



**ALMA MATER STUDIORUM – UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
ROMA TRE
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**

**CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO PROCESSUALE CIVILE
XXXI CICLO**

***Case management* e dovere di verità:
riflessioni sul dovere di verità e completezza e l'efficienza del
processo civile**

Tutors

Chiar.mo prof. Antonio Carratta

Chiar.mo prof. Daniel Mitidiero

Dottoranda

Elisângela Simon Caureo

A.A. 2015-2018



**CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
Discipline Giuridiche**

**DISCIPLINE PRIVATISTICHE E DIRITTO PRIVATO PER
L'EUROPA**

**XXXI
CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO**

***Case management* e dovere di verità:
riflessioni sul dovere di verità e completezza e l'efficienza del
processo civile**

Elisângela Simon Caureo
Nome e Cognome del dottorando

firma

Prof. Antonio Carratta
Docente Guida/Tutor: Prof.

firma

Prof. Giuseppe Grisi
Coordinatore: Prof.

firma

*Dedicato alla memoria di mia madre Doris Simon
Caureo, per tutto.*

“It is part of my thesis that this is not a matter of coincidence, but that there is a relation of cause and effect. Realisation that one may never be able to discover the absolute truth does not mean that judges should not strive to come as near to it as reasonably possible”.

Jolowicz, Adversarial And Inquisitorial Models Of Civil Procedure

RIASSUNTO

Obiettivo del presente Studio è lo studio e l'analisi del rapporto esistente tra il “*Dovere di Verità e Completezza*”, il *case management* e l'efficienza della procedura civile tra i sistemi di common law e civil law, con particolare attenzione alle differenti esistenti tra i sistemi Inglese, Statunitense, Tedesco, Italiano e Brasiliano. Il lavoro è strutturato in quattro capitoli. Il primo, dedicato al sistema accusatorio, descrive le caratteristiche di questo sistema, analizzando le sue peculiarità tra la tradizione di *civil law* e quella di *common law*. Il secondo capitolo si concentra sull'esame del dovere di verità e completezza nella procedura civile. Nel terzo capitolo viene esaminato il processo che ha condotto il sistema di *common law* a dare più potere al giudice, al fine di aumentare l'efficienza del processo. Questo capitolo indica, inoltre, gli elementi principali dell'*active case management* inglese mediante l'esame delle sue principali strutture, con particolare attenzione ad alcuni aspetti derivanti dalla Riforma Woolf. Il quarto ed ultimo capitolo, si pone come obiettivo quello di esaminare il compromesso del sistema con la produzione dell'informazione rilevante, nel senso di andare ad analizzare come si concilia il dovere di verità e completezza con l'efficienza che il controllo del giudice può fornire con la propria azione al buon andamento del processo. La moderna procedura civile e la giustizia manageriale sono concentrati sull'idea di una procedura isonomica, giusta e che abbia una ragionevole durata. I temi dell'efficienza, del controllo del giudice, della elasticità del rito (il processo *taylor-made* o *prêt-à-porter*) e della proporzionalità tra costi e risultati ricevono particolare enfasi.

Parole-chiave: Procedura Civile; Lealtà e Probità; Dovere di verità; Dovere di completezza; Procedura Civile. *Case management*. Costi del processo. *Discovery*. *Disclosure*. Tendenze della procedura civile.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyse the relationship between the ‘Duty of Truth and Completeness’, *case management* and the efficiency of civil procedure. This work is structured into four chapters. The first one is dedicated to the adversarial system, analysing its features and peculiarities in both traditions: Civil Law and Common Law. The second chapter concentrates on the examination of the ‘Duty of Truth and Completeness’ in the civil procedure. The third chapter will analyse the process that led the Common Law tradition to give more procedural powers to the judge with the objective of increasing the efficiency of civil justice. This chapter intends to indicate the main elements of the English ‘active case management’, through the examination of its principal structures, especially some aspects of the Woolf Reforms. In chapter four, the main objective is to examine the relationship between relevant information, ‘Duty of Truth and Completeness’ and the efficiency that the judge’s control brings to the process. Modern civil procedure and managerial justice are concentrated in the idea of an equal, fair and reasonably fast procedure. Much emphasis is placed upon themes like efficiency, judicial control, adaptability of procedures (*taylor-made* or *prêt-à-porter*), proportionality of costs and results.

Keywords: Civil Procedure; Duty of Truthful Disclosure; Duty of Truth and Completeness; Case management. Litigation costs. Procedural law. Discovery. Disclosure. Procedural Law tendencies.

Guida alle Fonti e Ringraziamenti

Il tema della ricerca ha reso necessario l'utilizzo di fonti bibliografiche straniere. Trattandosi di fonti reperibili anche in formato cartaceo le ho citate in modo classico o con l'indicazione del link di accesso.

Al Professor Antonio Carratta:

Ringrazio il professore Antonio Carratta per il grandioso esempio, per la profondità delle sue riflessioni, per l'insegnamento concretizzato non soltanto nei consigli ma nella sua opera, nella sua onestà intellettuale, nella serietà del suo lavoro, e per accettarmi come sua allieva e permettermi di capire appieno l'insegnamento della procedura civile nell'Università italiana. Questi anni di ricerca in Italia e l'esempio di ricercatore del Professor Carratta, hanno lasciato una marca indelebile nella mia evoluzione come studentessa, ricercatore, giudice e essere umano.

Al Professor Daniel Mitidiero:

Ringrazio il professore Daniel Mitidiero per l'opportunità concessami di frequentare l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul, istituzione che onora tutti i *gauchos* i brasiliani per la serietà, la tradizione, l'instancabile dedizione ad innalzare il livello della ricerca scientifica. Ringrazio ogni parola, ogni critica, che sempre mi hanno fatto risvegliare per comprendere l'intensa necessità di dedizione che la ricerca scientifica richiede. Ringrazio per l'esempio di chiarezza, profondità e determinazione nella ricerca, dello spirito scientifico che si persegue sempre in maniera prevalente nella realtà dell'Accademia brasiliana.

Al Dott. Stefano Passera:

Ringrazio il Dott. Stefano Passera. Ricordo e lo ringrazio soprattutto per l'accoglienza che mi ha mostrato, quando prima di fare la selezione al dottorato di ricerca mi sono presentata presso il suo ufficio chiedendo informazioni riguardo al processo e lui, con grande professionalità e disponibilità mi ha subito incoraggiato ed informato, dimostrando l'apertura dell'Università agli studenti stranieri. Questo per me è stato davvero importante perché la possibilità di fare un dottorato di ricerca in Italia rappresentava, per me, soltanto un sogno che sembrava irrealizzabile.

Voglio altresì esprimere la mia gratitudine per l'aiuto, la pazienza, lo sforzo per aver accompagnato e controllato la strutturazione della cotutela, le sue tempistiche e le pratiche burocratiche.

Infine ritengo doveroso ringraziare il Dott. Passera per la tenerezza e la bontà che trasmette, alcune volte discretamente, ed altre in modo evidente.

A Rosmari de Azevedo:

A Rose debbo l'idea di cotutela. Grazie Mille Rose per la spinta, l'incoraggiamento, la tenerezza e la generosità per avermi mostrato la possibilità di tornare all'Universidade Federal do Rio Grande do Sul, dopo il master, come allieva di cotutela e lo sforzo di far sì che questa cotutela diventasse una realtà presso l'Universidade federal do Rio Grande do Sul.

Per tutti, ho il cuore pieno di gratitudine.

