transposition of the achievements of German and Austrian civil procedures. In many parts it reveals an original conception; it solves a great many questions independently.<sup>14</sup> Keeping a distance from German dogmatics was justified also for the reason that the professional public would have preferred the embodiment of the ideals of French or English civil procedure. The practical implementation of modern civil procedural principles was transmitted to Hungary primarily by the codes of civil procedure of German states realizing French ideals. In spite of the fact that the basic civil procedural principles of the French bourgeois revolution were adopted by Hungarian law through German transmission, it may be stated that they were elaborated by Hungarian law within the framework of an independent system, and the greatly flexible attitude of the Code de procédure civile toward the basic principles had a noticeable impact on Hungarian legal development too. The Austrian Code of Civil Procedure of 1895 exerted a substantial influence on Hungarian codification at the turn of the century and reshaped the original aspects of the bill significantly. Apart from the general effect of the adoption of individual rules and legal institutions (the active role of the

8 For more detail, see: Harsági V. (2012) 277- 290.

9 Kengyel M. (2000a), A polgári eljárásjog jelene és jövője. In: Benisné Györffy I. (ed.): Ötödik magyar jogászgyűlés. Magyar Jogász Egylet, Budapest, 233.

10 Kengyel M. (2003a) A bírói hatalom és a felek rendelkezési joga a polgári perben. Osiris, Budapest, 234.

11 Németh J. (1991), Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf die Rechtsordnungen der osteuropäischen Länder. In: Habscheid W. (ed.): Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen. Gieseking, Bielefeld, 254–281.; Kengyel M. Der Einfluss der österreichischen Zivilprozessordnung auf die ungarische Kodifikation. In: Bittner et al (eds.): Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag. Springer, Wien, 246–249.

12 Magyary G., Nizsalovszky E. (1942), 23–24.

13 Kengyel M. (2003b) Külföldi hatások a 20. század magyar polgári eljárásjogában. In: Kiss D., Varga I.,: Magister artis et aequi. Studia in honorem Németh János. ELTE Eötvös Kiadó, Budapest, 2003, 419.

14 Magyary G.,(1942) Magyar perjogi reformmozgalmak. In: Magyary G.,Összegyűjtött dolgozatai, Magyar Tudományos Akadémia, Budapest, 14–15.

judge, the extent of ex officio judicial acts, the obligation to tell the truth etc.), it also projected the social ideal of Austrian civil action on the Hungarian Code of Civil Procedure.<sup>15</sup>

However, the code of civil procedure of German-Austrian roots hallmarked by the name of Sándor Plósz was *replaced in 1952 by an Act of “socialist spirit”* based on the Soviet-Russian Code of Civil Procedure of 1923.<sup>16</sup> The Act was passed following a surprisingly short preparation paradoxically five years before the codification of the substantive law. Act III of 1952 is still effective, although it has gone through 11 greater amendments and more than 60 other modifications in the past almost 70 years.

Hungarian legislation in the field of civil procedure was saved from the sheer copying of Soviet law by its remarkable legal traditions.<sup>17</sup> Based on several sources of academic literature what happened – by force – in 1952 was but the *drastic shortening, abridgement of the Code of Civil Procedure of 1911*, but the core concept on which it had been built was preserved.<sup>18</sup> István Varga describes the situation as follows: “breaking tradition without abandoning it”<sup>19</sup>. The Code of Civil Procedure of 1952 was *linked with many ties to the old Code of Civil Procedure*: it followed the old one to a great extent in its structure and slightly in its contents (e.g. the regulation of the conduct of lawsuits). According to Kengyel, “structural changes executed under the Soviet influence (two-level system of justice, one-level appeal etc.) could be fitted into the old structure”. The basic principles were placed at the beginning of the Act. Mainly special procedures fell victim to the “shrinking” of the HCCP of 1911. Despite the structural similarity between the old and the new Acts, *rather essential changes* were made to the structure of civil action. The Act of 1911 divided civil action in two stages: the pre-trial hearing and trial on the merits. As opposed to this, the new HCCP regarded the legal action to constitute an integral process.

The *main innovations* of the Act of 1952 may be summed up as follows: the prevalence of substantive truth, the redefinition of the principle of party control, restriction of the activity of attorneys, turning district courts into first instance courts of general jurisdiction, a two-level justice system with one level of appeal, unification of the appeal system by abolishing direct appeal to the Supreme Court against court orders, the elimination of the review system and instead, laying the foundations for protest on legal grounds. The Act created in the era of dictatorship reflects the transformation of the court and prosecution organization based on the Soviet pattern and the elimination of courts of special jurisdiction. The prosecutor’s role in civil action increased and a system of lay assessors was introduced.

The Soviet influence was most strongly manifested in the *basic principles* of the Act, the legislator adopted the text of the Soviet CCP almost word for word.<sup>20</sup>

Market economy and the rule of law building up continuously beginning from the 1990s meant for the legislator and applier of law challenges that had previously been unknown to them both from the aspect of quality and quantity. Within a short period of time, the number of litigious and non-litigious cases became multiplied. New types of lawsuits came into being or little-known case types acquired special significance, (e.g. company law actions, administrative actions).

The organizational system of courts was also radically transformed, after a long period of gestation the four-level court system was set up: courts of appeal deeply rooted in legal history started functioning.<sup>21</sup> In the 1990s the legislator made an attempt at renewing the Code of Civil Procedure of 1952 – through repeated amendments – in accordance with new objectives and principles.<sup>22</sup> It is still raised as an unanswered question whether by this method (in other words, by “filling the old bag with new wine”) one succeeded or could

15 Kengyel M. (2003b) 420–421. p.; cpr: Plósz S. (1912) Die Prozeßleitung des Gerichts nach der neuen Zivilprozeßordnung. Recht und Wirtschaft, 392–398.

16 See more detailed: Kengyel M., (2000b) Die Zukunft des ungarischen Zivilprozeßrechts nach der Zivilverfahrens-Novelle ZZPInt 5 361.

17 Horváth A., et al. (2003) A perjogok története. In: Mezey B. (ed.): Magyar jogtörténet. Osiris, Budapest, 407.

18 Németh J. (1998) Polgári perjogunk a XX. század végén. In: Máthé G. (ed.): Negyedik magyar jogászgyűlés. Budapest, 69.

19 Varga I. (2008) Foreign Influences on the Hungarian Civil Procedure Law. In: Deguchi M., Storme M. (eds.): The Reception and Transmission of Procedural Law in the Global Society. Maklu, Antwerpen, 278.

20 Kengyel M (2003c) Die Entstehungsgeschichte der fünfzigjährigen ungarischen Zivilprozeßordnung. In: Nakamura et al (eds.): Festschrift für Kostas E. Beys dem Rechtsdenker in attischer Dialektik. Ant. N. Sakkoulas Verlag, Eunomia Verlag, Athen 718.

21 Szabó I (2006) Előszó. In: Szabó I. (ed.): A Polgári perrendtartásról szóló 1952. évi III. törvény magyarázata. I. kötet. Magyar Hivatalos Közlönykiadó, Budapest, 5.

22 Kengyel M (2003a) 20.

possibly succeed in adjusting to the frames of the rule of law a code of civil procedure, the original conception and text of which (although modified several times) had been formulated within the frames of a dictatorial system and in accordance with the ideology of that system.

The codification of a new code of civil procedure<sup>23</sup> has resulted in some significant innovations beginning from 2018 (see: the points below).

## 5. DEFINITION OF “CASE MANAGEMENT” IN THE ACADEMIC LITERATURE

The term “case management” is not well-spread in Hungarian legal academic literature and even if it is used (to a negligible extent) by some authors, it is not applied in the meaning commonly associated with it in international practice. In Hungary it is rather regarded as an equivalent to the term “conduct of a case” (Prozessleitung). So it may be stated that the meaning of the term is uncertain, there is no public consensus about what is meant by it.

## 6. SPECIFIC PROCEDURAL DESIGN

### a) E-justice:

Information technology offers possibilities by which access to justice may definitely be improved and proceedings without a legal representative may become better available. Let us think of e.g. the introduction of electronic forms and their publication on the internet. Through them a higher level of automatism may be achieved, especially if their actual filling in online is alleviated by supporting programmes. The rationalizing and accelerating potential resulting from the application of modern IT in court proceedings is dependent on the structure of the given proceeding to some extent. It offers more possibilities for proceedings with a simple structure and a rather routine-like course, where the decision-making process is schematic and more standardizable.<sup>24</sup> It is no accident that in numerous countries – among them in Hungary, too – order for payment proceedings and the company registration procedures have been considered to fall within this category. In these fields e-justice functions effectively and adequately. Moreover, in the case of automated proceedings, the geographic location of the processing court is insignificant, as communication takes place through the internet anyway.

Litigious proceedings – in international comparison – are still rather resistant to the effects of e-justice. The eIDAS Directive, reforming the foundations of electronic identification, was adopted by the European Parliament and the Council in the summer of 2014; following this in May 2015 the Hungarian Government adopted Decision No. 1295/2015. (V. 7.) Korm., in which it took the position that with regard to certain tasks of the court and prosecution service connected with the codes of administrative and civil procedure the delay observable concerning the establishing of electronic communication should be eliminated.

### b.) Preparation

The new HCCP reintroduced the split system of procedural phases (which used to be applied in the Code of Civil Procedure of Plósz of 1911). According to the explanatory memorandum attached to the Draft Bill, the draft proposal aims to set up a procedural order that will render the course of the proceedings more predictable for the parties, because the split system of procedural phases makes clear the function and duration of the specific procedural phases, thereby establishing unambiguous frames for the performance, restriction or preclusion of specific procedural acts, which will promote not only the effectiveness of proceedings, but also their predictability. First instance proceedings are divided into two stages: the preparatory phase and the merits phase. This model places great emphasis on the preparatory phase. This system provides possibility to concentrate the definition of the content and frames of the legal dispute in the preparatory phase (motions for evidence and means of evidence become fixed). However – according to the explanatory memorandum – the preparatory phase does not lack flexibility: the specific steps involved in this phase are decided by the

23 Cpr. Varga I. (2014) 135-163.

24 Kodek G. (2002): Der Zivilprozeß und neue Formen der Informationstechnik. Zeitschrift für Zivilprozeß, 2002 (4) 481.

court, which enables the court to decide on the method and course of preparation in line with the particular characteristics of the specific case.<sup>25</sup>

The new Act applies a wide range of preclusions. For example, after the closing of the preparatory phase, as a general rule, it is not possible to modify the claim or defence, and the submission of further evidence and motions is precluded. The aim of the restriction – besides preventing the protraction of proceedings – is to also enable both the court and the opposing party at some point to regard the frames and content of the legal dispute finally fixed and to ensure that following this nothing but the evidence taking procedure and the decision on the merits should take place based on the fixed allegations. The modification of the claim may be permitted following the dividing line only if such modification is related to a cause that cannot be attributed to the fault of the party concerned.

Concerning the new regulation it is not yet possible to account of the practical experiences as not even three months have passed since the entry into force of the code, but a change may also be expected in the role of the hearing on the merits phase: the aim is to conduct the evidence taking concerning the legal dispute defined in the preparatory phase, which – as a result of the preparation – will become a lot more expedient and therefore one may expect an earlier decision on the merits of the case.

### c.) Exigency of providing evidence (incapacity to prove) – unlawful evidence

The old HCCP (before 2018) contained only a few provisions the violation of which would result in the unlawfulness of evidence. With regard to the *use of unlawfully obtained evidence*, the HCCP did not formulate generally applicable clauses of the type contained in the Act on Criminal Procedure. Prohibitions were concentrated around the witness statement and expert opinion, but in other areas the lack of general and special prohibitions results in uncertainty concerning such illegalities arising out of litigation<sup>26</sup> as e.g. the stealing of documents or obtaining an electronic letter through unauthorised access to the e-mail system.

The new HCCP regulates as a new legal institution the exigency of providing evidence, the admissibility of illicit means of evidence in the lawsuit, and the probative value of evidence from other procedures used in civil proceedings. According to the explanatory memorandum to the Draft Bill, the exigency of providing evidence (incapacity to prove) means a regulatory solution to strikingly information-asymmetric situations, where the adversary of the party having the burden of proof has the relevant evidence in his possession and therefore he is able to make it difficult or impossible to prove the case successfully. The legal consequence of the exigency of providing evidence is: the court establishes the existence of the fact, if the judge has no doubt in this regard. The new HCCP regulates the frames of admissibility of unlawfully obtained means of evidence, but does not lay down an absolute prohibition concerning them. Pursuant to Section 265, the facts in a case shall be proven by the party having an interest in the fact being accepted by the court as the truth (hereinafter “interest to prove”), and the consequences of not proving or unsuccessfully proving such fact shall also be borne by said party. The party is in a situation of exigency of providing evidence, if he substantiates that *a)* the data indispensable for his motion to present evidence are in the exclusive possession of the party with opposing interests, and he verifies that he took the necessary measures to obtain such data, *b)* it is not possible for him to prove the facts alleged, but the opposing party can be expected to supply evidence to disprove his allegations of fact, or *c)* the success of taking evidence was hindered by the party with opposing interests in a culpable manner, and the other party does not substantiate the opposite of those specified in points *a)* to *c)*. If the party is under the exigency of providing evidence, the fact to be proven by the party affected by such exigency may be accepted by the court as the truth, if it does not have any doubt regarding its veracity.

Pursuant to Section 269 of the CCP, a means of proof, or any separable part of it, is unlawful and cannot be used in the action, if *(i)* it was obtained or produced by violating or threatening a person’s right to life and physical integrity, *(ii)* it was produced by any other unlawful method, *(iii)* it was obtained in

25 Cpr. Köblös A.(2016) Hungary: Towards More Efficient Preparatory Proceeding. in Ervo L., Nylund A.: Current Trends in Preparatory Proceedings, Springer, 185-205.

26 Kengyel M. (2000c) A bizonyítás. In: Petrik F (ed.): Polgári eljárásjog. Kommentár a gyakorlat számára. HVG–ORAC, Budapest, A/373.

an unlawful manner, or (*iv*) its submission to the court would violate personality rights. A means of proof shall be considered evidently unlawful if that can be clearly established as a fact on the basis of evidence and data available. The evidently unlawful nature of a means of proof is to be taken into account by the court *ex officio*, and the parties are to be informed accordingly. If a means of proof is not evidently unlawful, its unlawful nature shall be notified without delay by the party opposing the party submitting the means of proof. A party may only rely on the unlawfulness of a means of proof following the order closing the preparatory phase, if through no fault of his own he became aware of it only later, and he notifies it to the court within fifteen days after having become aware of it. With the exception of the case described in point (*i*) above, the unlawful means of proof may be taken into account by the court exceptionally and with due regard to the particular nature and extent of the violation, the legal interests affected by the violation, the impact of the unlawful piece of evidence on establishing the facts, the weight of other available pieces of evidence and all other circumstances of the case. If an unlawful means of proof cannot be used and the proving party cannot prove a significant fact in the case in any other way, the court may apply the rules pertaining to the exigency of providing evidence.

## 7. REFORMS

The old Hungarian Code of Civil Procedure (Act III of 1952), which has been modified many times since its entry into force, did not follow a uniform concept. After the political transformation, the Hungarian Code of Civil Procedure struggled with the problem of “belonging” and “finding its proper place”. In this period of its development one may experience some kind of return to German-Austrian roots as well as some independence. One part of the modifications was triggered off by international conventions and European Union law.

The main regulatory objectives defined by the Draft Bill on the new Code of Civil Procedure included the systemic realization of the effectiveness of court proceedings, diverting claims away from court proceedings (mainly to mediation), establishing procedural rules promoting agreement between the parties, the introduction of a split system of procedural phases, the creation of procedural rules ensuring the concentration of proceedings, the prescription of mandatory legal representation in proceedings commenced before the courts of justice as a guarantee of the professional conduct of proceedings, the creation of domestic rules of collective redress and enhancing the role of reasonable electronization. The new HCCP has introduced significant modifications concerning the rules relating to legal representation, it has afforded an enhanced role to statements made during the preparatory phase, and it has laid down stricter requirements concerning the parties' legal statements. The court has been granted extensive powers to clarify the legal dispute, and the demonstration of expert evidence has been provided with a new basis. There have been significant changes in the rules of the appeals process, while with regard to review a system based on a value limit has been introduced.