SOMMARIO

Considerazioni introduttive	10
-----------------------------	----

CAPITOLO I

Sistemi inquisitori e accusatori/adversarial nella procedura civile: la separazione dell'attività processuale

1. Introduzione	15
2. I sistemi accusatori	17
2.1 Sistemi accusatori europei	20
2.2 Sistema accusatorio: il sistema “adversarial” della Common Law	24
2.3 Il ruolo delle parti e del giudice nella lite civile “adversarial”	29
2.4 Il Sistema processuale brasiliano	37
3. Il principio della cooperazione/ collaborazione	38
3.1. Tutela dell'esercizio adeguato delle libertà delle parti	45
3.2 Divergenza rispetto ai destinatari dei doveri di collaborazione	46
3.3 Conseguenza dell'inadempimento dei doveri di collaborazione	48
3.4 Collaborazione come principio	49
3.5 Doveri di collaborazione	50
3.6 Principio accusatorio in cambiamento: libertà delle parti <i>versus</i> responsabilità delle parti	55
3.7 Considerazioni	56
4. La “verità” nei sistemi accusatori di common law e di civil law	57

CAPITOLO II

Il dovere di verità e completezza nel processo civile

1. Introduzione	62
2. Storia della “verità” nella procedura civile	63
2.1 La verità nel processo	66
2.2 Il realismo critico	71

2.3 Verità assolute e relative	73
2.4 La verità del processo: Verità relativa e verità oggettiva	74
2.5 Verità formale o processuale e verità reale	75
3. Il dovere di verità e completezza	76
3.1 Il contenuto del dovere di verità e completezza	79
3.2 Il dovere di verità e completezza in Germania	83
3.2.1 Il dovere di verità in Germania nell'attualità	85
4. Limiti del dovere di verità	87
4.1 Verità Soggettiva	89
4.2 Dovere di verità e principio accusatorio	90
4.3 Dovere di verità: onere, dovere e obbligo	91
4.4 Spostamento o cambiamento del onere della prova in ragione del dovere di verità	93
4.5 Ambito materiale di validità del dovere di verità	97
4.6 Dovere di Verità e Completezza nella Procedura Civile Brasiliana	97
5. La responsabilità per la violazione del dovere di verità e completezza	104
5.1 Azione risarcitoria per dolo della parte vincitrice a scapito della vittoria nel processo (art. 485, III, CPC)	108
5.2 Il dovere di verità riguardo agli avvocati	109
5.2.1 Il dovere di verità degli avvocati in Brasile	113
5.3 Dovere del segreto professionale (Verschwiegenheitspflicht) e dovere di verità e completezza	115
6 Il dovere di verità e completezza come forma di capitale sociale del processo	118

CAPITOLO III

Il Case Management

1 Introduzione	122
1.1 Il concetto di case management	126
2. Case management: il controllo del giudice	128
3. L'importanza della fase preparatoria nel processo civile	139
4. Il processo civile inglese: pre-trial e Trial e aspetti storici della Riforma Woolf	141

5. Le radici del sistema inglese a confronto con il sistema di <i>common law</i> americano	146
6. La questione dei costi del processo	148
7. <i>Case management</i>, <i>Pre-trial</i> e <i>Discovery</i> negli Stati Uniti	152
8. <i>Case management</i>, il ruolo del giudice e le risorse dell'apparato giudiziario	161
9. La sommarizzazione e la cognizione completa	165
10. Tracking o ampia discrizionalità nel case management: una decisione importante	166
11. I limiti della deformalizzazione	171
12. <i>Case management</i> nell'ordinamento italiano	172

CAPITOLO IV

Dovere di verità e completezza, *case management* ed efficienza processuale

1. L'importanza della verità alla “<i>substantive justice</i>”	179
1.1 L'onere della prova ed il dovere di verità e completezza nell'ottica di una gestione efficiente del processo	182
2. Dovere di verità e completezza nel diritto civile confrontato con la <i>discovery</i> (EUA) e <i>disclosure</i> (Inghilterra) del common law: aspetti confluenti	183
3. Il dovere di informazione o chiarificazione	205
4. La ricerca dell'efficienza nella procedura civile	211
Considerazioni Conclusive	216
Bibliografia	220

Considerazioni introduttive

Il presente studio si pone come obiettivo quello di analizzare il rapporto esistente tra il dovere di verità ed i suoi possibili effetti e risvolti sull'efficienza ed efficacia del processo. In particolare, l'indagine è stata condotta per valutare le potenzialità che il processo ha di produrre una giustizia non solo formale ma anche sostanziale, nonché l'impatto che questo genera a livello di costi, con il conseguente rispetto della durata ragionevole del processo stesso.

Per raggiungere tale finalità si è scelto di riconoscere come più consona la teoria secondo la quale il processo moderno, se da una parte non deve cercare la verità a tutti i costi - disinteressandosi del tempo, dello spreco di risorse pubbliche e private - dall'altra non deve fare a meno di riconoscere come un valore essenziale quello della verità materiale - anche se soggettiva - come norma etica che deve reggere l'atteggiamento delle parti nel processo.

Il presente studio, pertanto, è strutturato in quattro capitoli. Il primo, dedicato al sistema accusatorio, descrive le caratteristiche di questo sistema analizzando le sue peculiarità tra la tradizione di *civil law* e quella di *common law*. In tale capitolo si dimostrerà la prevalenza dei sistemi accusatori e le differenze all'interno delle tradizioni di *civil-law* e *common-law*, nonché l'apporto che ha dato ciascuno al proprio sistema giuridico, rispettivamente al processo di tradizione romano-germanica ed al processo di origine anglo-sassone. L'obiettivo di questo capitolo è, quindi, quello di comprendere quali elementi ha assunto il sistema accusatorio di *common law* nelle varie evoluzioni che hanno segnato la sua storia e le modifiche apportate allo stesso con l'avvento del "case management". Inoltre, sempre in questo capitolo, affronteremo il sistema accusatorio di *civil law* e vedremo quanto questo sistema abbia assorbito gli elementi inquisitori già presenti e si sia sviluppato allorché si è attribuito un maggior potere di controllo in capo al giudice. Infine, nel primo capitolo affronteremo il rapporto tra le diverse dottrine giuridiche dei due diversi sistemi e le rispettive modalità di ricerca verso la cosiddetta verità processuale, con riferimento al modo in cui ogni sistema considera l'attuazione delle parti riguardo alla verità delle loro allegazioni.

Nell'ottica di questo quadro sommariamente tracciato, il secondo capitolo si concentra sull'esame del dovere di verità e completezza nella procedura civile, con riferimento ad origine, ampiezza, comprensione e presenza negli ordinamenti privilegiati (tedesco, austriaco, italiano e brasiliano). L'analisi si concentra, anzitutto,

con particolare attenzione alla tradizione di *civil-law* austriaca e tedesca, nelle quali il dovere di verità si ritiene sia effettivamente nato ed abbia acquisito lo *status* odierno, influenzando, tra l'altro, gli altri ordinamenti. Nello stesso capitolo, si porrà attenzione alle esperienze latinoamericane, in particolare alla dottrina brasiliana riguardo al dovere di verità. Infatti, non è di poco momento riconoscere l'importanza assunta dalla forza normativa, dall'ampiezza e dall'esistenza stessa del dovere di verità e di completezza. In questo ordine, saranno evidenziati gli effetti che discendono dal riconoscimento del sistema brasiliano di una comprensione più ampia del dovere di verità e completezza.

Nel terzo capitolo si esaminerà anche il processo che ha condotto il sistema di *common law* a dare più potere al giudice al fine di aumentare l'efficienza del processo, finalità raggiunta con l'introduzione di poteri di carattere inquisitori, ed in opposizione al fenomeno che si è - per altro verso - verificato nella procedura di alcuni paesi mediterranei, dove la tendenza è stata quella di togliere poteri al giudice e dare una impronta più accusatoria o adversariali (nei quali il giudice è dispensato dal dovere di proporre prove d'ufficio).

Una buona parte del prosieguo del capitolo si è scelto di destinarla allo studio del fenomeno del *case management*, dalla sua origine negli Stati Uniti degli anni '80 fino alla sua evoluzione più compiuta nell'esperienza inglese con la riforma Woolf del 1999. Come noto, questa riforma rappresenta un importante esempio di svolta ideologica nel processo, giacché concretizza in modo pragmatico gli elementi di valore della cultura processuale della posmodernità. Come sarà analizzato in seguito nel presente studio, il sistema inglese presenta, infatti, diversi svantaggi del sistema "adversarial", oggetto di diversi tentativi ed azioni volte a superarli.

Lo scopo di questa descrizione è quindi quello di dimostrare l'importanza del controllo del giudice sull'informazione che è portata in giudizio quale elemento di efficienza procedurale. In quest'ottica, è meritevole di attenzione la componente storia del *case-management* - lo scenario in cui ha avuto origine, le ragioni della sua riforma, gli obiettivi - per meglio comprendere gli elementi centrali volti all'efficienza e all'accertamento della verità¹.

¹ C.H. (REMCO) VAN RHEE, FU YULIN, *Civil litigation in China and Europe: essays on the role of the judge and the parties*, New York: Springer Netherlands, 2014: "‘masters of proceedings’ by means of the aforementioned legal instruments, a certain influence of the judge on the factual aspects of the case may increase the efficiency of proceedings and bring forward the establishment of the truth”.

Il quarto - ed ultimo - capitolo si pone come traguardo quello di esaminare il compromesso del sistema con la produzione dell'informazione rilevante, nel senso di andare ad analizzare come si concilia il dovere di verità e la completezza con l'efficienza che il controllo del giudice può portare al processo. Su questo aspetto, si esaminerà l'influenza che il ruolo del giudice genera sull'efficienza del processo; questo esame sarà condotto tenendo conto del valore che l'*active case management* ha portato nella moderna procedura civile. Si darà una risposta alla seguente domanda: *l'influenza del giudice, attraverso il controllo del dovere di verità e completezza, è in grado di aumentare l'efficienza del procedimento e contribuire alla ricerca della verità materiale?*

In questo senso, assume un importante rilievo la figura del giudice informato² (*the informed judge*), figura che non corrispondeva al profilo iniziale del giudice del sistema *adversarial*, esistente prima dell'avvento dell'idea del managerial judging. Il giudice tradizionale del *common law*, infatti, non doveva conoscere il processo prima del *trial*³.

L'interesse verso la scoperta della verità ha un rapporto centrale nella "*substantive justice*" e con la legittimazione del sistema⁴. Questo legame tra verità e giustizia sostanziale porta con sé l'interesse del sistema ad una sistemazione dei poteri delle parti diverso rispetto a quella presente in un sistema dove la verità non è importante o centrale. Un sistema dove la verità non è centrale ha la tendenza ad una modalità non interventistica del giudice; diversamente, quando il sistema percepisce che non si tratta soltanto di risoluzione della controversia ma anche di qualità e correzione

² JOLOWICZ J. A., *Adversarial and inquisitorial models of civil procedure. International comparative law quarterly*, New York, v. 52, n. 2, 2003, p. 7: "In a case decided in 1987, Sir John Donaldson MR said, 'Litigation is not a war or even a game. It is designed to do real justice between opposing parties and, if the court does not have all the relevant information, it cannot achieve this object.' There can be little doubt that the Master of the Rolls had substantive, not merely procedural justice in mind.

³ Ibidem: "Traditional adversary system. Most significant of all in bringing to its end the Air Canada understanding of the adversary system is the advent of the informed judge. As we have seen, not every judge has always been content to swallow whole the doctrine of Air Canada, and now, any judge who is so minded can use his knowledge of the case and the powers given to him for the purpose of case management to ensure that he gets the information he needs to create a real prospect that the decision will be based on the nearest approximation possible to the truth. It will take time for the change in the character of civil litigation that has occurred in this country to be fully appreciated, but when it is, the adversary system as we know it will effectively have been replaced by something closer to what common lawyers are all too prone to dismiss as inquisitorial. Is there any need for".

⁴ Cfr. C.H. (REMC0) VAN RHEE, FU YULIN, *Civil litigation in China and Europe: essays on the role of the judge and the parties*, New York: Springer Netherlands, 2014, secondo cui "Procedural fairness is important also from another point of view. Empirical studies show that procedural justice strongly affects the willingness to accept and obey the judgment."

delle decisioni, emerge la tendenza ad orientarsi verso un sistema con tracce meno adversariali, nel senso puro del termine.

La presente ricerca, pur non essendo esaustiva dell'argomento, rappresenta comunque un tentativo di esaminare le differenti tradizioni che, in un certo senso, fanno parte di sistemi giuridici abbastanza diversi, e allo stesso tempo di confrontare diverse esperienze di sistema della procedura civile tra loro. Tale ultima necessità - condivisibile o meno - rimane la sfida che reca con sé tangibili difficoltà di gestione in capo allo studioso ricercatore, tanto che una certa frustrazione o scoraggiamento è inevitabile.

Lo sforzo di questo studio è stato condotto, pertanto, considerando le fonti più attuali e cercando di consolidare in questi testi il pensiero del passato. Pur se un primo e modesto passo, esso valorizza l'importanza della verità come uno strumento di efficienza procedurale, consapevoli che il tema può essere visto sotto angolature diverse e, perciò, scivoloso.

In questo ordine di idee, in ultimo, il presente lavoro acquista valore scientifico in quanto il ruolo della verità nel processo non risulta essere mai stato ampiamente e generalmente esaminato, sia per ciò che attiene la procedura civile brasiliana, sia in contesti più ampi⁵, in quanto non è stato mai visto e approcciato come un problema centrale da parte della dottrina preponderante della procedura civile⁶.

In questo lavoro troveremo quindi, la ricerca di argomenti che sostengono l'importanza dell'accertamento della verità come oggetto del processo - dato il suo carattere strumentale⁷ - ma anche argomenti che riguardano la verità come categoria

⁵ Si badi che la procedura austriaca e tedesca hanno più tradizione riguardo al tema, proprio perchè questi ordinamenti (rispettivamente, del 1895 e del 1933) prevedevano norme chiare riguardo al dovere di verità. D'altro canto, è pure vero che i paesi socialisti avevano tutta un'altra impostazione riguardo al ruolo della verità nel processo.

⁶ "D'altronde, nel pensiero dei molti autori che si sono occupati del principio dispositivo, configurandolo come la regola fondamentale del processo civile italiano, il riferimento all'accertamento della verità dei fatti o manca del tutto o viene fatto di sfuggita: in ogni caso, esso non viene mai posto al centro del problema che concerne la funzione del processo civile. Nessuna meraviglia, dunque, se da questa letteratura emerge un sostanziale e radicale disinteresse per il tema che riguarda la verità dei fatti". V. TARUFFO M., *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009, p. 113.

⁷ Ivi, p. 114, in cui l'A. afferma che "la frequenza con cui si incontrano orientamenti che - come quelli ricordati più sopra - considerano irrilevante la qualità della decisione che conclude il processo, e che quindi negano ogni valore all'accertamento della verità, non dimostra certamente che tali orientamenti siano corretti, né tanto meno che essi siano gli unici legittimi o possibili. Tale frequenza dimostra soltanto quanto sia facile perdere di vista la funzione strumentale del processo, ossia il fatto che esso non viene posto in essere soltanto con lo scopo di celebrare un rito sociale, né con il fine di offrire alle parti un ambiente in cui dare sfogo al loro spirito competitivo. Nulla impedisce di concentrare l'attenzione sugli aspetti specificamente procedurali del processo, ma è opportuno non dimenticare che il processo è il mezzo, non il fine."

legata alla efficienza del processo, sia dal punto di vista del controllo di costi, che della durata e della scelta del rito.