## 8. FINAL APPEALS

The HCCP of 1952 transformed the earlier two instance appellate system into a one level system. In its original form, the above-mentioned Act maintained a kind of second instance proceedings characterizing Plósz' Code of Civil Procedure of 1911. After the democratic transformation in 1989-90 the first great impetus to the transformation of the Hungarian remedy system was given by a decision of the Constitutional Court, thus the reform really started in 1992 with the re-introduction of the review procedure. In the past decades, most modifications have been concerned with the institution of review and they have been generated by the decisions of the Constitutional Court in several cases.

It is universally valid that one of the main causes of the delay of civil lawsuits is the excessive caseload on courts. One of the means frequently used to resolve this problem is the restriction of legal remedy (filtering the cases). Restricting techniques may vary:<sup>27</sup> a limit of amount defined by law or, a specific group of cases

27 Cp. Kengyel, M. (2002) ‘Zivilprozessrecht um die Jahrtausendwende’, In Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, 270–271.

that constitute the limit and exclude the possibility of resorting to legal remedy.

The Fundamental Law requires a regular appellate procedure. Conceptual questions arise mostly with respect to the permissibility of extraordinary appeals. Within the question of permissibility, it has to be clarified as to what roles the legislature envisages for the higher courts, especially the Curia, in the area of extraordinary appeals, in other words, what weight it wishes to assign to each of them when developing the dual task-totally of individual legal protection and legal uniformity. Within the scope of permissibility, the separation of permissibility from the disputed amount as the only entry condition also requires a fundamental decision in itself. The amount in controversy and the disputed amount do not determine the significance of the case.<sup>28</sup>

The new HCCP endeavoured to render the rules of appeal more effective. In this respect it aims to achieve a double goal: to ensure due prevalence of the right to legal remedy, and at the same time to prevent the regulation from providing opportunity for the protraction of proceedings during the appellate procedures. Therefore, the Code defines the scope of the second instance court's powers of revision, and determines the obligatory content of appeals accordingly, while at the same time it lays it down as a general rule that the second instance court shall adjudicate the appeal without a hearing. The Code also reregulates the circumstances serving as a ground for setting aside a judgment and therefore resulting in the protraction of proceedings. The essence of the new regulation lies in the fact that violations of procedural rules that do not constitute grounds warranting the mandatory setting aside of judgments are to be taken into account by the second instance court only at the request of the appellant and not *ex officio*.

The new HCCP deals with the effects of the judgments of the European Court of Human Rights in such a way that it leaves the earlier form of reopening cases for revision as well as the main rules almost entirely intact.

According to the explanatory memorandum attached to the Draft Bill, a so-called mixed system has been introduced concerning the rules of review as an extraordinary remedy, under which the right to review has been preserved within the frames of objective conditions excluding its possibility, but in the case of judgments affected by specific grounds for excluding review the Curia may still allow review having regard to law uniformity considerations. In certain property cases the Curia may exceptionally allow review with regard to law uniformity considerations, or where it is justified by the special significance or social importance of the question of law raised.

## 9. FIRST INSTANCE LEVEL

The new Code of Civil Procedure models uniform rules of procedure as a system of professional procedural rules, in relation to which it precisely determines the statutory situations – always along the lines of groups of persons or interests requiring protection – where deviation in the direction of more simple procedure is necessary and possible.<sup>29</sup> The new HCCP introduced a split system of procedural phases, which renders the course of the proceedings more plannable and predictable (see point 6.b.).

According to the expectations of the legislator, the professionalism of the parties' procedural acts may significantly contribute to effective claim enforcement and legal protection as well as defence against them, moreover, the resolution of lawsuits within a reasonable time. The detailed and elaborated content of the most important submissions, e.g. that of the statement of claim and the defence, which are to be submitted in written form obligatorily, serves both the proper and expedient preparation of the lawsuit and the conversion of submissions into standard forms, which provides help for the party acting without a legal representative and also facilitates electronic communication. Unfortunately, the first experiences do not corroborate these expectations. In the first months of the application of the new Code, an extreme number of statements of claims have been dismissed, which according to the accounts of lawyers has perceptibly reduced the willingness

28 Cpr. Varga I. (2013) 505.

29 Karczub, E. al.: Általános rendelkezések és alapelvek. In Varga I., Éless T. (2016) Szakértői Javaslát az új polgári perrendtartás kodifikációjára. HVG-Orac – Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 798-800.

of potential claimants to commence litigation.

At the level of district courts (if the party is not legally represented) numerous rules have been introduced to facilitate the enforcement of rights, e.g. the use of standard forms, lesser requirements regarding submissions, and the party is also supported by the judge's substantive measures of conduct a case. According to the explanatory memorandum attached to the Draft Bill, this means a flexible alternative solution in cases of lesser complexity and in cases presupposing the involvement of a weaker party.

Apart from the exigency of providing evidence specified in point 6.c. and the admissibility of illegally obtained means of proof, the most important innovation in the regulation relating to the demonstration of evidence is the reform of expert evidence: private expert opinions are also properly incorporated into the system. The party may supply expert evidence in three ways: by way of a private expert engaged by him, through an expert appointed for him in another proceeding, or via an expert appointed for him in the lawsuit. Private expert evidence – according to the explanatory memorandum attached to the Draft Bill – is expected to put an end to the current practice leading to the protraction of proceedings under which private expert opinions are used not for the main taking of evidence, but with the aim of contesting or challenging the professional competence of the expert appointed by the court.

The appearance of the parties' obligation to assist the court in administering justice as a basic principle is also a novelty in the new HCCP. The definition of the content of obligation to assist the court in administering justice – at least with regard to its limits – may pose a problem at first sight. The obligation to assist the court in administering justice involves the party's enhanced procedural responsibility, which means a supportive and active role. One might suppose that this active role is problematic in respect of the defendant, since active role on the side of the defendant would mean defence, moreover, defence against the relief sought by the claimant. It is important to emphasize that it is not so, the defendant is not obliged to put up a defence: he has self-autonomy, in other words, he is free to decide.<sup>30</sup>

The court's obligation to carry out contributive actions is also a new element, in the centre of which are the change in and the enhanced role of tools for the conduct of the case. In the range of the court's contributive actions, the new code has strengthened the court's powers relating to the conduct of the case.<sup>31</sup>

## 10. MEDIATION

In accordance with international trends – through Anglo-Saxon transmission – the mediation procedure has been introduced in Hungary too. The relatively low level of receptiveness concerning mediation is a Hungarian peculiarity, which obstructs its spread in practice significantly.

Article 12 of the EU Mediation Directive requires Member States to bring into force laws and other regulations “necessary to comply with this Directive” by 21 May 2011 at the latest.<sup>32</sup> Hungarian legal regulation (Act LV of 2002 on Mediation) in the beginning only out-of-court mediation was possible, but in 2012 the institution of court-annexed-mediation was also introduced. The Act on Mediation contains only a few regulations on the course of mediation, as this is essentially determined by the parties. A mediation process is deemed concluded after the end of the fourth month following the signing of the statement, unless otherwise agreed by the parties.<sup>33</sup> In Hungary the failure of mediation leads to the close of the mediation. The court must, during the proceedings, inform the parties about the nature of the mediation. At the request of the parties the court can interrupt the proceedings, if the parties would like to take advantage of the mediation. The proceedings are stayed during the process of mediation. If the parties sign a settlement during this time, they can request that the court approve it. As a result of the approval, the

30 Molnár T.,(2017) Az új polgári perrendtartás alapelveinek értékelése, a perjogi kodifikáció hatása a polgári eljárás sajátos alapelveire. *Közjegyzők Közlönye*, 2017 (6), 20.

31 *Ibid.* 23. p.

32 Article 10 of the Directive constitutes an exception, pursuant to which the Commission shall make publicly available, by any appropriate means, information on the competent courts or authorities communicated by the Member States. The deadline for Member States to comply with the obligation contained in this Article is 21 November 2010.

33 Section 35 of Act LV of 2002 on Mediation.



settlement will have the same effect as a judgment. The court approves the settlement by an order that is preliminarily enforceable. Otherwise, the settlement signed during mediation is considered as a settlement in the sense of civil law and does not lead to a title of execution. They are in principle not enforceable. However, an enforcement clause may be fixed on a mediation settlement, if it is contained in a document issued by a public notary. Exceptions to this rule are settlements signed during medical mediation<sup>34</sup>, which are enforceable without the requirement of notarisation.

Concerning mediation the new HCCP has introduced the following novelties. In the interests of out-of-court settlement of cases away from the courts it applies a solution that although leaves the parties in dispute alone during the conduct of the settlement process, but offers institutionalized and professional frames for alternative dispute resolution, and besides this, also ensures the enforceability of a potential agreement. It links up the legal institution of market and court mediation and the legal institution of summons to attempt settlement contained in Section 127 (2) of the HCCP in force.

## 11. FINANCING OF COURTS

The most important rule relating to the burden of legal costs is that the losing party must pay the costs of the winning party. However, it is to be noted that the statistics compiled during the preparatory codification work relating to the new HCCP has revealed that the operational costs of the administration of justice exceed several times the amount of State revenues coming from procedural duties. This basically means that in a larger part lawsuits are financed by tax-payers and not the parties (as regards costs arising for the courts).

## 12. POLICY-MAKING AND COURT STRUCTURE

Provisions relating to the internal organization of courts are principally contained in the Fundamental Law of Hungary and Act CLXI of 2011 on the Organization and Administration of Courts (Jurisdiction Act). The HCCP includes only the rules regulating in which form the court as a subject of civil litigation shall appear and in what panel it shall proceed.

An Act of Parliament is required for setting up a new court, merging and terminating courts, and changing the court's area of jurisdiction (venue). If the court's area of jurisdiction (venue) is adjusted to an administrative territorial division, as a result of the change in administrative boundaries the area of jurisdiction (venue) of courts may be modified by an order – on the recommendation of the President of the National Office for the Judiciary – by the President of the Republic (Section 17 Jurisdiction Act).

Pursuant to Article 25 of the Fundamental Law, the central responsibilities relating to the administration of the courts are to be performed by the President of the National Office for the Judiciary. The National Council of Justice is to supervise the central administration of the courts. The National Council of Justice and other bodies of judicial self-government are to participate in the administration of the courts. The President of the National Office for the Judiciary is elected by the National Assembly from among the judges for nine years on the proposal of the President of the Republic. The President of the Curia has to be a member of the National Council of Justice further members of which are to be elected by judges, as laid down in a cardinal Act.

The President of the National Office for the Judiciary – observing the constitutional principle of judicial independence – is to perform the central responsibilities of the administration of the courts, as well as the controlling powers relating to the chapter in respect of the chapter on the courts of the Budget Act, and he exercises supervision over the administrative activities of the presidents of the courts of appeal and courts of justice. (Section 65 Jurisdiction Act)

The judge authorized by law is the judge operating at the court having subject-matter and territorial jurisdiction who has been assigned to the case based on a predefined case distribution schedule. The case distribution

34 Act CXVI of 2000.

schedule is defined by the president of the court – with full knowledge of the opinion of the judicial council and the departments – at the latest by the 10<sup>th</sup> day of December of the year preceding the year under consideration. The case distribution schedule may be modified in the given year based on service interests or because of an important cause affecting the operation of the court. The case distribution schedule contains the composition and number of chambers operating at the court. Deviation from the case distribution schedule may be permitted in cases regulated in Acts on procedure and in the frames of administrative procedures because of an important cause affecting the operation of the court. (Sections 8-11 Jurisdiction Act)

### 13. MASS CASE-PROCESSING

The experiences of recent years (more serious cases of environmental pollution, consumer protection problems) have urged experts to reconsider the adequacy of current legal regulations concerning collective redress.<sup>35</sup> The chapter of the new HCCP on collective redress lays down common procedural rules concerning the rules of public interest actions (*actio popularis*) already existing in Hungary, but so far typically uncoordinated and contained scattered in various separate laws, thereby consolidating them into one bunch of laws. On the other hand, it contains the rules of coordinated actions to be newly introduced, which may serve as a means to enforce aggregated private interests.

The coordinated action intended to be introduced by the new Code of Civil Procedure is of an opt-in system, also having regard to Commission Recommendation 213/396/EU (of 11 June 2013). In a coordinated action the members of the group may be easily identified individually (their identities are known). However, individual claim enforcement does not use the resources of the justice system with proper effectiveness; therefore it is expedient to deal with them in one proceeding. Thereby, e.g. the costs of evidence may be reduced.

Opt-in system – based on foreign experiences – would be suitable for enforcing claims for damages in product liability cases (e.g. actions against pharmaceutical companies), or claims resulting from railway and air accidents, environmental pollution, and industrial disasters. The scope of the regulation introduced by the new HCCP only covers a small part of these actions (enforcement of claims arising from consumer contracts, claims for damages resulting from health injuries in employment actions based on human action or inaction, and directly caused by invisible environmental impacts or property claims for damages).<sup>36</sup> If it is justified by the extreme complexity or utmost social significance of the coordinated action coming under the jurisdiction of the courts of justice, the single judge may exceptionally order prior to the order concluding the preparatory phase that a panel of three judges shall proceed in the case. Once a case has been referred to a panel of judges, later it is not possible for a single judge to act concerning the case. As opposed to coordinated actions, public interest actions have been referred to the competence of courts of justice by the new HCCP. If it is justified by the special complexity of the public interest action, the single judge may exceptionally order prior to the order concluding the preparatory phase that a panel comprising three professional judges shall proceed in the case. Cases that have been referred to a panel cannot subsequently be decided by a single judge.

35 Cpr. Harsági V. (2014), *The Need for Further Development of Collective Redress in Hungary*. In Harsági V., Rhee C.H. (eds.): *Multi-party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?* Cambridge: Intersentia, 2014. 171-185.; Harsági V., (2016a) *Deficiencies of collective redress in Hungary and recommendations for codification*. In: Fankhauser et al. (eds.): *Das Zivilrecht und seine Durchsetzung*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG, 201-215.; Harsági V., (2016b) *Quo Vadis Collective Redress? Hungarian Aspects*. In: *Festschrift für Professor Nikolaos K. Klamaris – Essays in Honour of Professor Nikolaos K. Klamaris*. Athens; Thessaloniki: Sakkoulas Publications, 343-355.; Harsági V., *Combining opt-in and opt-out systems? – Expert Proposal for the Hungarian Regulation of Collective Redress*. ELTE Law journal 2017, <http://eltelawjournal.hu/>

36 Harsági V. (2016c), *Kollektív igényérvényesítés – Általános indokolás a kollektív igényérvényesítéshez*. In: Varga I., Éless T. (eds.): *Szakértői Javaslat az új polgári perrendtartás kódifikációjára*. HVG-Orac – Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó Kft. Budapest, 751-754.

# DIVERSIFICAZIONE DEI RITI NELLE CULTURE DELLA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE – RAFFRONTI IN TEMA DI TUTELE SOMMARIE E ANTICIPATORIE

Vincenzo Ansanelli

Sommario: 1. Complessità e modulazione dei riti – 2. Caratteristiche degli interventi sulla struttura del processo civile in Italia – 3. Modalità ricorrenti nelle riforme recenti del processo civile – 4. Raffronti in tema di tutele anticipatorie e sommarie

1. Quello della differenziazione delle forme di tutela processuale in ragione dei diritti coinvolti o delle caratteristiche della controversia può dirsi costituire a tutti gli effetti uno dei principali problemi dell'odierna configurazione del processo civile. Un processo che appare oggi ovunque — seppure con diverse accentuazioni e caratterizzazioni — segnato appunto dalla diversificazione dei riti. È un dato che si caratterizza fondamentalmente come adeguamento del processo, o dei processi, alla più complessa realtà odierna del momento processuale. Ed è anche un fenomeno che segna il superamento del mito del modello unico di processo civile quale astrattamente idoneo alla gestione efficiente di tutte le controversie; una categoria prevalente per gran parte del secolo ventesimo ma ormai in via di definitivo superamento.