D'altro canto, non si ritiene possibile un'applicazione corretta del diritto se non si conoscono i fatti nella loro interezza e correttezza⁸;

Ed è per questo che si è ritenuto importante verificare come la procedura civile armonizza la necessità di arrivare il più velocemente possibile alla verità (una imposizione della durata ragionevole) - garanzia di libertà delle parti - con il principio dispositivo e la necessità di controllo del processo da parte del giudice; e con questa finalità, in che modo il dovere di verità sia utile.

D'altro canto, l'importanza della correttezza dell'informazione, all'inizio della domanda, sembra essere imprescindibile anche alla buona gestione del caso, e quindi al *case management*. L'efficienza del sistema di *case management* dipende, infatti, dalla possibilità data ai giudici di misurare l'ampiezza della *discovery* o *disclosure*, vale a dire di distinguere la buona e necessaria istruzione processuale da quella eccessiva e inutile⁹.

In conclusione, può ritenersi che l'apporto della ricerca così impostata consente di verificare la coerenza della tesi secondo la quale il dovere di verità e completezza è una fonte di dovere *accessoria* delle parti, che permette una gestione più efficace del processo, prendendo in considerazione costo, durata e qualità del provvedimento finale.

⁸ IVI, p. 116: "Se tuttavia la norma viene applicata in assenza di quel presupposto, la decisione che ne consegue è viziata ed è giuridicamente errata. Ciò equivale a dire che l'accertamento della verità di fatti corrispondenti alla così detta fattispecie astratta regolata dalla norma è una condizione necessaria per la corretta applicazione della norma nel caso concreto: la veridicità dell'accertamento dei fatti è un requisito essenziale della legalità della decisione.

⁹ In argomento, v. GENSLER S. S., *Judicial case management: caught in the crossfire*, in *Duke Law Journal*. v. 60, n. 3, p. 669 – 744, 2010. Disponibile em: < <http://www.jstor.org/stable/27896014>>. Accesso in: 04 out. 2017: "Case Management as a Cure for Undue Cost and Delay. Depending on who one asks, case management is either an effective tonic for undue cost and delay or a snake-oil solution that is doomed to leave the patient sick. Over twenty years ago, Judge Easterbrook pronounced that case management cannot work because judges lack the information needed to distinguish between "good" discovery and "bad" discovery. Professor Bone and Professor Martin Redish share Judge Easterbrook's skepticism. Professor Paul Stancil offers a different kind of law-and-economics critique, arguing that case management solutions are doomed to fail because judges have incentives to minimize their workloads by leaving discovery to the parties. Based on the oral argument in *Ashcroft v. Iqbal*, it would seem that some of the Justices are skeptical of case management as a cost-control scheme because it places too much reliance on the wise exercise of discretion".

CAPITOLO I

Sistemi Inquisitori e Accusatori/“adversarial” nella procedura civile: la separazione dell’attività processuale

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 1. Sistemi inquisitori e di tipo adversarial/accusatori nella procedura civile: la separazione dell’attività processuale. – 2. I sistemi accusatori. – 2.1 Sistemi accusatori europei. – 2.2 Sistema accusatorio: il sistema “adversarial” della Common Law. – 2.2.1. Il ruolo delle parti e del giudice nella lite civile “adversarial”. – 2.3 Il Sistema processuale brasiliano. – 3. Il principio della cooperazione/collaborazione: Il moderno sistema accusatorio e la collaborazione. – 3.1. Modelli Isonomico, Asimmetrico e Cooperativo. – 3.2 La Tutela dell’esercizio adeguato delle libertà delle parti. – 3.3. Divergenza rispetto ai destinatari dei doveri di collaborazione. – 3.4 Conseguenza dell’inadempimento dei doveri di collaborazione. – 3.5. Collaborazione come principio. – 3.6 Doveri di collaborazione. – 3.7 Il principio accusatorio in cambiamento: libertà delle parti versus responsabilità delle parti. – 3.8 Considerazioni. – 4. La “verità” nei sistemi accusatori di common law e di civil law.

1. Introduzione

Il diritto processuale, nella sua struttura di base, si fonda su due grandi tradizioni di pensiero giuridico filosofico: il processo accusatorio e il processo inquisitorio. Queste sono le più importanti categorizzazioni delle caratteristiche del processo. La qualificazione rispetto ad un tipo o all’altro dipendono, in special modo, dal rapporto esistente nel sistema tra il giudice e le parti e di come sono suddivise le attività di produzione della prova. Tuttavia, tale distinzione è piena di sfumature ed entrambi i modelli non rappresentano altro che dei lineamenti generali che servono a permettere di identificare il DNA di ogni sistema giudiziario.

Più attuale rispetto ai nostri giorni appare l’indagine che procede all’identificazione delle differenze esistenti nei sistemi di carattere accusatorio¹⁰. Infatti,

¹⁰ Sul punto, JOLOWICZ J. A., *Adversarial and inquisitorial models of civil procedure*, in *International comparative law quarterly*, New York, v. 52, n. 2, 2003, p. 1, secondo cui “*there is a widespread belief in this country that while England and the common law countries have an adversarial system of civil procedure, continental countries use the inquisitorial system. The fact is, however, that only kind of situation in which a truly inquisitorial procedure can be envisaged is exemplified when a policeman who, arriving at the scene of a fracas, the proceedings with the time honoured formula, ‘What’s going on here?’ Short of that, there is nothing to which an inquisitorial judge can direct inquiry unless and until a complaint of some kind is addressed to him. writers on French administrative law, whose procedure is claimed inquisitorial, find it difficult to avoid language that might be thought appropriate to an adversary system. So for example, it is said that notice complaint must be given to all those whom the claimant indicates as his opponents*”. Conformemente, C.H. (REMCO) VAN RHEE, FU YULIN, “*Civil Litigation in China and Europe: Essays on the Role of the Judge and the Parties: 31, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*, “*there are two successful models of litigation in today’s world. First,*

in questo ambito, si riconoscono le differenze tra quello che nella *common law* è chiamato “sistema “adversarial” - basato sul contraddittorio tra le parti - ed il sistema accusatorio dispositivo (*verhandlungsmaxime*) dei sistemi di *civil law*¹¹.

La tradizione lega il sistema “*adversarial*” o accusatorio al principio dispositivo¹², mentre il sistema inquisitorio al principio inquisitivo. La classificazione riguarda non soltanto la natura del processo, ma anche il modo in cui si suddivide l’attività processuale, e più precisamente la divisione dell’attività processuale¹³.

there is the model of the American federal courts which emphasises that the judge as case manager should become involved in the lawsuit at an early stage and cooperate with the litigants in terms of setting a litigation schedule. Second, there are the civil law countries which”.

¹¹ Curiosamente: non è insolito riscontrare nella letteratura tradizionale inglese e nordamericana la designazione di sistemi processuali europei come sistemi inquisitori: Brandt (2015, p. 240): “*Aus Sicht von Jacob ist in den kontinentaleuropäischen civil Law-Ländern, in denen seiner Meinung nach ein “inquisitorisches” System herrscht, die Lage Anders als in England: “under the inquisitorial system, the basic assumptions are [...] that the court comes under a state duty forthwith to take taht dispute under its control [...] [and] to search for the underlying truth”. Ähnlich ist auch die Einschätzung der amerikanischen Prozessualisten, die das Deutsche Zivilverfahren als inquisitorial bewerten”. E alla pagina 241: “Die Einordnung des deustschen Zivilverfahrens durch englisch REchtswissenschaftler als “inquisitorial” erstaunt den deutschen Juristen: Denn Grundcharakteristikum des deutschen Zivilprozesses ist neben dem Dispositionsgrundsatz der Beibringungsgrundsatz, der gerade im Gegensatz zum Inquisitionsgrundsatz steht”. Tuttavia, il carattere adversarial del sistema continentale europeo é ampiamente riconosciuto: The German Advantage in Civil Procedure John H. Langbeint: “Apart from fact-gathering, however, the lawyers for the parties play major and broadly comparable roles in both the German and American systems. Both are adversary systems of civil procedure.4”*

¹² C.H. (REMCO) VAN RHEE, FU YULIN, *cit.*, p. 32, “*One major achievement of the legal doctrine of the nineteenth century was to establish a sharper distinction between the principle of party disposition (Dispositionsgrundsatz) and the principle of party presentation (Verhandlungsgrundsatz).*113 *According to the principle of party disposition the parties ‘dominate’ the subject matter of litigation; this is entirely in line with the principle of private autonomy that governs substantive law. As already mentioned above, the initiation, the content and the termination of proceedings are broadly at the disposal of the parties. This is, however, to be differentiated from the question whether or to what extent the establishment of the factual basis of the subject matter is also up to the parties. As per the principle of party presentation (Verhandlungsgrundsatz)– in contrast to the principle of judicial investigation (Untersuchungsgrundsatz) – the parties control the investigation of the facts. It is advisable to adhere to this differentiation between the principle of party presentation and the principle of party disposition and not to overstate the value of the principle of party presentation for the parties’ private autonomy. An increase of the judge’s power over the facts does not necessarily mean to harm the freedom of the parties in terms of substantive law. While they still remain the”.*

¹³ MOREIRA JOSÉ CARLOS BARBOSA, “Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”., *Temas de direito processual civil – quarta série. São Paulo, Saraiva, 1989, p. 45-46: “falar dos poderes do juiz importa enfrentar problema central de política jurídica, a cujo respeito todo o sistema processual é chamado a definir-se: o problema da ‘divisão de trabalho’ entre o órgão judicial e as partes. (...) Aceita a premissa de que ao titular do direito, em princípio, toca livremente resolver se ele deve ou não ser defendido em juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal, deva este atuar com o fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável à espécie. Se cabe ver no litígio uma como enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor a seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios adequados”.*

Come a tutti è noto in dottrina, ogni sistema è valutato secondo il modello di regolamentazione delle attività enucleanti dei suoi riti procedurali, che sono: fase preparatoria/introductiva, trattazione, giudizio e il rito di impugnazione. Bisogna inoltre rilevare che, come afferma Jolowicz, i sistemi presentano diversi gradi di purezza e, come sarà evidenziato in seguito, le tendenze attuali sono orientate a chiarire le interferenze degli aspetti inquisitori presenti in tutti i sistemi¹⁴.

Questi fondamenti sono importanti per l'obiettivo della ricerca, perché servono a identificare/fissare l'oggetto del nostro studio e la comprensione che ogni sistema giuridico gli attribuisce. Bisogna infatti specificare che, la ricerca della verità, sia essa oggettiva o soggettiva, è un semplice elemento definitorio e che, se da un lato si è rivelata centrale come obiettivo nei sistemi di carattere inquisitorio, dall'altro lato la stessa non ha la stessa valenza nei sistemi di carattere accusatorio.

2. I sistemi accusatori

Per “processo accusatorio”, nell'ambito del processo civile, si suole significare che compete alle parti decidere che cosa mettere al centro del giudizio, quali provvedimenti chiedere, a chi chiedere. In buona sostanza, è il potere di delimitare l'ambito fattuale e giuridico della pretesa di parte ed il riconoscimento della necessità o meno dello svolgimento del processo. In questo senso, pertanto, il processo è “*choses dès parties*”¹⁵. La parola “*accusatoire*” vuol dire, secondo V.R. Perrot, che “*les parties s'accusent mutuellement et le juge choisit entre les thèses respectives qui lui sont présentées*”¹⁶.

¹⁴ Nell'insegnamento di JOLOWICZ J. A., *Adversarial and inquisitorial models of civil procedure. International comparative law quarterly*, New York, v. 52, n. 2, 2003, p. 1, “it is a little easier to conceive of a purely adversary process, in accordance with which the judge is expected to listen to what the opposing parties present to him by way of support of their respective positions and to pronounce the winner at the end of the day. In fact a purely adversarial process is no more capable of existing in the real world than a purely inquisitorial one, because, though we may speak of a contest between the parties, the winner of contested litigation cannot be determined objectively like the winner of a race: the judge is bound to exercise his judgment-that is what he is paid to do. We must recognise that the most that can be said is that some systems are more adversarial-or more inquisitorial-than others. There is a scale on which all procedural systems can be placed, at one end of which there is the theoretically pure adversary system and at the other the theoretically pure inquisitorial.

¹⁵ FICCARELLI B., *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 46.

¹⁶ IVI, p. 46.

Come ben evidenziato dal *Taruffo*, la concezione accusatoria o “*adversarial*” pura del processo è una manifestazione ideologica fondata sull’idea che nello svolgimento del processo dovrebbe accadere tutto quello che le parti vogliono:

Come si usa dire, il processo è una “*sache der parteien*” e – più propriamente – una cosa privata delle parti. È noto che questa concezione del processo è stata per molto tempo dominante nella cultura giuridica europea del secolo XIX. In Italia essa ha trovato l’espressione forse più lucida e consapevole nella famosa Relazione di Giuseppe Pisanelli al progetto di codice processuale del 1865, ove è detto che il valore prioritario del processo civile, a fronte del quale ogni altra esigenza o finalità perde rilevanza, è la realizzazione della piena libertà e autonomia delle parti nella conduzione del processo e nello svolgimento delle loro difese¹⁷.

Quindi, in tale sistema, il giudice non prende iniziativa restando “*sur une prudente reserve en attendant que les parties lui apportent les éléments nécessaires pour se forger une conviction. En un mot, il reste neutre, à la manière d’un arbitre qui compte les points au cours d’un match de tennis: il est, selon l’excellent expression de Tissier, “une sorte d’automate auquel on apporte des matériaux en vue d’en tirer un jugement”*”¹⁸.

Il processo inquisitorio si basa sull’idea di giustizia intesa come “*service public*”: oltre ai poteri di conduzione e di direzione dello svolgimento dell’iter processuale, assegna al giudice anche poteri di iniziativa ufficiosa che gli permettono di andare più a fondo, verso la scoperta della verità¹⁹.

Secondo Beatrice Ficarelli, la dottrina recente non si preoccupa di evidenziare questa contrapposizione tra i differenti modelli di processo, ma si limita ad evidenziare semplicemente i limiti o l’inadeguatezza della suindicata contrapposizione. Secondo l’Autrice, infatti, “*la Francia non accoglie un modello puro, ma aderisce piuttosto ad un sistema processuale ‘intermedio o ibrido’, in cui elementi strutturali di stampo accusatorio coesistono con elementi di natura inquisitoria; vale a dire un modello che può essere denominato mi-accusatoire, mi-inquisitoire*”²⁰.

D’altro canto, J. Vincen-S. Guinchar sostiene a riguardo che: “*le principe accusatoire exprime l’idée non pas que notre procédure civile serait entièrement de*

¹⁷ TARUFFO M., *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009, p. 112.

¹⁸ FICCARELLI B., *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 113.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

type accusatoire au sens historique de l'expression, mais que l'initiative, le déroulement et l'extinction de l'instance appartiennent d'abord aux parties, sous la réserve importante de l'office du juge"²¹.

Da quanto riportato si evince che il principio dispositivo ha una duplice declinazione: la prima secondo la quale le parti devono decidere quali sono le loro pretese nel processo; la seconda, secondo cui devono produrre le prove necessarie a sostenere i fondamenti delle loro pretese.

Attualmente, i sistemi processuali europei e quelli di ispirazione europea continentale pongono le proprie radici nel principio accusatorio, anche se manifestano alcuni aspetti o alcuni elementi propri dei sistemi inquisitori²².

Questa distinzione, tuttavia, può essere esaminata da molteplici aspetti. Normalmente, questi sistemi sono distinti - come detto sopra - tenendo in debito conto i poteri e gli obblighi del giudice e delle parti, nella istruzione della domanda. Però, allorché si riscontri un aspetto che non coincida esattamente e soltanto con l'istruzione della causa e che abbia un rapporto con l'attivismo del giudice e con la conduzione del processo, questo esigerebbe un approccio indipendente²³.