È all'interno di questo fenomeno relativamente recente, specie nella sua odierna accentuazione e rilievo, che occorre oggi collocare tanto il problema della specialità dei riti quanto quello della sommarizzazione del processo. Ciò nel senso che la specialità dei riti tende ormai a caratterizzarsi come diversificazione e adeguamento del modello procedimentale alle circostanze caratterizzanti la specifica controversia o categorie di controversie diversificate da variegati *standard* di complicazione. Speculare a questo fenomeno è il mutamento dello stesso rito ordinario di cognizione attraverso il progressivo abbandono di strutture procedimentali tendenzialmente rigide. E invero, in alcuni ordinamenti la cosiddetta sfida alla complessità processuale si è tradotta nella trasformazione del modello di processo ordinario attraverso la sua modulabilità in ragione delle diverse esigenze e caratteristiche della controversia, essenzialmente tramite l'applicazione del principio di proporzionalità nell'allocatione delle risorse processuali. Un fenomeno trasversale che concerne ad esempio ordinamenti quali quello inglese e francese caratterizzati ormai da tempo da riti ordinari declinati in *tracks* o *circuits*, ma comunque presente anche in altri seppur con minore impatto<sup>1</sup>.

2. L'evoluzione disciplinare registratasi nel nostro ordinamento nell'ultimo cinquantennio rende in primo luogo possibile affermare che il processo di cognizione delineato dal libro II del codice di procedura civile non rappresenta più la modalità ordinaria di definizione giurisdizionale dei conflitti. La progressiva estensione di procedimenti speciali caratterizzati da forme sommarie di trattazione e la correlativa erosione

1 Sulle nuove modulazioni del processo a seguito della complicazione di un gran numero di controversie civili si rinvia al complesso dei saggi in Dondi (editor), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011, *passim*. Già in precedenza v. Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova 1985, *passim*; Id., *Introduzione della causa e strategie di difesa. I. Il modello statunitense*, Padova, 1992, *passim*. Sui recenti *trend* di riforma del processo civile v., in generale, Dondi – Ansanelli – Comoglio, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2015, *passim*; Chase – Hershkoff (editors), *Civil Litigation in Comparative Context*2, St. Paul, 2017, *passim*; Oteiza (coord.), *Sendas de la reforma de la justicia a principios del siglo XXI*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2018, *passim*. Con specifico riferimento all'area sudamericana. Con specifico riferimento alla cultura italiana della riforma del processo civile v., da ultimo Giussani, *Efficienza della giustizia e culture della riforma, ebook*, 2018, *passim*. Con riferimento al fenomeno di diffusione di forme di tutela sommaria (o di una sommarizzazione della tutela) Carratta (editor), *La tutela sommaria in Europa*, Napoli, 2012, *passim*; Bove, *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 55 ss.; L. P. Comoglio, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1509 ss.; Graziosi, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 137 ss.; Proto Pisani, *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, in *Foro it.*, 2006, V, 53 ss.; Id., *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, in *Foro it.*, 2007, V, 44 ss.

dell'ambito di operatività della cognizione piena rappresentano probabilmente i fenomeni che hanno maggiormente caratterizzato la storia del processo civile italiano nel corso del XX secolo<sup>2</sup>. Come è stato efficacemente rilevato, uno dei principali *leit-motiv* nella storia delle nostre riforme è il problema dei rapporti “*fra l'aspirazione alla certezza, tendenzialmente conseguibile con la ponderazione e la meditazione della decisione, nello sforzo di evitare l'ingiustizia, e l'esigenza di rapidità nella conclusione del processo medesimo*”<sup>3</sup>.

In altri termini, la ricerca di un delicato equilibrio nella coesistenza fra forme di trattazione a cognizione piena e sommaria ha rappresentato e continua a rappresentare uno dei principali campi di ricerca di possibili soluzioni ai problemi endemici di malfunzionamento – specie in termini di eccessiva durata delle controversie – della giustizia civile italiana. In questa prospettiva, come pure è stato osservato, la manipolazione della fase di trattazione rappresenta “*un'idea ritornante*” del nostro legislatore<sup>4</sup>. E alla frequenza degli interventi su tale fase del processo sembra doversi da subito aggiungere che proprio in ragione delle peculiari modalità con cui queste riforme sono state realizzate – o, molto più sovente, soltanto preconizzate – esse costituiscono un fenomeno in sé molto singolare<sup>5</sup>. E ciò specie nel raffronto con quanto è accaduto in questi ultimi decenni in altri ordinamenti<sup>6</sup>.

In effetti, salvo alcune eclatanti eccezioni – quali l'introduzione del processo del lavoro, la riforma realizzata con la l. 353 del 1990 e quelle poste in essere con le leggi n. 80 del 2005 e n. 69 del 2009 – gli interventi riformatori si sono connotati per la loro neutralità; ossia, in altri termini, per la sostanziale assenza di una chiara esplicitazione della loro *philosophy* di intervento<sup>7</sup>. Per converso, anche alla luce delle esperienze comparatistiche registratesi nell'ultimo trentennio, sembra doversi ritenere che qualsiasi intervento aspirante a incidere e modificare drasticamente il funzionamento della giustizia civile non possa prescindere da un'opera riformatrice di ampio respiro, in grado di segnalare con immediatezza a tutti gli utenti *at large* della giustizia civile il senso e la direzione dei mutamenti in atto<sup>8</sup>.

Questo specifico approccio metodologico al tema dell'efficienza del processo evidenzia come in altri paesi (quali l'Inghilterra, la Francia o gli Stati Uniti, solo per citare gli esempi più eclatanti) si siano da decenni

2 L'analisi dei due fenomeni definiti della *proliferazione dei riti* e della *sommarizzazione della tutela* ha costituito uno dei principali e più vivaci ambiti di dibattito della nostra dottrina. Entrambe le espressioni sono utilizzate da Proto Pisani, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, 205 ss.; Id., *Verso la residualità del processo a cognizione piena?*, ivi, 2006, V, 53 ss.; Id., *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, ivi, 2007, V, 44 ss.; Id., *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 26; Id., *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, in *Foro it.*, 2012, V, 311 ss.; Id., *Linee di una politica di pronto intervento nella giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 221 ss.; Id., *Intervento sconsolato sulla crisi dei processi civili a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2008, V, 11 ss.; si veda anche la completa analisi, anche in chiave costituzionale, di L. P. Comoglio, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 1509 ss.

3 Cfr. Carpi, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979, 11.

4 L'espressione è ancora una volta di Carpi, *Linee di tendenza delle recenti riforme processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 849 ss.; nello stesso senso v., fra i moltissimi possibili riferimenti e senza alcuna pretesa di completezza, Id., *Le riforme della giustizia civile in Italia verso il XXI secolo*, ivi, 2000, 115 ss.; Sassani, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1429 ss.; Capponi, *Il diritto processuale civile “non sostenibile”*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 861 ss.

5 Si tratta, del resto, di un rilievo davvero ricorrente nella nostra dottrina. Si veda, ad esempio, Fazzalari, *Cento anni di legislazione sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 490 ss. e spec. 496, ove l'A. rileva che “*dal 1865 al 1940 la storia della nostra legislazione processuale è piuttosto storia di dispute e di progetti di riforma che non di realizzazioni concrete. Gioverà del resto sapere che, negli ultimi cento anni, e a partire addirittura dal 1868, si sono susseguiti, fra disegni di riforma totali o parziali, più di venticinque progetti*”. Quale opera fondamentale per lo studio dei progetti di riforma del processo civile presentati nel periodo intercorrente fra l'emanazione del codice di procedura civile unitario e l'approvazione del codice vigente, si veda Tarzia – Cavallone (a cura di), *I progetti di riforma del processo civile (1866 – 1935)*, Milano, 1989, *passim*; fra i molti altri possibili riferimenti Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 ad oggi*, Bologna, 1980, spec. 151 ss., 193 ss.; Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., *passim*; ID., *Il processo civile in Italia dal codice napoleonico al 1942*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 67 ss. (poi in Id., *Ideologie e modelli del processo civile – Saggi*, op. cit., 3 ss. spec. 15 ss.). Da ultimo e con specifico riferimento alla storia delle riforme della fase di trattazione del processo civile italiano sia consentito il riferimento a Ansanelli, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano. 1815 – 1942*, Torino 2017, *passim*.

6 Per un recente esempio di comparazione nella nostra dottrina fra le tendenze di riforma in atto nei diversi modelli processuali, sia consentito il rinvio a Dondi – Ansanelli – P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, cit., *passim*; in precedenza Trocker – Varano (a cura di), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005, *passim*; De Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 282 ss.; Trocker, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 29 ss.

7 Come è stato efficacemente rilevato da Capponi, *Il diritto processuale civile “non sostenibile”*, cit., 861, le riforme del processo civile sembrano essere “*somministrate a dosi minime quasi fossero miracolistici interventi di piccola manutenzione su di un meccanismo permanentemente inceppato, del quale però s'è perso lo schema generale di funzionamento*”. Tanto che, come pure è stato efficacemente sintetizzato da Picardi, *Prefazione*, in Picardi – Giuliani (a cura di), *Codice di procedura civile*, Milano, 2004, XXVIII, gli interventi del legislatore italiano sul codice di rito sono risultati talmente frequenti da incidere sul modello originario “*sino fino a farlo divenire un mosaico di sopravvivenze*”. In definitiva, non può che condividersi l'opinione di Taruffo, *Le riforme della giustizia civile*, cit., III ss., il quale rileva che “*il legislatore processuale di questi tempi si muove a tentoni, in modo casuale e mostrando di non avere un'idea chiara degli scopi da perseguire, né degli strumenti per realizzarli*”.

8 Per alcune considerazioni a tale riguardo si rinvia a Dondi – Ansanelli – P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione – Una prospettiva comparata*, cit., spec. 3 ss.; Carratta, *L'evoluzione dei processi civili di cognizione nella prospettiva comparata. Un recente libro*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, spec. 1226 ss. e, in precedenza, Taruffo, *Cultura e processo*, cit., 80 ss.; Dondi – Ansanelli, *Qualche (ulteriore) rilievo fra cultura del processo, comparazione e riforme*, cit., 1440 ss.

diffusi studi specifici che analizzano il funzionamento del processo nella prospettiva della sua organizzazione. Queste tecniche di analisi scientifica e statistica se incentrate sullo studio dell'organizzazione e della gestione del processo sono comunemente denominate tecniche di *case management*; mentre quando si rivolgono specificamente allo studio dei moduli organizzativi dei singoli tribunali assumono la denominazione di tecniche di *court management*. Per converso, in Italia la gestione efficiente dei processi pare in ultima analisi ancora affidata in maniera pressoché esclusiva all'iniziativa dei singoli magistrati. Soggetti chiamati ad apprendere in maniera per così dire artigianale, attraverso la loro concreta esperienza professionale, le modalità di organizzazione ottimale ed efficiente sia del complessivo carico di lavoro sia della singola controversia<sup>9</sup>.

Del resto, appare opinione alquanto diffusa presso il nostro giudiziario che le modalità di gestione del ruolo, ossia di complessiva gestione del carico giudiziario, non sia oggetto di specifica formazione professionale. Costituendo, per converso, oggetto di quotidiana sperimentazione nella pratica del processo. Talché, sembra possibile affermare che ogni giudice nel corso della propria carriera elabora e costruisce un proprio specifico metodo organizzativo<sup>10</sup>.

Le ragioni di un simile stato delle cose vanno innanzitutto ricercate nella struttura e nell'offerta formativa dei nostri corsi universitari. Le Scuole o i Dipartimenti di giurisprudenza, così come le varie Scuole di perfezionamento o di specializzazione non prevedono, nei relativi piani di studio, materie aventi ad oggetto gli aspetti dell'organizzazione economico-manageriale dell'attività giurisdizionale. Un'impostazione, questa, probabilmente da riconnettersi anche a uno specifico atteggiamento della nostra cultura giuridica (e processualistica in particolare) riconducibile a una diffusa e ritenuta supremazia delle questioni squisitamente giuridiche rispetto a quelle, evidentemente ritenute di scarso valore scientifico, concernenti le modalità di organizzazione efficiente dell'attività giurisdizionale<sup>11</sup>.

3. Le sintetiche considerazioni sinora svolte non mirano certo a sostenere che una profonda rimodulazione della struttura del processo civile non sia in grado di incidere sulla sua complessiva efficienza. Una simile conclusione risulterebbe del resto storicamente smentita da una serie di eventi che hanno riguardato altri ordinamenti. Altrove infatti – pur in maniera ovviamente molto diversificata da caso a caso – la risposta ai problemi posti dalle esigenze di tutela della società post industriale si è tradotta nella predisposizione di strumenti processuali flessibili e proporzionati; e ciò in quanto in grado di modularsi con diverso grado di articolazione in relazione alle specifiche esigenze di tutela o alle diverse caratteristiche delle controversie<sup>12</sup>.

E' noto come in diversi ordinamenti europei sia in corso, ormai da alcuni anni, un processo di ripensamento e di ammodernamento in senso efficientistico delle normative processuali. Così è, in effetti, in Francia con i *décrets* del 1998 e del 2005, in Inghilterra con l'entrata in vigore delle *CPR* nel 1999, in Spagna con l'emanazione della nuova *LEC* nel 2000 e in Germania con le riforme del 2002 della *ZPO*. Un trend di riforme che, fra l'altro, appare tuttora in fase di evoluzione<sup>13</sup>.

Comune premessa alle riforme in quasi tutti gli ordinamenti interessati è, pur con diverse sfumature e intensità, la crisi della giustizia civile e la necessità di trovare soluzioni capaci di restituire efficienza allo strumento processuale<sup>14</sup>. Proprio a tale riguardo è stato rilevato come un altro dato del tutto peculiare

9 Cfr., per una testimonianza di attenzione extra-accademica per questo genere di problemi, Spera, *Tecniche di case management. È possibile un processo civile più rapido, senza maggiori costi, incrementi di personale e riforma legislative?*, Roma, 2013, 5 ss.

10 Cfr. Verzelloni, *Dietro alla cattedra del giudice*, Bologna, 2009, 211.

11 Dondi, *Un-Horizontal Legal Upbringing as a Problem of Cultural and Professional Interaction – The U.S. and Italian Models Compared*, in 15 *ZZP Int.*, 2010, 77 ss., Id., *Qualche considerazione comparata in tema di educazione giuridica istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2013, 105 ss. A questo riguardo nella letteratura italiana il dibattito sembra essersi avviato, come conferma la presenza di recentissimi interventi in alcune delle principali riviste in materia; così, ad esempio e ancora, Dondi, *Sull'insegnamento del diritto processuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 315 ss. (*à suivre*, Nieva Fenoll, *Qualche considerazione pratica sui modi e le carenze della docenza processuale*); inoltre, in prospettiva parzialmente diversa ma con interessanti aperture alla cultura e al dibattito sull'insegnamento del diritto in area statunitense Cavallini, *Quale insegnamento del diritto processuale?*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 451 ss.

12 Per alcuni riferimenti a tale riguardo si rinvia nuovamente a Dondi – Ansanelli – P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione*, cit., *passim*; Ansanelli, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza – Il nuovo art. 183-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 339 ss.; Picardi, *La trasformazione della giustizia nell'età della globalizzazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1153 ss.; Torquato – D'Agostini, *Spunti di raffronto comparato sulla recente riforma del processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 251 ss.; Ansanelli, *Profili comparati della trattazione civile*, in *Pol. dir.*, 2012, 289 ss.

13 In generale, sulle riforme del processo civile in Europa si rinvia agli scritti contenuti in Trocker – Varano (editors), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005, *passim*.

14 A riguardo v. gli scritti contenuti in Zuckerman (editor), *Civil Justice in Crisis – Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford, 1999, *passim*.

dell'anomalia italiana risieda nell'autarchia culturale della nostra dottrina. L'adozione più diffusa di un approccio comparatistico avrebbe infatti probabilmente consentito di rilevare come paesi appartenenti a tradizioni culturali e giuridiche anche molto diverse fra loro, abbiano affrontato il problema della durata del processo civile adottando riforme globali basate sull'adozione di opzioni ideologiche ben definite. Riforme che, seppur con le inevitabili e a tratti anche profonde differenziazioni sul piano delle soluzioni tecniche adottate, appaiono astrattamente riconducibili ad alcuni principi comuni. Uno dei possibili riferimenti a tale riguardo è alla progressiva trasformazione del ruolo del giudice, al quale viene per l'appunto ormai comunemente affidato il compito di modulare la trattazione del processo secondo schemi e tempi proporzionali alla complessità e rilevanza della lite<sup>15</sup>.