Come si sarà mostrato nel terzo capitolo, l'impostazione del processo moderno riconosce che l'attivismo giudiziale può condurre a significativi guadagni in termini di efficienza giudiziale. L'attivismo giudiziale però non è sinonimo di efficienza, basti pensare che nei sistemi a traccia inquisitoria, dove sono previsti ampi poteri al giudice, questi poteri finiscono per essere la principale causa dell'arretrato giudiziale²⁴.

²¹ FICCARELLI B., *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 47.

²² UZELAC A., *Reformando o processo civil mediterrâneo: existe necessidade de terapia de choque?*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 2 – 41, jan./abr. 2017.

²³ *Ibidem*.

²⁴ UZELAC A., *Reformando o processo civil mediterrâneo: existe necessidade de terapia de choque?* *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 2 – 41, jan./abr. p. 35, in cui Uzela descrive il fenomeno della passività delle parti nei sistemi inquisitori dell'est europeo, sostenendo che *“é indiscutível que algum tipo de ativismo judicial pode ser benéfico para a eficiência dos processos judiciais. Mas, pelo contrário, na compreensão mediterrânea do ativismo judicial, os amplos poderes do juiz frequentemente se transformam no principal gerador de atrasos. O modelo mediterrâneo de ativismo judicial aceita o papel ativo do juiz como uma desculpa para a passividade das partes. A autoridade ativa do juiz para ordenar a produção de provas pode, na versão mais radical, ser entendida como um alibi para a atitude de espera das partes. Esta característica pode ser mais visível nos judiciários outrora socialistas, que aderem à doutrina da “busca da verdade material”. Nesses sistemas, entenda-se ser dever dos juízes produzir a prova de ofício, mesmo na ausência de requerimentos das partes. Essa consciência inquisitorial levou a um papel bastante passivo das partes e de seus advogados. Isso pode ser melhor ilustrado pela prática em países pós-ugoslavos onde os advogados frequentemente comparecem apenas ao início da audiência para ter sua presença anotada na ata. Com a gentil permissão do juiz em exercício, eles logo se ausentam, alegando que precisam comparecer a uma outra audiência no mesmo horário”*.

I sistemi inquisitori sono caratterizzati da una attuazione del processo con un maggior protagonismo del giudice. L'autore Alan Uzelac rileva aspetti molto interessanti degli effetti di questo ruolo più attivo del Giudice osservandone gli effetti nei sistemi dei paesi dell'ex Jugoslavia, dove l'attività del giudice è un stimolo ad un ruolo delle parti più passivo che inclusivo. Infatti, in ragione della ricerca della verità materiale nei paesi socialisti che lasciavano al giudice l'attività di produzione probatoria, spesso le parti non partecipavano alla sua produzione.

Alan Uzelac allude a questo atteggiamento come fondato su una conoscenza inquisitoria²⁵. In questo caso, gli aspetti inquisitori riconosciuti oggi come capaci di portare più efficienza al processo, erano in realtà la causa di un atteggiamento assente delle parti e, quindi, dell'inefficienza del processo.

Questo stile processuale che stimolava le parti alla passività ha condotto, secondo l'Autore, all'inefficienza del processo e ha dato fondamento a diverse riforme (nei paesi post disgregazione della Jugoslavia)²⁶.

Uzelac offre un interessante paragone con le riforme del Nord Europa, nel senso di aumentare l'efficienza dell'attività giudiziaria tramite gli elementi inquisitori e l'inflazione dei poteri del giudice, con il movimento riformista in Croazia, dove i poteri dei giudici sono stati ridotti, esattamente perché il modello mediterraneo del processo facilitava l'inerzia e la passività delle parti, che in tali sistemi lasciavano tutta l'attività istruttoria al giudice.

Questo approccio iniziale, forse abbastanza limitato di queste sfumature dei sistemi procedurali moderni, dimostra soltanto che le differenze tra i sistemi riflettono ancora caratteristiche di queste due grandi tradizioni e che si rende necessario uno sforzo per capirle e per mostrare il percorso che la procedura civile ha fatto e che fa verso modelli e tendenze attuali.

2.1 Sistemi accusatori europei

I sistemi processuali europei - come il tedesco, l'italiano, il francese²⁷, lo spagnolo, il portoghese, ed altri ancora - sono sistemi accusatori e non inquisitori, come,

²⁵ UZELAC A, *op. ult. cit.*: *Essa consciência inquisitorial levou a um papel bastante passivo das partes e de seus advogados. Isso pode ser melhor ilustrado pela prática em países pós-juugoslavos onde os advogados frequentemente comparecem apenas ao início da audiência 9 para ter sua presença anotada na ata. Com a gentil permissão do juiz em exercício, eles logo se ausentam, alegando que precisam comparecer a uma outra audiência no mesmo horário.*

²⁶ *Ibidem.*

tra l'altro, vengono di solito considerati nella letteratura inglese e americana²⁸. Per meglio dire, essi sono sistemi nei quali anche il principio del controllo delle parti è presente, anche se sono presenti alcune sfumature del sistema inquisitorio²⁹.

Non di raro, infatti, si fa menzione del fatto che il giudice tedesco, per esempio, assuma più funzioni rispetto al giudice inglese, facendo sì che, secondo la dottrina, anche l'attività dell'avvocato tedesco è agevolata³⁰ rispetto a quella dell'avvocato inglese.

La descrizione "adversarial" dei sistemi processuali europei fatta dalla dottrina americana o inglese però non è sempre precisa, in quanto riconosce al sistema processuale europeo una natura inquisitoria che non è corretta.

I sistemi europei infatti, per propria natura e struttura, non sono sistemi inquisitori³¹. Dal punto di vista interno, i sistemi europei in generale sono sistemi

²⁷ JOLOWICZ J. A. *Adversarial and inquisitorial models of civil procedure. International comparative law quarterly*. New York, v. 52, n. 2, 2003, p. 289: *Never having known the civil jury, France has never had an equivalent to the English trial. There is a final audience, at which argument is heard, but the information on which the decision will be based is contained in documents put in by the parties and the records of a variety of fact finding procedures- mesures d'instruction authorised by the judge such as the hearing of witnesses and the obtaining of experts' reports. This process is known as the instruction, and the final audience cannot be held until the instruction is complete. This procedure as originally instituted, and confirmed by the code of civil procedure of 1806, had nothing of the inquisitorial about it. The court's role was essentially passive and was no more than to decide between the rival contentions of the parties. In the words of one well-known writer, control of the progress of the action was 'abandoned to the parties'. The litigation was theirs, and it was for them to bring it before the court at their convenience.*

²⁸ BRAND P.A., *Das Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitspflicht und Verschwiegenheitspflicht. Bei unüberbrückbaren Konflikten muss der Anwalt das Mandat niederlegen*, Berlin, Deutscher Anwaltverein, 2014, p. 286 – 297 p. 40: "Aus Sicht von Jacob ist in den kontinentaleuropäischen civil Law-Ländern, in denen seiner Meinung nach ein "inquisitorisches" System herrscht, die Lage Anders als in England: "under the inquisitorial system, the basic assumptions are [...] that the court comes under a state duty forthwith to take taht dispute under its control [...] [and] to search for the underlying truth". Ähnlich ist auch die Einschätzung der amerikanischen Prozessualisten, die das Deutsche Zivilverfahren als inquisitorial bewerten". E ancora, l'A. afferma che: "Die Einordnung des deustschen Zivilverfahrens durch englisch REchtswissenschaftler als "inquisitorial" erstaunt den deutschen Juristen: Denn Grundcharakteristikum des deutschen Zivilprozesses ist neben dem Dispositionsgrundsatz der Beibringungsgrundsatz, der gerade im Gegensatz zum Inquisitionsgrundsatz steht" (p. 241).