In altri termini, in contesti culturali diversi dal nostro sembra ormai comunemente acquisita l'idea che l'introduzione dei parametri della complessità nel mondo del diritto comporta, sul versante processuale, la necessità di programmare, modulare e diversificare i percorsi processuali; ossia di strutturare variamente il meccanismo processuale per adeguarlo al grado di complessità della controversia. È possibile anticipare come uno dei principali corollari del passaggio – anche in ambito giuridico e, in particolare, processualistico – da un periodo di modernità in senso storico a un'età “post-moderna”, sembra individuabile nell'aspirazione al superamento del modello unico di trattazione rappresentato dal processo ordinario di cognizione. Ciò in favore, appunto, della possibilità di adottare diversi modelli di trattazione in ragione del differente livello di complessità della controversia<sup>16</sup>.

Del resto, nelle culture circostanti questa sembra essere una se non la principale caratteristica delle riforme del processo civile, specie – ma non solo – in paesi quali Francia e Inghilterra. Tanto in ambito europeo-continentale, quanto nel mondo anglosassone risulta in effetti diffusa – anche a livello legislativo – la consapevolezza che l'obiettivo di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale mediante un processo capace di svolgersi in tempi ragionevoli, senza rinunciare per supposto ad un'adeguata trattazione della causa, non può essere perseguito affidandosi a uno schema rigido di processo concepito come universalmente valido per tutte le tipologie di controversie. Essendo, per converso, indispensabile predisporre spazi per la differenziazione dei percorsi di trattazione delle cause in funzione delle loro peculiari caratteristiche e, in definitiva, come si è detto della loro complessità<sup>17</sup>.

A prescindere dalle differenziate modalità mediante le quali si è cercato di rispondere alla crisi della giustizia civile nel terzo millennio, le riforme registratesi sia nei principali ordinamenti europeo-continentali che nei paesi di area anglosassone sembrano confermare l'idea che un sostanziale incremento di funzionalità del processo civile debba passare attraverso una radicale razionalizzazione del processo di primo grado<sup>18</sup>. Un risultato che in questi contesti di riforma è stato perseguito non solo trasformando, a volte in maniera decisamente radicale, precedenti normative, ma anche incidendo su valori-guida e opzioni di *policy* ad essa sottese<sup>19</sup>.

Sul versante propriamente tecnico-strutturale, in una prospettiva macro-comparatistica appare possibile individuare una sorta di modello di riferimento cui sembrano tendere, seppur con un'intensità profondamente differenziata, pressoché tutti gli ordinamenti. Si tratta di una sorta di macro-modello

15 Cfr. Dondi – Ansanelli – P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione*, cit., spec. 145-210; De Cristofaro, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, cit., 282 ss. Per una analisi della nozione di complessità processuale e di post-modernità si vedano i lavori contenuti in Dondi, (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano 2011, *passim* e ivi specialmente Id., *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, 3 ss.; Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, *passim*.

16 Cfr. Taruffo, *Postfazione*, in Dondi (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit., 182.

17 In questo senso, da ultimo v. Trocker, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, op. cit., p. 41 ss.; Dondi – Ansanelli – P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione*, cit., spec. 63 ss., 102 ss., 190 ss.

18 Ed in effetti, anche in Italia si sono registrate esperienze di riforma che inducono a ritenere ancor oggi valido l'assioma del necessario collegamento fra struttura del procedimento di primo grado e tempi della giustizia civile. Il riferimento, per quanto ovvio, è all'introduzione del processo del lavoro che, secondo l'opinione diffusa nella nostra dottrina ha dato, specialmente nei primi anni di applicazione, buona prova di sé. Ed invero, l'idea di fondo era che il processo del lavoro in quanto orale, concentrato e rapido, dovesse fornire rilevanti indicazioni per la riforma generale del processo civile. Invero, nel corso degli anni questa idea sembra essersi smarrita. Si veda a riguardo Taruffo, *La trattazione della causa*, cit., 271 ss.

19 Su tale fenomeno si rinvia nuovamente a Dondi – Ansanelli – P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione*, cit., spec. 1-26, nonché le indicazioni bibliografiche ivi contenute; Trocker, *La concezione del processo civile di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, cit., spec. 33 ss.

procedimentale diffusamente inteso come il più adeguato a rispondere alle sfide della complessità. Il riferimento è, in definitiva, a un modello procedimentale a struttura essenzialmente bifasica, composto da una fase preparatoria (eventualmente destinata a concludersi con lo svolgimento di un'udienza), nella quale le parti indicano e precisano le loro domande, eccezioni, deduzioni istruttorie e conclusioni. All'esito di tale fase – e, in questo ambito, specialmente mediante un attivo intervento del giudice – deve risultare definitivamente circoscritta la materia del contendere (sotto il duplice profilo di *thema decidendum* e *thema probandum*). A questa deve poi seguire una fase propriamente istruttoria, fortemente concentrata, nella quale assumere le prove, svolgere le conclusioni e pronunciare la sentenza. Le due fasi possono strutturarsi in maniera più o meno articolata a seconda delle caratteristiche, delle esigenze e, in definitiva, del grado di complessità della singola controversia. Ma esse tendono comunque ad essere il più possibile concentrate, essendo la concentrazione delle varie attività processuali ovviamente necessaria per la rapidità e la funzionalità del procedimento<sup>20</sup>.

Per converso, il paradigma italiano del percorso processuale tendenzialmente unico, per supposto semplice e perfetto, è ricorso come modello di riferimento nella nostra cultura anche quando le trasformazioni della società si sono – come in particolare nell'ultimo ventennio – manifestate con una forte accelerazione.

A fronte di questa forte difficoltà di adeguamento risulta nel tempo presente diffusamente accolta l'idea che il processo non debba necessariamente corrispondere a un unico modello procedimentale, ma si possano-debbero configurare vari percorsi differenziati secondo le necessità della controversia. E ciò ha ulteriormente contribuito a collocare nel momento della qualificazione dei fatti effettivamente controversi, ossia il momento della trattazione, il nucleo di trasformazione del processo nella direzione appena indicata. E, intimamente connesso alla discussione su tali ambiti di problemi, risulta l'ampio dibattito relativo al ruolo direttivo da attribuire al giudice in questa sede, secondo modulazioni variegiate nel rispetto delle particolarità del singolo caso o delle necessità procedimentali riferibili comunque a intere categorie di controversie.

Nella prospettiva di coniugare l'efficiente organizzazione dell'attività giurisdizionale con il canone fondamentale della ragionevole durata del processo, per certi versi si impone l'applicazione del principio di proporzionalità. Ciò nel senso che l'organizzazione dell'attività giurisdizionale deve tendere a garantire l'impiego di risorse e attività per l'appunto proporzionali al contenuto e al rilievo della controversia. Un'interpretazione costituzionalmente orientata del principio di proporzionalità nell'organizzazione dell'attività giurisdizionale dovrebbe infatti giustificare non soltanto l'utilizzazione di percorsi e strumenti processuali differenziati in relazione al rilievo e al grado di complessità della singola controversia; ma anche il poter gestire e dedicare alla singola controversia tempi diversificati proprio in ragione delle sue concrete caratteristiche<sup>21</sup>.

4. In ragione dell'enorme diffusione-diversificazione dei riti, un ultimo *caveat* si impone. Di seguito sarà necessario inevitabilmente procedere a una selezione drastica e forse anche arbitraria dei riferimenti. E in questa logica saranno altrettanto inevitabili le carenze in termini di copertura sia degli ordinamenti di riferimento sia, al loro interno, di alcune delle soluzioni adottate.

Specie in alcuni ordinamenti il fenomeno della diversificazione dei riti tende anche a declinarsi nel senso della specializzazione del giudiziario. Ciò in una duplice prospettiva, sia del collegamento fra specializzazione dei riti e specializzazione del giudice sia della tendenziale specializzazione del giudice anche nel contesto del rito ordinario. Emblematici riguardo a quest'ultimo fenomeno sono, in particolare fra i molti possibili, gli esempi rappresentati dai *Tribunaux de commerce* francesi e dalle Sezioni specializzate in materia di impresa italiane; nonché, quali giudici catalogabili come essenzialmente specializzati per ragioni di competenza a livello nazionale, l'esempio delle *Federal Circuit Courts* statunitensi (presso le quali si applica comunque il rito ordinario delle *Federal Rules of Civil Procedure*) e la *House of Lords* inglese quale

20 Cfr. Taruffo, *op. loc. cit.*; di recente v. Ansanelli, *Modulazione della trattazione nella recente riforma italiana del processo civile. Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Rev. de proc.* 2016, 411-438.

21 V. sul punto Caponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 389 ss.

giudice d'appello in controversie concernenti materie di particolare rilievo pubblico<sup>22</sup>.

Venendo al problema della differenziazione delle tutele, come si è accennato, due appaiono le opzioni di fondo: da un lato un'espressa differenziazione *ratione materiae* dei riti, dall'altro l'adattabilità di un unico rito o modello procedimentale alle caratteristiche della singola controversia. Ciò a intendere, nel primo caso, la previsione di specifici e appositi riti per determinate controversie, nel secondo caso, la previsione di norme tendenzialmente uniche ma adattabili alle circostanze del caso concreto.

La prima opzione costituisce per così dire l'approccio più tradizionale al fenomeno del quale ci si occupa. In effetti, in gran parte degli ordinamenti la nozione di differenziazione della tutela giurisdizionale corrisponde a riti speciali distinti da quello ordinario. È significativo che nell'impostazione tradizionale questi riti tendano a concernere ambiti di materie specifici e differenziati reciprocamente, come nel tradizionale riparto fra controversie di lavoro, controversie commerciali e controversie in materia di proprietà industriale e intellettuale. Settori tutti connotati da singole particolarità tanto sul piano dell'utenza quanto sul piano delle esigenze di configurazione del percorso processuale.

Occorre segnalare la caratterizzazione dei riti previsti per le controversie di lavoro — che qui non si affrontano *ex professo* — come strumento oltre che di definizione giudiziale anche di pacificazione sociale. Così accade per i *Conseils (Tribunaux) des Prud'hommes* francesi, nei quali si riscontra una tendenziale de-giurisdizionalizzazione della tutela in ragione della composizione mista dell'organo giudicante, virtualmente rappresentativo delle categorie coinvolte<sup>23</sup>.

Particolarmente emblematica della seconda opzione, come del resto già più volte segnalato ad altro riguardo, è soprattutto l'attuale assetto del processo civile inglese per via della diversificazione dei percorsi processuali realizzata all'interno del processo ordinario. Qui la diversificazione viene realizzata in un momento successivo all'introduzione della controversia anche a seguito di provvedimenti del giudice concernenti la natura della controversia (e a questo riguardo si rinvia a quanto già detto nei capitoli precedenti in tema di *allocation*).

Accanto alla modulazione del percorso ordinario e alle forme di diversificazione della tutela coinvolgenti in maniera propria la nozione di specialità del procedimento, si colloca l'ampia area dei procedimenti sommari. Anche tali procedimenti risultano come noto diversificati dal procedimento ordinario, il carattere sommario consistendo appunto nello scarso approfondimento cognitivo, nella deformalizzazione del procedimento e nella contrazione del principio del contraddittorio.

Invero a questa configurazione di massima sembra doversi attribuire una mera valenza ricognitiva, dal momento che non sempre alla definizione formale e legislativa di sommarietà corrisponde una cognizione effettivamente sommaria nell'accezione precedente di ridotta e limitata sul piano cognitivo. In questo senso molti ordinamenti mostrano invero di muoversi. E ciò è in effetti alla base della progressiva sostituzione del rito ordinario da parte di molti procedimenti sommari, secondo le modalità che ora si tenteranno di indicare.

È un'evoluzione esemplificata in area statunitense dal diffuso ricorso ai cosiddetti *Summary Judgment* (disciplinati dalla *Rule 56 FRCP*). Si tratta di procedimenti che infatti non rappresentano un'alternativa al rito ordinario, ma una modalità semplificata di definizione del rito ordinario<sup>24</sup>. Nel processo civile statunitense la cognizione semplificata da realizzarsi attraverso il *Summary Judgment* è sin dall'origine specificamente destinata alla definizione di controversie virtualmente infondate (“*no genuine issue as to any material fact*”); e ciò in un'evidente prospettiva di economia processuale<sup>25</sup>. La finalità appare infatti quella di evitare il ricorso alla fase dibattimentale, consentendo al giudice di risolvere anticipatamente la controversia ogniquale volta le

22 In generale sul tema P. Comoglio, *Il giudice specializzato in materia di impresa – Problemi e prospettive*, Torino, 2014, spec. 179 ss. Sulla *jurisdiction* della *House of Lords* si veda Ward, Akhtar, *English Legal System*10, Oxford, 2008, 251 ss.

23 Villebrun, *Traité de la juridiction prud'homale*3, Paris, 1998, *passim*; Estoup, *La pratique des jugement en matière civile, prod'homale et commerciale*, Paris, 1990, *passim*; Perrot, *Doute légitime sur l'impartialité de conseillers proud'homaux*, in *Procédures*, 2009, 139, 17 ss., Cadiet, *Droit judiciaire privé*, cit., 109 ss.

24 In generale, si rimanda a Brunet, Redish & Reiter, *Summary Judgment: Federal Law and Practice*, 1994, *passim*; più di recente Pfautz, *Why Would a Reasonable Jury Do? Jury Verdicts Following Summary Judgment Reversal*, in 115 *Colum. L. Rev.*, 2015, 1254 ss.

25 La citazione è tratta dal commento alla *Rule 56* delle *Federal Rules of Civil Procedure* in *Advisory Committee on Rules of Civil Procedure for the District Courts of the United States with Notes*, Chicago 1938, 122.



domande o le difese siano evidentemente prive di fondamento. Si tratta di uno strumento avente la funzione di assicurare una soluzione rapida e non costosa di controversie manifestamente infondate, evitando il ricorso al *trial* in tutte quelle ipotesi in cui il giudice reputi il dibattimento non necessario in ragione delle carenze in fatto e in diritto della pretesa formulata da una delle parti.

La *Rule 56* delle *Federal Rules of Civil Procedure* prevede che la *motion for summary judgment* possa essere formulata sia dall'attore che dal convenuto e riguardare tanto l'intero oggetto del procedimento quanto una parte di esso ("*motion for summary judgment or partial summary judgment*"). In questa seconda ipotesi tale strumento svolge comunque un'importante funzione di semplificazione del successivo dibattimento. Ciò in quanto le questioni oggetto di *summary judgment* in sede di *pre-trial* non potranno trovare ingresso nel *trial* in quanto ormai definite. Allo scopo di facilitare il ricorso a questo strumento, la *Rule 12* delle *Federal Rules of Civil Procedure* prevede che anche istanze dirette a ottenere altri tipi di provvedimenti (quali il *judgment on pleading* o il *default judgment*) si convertano automaticamente in *motion for summary judgment* quando inidonee al raggiungimento dello scopo originario. Va infine segnalato che l'istanza di *summary judgment* è solitamente fondata su prove di particolare affidabilità come *affidavits* o dati comunque emersi nel corso del *discovery*.

Questo esito della controversia trova invero una particolare ragione d'essere. Esso è infatti tendenzialmente occasionato da atti introduttivi del tutto carenti; e ciò anche nella prospettiva semplificante delle *Rule 8* delle *Federal Rules of Civil Procedure*. È quasi superfluo ricordare come oggi, a seguito della già ricordata decisione *Twombly* e della maggiore specificità di qualificazione degli atti introduttivi da essa indotta, si possa prevedere una tendenziale estensione del ricorso a tale strumento<sup>26</sup>.

Sembra in ogni caso doveroso ricordare come la prospettiva del *summary judgment* trovi le sue radici più profonde nel modello inglese; non a caso dichiaratamente imitato dal legislatore federale americano del 1938. Anche oggi la presenza di questa prospettiva nell'ordinamento inglese sembra invero confermata in particolare dalla disposizione della *Part 24 CPR*. La norma in effetti ribadisce la *ratio* già segnalata di configurazione del *Summary Judgment* come percorso processuale escludente il *trial*. In particolare al punto 2 di tale disposizione la condizione per l'emissione di un *summary judgment* contro una delle parti viene fatta consistere nell'assenza: *a*) di un "*real prospect of succeeding on the claim or issue*" per l'attore; *b*) di un corrispettivo "*real prospect of successfully defending the claim or issue*" per il convenuto<sup>27</sup>.

Nel modello processualciviltistico tedesco la nozione di sommarietà non si traduce in un'espressa disciplina normativa. Sono peraltro presenti all'interno di quest'ordinamento forme semplificate di cognizione, quali ad esempio il *Urkunde und Wechselprozess* (Processo documentale e cambiario, ex §§ 592 ss. della *ZPO* tedesca) e il *Mahnverfahren* (Procedimento di ingiunzione, ex §§ 688 ss. della *ZPO* tedesca). Si tratta di modalità procedurali fondate di fatto sulla semplificazione ma non sulla riduzione *tout court* dell'area della cognizione, come dimostra la possibilità per le parti di opporsi ai relativi provvedimenti introducendo forme procedurali a cognizione piena. Appartiene peraltro a una *ratio* sostanzialmente identica la disciplina semplificata del processo contumaciale essenzialmente fondato sul principio della non contestazione (così specialmente al § 331 della *ZPO* tedesca)<sup>28</sup>.

Nel processo civile spagnolo trova conferma la duplice accezione di sommarietà in precedenza segnalata. Qui la sommarietà della cognizione è essenzialmente associata ai procedimenti di natura cautelare, che qui non saranno oggetto di trattazione. Si può in ogni caso segnalare che si tratta di procedimenti

26 Dondi, *Case law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 529; da ultimo, e sempre con riferimento alla dottrina italiana v. Dalla Bontà, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione*, Napoli, 2018, *passim*.

27 Va segnalato che gran parte dell'attuale disciplina concernente il *Summary Judgment* risulta nell'ordinamento inglese essere stata configurata nella *section 8* dal *Defamation Act* del 1996 (*summary disposal of claim*). Sul punto e anche per le relative differenze disciplinari di dettaglio vedi Zuckerman, *Civil Procedure*, cit., 260 ss. Bielli, *La «summary jurisdiction» nell'esperienza processuale inglese*, in *Studi senesi*, 1981, 38 ss., più in generale M. A. Lupoi, *Cenni comparatistici sulle antisuit injunctions nei paesi di common law*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 1197 ss.

28 Murray, Stürmer, *German Civil Justice*, cit., 425 ss.; Conrad, *Das zivilprozessuale Mahnverfahren*, in *Jus: Juristische Schulung*, 2009, 12 ss.; Jarsumbek, Stadler, *Das Versäumnisverfahren gem. §§ 330ff. ZPO, insbesondere das zweite Versäumnisurteil*, in *Jus: Juristische Schulung*, 2006, 134 ss.; Adolphsen, Dickler, *Die Berufung gegen das zweite Versäumnisurteil – Prüfungsumfang des Berufungsgerichts nach vorangegangener Vollstreckungsbescheid*, in *ZZP*, 2012, 463 ss. Per il testo della norma e gli sviluppi giurisprudenziali relativi Stein, Jonas, *ZPO Kommentar zur Zivilprozessordnung* 22, 5, Tübingen, 2006, 135 ss.

privi di efficacia propriamente decisoria in quanto tendenzialmente strumentali alla realizzazione del programma di misure “*más enérgicas*” ed “*eficaces*” del processo di cognizione di cui alla *Exposición de motivos*. A prescindere da procedimenti speciali regolanti specifiche materie — come stato e capacità delle persone, divorzio e altri, comprensivamente definiti *procesos abreviados* — non esiste una disciplina generale configurante un procedimento sommario a cognizione semplificata quale alternativa al procedimento ordinario di cognizione. Nel processo civile spagnolo esiste unicamente il *juicio verbal*, di natura semplificata, destinato a specifiche controversie di basso valore economico alle quali non è applicabile il *modelo unico de juicio ordinario*<sup>29</sup>.

Ben diverso appare il quadro fornito dalla disciplina francese a questo riguardo. L'ordinamento francese vede infatti nel giudizio di *référé* un modello di processo tanto esteso quanto quello ordinario, ma concepito secondo parametri del tutto diversi rispetto a quest'ultimo. “*Decision provisoire rendue à la demande d'une partie*” secondo la definizione dell'art. 484 del *CPC*, questo tipo di procedimento si configura come autonomo e parallelo rispetto al procedimento ordinario nonché caratterizzato da una precisa configurazione tecnica. Originariamente concepito come provvedimento cautelare d'urgenza, il *référé* progressivamente ha assunto caratteristiche di minore strumentalità rispetto al giudizio *principal*, fondandosi essenzialmente sulla nozione di *évidence* del diritto, derivata dall'elaborazione esegetica intorno all'espressione “*absence de contestation sérieuse*” di cui all'art. 808 *CPC*<sup>30</sup>.

Questa sua evoluzione e progressiva autonomizzazione si è realizzata mantenendo inalterata la configurazione tecnica della quale si è detto. Di qui la complessiva sommarietà di questo procedimento, conservata anche nelle fasi di impugnazione. In effetti, l'*ordonnance de référé* è una *décision provisoire* su istanza di parte implicante un “*débat contradictoire*” e resa “*immédiatement*” da un giudice “*qui n'est pas saisi du principal*”. Ciò implica che la decisione relativa non pervenga mai a configurarsi come una sentenza in senso proprio, ma costituisca un esempio tipico di provvedimento (*mesure*) che assume la forma di una *ordonnance*<sup>31</sup>.

Il carattere più propriamente tipico di questo procedimento è dato dal suo parallelismo rispetto al procedimento *principal*, non essendo previste interrelazioni o interscambi fra i due percorsi processuali. È tuttavia anche chiara la ragione della diffusione del *référé* nella giustizia civile francese. Ciò essenzialmente in ragione della rapidità della decisione e della sua immediata esecutività anche attraverso l'utilizzazione in questa sede di uno strumento tipico di coercizione all'adempimento, quale le *astreintes*; circostanza che consente di prospettare una sostanziale ordinarizzazione del *référé*<sup>32</sup>.

Singularmente analoga a quella appena prospettata relativamente all'ordinamento francese appare la modalità di utilizzazione dei procedimenti sommari che si registra negli ordinamenti latino-americani. In questo contesto — con netta prevalenza, per la singolarità delle soluzioni tecniche adottate, dell'ordinamento brasiliano — la predisposizione di particolari forme di tutela sommaria o comunque anticipata rispetto alla risoluzione nel merito della controversia, sembra rispondere a esigenze di diversa natura. Come in parte già accennato nel capitolo secondo, la tendenza a ricorrere in maniera massiccia e pressochè generalizzata a forme differenziate di tutela giurisdizionale trova fondamento direttamente nelle norme costituzionali. In particolare nell'ordinamento brasiliano il diritto di azione viene inteso come diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale adeguata ed effettiva. Si tende a percepire le varie tecniche di anticipazione della tutela rispetto alla decisione nel merito come strumenti utilizzati dal legislatore ordinario per predisporre un processo civile in linea con i valori programmatici espressi dalla carta costituzionale. E ciò al fine di

29 Garcimartín Montero, *Problemas que suscita la proposición y práctica de la prueba en el juicio verbal*, in *Diario La Ley*, 2011, 7566; Ibarra Sánchez, *El juicio verbal en única instancia: sombras sobre la tutela judicial efectiva*, in *Diario La Ley*, 2011, 7688; Guasp, P. a. Aragoneses, *Derecho Procesal Civil*6, Madrid 2003, 677 ss.

30 Vuitton, Vuitton, *Les référés*3, Paris, 2012, *passim*; Perrot, *Du “provisoire” au “definitif”*, in *Mélanges Pierre Dray*, Paris, 2000, 447 ss.; Jommi, *Il référé provision. Ordinamento francese ed evoluzione della tutela sommaria anticipatoria in Italia*, Torino, 2005, *passim*.; Burgelin, Coulon, Frison Roche, *Le juge des référés au regard des principes procédurales*, in *D.*, 1995, 67; Parléani, *Le juge des référés face au droit communautaire*, in *D.*, 1990, 65.

31 Héron, Le Bars, *Droit judiciaire privé*4, Paris, 2010, 320 ss.; Rondeau, Rivier, *L'évidence et la notion de contestation sérieuse devant le juge des référés*, in *Gaz. Pal.*, 1991, 355.

32 Tendler, Roland, *Le juge des référés, une “procédure ordinaire”?*, in *Recueil Dalloz*, 1991, *Chronique*, 139-142.

realizzare un modello procedimentale in grado di garantire un'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti<sup>33</sup>.

Nel contesto di una generale risistemazione del codice, in questo ordinamento vengono disciplinati in maniera unitaria procedimenti precedentemente regolati in maniera distinta e attraverso specifiche normative. La nuova disciplina del processo civile infatti abolisce la distinzione fra procedimento “*ordinário ou sumário*” e la specifica disciplina dei procedimenti cautelari, in favore della creazione di un'autonomia categoria, complessivamente denominata “*Da tutela provisória*” (Parte Generale, Libro V — artt. 294 – 311 del codice brasiliano). Al suo interno si rinvencono procedimenti con presupposti applicativi del tutto eterogenei ma accomunati dall'obbiettivo di anticipare gli effetti della sentenza di merito. A conferma di ciò si registra l'esistenza di una serie di disposizioni generali applicabili indistintamente a tutti i procedimenti ricompresi in tale categoria e fondati alternativamente su requisiti di “*urgência ou evidência*” (articolo 294 del codice brasiliano). Conferma l'intento di valorizzare l'effettività delle tecniche di tutela anticipatoria la previsione della possibilità per il giudice di adottare tutti i provvedimenti, anche di natura coercitiva nella forma dell'*astreinte* (e definite “*multa por tempo de atraso*”), ritenuti “*adequadas para efetivação da tutela provisória*” (art. 297 c.p.c. brasiliano)<sup>34</sup>.

La prima tipologia procedimentale rientrante nella disciplina generale brasiliana della *tutela provisória* è quella cosiddetta *de urgência*. Tali procedimenti appaiono grossomodo assimilabili a quelli della tutela cautelare nell'accezione europeo-continentale, ossia presupponenti il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*; tuttavia in questa circostanza il ricorso a tali forme di tutela appare esteso anche ai casi in cui l'applicazione della disciplina ordinaria possa provocare “*risco au resultado útil do processo*” (articolo 300 c.p.c. brasiliano). Caratterizza questa ultima ipotesi l'attribuzione ai provvedimenti di “*tutela anticipada requerida em caráter antecedente*” di una funzione sostanzialmente sostitutiva della tutela ordinaria. Un risultato al quale si perviene indirettamente attraverso la previsione, nell'articolo 304 del codice brasiliano, della stabilizzazione del provvedimento d'urgenza in assenza dell'introduzione del giudizio di merito<sup>35</sup>.

Di recentissima configurazione è poi in quest'ambito la cosiddetta “*tutela da evidência*”, concernente forme di anticipazione del provvedimento di merito anche in assenza dei requisiti tradizionali del pericolo del danno o del rischio del “*resultado útil do processo*” (articolo 311 del codice brasiliano). Si farà luogo a questa forma di tutela in ipotesi variegata, e segnatamente nel caso: *a*) di abuso del diritto di difesa o di evidente intento dilatorio ad opera delle parti; *b*) di pretese dotate di supporto probatorio documentale in fatto e in diritto a precedenti conformi; *c*) del convenuto che non fornisca prove capaci di generare “*dúvida razoável*” a fronte di atti introduttivi dell'attore prove documentali comprovanti con sufficiente precisione i fatti costitutivi della pretesa<sup>36</sup>.

33 Marinoni, *Il diritto di azione come diritto fondamentale*, (trad. a cura di Ansanelli), Torino 2016, *passim*; ID., *Tutela de Urgência e Tutela da Evidência*, São Paulo, 2017, *passim*; ID., *Tutelas contra o Ilícito*, São Paulo, 2015, *passim*; MITIDIERO, *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*, 3. ed., São Paulo, 2017, *passim* (tradução italiana, *Antecipazione della Tutela – Dalla Tutela Cautelare alla Técnica Antecipatoria*, tradução de Lorenza Bianci e Gabriele Molinaro, Torino, 2016, tradução espanhola, *Anticipación de Tutela – De la Tutela Cautelar a la Técnica Anticipatoria*, tradução de Renzo Cavani, Madrid, 2013). Più in generale, sulla tutela anticipatoria in Europa, Carratta, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino 1997, *passim*.

34 Si vedano i riferimenti di cui alla nota che precede

35 Per un commento delle norme in questione Marinoni – Mitidiero, *Código de Processo Civil Comentado*6, São Paulo, 2014, *passim*; Marinoni – Arhe-nart – Mitidiero, *Novo curso de Processo Civil*, São Paulo, 2015, *passim*; Idd., *O novo processo civil*2, São Paulo, 2016, *passim*.

36 Si vedano nuovamente i riferimenti di cui alla precedente nota.

# BURDEN OF PROOF AND NON-LIQUET: DIFFERENT MODES AND NEW DEVELOPMENT IN CHINA

Zhixun Cao<sup>1</sup>

## (I) INTRODUCTION

One of the most crucial differences between the common law and continental law traditions is their different theories and practices on the status of non liquet and its process of legal application.<sup>2</sup> In continental law, the non liquet status of a factual allegation is considered as the natural consequence of the limitations of human cognition together with evidential production, which is a pre-condition of the objective burden of proof (“BP”) (*objektive Beweislast*) in civil judgments. To the contrary, the Anglo-American legal system does not shed much light on this status. The only issue that matters is the burden of persuasion. If a claimant cannot satisfy the requirement of burden of persuasion, a judge should take the factual proposition as non-existent.<sup>3</sup> The author summarizes this phenomenon as different modes of BP.

In continental countries when it comes to the proof of a factual allegation there are three classifications where a judgment should be made by applying the norm of BP (threefold mode of BP), namely it is existent, or it is non-existent, or non liquet. The common law tradition, however, admits only the first two classifications and the fact might not exist, when a party cannot persuade the judge. In Mainland China, it seems easy to deem that the continental thinking is followed, at least according to academic circles and two judicial interpretations issued by the Supreme People’s Court (“SPC”), *Interpretation on the Application of Civil Procedure Law (Interpretation)* (关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释) in February 2015, and *Some Provisions of the SPC on Evidence in Civil Procedures (Evidence Interpretation)* (关于民事诉讼证据的若干规定) in 2001.

Nevertheless, when we look at civil judgments in reality, it is almost impossible to find any examples of the application of non liquet status. If the party shouldering the BP is not able to present sufficient evidence, judges seem to simply adopt the common law tradition and regard the factual allegation as non-existent, rather than explicitly identify the status of non liquet and apply the norm of BP afterward. Moreover, the regulations in the above-mentioned SPC judicial interpretation are also not without confusion on the selection of continental mode.

This deviation gives rise to following questions: does the status of non liquet really exist in the judicial process in China? Does the mode of BP in Chinese legislation belong to the threefold or the twofold mode? Why is the threefold classification, which reflects the common view in academic circles, hardly recognized by the judicial branch? At first, we may need to clarify these two modes.

---

1 Assistant Professor, Peking University Law School, pkuhector@gmail.com. This article has previously been published in Loïc Cadiet u.a., *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations* (Bd. 4), Nomos, 2015, pp. 225 – 248. Nevertheless, since the laws and the research on burden of proof are developing rapidly, the author would like to add new introduction to and some comments on this development, in order to thank the invitation of Prof. Alvaro Pérez Ragone sincerely.

2 In this article, the continental law tradition is represented by the German law model and the common law tradition by the American. The author would also like to thank Prof. Neil Andrews for his comment, which points out that some of the conclusions of this article are not able to find enough support in England.

3 Zh. Liu, ‘Burden of Proof in American Law: From the Perspective of Judicial Procedure’, 3 *Contemporary Law Review* (2010) 86-94, at 92 (in Chinese).

## (II) MODELS OF BURDEN OF PROOF IN COMPARATIVE CONTEXT

### (a) The Threefold Mode in Germany and Japan

In the continental law tradition, the prevailing opinion is that according to the principle of judging on the basis of evidence, even if a party endeavours to provide evidence, at the end of a trial a judge may still fail to be sure about his result of evidential evaluation on disputed factual issues, and this is the existence of doubt on a factual issue (non liquet) (Diagram 1,<sup>4</sup> between B and C, while the standard of proof is at C).<sup>5</sup> According to the explanation by academics, the conditions which constitute non liquet status are: (1) the claimant supplies a factual allegation supporting a claim upon which relief can be granted; (2) the defendant renders a substantial factual allegation adverse to the plaintiff's case; (3) a disputed allegation is supposed to be proved; (4) the judge cannot take the facts as proved even with all procedurally possible means; (5) this situation lasts until the end of oral argument proceedings.<sup>6</sup> Generally speaking, non liquet status occurs when (1) the claimant cannot provide enough evidence, which could lead to the judicial evaluation of the existence or non-existence of factual allegation; or (2) although both parties supply evidence, which could prove the existence of their own factual claim separately, the statements from the parties are so opposed that both could not be true at the same time.