²⁹ ZUCKERMAN A. A. S., *Lord Woolf's Access to Justice: Plus Ça Change*, in *Modern Law Review*, n. 59, p. 1 – 22, 1996.

³⁰ *The account that follows represents the findings of a research paper commissioned as part of the Lord Woolf inquiry and published with the Report.*⁸⁸ *In looking at the German system an attempt was also made to examine the validity of certain reservations that English lawyers have expressed about this system. It has been suggested, for example, that German lawyers charge less than their English counterparts because German judges undertake much of the work carried out by lawyers in England. It has been said that the German substantive law makes it easier for personal injury plaintiffs to prove their claims. Anxiety has been expressed that due to the low level of fees German litigants with low value claims may not be able to find adequate legal representation. (Ibidem).*

³¹ "As Professor Leipold writes, 'it is not true (and in this point foreign descriptions of German civil procedure are not always correct) that the German civil procedure is an inquisitorial system. We also call our system a party system, which means that the objective of the litigation, the issues and also the evidence are first and foremost determined by the parties. But the judge has to help the parties if necessary and he has to take evidence whereas the duty of the parties is to bring forward the evidence (to name witnesses and so on)". Ibidem.

accusatori, nei quali il giudice ha anche poteri di produzione di prova e di conduzione del processo, anche per mezzo della collaborazione (cooperazione) delle parti, determinando così la produzione di quelle prove che –considera necessarie.

In proposito, secondo quanto sostiene Zuckermann, c'è una differenza tra l'evidenza necessaria per vincere un caso, in un sistema "adversarial" (americano o inglese) rispetto ad un sistema accusatorio europeo continentale ³²: "*In England a plaintiff wins if he proves his case on the balance of probabilities. German law considers this standard of proof to be far too light a burden. In Germany, a plaintiff wins only if he proves his case to the satisfaction of the judge; to the judge's full satisfaction and not just on the balance of probabilities*"³³.

Nei sistemi accusatori, una delle principali caratteristiche consiste nella limitazione delle attività del giudice sugli ambiti disegnati dalle parti, nel senso che il giudice si basa sugli elementi fattuali prodotti dalle parti. Il giudice non può dare inizio ad una ricerca personale, cominciare una "investigazione privata" dei fatti o giudicare sulla base di conoscenze personali³⁴.

³² Seguendo nel ragionamento, sono preziose le osservazioni di ZUCKERMAN A. A. S, sul modello tedesco: "*In a German personal injury action, just as in England, the plaintiff bears the burden of proving all the facts which are necessary for establishing his claim and which are disputed, including the extent of the damage suffered by the plaintiff. However, in Germany the plaintiff need not prove heads of damage with the particularity that is required in England. But, by contrast, in Germany there is no claim for general damages, such as pain and suffering; the plaintiff must prove and substantiate the level of compensation claimed. It is true that German substantive law makes more detailed provisions regarding the burden of proof, but this does not necessarily result in a substantial lightening of the burden of the German personal injuries plaintiff. For instance, negligence is assumed in actions arising from road traffic accidents. However, the defendant is free to prove that no amount of care on his part could have avoided the accident. In practice, it is doubtful that the position is different in this country; if a pedestrian is injured, his burden of proof would hardly be heavier here than in Germany*".

³³ Infatti, "*actions for medical malpractice actions also illustrate the way that German law allocates the burden of proof. In Germany, the plaintiff must prove treatment, violation of the standard of care, and that these caused his injuries. However, where he can prove gross negligence on the part of the medical practitioner, it is for the defendant to disprove the damage. But gross negligence is not easy to establish, and even then, the plaintiff's lawyer has to be prepared to rebut the defendant's attack on the causation front. One more example will suffice. Recently, a German law was passed to facilitate the proof of liability in respect of environmental injuries. But this law only makes it easier to prove that the damaging substance was discharged by the defendant enterprise. A plaintiff bears the burden of proving the causal connection between his injury and the noxious substance in question. Accordingly, plaintiffs still have a heavy burden to discharge before benefiting from the complicated mechanism created by this legislation. It would seem that, overall, there is no basis for assuming that there is a significant difference in the level of professional services required in German and English litigation*". Ibidem.

³⁴ Cfr. C.H. (REMCO) VAN RHEE, FU YULIN, *Civil litigation in China and Europe: essays on the role of the judge and the parties*, New York: Springer Netherlands, 2014: "*As a matter of course, the judge relies on facts brought to him by the parties. Both under German law and under Austrian law the judge adjudicates in principle on the basis of the parties' factual submissions. He is neither entitled to initially investigate the facts of the case nor can he render a judgment based on his private knowledge in respect of the facts. Still, facts that are of common knowledge or known to the adjudicating court neither have to be submitted nor have to be proved. In general, the judge shall not consider facts sua sponte that he 'accidentally' received knowledge of in the course of taking evidence.*

Peraltro, il giudice può condurre l'investigazione per mezzo delle domande corrette e della richiesta di prova necessaria per un acclaramento integrale dei fatti, e tramite la determinazione *ex officio*³⁵ della produzione della prova che può interessare al processo³⁶.

Un altro elemento fondamentale della procedura tedesca è l'esistenza della possibilità per il giudice di avvertire le parti della mancanza di informazioni o della mancanza di chiarezza delle prove. È importante notare che il cosiddetto "processo cooperativo" fa sì che il giudice debba avvertire le parti riguardo alle sue scelte procedurali, indicando il rischio del risultato del processo rispetto a determinate strategie processuali³⁷.

Come sarà dimostrato più avanti, il processo tedesco e austriaco risentono dell'influenza di Franz Klein, che ha strutturato il processo civile intorno all'idea secondo la quale il processo deve preoccuparsi dell'accertamento della verità dei fatti presentati in giudizio e, quindi, che le parti sono responsabili della deposizione di fatti che ritengono veri. Questa concezione del processo ha dato alle parti e al giudice altri poteri e responsabilità, che riguardano il definire le questione rilevante e le questione che dovranno essere oggetto della produzione di prova³⁸.

³⁵ Ibidem: "therefore, the judge is entitled to take evidence *ex officio*. He can call upon an expert witness or order local inspections within his duty-bound discretion. Furthermore, the judge may order a party to". (...) "In contrast to German law, according to Section 183(2) Austrian ZPO an *ex officio* document production order of the court is inadmissible if both parties object to it.

³⁶ "He can, however, direct the course of fact-finding to a certain extent by exercising his right to ask questions and complying with his duty to advise the parties. He might even be obliged to do so. For example, he has to advise the parties if a new fact incidentally appears in the course of taking evidence. Moreover, German courts assume that a party wants to make use of those 'incidental' facts that are favourable to the party's legal". Ibidem.

³⁷ Sui doveri di cooperazione: 'statements, to provide additional facts and to proffer sufficient evidence where the parties' allegations remain unclear or incomplete. The judge may advise the parties of a procedural mistake and encourage its correction. The duty to ask questions and to give instructions does apply in all proceedings regardless of whether the parties are represented by counsel or not.¹³⁸ In exercising this duty, the judge has to maintain a proper balance between giving the parties sufficient information and preserving his impartiality. However, the limits are hard to determine; to a large extent they depend on the particularities of the individual case. The determination of the appropriate and permitted amount of advice" Ibidem. Il Report continua dicendo che questo "definitely is an important issue. On the one hand, it is not completely satisfying if only the lead in legal expertise decides between winning and losing but, on the other hand, neither shall it be for the judge to act as a legal adviser, as this may affect judicial impartiality. This may be demonstrated by the following highly controversial example1: Both under Austrian law and under German law it is disputed whether the judge can advise a party of the possibility to raise the plea of limitation (*Verjährungseinrede*). The main argument of the representatives of the opposing view is that according to substantive law the time limitation of the action depends on an explicit objection of the party and cannot be examined *ex officio*".