Then, due to the judicial obligation to give a judgment, there is the problem of judicial methodology. The prevailing opinion in the continental legal system is that when judging on factual issues, judges cannot only apply the laws<sup>7</sup> but shall use some specific norm of BP,<sup>8</sup> when the factual allegation has the status of non liquet. This is on the ground that owing to the traditional syllogism, the application of law should be based on findings of facts. However, the status of non liquet does not give rise to any conclusions of fact and therefore no conclusions of law either. Under these circumstances, judges should confirm the status of non liquet and give their judgments on the basis of BP, which means cases decided – in accordance with the rules of BP.<sup>9</sup>

### (b) The Twofold Mode in the U.S.

The burden of persuasion or risk of nonpersuasion makes a great difference to a party's risk of not proving a factual allegation at issue (in Diagram 2 between A and B or in Diagram 3 between A and C). Similar to the continental mode, when a trial judge or jury throws doubt on or considers the existence or non-existence of a fact allegation as equally likely,<sup>10</sup> the burden of persuasion also focuses on the method of decision making or rule of judging.<sup>11</sup> Generally speaking, the standard of preponderance of evidence

4 It is hardly possible to describe the sophisticated phenomenon in the judicial and human cognition with simple number or ratio. Therefore, the mentioned percent offers only reference and assistance in understanding diagrams. Comments, for instance, see M. Taruffo, 'Rethinking the Standards of Proof', 51 *Am. J. Comp. L.* (2003) 659-677, at 669-670.

5 H.W. Laumen, 'Grundbegriffe der Beweislast', in G. Baumgärtel, H.W. Laumen and H. Prütting (eds), *Handbuch der Beweislast: Grundlagen* (2<sup>nd</sup> ed., Heymann, Köln, 2009), at 22-23; Prütting, 'Die non-liquet-Situation und die Normentheorie', *ibid.*, at 134-135; H. Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast* (Beck, München, 1983), at 112; L. Rosenberg, *Die Beweislast* (5<sup>th</sup> ed., Beck, München, 1965), at 9, 14; T. Hiroshi, Key Points in Civil Procedure Law (*Jyutenkougi-Minjisoshouhou*) (Lin Jianfeng tr, Law Press, Beijing, 2003), at 419 (in Chinese).

6 Prütting, *ibid.* (*Gegenwartsprobleme der Beweislast*), at 14.

7 Rosenberg, *ibid.*, at 12; K.H. Schwab, 'Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie', in W. Frisch and W. Schmid (eds), *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag* (Heymann, Köln, 1978), 505, at 519. In China, some scholars are also in support of this theory of not applying the laws. For instance, Prof. Hao Li is one of the upholders. See H. Li, *On the Frontier Issues in the Legislation of Civil Evidence Law* (Law Press, Beijing, 2007), at 240-253 (in Chinese).

8 L. Rosenberg, K.H. Schwab and P. Gottwald, *Zivilprozessrecht* (18<sup>th</sup> ed., Beck, München, 2018), at 698 (§ 116 Rn. 7 f.); Prütting, *supra* n. 4 (*Handbuch der Beweislast*), at 136-141; Prütting, *supra* n. 4 (*Gegenwartsprobleme der Beweislast*), at 145-151; H.J. Musielak, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess* (de Gruyter, Berlin, 1975), at 19-32, 293; D. Leipold, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen* (Duncker & Humblot, Berlin, 1966), at 59-66; K. Shindou, *New Civil Procedure Law* (shin minjisoshihou) (J. Lin tr, Law Press, Beijing, 2008), at 393 (in Chinese).

9 For instance, see AG Hamburg-Altona: Urteil vom 4.11.2008 – 316 C 153/08, BeckRS 2010, 00470. Moreover, this negative result of failure to bear BP does not always lead to losing claim. If both parties cannot fulfill their own BP on different factual allegation (For ex., ample, plaintiff should prove the existence of alleged contract and defendant is to prove that he has no civil capability), judges are supposed to make their decision in favor of defendant. Prütting, *supra* n. 4 (*Gegenwartsprobleme der Beweislast*), at 113. In this situation, although defendant takes the negative result due to BP, he can still win the case.

10 The strictly equal situation of convincing force of proof from both parties exists hardly in the reality. As a result, according to the discussion in the U.S., a de facto requirement of 55% is more reasonable to define the border of factual deadlock. See L. Kaplow, 'Burden of Proof', 121 *Yale L.J.* (2012) 738-859, at 758 n. 34.

11 K.S. Broun *et al.*, *McCormick on Evidence* (Thomas/West, St. Paul, MN, 2006), at § 336; F. James, G.C. Hazard & J. Lubsdorf, *Civil Procedure* (Foundation Press, New York, 2001), at §§ 7.12-7.13; C.B. Mueller & L.C. Kirkpatrick, *Federal Evidence* (3rd ed., Westlaw database, 2012), at §

(Diagram 2 where the standard of proof is at B) fulfills the requirement and the standard of clear and convincing evidence (Diagram 3 where the standard of proof is at C) only applies to cases referring to crucial private rights or interests.<sup>12</sup>

The U.S. approach takes the basic attitude of all-or-nothing while does not take the status of non liquet seriously. In most cases, in which the standard of proof is at B, the claimant should prove that the happening of the fact allegation is more likely than not. Otherwise, the fact-finder is supposed to regard this issue as not existent and a claimant could lose the case accordingly. It relates to situations of “less likely” coupled with “unable to clarify” (with reference to the expression and wording in the *Evidence Interpretation* and diagram 4). Moreover, there is no need to follow the continental line of thinking in the common law tradition.

### (c) The Background in the Selection of Modes of Burden of Proof

To answer the question as to why, within the common law system, there is no independent theory of modes of BP, which points to the application of law in cases of non liquet, four elements must be considered:

Firstly, the different attitudes toward legal methodology provide insight into this issue. The common law tradition places less weight on methodological issues in evidential proceedings and does not care much about the nature and content of the norms which decide the rules of applying law in cases of non liquet.<sup>13</sup> The continental law tradition tends to discuss these philosophical issue with more patience. German scholars have published many articles and monographs on the interpretation of the BP issue. Nevertheless, the fact that the allocation of BP results from the substantive law brings all of the discussions little difference in practice. Actually, all of them are only about various approaches to explanation which concerns the nature of norms of BP and methodological significance of these norms.<sup>14</sup>

Secondly, the start points of civil litigation are traceable in both law traditions. According to the contribution from Prof. Muneo Nakamura, continental law tradition belongs to the norm-origin category, while common law tradition is of the fact-origin category. The norm-origin category focuses on the process of making decisions, which comprises the search for legal sources, the findings of fact and subsequently the subsumption itself.<sup>15</sup> The purpose of fact-finding work is the application of rules and as a result, it should shape and adapt the facts at issue to meet demands of these rules. If the facts or the parties’ case does not correspond with the elements of a specific legal norm, judges should choose a new norm to fit the requirements of laws (*Gesetzmäßigkeit*).<sup>16</sup> On the other hand, the fact-origin category of the common law system means that it makes its judicial decision in accordance with the facts or the actual dispute itself, in order to discover the proper natural law or justice rather than the application of written statutes, namely the recovery of so-called “sovereignty of nomos” from a German perspective.<sup>17</sup> The only thing to be done by judges is a reasonable allocation of interests and dispute resolution. Comparatively, investigating facts accurately ought to comply with these requests.<sup>18</sup> For this reason, there is no need to particularly articulate the judicial norm

3:2; E.M. Morgan, *Some Problems of Proof under the Anglo-American System of Litigation* (Columbia University Press, New York, 1956), at 74; J. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (Little, Brown and Company, Boston, 1898), at 355; C. Tapper, *Cross & Tapper on Evidence* (Oxford University Press, Oxford, 2007), at 130-132 (in the level of common law tradition).

12 *Grogan v. Garner*, 498 U.S. 279, 286 (1991); *Technology Licensing Corp. v. Videotek, Inc.*, 545 F.3d 1316, 1326-1327 (Fed. Cir., 2008); James, Hazard & Lubsdorf, *ibid.*, at § 7.14.

13 It is obviously not to say that common law courts do not respect the logical reasoning characterized by syllogism. For instance, see R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1990), at 38-42. The author intends only to emphasize that generally speaking, they may incline not to cherish the rational structure very much. A recent research in this sense, see C.P. McGrath and H. Koziol, ‘Is Style of Reasoning a Fundamental Difference Between the Common Law and the Civil Law’, 78 *RabelsZ* (2014) 709-749, at 727-736 (Also on the pragmatic understanding in continental law tradition).

14 Prütting, *supra* n. 4 (*Handbuch der Beweislast*), at 136-141; Prütting, *supra* n. 4 (*Gegenwartsprobleme der Beweislast*), at 145-178; Ch. Heinrich, *Die Beweislast bei Rechtsgeschäften* (Heymann, Köln, 1996), at 37-42.00.

15 R. Zippelius, *Juristische Methodenlehre* (11<sup>th</sup> ed., Beck, München, 2012), at 71-83.

16 K. Engisch, *Einführung in das juristische Denken* (10<sup>th</sup> ed., Kohlhammer, Stuttgart, 2005), at 68.

17 See H. Nakamura, ‘The Research on Civil Procedure Law and I’, in M. Nakamura and H. Nakamura (eds), *The Methodology of Procedure Law – The Essence of Nakamura’s Theory of Civil Procedure* (G. Chen and W. Duan tr, China Legal Publishing House, Beijing, 2009), at 262-263 (in Chinese).

18 M.R. Damaska, ‘Truth in Adjudication’, 49 *Hastings L.J.* (1998) 289-308, at 304.

in cases of non liquet.

Thirdly, the more pragmatic approach taken by common law countries supplies us a possible elucidation. In both legal systems, if the standards of proof were identical, the application of substantive law would lead to the same result. The aim of an evidence provider is the confirmation of facts. If the effort to prove does not meet the standard of proof, it implies only failure for him, whether or not the judges identify the non-existence or non liquet status of facts. For the defendant, dragging the judges' evidential evaluation back to the standard of proof is the best weapon to defeat the opposing party. Whether we should make a finer conceptional classification after the dragging plays no role regarding the result. It is easy to understand why common law countries, which emphasize effects rather than concepts, choose not to develop a relatively sophisticated mode of BP.

Finally, the role of non-professional participants in the fact-finding process could be possible answer as well.<sup>19</sup> In the U.S.,<sup>20</sup> the arbitrator of fact, the jury, is separate from a judge on legal issues. Generally speaking, only if a jury is unable to get rid of a deadlock, is a judge authorized to intervene and ignore the verdict. The jury system, which earns much respect inside the American legal system together with its litigation culture, enjoys great authority on the factual judgment and the judicial branch regards every single verdict as legally unchallengeable. The twofold mode reflects just this institutional trust. The continental law tradition does have some forms of layman participation, whereas professional judges almost always take control of dealing with factual and legal problems.<sup>21</sup> And the fact-finders, who are mostly professional judges, are not free from substantial and procedural controls such as the principle of free evaluation of proof, the laws of nature or human experience, the review in appellate proceedings and so should obey the tradition of preference for objective truth. Therefore, continental legal system is prone to follow the threefold mode.

### (III) REVIEW OF THE SITUATION IN CHINA

#### (a) Modes of Burden of Proof in Academic Circles

It is commonly agreed that the concept of BP has undergone a long development, in which three theories, "single subjective BP", "subjective together with objective BP" and then "risk of losing claims", have dominated academia sequentially in different phases after the reconstruction of the rule *by* law (法制) in the 1980s. At present, theory of "risk of losing claims" is the prevailing theory and means "one party's risk of losing claims when disputed facts are non liquet".<sup>22</sup> Right now, it is unanimous that mainland China adheres to the continental legal family. Some leading academics even follow the above-mentioned German legal methodology explicitly. They adopt the theory of norm of BP, consider the status of non liquet as "true" or "false" and then apply the substantive norm to make decisions. Concretely speaking and according to their understanding, at the level of factual allegation, judges should first announce related main facts as non liquet (step 1). Then, in the sense of methodology, judges ought to get rid of this status using legal fictions (step 2). Thirdly, on the allocation of result, the assignment of risk depends on the substantive law. If laws demand

19 From 2010 to 2014, only 1.1-1.2% of all cases entered the trial phase in the federal court system in the U.S, among which two in three are jury trial. See The Administration Office of the United States, *Judicial Business of the United States Court: 2010-2014 Report to the Director* (Administration Office of the U.S. Courts, Washington D. C., 2011-2015) table C-4. However, although there are some negative remarks (see for example, R. Stürner, 'The Principles of Transnational Civil Procedure: An Introduction to Their Basic Conceptions', 69 *RabelsZ* (2005) 201-254, at 241), both in theory and in practice, American always takes jury trial as the fundamental procedural element in the civil justice system. It is also noticeable that the jury trial has its deep roots in the political background in the U.S. (see P.D. Carrington, 'The Civil Jury and American Democracy', 13 *Duke J. Comp. & Int'l L.* (Special Issue 2003) 79-94), and therefore, it can hardly be taken as a practicable option in China.

20 The reason for ruling out England is that in contemporary England, there are only a few civil cases which deserve a jury trial (right now even not the defamation cases, Defamation Act 2013, s 11), while a judge has the discretion to deny the right of jury trial (Senior Courts Act 1981, s 69).

21 For instance in Germany, the lay judges participate only in certain types of cases, such as commercial and agriculture litigation, which call for special knowledge in the eyes of legislators. E. Schilken, *Gerichtsverfassungsrecht* (4<sup>th</sup> ed., Heymann, Köln, 2007), at 355-356.

22 See W. Jiang & Y. Fu (eds), *Civil Procedure Law* (2<sup>nd</sup> ed., Peking University Press, Beijing, 2014), at 203-204 (in Chinese); B. Tan and H. Li (eds), *Civil Procedure Law* (2<sup>nd</sup> ed., Law Press, Beijing, 2013), at 199 (in Chinese); Y. Chang (ed), *Science of Civil Procedure Law* (2<sup>nd</sup> ed., CUPL Press, Beijing, 2010), at 221 (in Chinese); W. Zhang, *Civil Procedure Law* (3<sup>rd</sup> ed., Law Press, Beijing, 2013), at 213-214 (in Chinese). Recent restatement, for instance, see J. Zhang, 'A Theoretical Reflection on Burden of Proof and Proof Standards', 2 *Law and Social Development* (2012) 96-102, at 97-98 (in Chinese). Nevertheless, it is currently disputed how we should use the terms of burden of proof, which does have various meanings and has been adopted in distinct ways. Theoretically, this discussion relates to the understanding of the objective and substantive burden of proof.

the claimant to shoulder BP, non liquet is to be assumed as non-existent. If, conversely, the party denying the claim has to bear BP, non liquet is hypothesized as existent (step 3).<sup>23</sup> Other scholars start with different ideas like “position of parties’ proof” and “position of judicial judgment” and call “clashing content and confusing logic” inside the theoretical system of BP into question, which arises out of a lack of research on the BP as a judicial methodology.<sup>24</sup>

Therefore, the author has to return to the original question as to whether non liquet status really exists or not. With the observation of the text of the legislation<sup>25</sup> and judicial practices, it is very hard to verify the prevailing theoretical interpretation. Instead, judges in practice seem to take a compromise approach that facts should be directly recognized as non-existent<sup>26</sup> and laws should be applied accordingly, when the claimant does not provide enough evidence. There is no need to identify the status of non liquet and apply the independent norm of BP.<sup>27</sup>

### (b) Modes of Burden of Proof in Legislation

Because the new *Civil Procedure Law* does not touch on this issue at all, the related legislation, the new *Interpretation* as well as the *Evidence Interpretation*, should be carefully re-examined. Article 90 section 2 of the *Interpretation* and Article 2 section 2 of the *Evidence Interpretation* provide that “the party bearing BP should take the disadvantageous result, if no evidence or not enough evidence, which could prove the party’s factual allegation, has been provided”, where the recently released *Interpretation* adds the limitation “before making a judgment”.<sup>28</sup> According to the quasi-official published explanation of the *Evidence Interpretation*, its draftsmen hold that this section means the BP observed from result and theoretically adopts the theory of objective BP.<sup>29</sup> Nevertheless, though the losing result has been allocated, the author doubts the opinion held by those draftsmen on the ground that there is no single word relating to the status of non liquet and, in fact, this rule equates non liquet with factual non-existence. In other words, if the standard of proof<sup>30</sup> has been overstepped, facts should be acknowledged. Otherwise no fact could be declared and the party with BP should tolerate the negative result (Diagram 4, between A and C, similar with diagram 3). Although the drafters of this judicial interpretation may not be aware of their own internal attitude, the document plainly shows that they favour the common law approach and twofold mode, namely “no persuasion, no existence”. While on the contrary, the new *Interpretation* does use the words “non liquet” (Article 108 section 2), it is still to be reviewed carefully.

../Bilder/4\_2\_Abbildung\_4.pdf

This observation could be queried in two ways. First, the “BP” should mean the objective BP and the draftsmen of the *Evidence Interpretation* just regulate both situations, non-existent and non liquet, together and internally fail to adopt the common law approach. The author would say that this viewpoint with good

23 See G. Chen, *On the Law of Burden of Proof* (China Renmin University Press, Beijing, 2000), at 141-143 (in Chinese); Y. Zhang, ‘On the Unableness to Distinguish True from False in Litigation and Its Solution’, 2 *Law Review* (2005) 26-35, at 33 (in Chinese). Recently, some young scholar still doubted the necessity of having the non-liquet status and went back to the substantial argument against having it, although the Article 108 section 2 of the above-mentioned SPC judicial interpretation refers to the non-liquet status obviously. See Y. Ou, ‘On Abandonment of Proposition of Non Liquet of Fact’, 11 *Political Science and Law* (2016) 23-31, at 26-31 (in Chinese). The opposing comment, see R. Zhong, ‘A Reconsideration on the Burden of Proof Theory of Rosenberg: With Comments on the Articles of 90, 91 and 108 in The Judicial Interpretation on Civil Procedural Law’, 15 *Journal of Law Application* (2017) 18-28, at 20-21 (in Chinese). Since the Civil Procedure Law is always untouched, the academic doubt on non-liquet status is with no doubt arguable. However, it is in my opinion of less practical relevance nowadays.

24 See J. Xiao (ed), *Discussion on Civil Procedure Law in Areas of Legislation and Theory* (Law Press, Beijing, 2008), at 198-219 (in Chinese).

25 The legislative document here includes the judicial interpretation in China, which is of legislative nature substantially.

26 The non-existence here is used in the sense of the twofold mode in common law tradition.

27 This conclusion is the same as the judgment of Prof. Kuo-Chang Huang on comparative law and the judicial practice in Taiwan. See K.Ch. Huang, *New Perspective of Civil Procedure Theory* (Peking University Press, Beijing, 2008), at 139 (in Chinese). The similar situation in Japan, see W. Duan, *On the Structure of Civil Judgment of Rule-origin Mode* (Law Press, Beijing, 2012), at 172 (in Chinese).

28 It is to be noticed that the *Interpretation* shall prevail for any discrepancy between the two mentioned interpretations (Article 552 of the *Interpretation*). However, because all the cited cases apply the old *Evidence Interpretation* and right now (July 2015) the *Interpretation* is too fresh to be researched, the author will discuss the problem mainly according to the old rule.

29 See G. Li (ed), *The Understanding and Application of ‘Some Provisions of the SPC on Evidence in Civil Procedures’ by the Supreme People’s Court* (China Legal Publishing House, Beijing, 2002), at 33 (in Chinese); S. Huang (ed), *The Understanding and Application of Judicial Interpretation on Evidence in Civil Procedure* (China Legal Publishing House, Beijing, 2002), at 15 (in Chinese).

30 Currently, besides the general standard of proof “highly possible” (Article 108 section 1 of the *Interpretation*), the factual allegations relating to fraud, coercion, malicious collusion, oral testament or gift are under the standard of proof “no reasonable doubt” (Article 109).



will may go too far and ignore the key point. If the logical major premise inside the legal norm cannot cover the minor premise in the fact-finding process and accordingly the syllogistic reasoning cannot be achieved, judges are supposed to refuse to apply the norm and make the decision to dismiss the claim. As a result, the application of law in cases of non-existent facts is of certainty. However, the critical issue here is as to how the law can be applied when factual allegation lies in non liquet status. In the text of this section and the explanation from drafters and scholars, these two distinct circumstances have not been detected and deserve more clarification in theory.

On the other hand, one may say that even if Article 2 section 2 of the *Evidence Interpretation* does not answer clearly, Article 73 section 2 there, which is on the standard of proof, could also act as reference. This section says that judges should adopt the rules allocating BP, when the probative value of the evidence from one party is not able to overtake that from the other party. It implies the rule to judge on the basis of non liquet facts. Also, Article 108 section 2 of the new *Interpretation* emphasizes that a non liquet factual allegation should be considered a non-existent one.

However, the doubt stays. This point of view gives direction on the application of law in cases of non liquet status and might represent the attitude of draftsmen of the *Evidence Interpretation* that they have taken the threefold mode of BP. Nevertheless, this section still conflicts with the above-mentioned procedural theory. First, draftsmen do acknowledge the existence of non liquet status (step 1), whereas they in the meantime have extended the scope of application. Their idea can be part of the twofold mode. According to their writing, “the probative value of the evidence fails to be decided” includes both the situation that the probative value of the evidence from both parties are in equipoise and that the evidence presented by both parties cannot be taken as ground of factual identification.<sup>31</sup> The former situation refers to the traditional status of non liquet but the second relates to admissibility of evidence on account of the failure to review authentication. As mentioned, assuming that there is no evidence to support the factual allegation, judges shall in terms of the threefold mode declare the non-existence of facts and dismiss the claim. Yet this section directs that judges should apply the rule on the allocation of BP in this situation. It follows the path of “no persuasion, no existence”. The new Article 108 section 2 may suggest that the current draftsmen give up this approach, but their choice is still not very clear.

Second, this section fails to mention the theory of BP in a legal methodological sense either (step 2). It is also said that the entire theory of BP consists of the status of non liquet and the methodology of law application. Although as practical guidance, judicial interpretation need scarcely to elaborate the concrete process of reasoning, the affirmative voter should have taken this suitable opportunity to “prove” that our civil procedure belongs to the threefold family. Lastly, it is to be noticed that Article 73 section 2 has less value than Article 2 section 2 in the domain of BP. The former section mainly points at the standard of proof and refers to the judicial method incidentally. Consequently, the later one, which regulates BP directly, is more convincing and has been considered as the main source for the construction of the theory of BP in the *Evidence Interpretation*, at least by the drafters of the judicial interpretation and most scholars.

In conclusion, despite the existence of non liquet status in the *Evidence Interpretation*, without any limitation of the BP rule on scope and the attached construction of legal methodology, it is hard to be persuaded that we have followed the prevailing theory in continental law tradition. At the same time, the direct rule on BP insists on the attitude of “no persuasion, no existence” in fact, which shows a strong proof of transplantation from common law tradition. The author even supposes that as a distinguishing feature, the judicial interpretation does applaud the twofold mode with the sole exception of admittance of the status of non liquet. Could it be a fresh endeavour which combines both modes of BP? At least the “legislators” and most scholars do not agree with this speculation.

---

31 See Huang, *supra* n. 28, at 354.

### (c) Modes of Burden of Proof in Judicial Practices

Furthermore, this assumption has been preliminarily proved by actual judicial practices. When citing Article 2 section 2 of the *Evidence Interpretation*, judges often apparently adopt the twofold mode of BP. For example, in *Junxin Vanguard Co. v. Lvguweiyee Co., a contribution agreement dispute* (君信创业公司诉绿谷伟业公司等出资合同纠纷案),<sup>32</sup> the higher People's court in Ningxia Province "failed to establish whether Lvguweiyee Company contributes falsely" on the basis of the evidence rendered by the plaintiff Junxin Company. The court deemed that the plaintiff should carry the BP and risk of losing the claim on this factual issue, which fits the objective theory of BP. However, the SPC held that "both parties hand in adversing evidence on the same fact and each of them cannot overrule the evidence from the other side. Due to the limitation of the evidential probative value, we shall not establish the fact on the appellant's (here: plaintiff) side." Therefore, the claim was dismissed. Another illustration is *Chengdu branch of China Life Insurance (Group) Co. and Hualong Co., a security tort dispute* (中国人寿保险公司成都分公司诉华隆公司等证券侵权纠纷案), where the higher People's court in Sichuan Province deemed that "because the third party could not prove that (the action) was taken by the plaintiff with sufficient evidence, the third party must have done that (namely, in this case judges convict the existence of the opposing fact)".<sup>33</sup> In both cases, the burden of "nonpersuasion" seems to have been adopted by courts.<sup>34</sup> Specifically, the expression in cases such as "failure to provide evidence on this aspect",<sup>35</sup> "unable to establish the fact because of the insufficient evidence",<sup>36</sup> "the evidence is of no probative value and cannot prove the fact (of producing damage)",<sup>37</sup> shows the inclination for the common law mode in actual practice.

Because of the little possibility of reviewing the evidence collected by judges in every single case personally to strengthen the argument, it is rather probable that the factual issues on dispute are really supposed to be decided as non-existent rather than non liquet. It might be not necessary to apply the norm of BP in the first place. However, the purpose of this article is only to present the challenge to prevailing doctrine. Without more elaborate empirical research, there is no need to be concerned about my assumption. On one side, judges just cite the expression in the *Evidence Interpretation* (Diagram 4) literally, which prefers the twofold (Diagram 3) rather than threefold (Diagram 2) mode. On the other side, there is no acknowledgment of non liquet status and the finding of factual non-existence written in the judgment cannot support that the evidential evaluation of sitting judges is below the line of non liquet (between A and B in Diagram 4). Otherwise we would have a vicious circle in argument. For these reasons, the author stands by his conclusion, unless the opposite opinion fulfills the burden of production in common law system on this issue and reverses this prima facie argument offered.

However, due to the Article 108 section 2 of the new Interpretation, which has been applied by Chinese courts at all levels every day, it is at present quite easier to discover that the status of non-liquet appears in the judicial practice more often. Until 27, August, 2018, there are already more than 15,000 results in the official database of judicial decisions (<http://wenshu.court.gov.cn>). The author could not review all of them case by case, but it could be estimated that the positive finding of non-liquet in the reasoning part of judgments is already the common happening in China. But still, we could try to locate the reasons why there

32 (2004) Civil II, Final, No. 260 ((2004)民二终字第260号). All cited cases come from the Beidafabao (北大法宝) database.

33 (2004) Civil II, Final, No. 137 ((2004)民二终字第137号) (citing the judgment in the first instance by the higher People's court in Sichuan: (2003) Chuan, Civil, First Instance, No. 22)((2003)川民初字第22号民事判决).

34 On the contrary, Prof. Hao Li deems that this expression shows the theory of not applying the laws (It can be inferred that Prof. Li considers that the court has mentioned the status of non liquet) and judges use this way to "explain the reason of judgment directly". See Li, *supra* n. 6, at 248.

35 *Guangzhou Yuanling Decorate Material Co., Limited v. Foshan Shunde Federal Chemical Co., Limited, a brand copycats dispute (second instance)* (广州市园菱装饰材料有限公司与佛山市顺德联邦化工有限公司仿冒纠纷上诉案)((2006) Yue, Higher Court, Civil III, Final, No. 127)((2006)粤高法民三终字第127号).

36 *Fujian Sanmu Group Co., Limited v. Fujian Quanzhou Huangxing Real Estate Development Co., Limited* (福建三木集团股份有限公司与福建省泉州市煌星房地产发展有限公司商品房预售合同纠纷案)(citing the judgment in the first instance)((2004) Civil I, Final, No. 104)((2004)民一终字第104号).

37 *Zhong Qingwei v. Chen Xiwen etc., a product quality dispute (second instance)*(钟庆伟与陈西文等产品质量纠纷上诉案)((2005) Hainan, Civil II, Final, No. 105)((2005)海南民二终字第105号).

is an obvious gap between the legal theories and the judicial practice in the past, which might lead to some better understanding of the Chinese approach to rule of law in civil cases.

#### (IV) ANALYSIS OF CAUSES OF THE MODE OF BURDEN OF PROOF IN CHINA

##### (a) Idea: Judicial Truth and Aim of Litigation

This situation relates to two factors: the understanding of the nature of the truth and the aim of litigation in China. As to the first factor, an objective understanding of truth, which occupied the mainstream years ago, believes that confirmation of facts by judges should be objective facts and to seek truth is not only a possibility but also an obligation.<sup>38</sup> The prevailing theory right now emphasizes that the standard for the determination of facts should be “the degree that proving of facts is enough to be regarded as truth on the basis of evidence”.<sup>39</sup> As a result, even if facts differ from objective truth, they can still be assumed true. However, this prevailing theory fails to take into consideration the distinction between factual non-existence and legal status of non liquet. In responding to the common overcorrection in China, the author would infer that judges deem that the status of non liquet takes place only in the real world. From the perspective of law, facts can only be of existence or non-existence, which leads to denial of the third nature of facts, non liquet in the sense of law. At the same time, judges could close cases with many alternative methods rather than judgment on the basis of BP, such as declination to make a decision, dismissal of claim, refusal to issue a complaint, mediation, judgment according to the proportion of confirmation of facts, postponement of a decision and reduction of the standard of proof.<sup>40</sup> In the extreme, even an apportionment between parties could be a solution. For instance, in *Jintan Construction & Installation Engineering Co. v. Daqing Qinglong Real Estate Development Co., Limited, a construction project liquidation dispute* (金坛市建筑安装工程公司与大庆市庆龙房地产开发有限公司建设工程结算纠纷案),<sup>41</sup> the parties stipulated that costs in 1999 were to be paid according to the contract. Nevertheless, the parties later agreed on the supplement of all-in price when the liquidation problem of some installed cables arose. The SPC was of the opinion that 7 cables aside, which were installed in 1999 and gave rise of no controversy, the disputed costs of 14 cables, ¥1708497.48, shall be shared between parties. The reasoning was that both parties were not able to make an agreement and both failed to provide evidence to prove their own factual allegation.

As to the second factor, in most countries, the resolution of disputes is considered as at least one of the aims of litigation.<sup>42</sup> In China also, apart from the cultural tradition of dropping lawsuits,<sup>43</sup> judges in practice take dispute resolution between parties very seriously.<sup>44</sup> They focus on rectifying judicial errors, which is represented by the regime of judicial supervision, and weigh the “judicial mode of mediation”<sup>45</sup> which coexists with the idea that “when cases have been closed, disputes should be resolved at the same time”. In addition, the judicial ideology of “satisfying citizens” coupled with enhancement of social harmony should not be forgotten. In the real world, under the pressure of parties’ petitions, appeals and even repeating frivolous litigation and petitions, the interests of judges and courts themselves closely relate to the resolution of disputes. For these reasons, judges need to resolve cases quickly and convincingly for the parties.

38 See H. Li, *On Civil Burden of Proof* (CUPL Press, Beijing, 1993), at 233 (in Chinese).

39 See W. Jiang (ed), *Civil Procedure Law* (3rd ed., Higher Education Press, Beijing, 2007), at 198-199 (in Chinese).

40 See H. Li, ‘Comparison on the Solution of Factual Non Liquet’, 3 *Studies in Law and Business* (2005) 104-111 (in Chinese); Prütting, *supra* n. 4 (*Gegenwartsprobleme der Beweislast*), at 120-152.

41 ((2004) Civil I, Final, No. 118)((2004) 民一终字第118号).

42 Rosenberg, Schwab and Gottwald, *supra* n. 7, at 5 (§ 1 Rn. 18); Shindou, *supra* n. 7, at 4; M.R. Damaska, *Evidence Law Adrift* (Yale University Press, New Haven, 1997), at 110-113, 120; J.A. Jolowicz, *On Civil Procedure* (Cambridge University Press, New York, 2000), at 70.

43 Recent comment, see Ch. You, ‘A Fact of Litigiousness Hidden Beneath the Illusion of Litigation Loathing? Reconsidering the Litigation and Society in Ming and Qing Dynasties’, 4 *Peking University Law Journal* (2012) 815-834 (in Chinese).

44 In comparison, the academic circle inclines the multi-function theory by the finding of litigational aims. See Jiang, *supra* n. 38, at 6-8.

45 See Y. Wang, ‘On the Reformation of Civil and Economic Trial Mode’, 1 *Social Sciences In China* (1994) 3-22 (in Chinese).

Relying on this analysis, we should reconsider judges' way of thinking in practice. On matters of fact, to convince parties and allow them to further accept the decision, it is more convenient as well as easier to say that a judgment is justified and in accordance with the objective truth, namely "digging out the truth of facts". However, a judgment relying on BP is doomed to be the *ultima ratio* when facts cannot be determined,<sup>46</sup> which means this legal status of non liquet is also destined to be inconsistent with objective truth. If judges point out the status of non liquet, they can only rely on the hope that the parties might agree that the objective truth of facts cannot be acquired by any means. This approach departs severely not only from the common understanding of truth, but also the judicial propaganda spread by judicial branch itself, not to mention its difficulty (in proving some negative factual allegation that there is not any way to discover the truth). It is not possible to reach the aim of resolving disputes in this way.

Moreover, the allocation of BP in China depends on the theory of norm (*Normentheorie*) rather than the theory of probability. Therefore, this allocation has nothing to do with the possibility of happening, which means that the probability of making a right or wrong decision is the same. From a realistic perspective, judges would better establish certain facts in connection with the consideration of minor factual elements (such as the "entire content of the hearings", which is regarded as the exception of the principle of judging relying on evidence, or the effect of a merchant's reputation on the possibility of breaking a contract in a certain transaction). In this way, the obtained result of evidential evaluation may fit for the objective truth and substantial justice while the parties are more likely to be persuaded. Consequently, "among judges is more popular to artificially classify the alleged facts as true or false with manipulating the standard of proof".<sup>47</sup>

### (b) Procedure: Taking the Factual Standard in the Second Instance as Example

Regarding the fact-finding process in the judicial hierarchy, the review standard in the second instance exceeds the continental counterpart, the mode of "resumption of hearing", in scope of review and matches the mode of "de novo review".<sup>48</sup> According to this mode, the supervision function in the judicial hierarchy is heavily amplified and results in a stronger capability of discovering the truth. However, the judicial system put lower-level judges at a disadvantage when they try to establish facts. At the same time, it may make the threefold mode of BP tougher to follow.

Firstly, the unclear fact-finding standard, which says that the judgment should be reversed and altered by the court in higher instance, when a fact is not clear, creates more risk of judges making a wrong decision and contributes to the avoidance of BP judgment. On one hand, non liquet status literally meets this standard of "unclear fundamental facts" (Article 170 section 3 subsection 3 in *Civil Procedure Law*)<sup>49</sup> or the original "unclear facts, insufficient evidence" standard. Non liquet is just an alternative expression of these standards which conforms to remanding or alteration. In other words, these two standards leave no space for the status of non liquet. On the other hand, the *de novo* mode, which is represented by the unclear fact standard, does not limit its aim to the rectification of errors and enhances the focus on the fact-finding function. This standard fails to adopt the mode of "resumption of hearing", which values the determination by the trial judge,<sup>50</sup> but encourages appellate judges to take

46 Prütting, *supra* n. 4 (*Handbuch der Beweislast*), at 134-135.

47 See H. Duan, 'The Practical Interaction and Institutional Coordination between Burden of Proof, Standard of Proof and Evaluation of Proof', 3 *Journal of Nanjing Normal University (Social Science Edition)* (2007) 24-30, at 26 (in Chinese).

48 See Y. Fu, 'Constructive Principles of Judicial Hierarchy – A Comparative Survey in Perspective of Civil Procedure', 4 *Social Sciences In China* (2002) 84-99, at 94-95 (in Chinese); Y. Fu, 'The Function and Structure of Civil Appellate Procedure – The Appellate Mode in the Second Instance in the Perspective of Comparative Law', 4 *Law Review* (2005) 36-44, at 40-41 (in Chinese).

49 According to Article 335 of the *Interpretation*, "fundamental facts" include those with substantial influence on the result of judgments, such as the facts relating to parties' procedural status, nature of dispute, substantive right and obligation.

50 See Shindou, *supra* n. 7, at 628-629; Y. Fu, *supra* n. 47 (The Function and Structure of Civil Appellate Procedure), at 43. In Germany, although the statute regards the respect for factual determination by trial judges as a general rule and does not allow factual review unless specific indications show up (§ 529 I Nr. 1 ZPO), the prevailing theory still emphasizes the function of discovering truth in the appellate proceedings. BGHZ 162, 313 = NJW 2005, 1583, 1584; BGHZ 159, 254 = NJW 2004, 2828, 2829; Rosenberg, Schwab and Gottwald, *supra* n. 7, at 862-869 (§ 139 Rn. 33 ff.); K. Reichold, '§ 529', in H. Thomas, H. Putzo, K. Reichold, R. Hüßtege and CH. Seiler (eds), *Zivilprozessordnung* (35<sup>th</sup> ed., Beck, München, 2014), at 789-790; Rimmelspacher, *MünchKomm-ZPO* (4<sup>th</sup> ed., Beck, München, 2012), at 479-486. The opposing viewpoint focuses on the meaning of

the path of retrial without restriction. If we take the above-mentioned approval of objective truth in practice into account, appellate judges could announce the existence or non-existence of facts in the delicate situation of non liquet. In particular, the condition of adopting BP, that “judges fail to get the factual conviction when all possible procedural means are exhausted”, is quite flexible. “Exhausted or not” is based on the result of the interaction between justice and efficiency. It relates to the invested amount of social and private costs and the judicial judgment in the specific litigation situation, which may result in divergences between judges in different instances.

Secondly, due to this standard, trial judges have to assume more burden of reasoning. Facts can only have existence or non-existence and the legal status of non liquet is obviously an exception. The general rule of proof which overtakes the proof in litigation is that the party in support of a special rule should bear the “responsibility to prove/reason”. Therefore, if trial judges announce in the judgment that they have failed to establish certain facts, they should prepare sufficient argument to persuade higher-level judges, otherwise the general rule has to be applied. If trial judges make a positive or negative decision on facts, the situation is to be overturned. Based on the division and collaboration of labour and function among courts at different levels, if judges in the second instance try to reverse a factual conviction, they should also arrange grounds for refusal. If not, they have to respect the decision of trial judges, who are next to the factual materials. In other words, if trial judges consider facts as non liquet, they should bear the “BP” to prove the existence of special grounds. If trial judges make the conviction of existence or non-existence, this “BP” should be assumed by the reviewer and judges in the second instance must prove the special grounds, if they want to reverse the judgment of trial judges. Therefore, trial judges can reduce their probability of making wrong judgments and being rejected by higher-level judges due to laziness, if they have made a clear selection between existence and non-existence. So, why not?

Also, without a well-done precedent system, judges are deficient in reference and therefore more likely to fail to interpret the proper standard of proof in specific cases. Following the principle of judging on the basis of evidence, judges who investigate facts need to go through the evidential evaluation under the standard of proof. However, the standard of proof in both legal systems is quite abstract<sup>51</sup> and to secure the consolidated justice, assistance is needed from the precedent system. Although the professional quality of judges in China has improved remarkably, without an advanced system of guiding cases which is the Chinese version of precedent system, the understanding of standard of proof is prone to rest with the judge. As a result, different understanding of the unclear fact standard could exist not only among judges at same level but also between judges in the first and second instances.

Lastly, if a judge makes a wrong decision, he risks a lot. Within a regime of judicial administration (审判管理) in the Chinese context, a trial judge whose judgment is reversed, may suffer from damage to economic condition and reputation. This negative effect extends to his peers as well. Under this Sword of Damocles, judges have to act with more prudence and endeavor to avoid judgments on the basis of non liquet.<sup>52</sup>

statute. H. Unberath, ‘Der Zweck der Rechtsmittel nach der ZPO-Reform – Theorie und Praxis’, 120 ZJP (2007), 323-345, at 342-345. In China, the current crucial task is the completion of factual adjudication in the first instance and therefore right now, a factual review by the appellate court is still of necessity. The speed of reform aiming for a stricter mode of “resumption of hearing” (including the undiscussed issue, the preclusion of new facts and evidence), should be decided after evaluation of the reform’s effect. On this point, the empirical research of Prof. Kuo-Chang Huang on the criminal appeals system in Taiwan sets a good example. See K.Ch. Huang, ‘Evaluation of Reform Proposal for Criminal Appeals System: An Empirical Approach’, in K.Ch. Huang (ed), *Empirical Studies of Judicial Systems 2008* (Institutum Iurisprudentiae (Preparatory Office), Taipei, 2009), 447-495 (in Chinese).

51 The standard of proof is a major controversial issue in the comparative civil procedure law and relates to different aspects such as the regulation in texts and practice, the reference of other social sciences and value judgment in every country. Rosenberg, Schwab and Gottwald, *supra* n. 7, at 685-686 (§ 114 Rn. 11 ff.); Laumen, *supra* n. 4 (*Handbuch der Beweislast*), at 120-132; Prütting, *supra* n. 4 (*Gegenwartsprobleme der Beweislast*), at 59-66; K.M. Clermont and E. Sherwin, ‘A Comparative View of Standards of Proof’, 50 *Am. J. Comp. L.* (2002) 243-275; Taruffo, *supra* n. 3, at 659-677; K.M. Clermont, ‘Standards of Proof Revisited’, 33 *Vt. L. Rev.* (2009) 469-487. Due to the purpose of this article, no complete discussion is to be made. To meet our consistent demand on truth, highly possible still can be the general standard, which is identical with the prevailing theory in Germany. In individual cases, the standard of proof is supposed to be selected by judges according to the concrete situation. Based on the judicial experience, statutes, judicial interpretation or guiding cases can also reduce the standard of proof to equally likely in some types of cases.

52 In the U.S., it is also possible to make factual judgments contrary to BP. For example, a jury may ignore an instruction from a judge and the judge may “violate the law” intentionally while hoping that the appellate court does not rectify the fact-finding. See Broun *et al.*, *supra* n. 10, at § 336. The author deems that the tension between practice and theory exists in different countries with different forms. But in China, the incomplete judicial system and the personal incentive of judges could give rise to more severe problems.

### (c) Transplantation: the Separation of Theory and Practice

Among less developed countries that wish to build rule-of-law states, it is very common to transplant the system of law or legal theory from another developed country. Due to the separation of legal system from the social environment during this process, this transplantation has to deal with the tension between foreign lessons and local customs as well as practices. For instance, this phenomenon happened in Japan in the Meiji era and after World War II. The Meiji government intended to learn from the German system, whereas scholars wanted to graft the French mode onto the old feudal ground. During the post-war period, the government had no strong will to amend the civil procedure law, while academia preferred the experience of the U.S.<sup>53</sup> In 1908, there was also the situation of “copying from Japan with intention of learning from Germany” in China.<sup>54</sup> Right now, our academics focusing on civil procedure law favour the basic framework of the continental legal system on account of the academic and institutional tradition.<sup>55</sup> Only the ideology in litigation and some specific institutions come from the common law system. However, the difference between objective BP and burden of persuasion attracts less attention (the situation has improved recently). The reasons could be that English has become the major working language and that legal globalization, especially in the areas of international transactions, legal education and legal writing, move closer to the American model,<sup>56</sup> and some researchers do not mark the distinguishing trait of different modes of legal methodology/legal reasoning while placing great emphasis only on achieving the same result in litigation. Considering the reality in practice, one is liable to realize the complexity of the separation between theory and practice. For these reasons, the objective BP may be mixed up with the terms and language of the common law system (nonpersuasion) without being cautious about drawing a line between concepts. This happening is quite normal at present, when the Chinese characters or elements in the legal system<sup>57</sup> have not been constructed finally.

### (V) Additional Remark

Does non liquet status exist in the system of civil proof in China? This question refers not only to some conceptional discussion but also to different modes of law application on the same status of proof in litigation. In the process of answer-searching, the operation of the objective BP theory in practice has been at least partially uncovered. While academia appeals to the status of non liquet, the judicial interpretation and a large number of judicial judgments show no respect for it. Conversely, they choose the more direct path in common law tradition: “no persuasion, no existence”.

It may be said that the theory of BP in the continental legal system and the legal methodology behind it is too complicated for the judicial practices in China, not to mention that the substantive result cannot be affected at all. There is no need to copy everything from Germany or Japan. Indeed, the theory pulls no weight in results of cases. But is it truly too sophisticated? Definitely not. The BP theory in the continental

53 See M. Nakamura, ‘My Theory on Adjudication’, *supra* n. 16, at 78; H. Nakamura, ‘The Research on Civil Procedure Law and I’, *ibid.*, at 258.

54 F. Deng, ‘Why China Adopted the Civil Legal System: A Political Economic Explanation of Transitional Justice in Later Ch’ing’s Empire’, 2 *Peking University Law Journal* (2009) 165-186, at 166 (in Chinese).

55 See W. Zhang, ‘The Poverty of Civil Procedural Jurisprudence’, 2 *Tsinghua University Law Journal* (2014) 5-34, at 9 (in Chinese); G. Chen, ‘The Significance of Awareness of Legal Family in the Study of Civil Procedural Law’, 5 *Chinese Journal of Law* (2012) 40-43 (in Chinese); C. Zhou, ‘Direction and Path of Civil Procedure Law Reform under Globalization’, 4 *Journal of ECUPL* (2012) 94-101, at 96-97 (in Chinese); F. Wang, ‘Trial in Mediation Perspective’, 4 *Journal of ECUPL* (2012) 102-111, at 109 (in Chinese). The opposite opinion, see W. Tang, ‘The Modernizing Direction of China’s Science of Civil Procedure Law’, 5 *Tsinghua University Law Journal* (2013) 143-154, at 145 and 150 (in Chinese); Y. Wu, ‘An Analysis on the Involution of China’s Litigation Object Theory’, 2 *China Legal Science* (2011) 177-190, at 188 (in Chinese); G. Chen and Sh. Li, ‘Is the Action of Formation Self-existent? – Some Inquiries on Traditional Theory of Action Types’, 4 *Jurists Review* (2007) 113-121, at 114 (in Chinese).

56 See B.M. Ho, *Common Law Education in China* (CUPL Press, Beijing, 2005), at 1-23 (in Chinese). A recent research on the American advantages with the emphasis on the conception of law in its legal training, which works comparatively better than the civil law counterpart in the current global context, see M. Reimann, ‘The American Advantage in Global Lawyering’, 78 *RebelsZ* (2014) 1-36.

57 Comparison with the development of civil law science, see Y. Wang, ‘On Chinese Elements in China’s Civil Legislations’, 4 *Law Science Magazine* (2011) 27-32 (in Chinese). The author would like to say that this legal system is still on his way from the rule *by* law to a particular form of thick rule of law (socialist). For a nice elaboration of the difference among the concepts, see R. Peerenboom, ‘Varieties of rule of law: an introduction and provisional conclusion’, in R. Peerenboom (ed), *Asian discourses of rule of law* (RoutledgeCurzon, London, 2004), at 2-10. Lastly, in this sense, the emphasized “ruling in line with the Constitution” (依宪执政, 宪治) since the Fourth Plenary Session of the 18th Communist Party of China Central Committee from 20 to 23 October 2014 could also differ from the Western constitutionalism (宪政), which deserves more observation from a comparative aspect.

legal system is complicated because of its foundation, the highly developed law science. The complexity reflects only the thinking process and integrity of theoretical explanation. On the other side, judges are supposed to recognize the status of non liquet, transfer it into true or false status with the norm of BP and then apply law as usual. For judges, there is in fact only one more step in the fact-finding process. It means that judges have to explain the case and expound the process of decision-making in their judgment. In other words, the judgment ought to improve their reasoning skills. Nothing more.

The main purpose of this article is to explain the tension between theories as well as theory and practice. The article does not pay much attention to a suitable solution for China, due to the necessity to argue for the acknowledgment of difference firstly. Concisely speaking, this solution should be threefold. Firstly, we have to combine research on civil procedure law with the abstract thinking of philosophy and consider that which theory of law application fits our need. Secondly, some fundamental issues, such as mode of appellate review, standard of proof, and the system of guiding cases, ought to be discussed through systematic comparison. Thirdly, to discover the particularities relating to the mode of BP in China, broader empirical research has to be conducted, which is able to reveal the extent of acceptance among judges, lawyers and parties scientifically (not only with some unproved assumptions). In any event, the discussion on non liquet may just raise a series of problems. To solve them, every step needed in the construction of rule-of-law state is to be cherished.