³⁸ OLIVEIRA C. A. ALVARO DE, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, Revista Ajuris. Porto Alegre, n. 90, 2003: *Confessadamente, a preocupação de Klein centrava-se na idéia de criar um processo civil no qual a parte menos hábil, menos culta, menos dotada de recursos (sem possibilidade de pagar um defensor eficiente e capaz) viesse a se encontrar em pé de igualdade material e não apenas formal em relação ao adversário. Daí o fortalecimento dos poderes do órgão judicial, a ponto de se impor a este*

2.2 Sistema accusatorio: il sistema “adversarial” della Common Law

Neil Andrews³⁹ identifica i dodici aspetti della domanda che sono governati dalle parti secondo il principio “adversarial”: “(a) *the initiation of the action*; (b) *the framing of an action, especially the drawing up of pleading*; (c) *the decision whether to add additional parties to the action*; (d) *selection of material facts*; (e) *the legal framework within which the cause of action is to be considered (...) as well as the selection of remedies*; (f) *pré-trial progress of the litigation*; (g) *the decision to apply for interim or summary (and final) relief*; (h) *settlement or withdrawal of the action*; (i) *the reception of evidence at Trial (or in other hearings)*; (j) *submissions of law at Trial*; (k) *the decision to seek enforcement of a judgement*; (l) *the decision to bring an appeal (sometimes subject to the court’s premission).*”

Per Jolowicz, questi aspetti dimostrano che il sistema “adversary” si struttura su due fondamentali idee. La prima, che le parti devono definire l’oggetto della domanda, e la seconda che devono decidere quali informazioni debbono arrivare al giudice, ovvero su quali informazioni il giudice deve basare la decisione⁴⁰.

John Langbein, nel suo articolo “The Disappearance of Civil Trial”, sostiene che il ruolo dell’attività investigativa nei sistemi procedurali di *common law* deve molto delle sue caratteristiche all’impostazione dedicata al “sistema della giuria” (jury system). La giuria ha la responsabilità di plasmare (configurare) la procedura e di restringere l’attività investigativa⁴¹.

Dal punto di vista procedurale, l’attività di invocare “*pleading*” costituiva il momento più importante e forse l’unico momento significativo della fase *pre-trial*, il cui

não apenas a faculdade mas o dever de advertir os litigantes das irregularidades e lacunas de seus pedidos e alegações, no exercício de uma verdadeira função supletiva e auxiliar. O juiz ultrapassa, assim, a posição de mero árbitro fiscalizador da observância das “regras do jogo”, para alcançar status de ativo participante, com vistas a evitar a perda da causa pela escassa habilidade da parte ou de seu representante. Por isso, Klein reputa o processo civil uma Wohlfahrtsenrichtung, ou seja, um instituto destinado a promover o bem estar coletivo, considerando-o principalmente como fenômeno social de massa. Seria um erro, pondera Klein, pensar que a inatividade do juiz e a atividade exclusiva das partes constituiriam no processo a última conclusão de toda a sapiência humana.

³⁹ The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency, in A Zuckermann and R Cranston, *Reform of Civil Procedure*, 1995, reprinted 2007, Oxford University press, p. 171.

⁴⁰ JOLOWICZ J. A., *Adversarial and inquisitorial models of civil procedure. International comparative law quarterly*, New York, v. 52, n. 2, 2003, p. 289.

⁴¹ LANGBEIN J., *The disappearance of civil trial*, in *Yale Law Journal*, Connecticut, v. 122, n. 256, p. 522 – 572, 2012.: “Anglo-American common law for most of its history paid scant attention to the investigative function. This Article points to the role of the jury system in shaping the procedure and restricting the investigative function. Pleading was the only significant component of pretrial procedure, and the dominant function of pleading was to control the jury by narrowing to a single issue the question that the jury would be asked to decide”.

obiettivo era di limitare l'attività della giuria⁴²; vale a dire, di strutturare la domanda che sarebbe stata fatta alla giuria.

L'Autore descrive le insufficienze del *pre-trial process* che risultano evidenti nella concentrazione nel *trial* di tutta l'attività investigativa riguardante i fatti. Queste insufficienze sono state superate dalle corti di *Equity* in Inghilterra⁴³, nelle quali non era stata prevista l'attività della giuria. Le corti di *equity* hanno, difatti, sviluppato le c.d. "*injunctions*" ed altre tecniche che hanno determinato lo sviluppo del processo e l'aggiudicazione dello stesso⁴⁴.

La riforma delle "*federal rules of civil procedure*" cambiò poi il sistema di procedura civile e portò grandi modifiche concentrate nell'esibizione dei documenti e nelle dichiarazioni giurate delle parti e dei testimoni (*discovery of documents and the sworn depositions of parties and witnesses*).

Il cambiamento della fase di pre-trial ha permesso il superamento del precedente "*deficit* d'investigazione" che affliggeva la *common law procedure* e ha fatto sì che i casi fossero oggetto di accordi o risolti senza *trial*⁴⁵.

I problemi del sistema "adversarial" sono ampiamente riconosciuti e sono legati a diversi aspetti.

Jolowicz richiama la critica che il professore colombiano Devis Echandia fa riguardo al sistema "adversarial": *'In reality the judge is limited to recognition of the justice that the parties obtain by their own efforts or to the formalisation of the injustice which they suffer in consequence of their mistakes, their incompetence or the limitations*

⁴² Cfr. Ivi, p. 572, in cui si spiega che in realtà ciò andava " (...) in contrast to the secrecy of evidence gathering both in European procedure and in the European-derived procedures of the English courts. The public character of trial was thought to deter false and secrecy would have been impractical to implement in trial courts with dozens of local laymen. Guarantees of openness in trial proceedings found in many American state constitutions and are no longer associated with jury proceedings. In modern circumstances, commentators regard these measures as serving monitoring and legitimating functions".

⁴³ Ivi, p. 541: "Chancery, tradition, developed procedures that responses from an opposing litigant; answer interrogatories on oath;82 and to compel the production of relevant documents. Thus, by early modern times, the English were operating two distinct civil procedure systems: the common law system, rooted in jury trial, and the supplementary system of equity, which employed nonjury and nontrial procedure. The common law courts had jurisdiction over most of the law of property and obligations. Even in those fields, however, a common had to bring a parallel action in Chancery, either to obtain documents in a common law trial, or to enforce a common law judgment by injunction or a decree of specific performance. Bringing that second was costly: Sequencing the two actions was complex, and because seeking discovery of documents was required to "describe reasonable certainty," he had to know in advance what he was looking for.

⁴⁴ Del resto, ivi, p. 522 "the fusion of law and equity in the Federal Rules of Civil Procedure of 1938 brought those techniques into the merged procedure, and expanded them notably".

⁴⁵ "Pretrial procedure has become nontrial procedure by making trial obsolete", LANGBEIN J., *ult. op. cit.* p. 34.

*to which their poverty or ignorance subjects them in their choice of representatives, in the evidentiary contest or in the exercise of their rights of appeal*⁴⁶.

Il professor Robert A. Kagan, dal canto suo, sostiene che gli Stati Uniti sono segnati da un sistema “adversary” particolare, che lui chiama “*adversarial legalism*”⁴⁷. Questo sistema presenta caratteristiche uniche e speciali che lo rendono diverso da qualsiasi altro sistema nel mondo. “*Adversarial Legalism*”, infatti, si riferisce non soltanto al sistema di risoluzione delle dispute/liti giudiziali, ma anche - e soprattutto - al sistema di elaborazione delle politiche pubbliche (*policymaking*). Questo sistema presenterebbe, quindi, due caratteristiche evidenti:

*The first is formal legal contestation – competing interests and disputants readily invoke legal rights, duties, and procedural requirements, backed by recourse to formal law enforcement, strong legal penalties, litigation, and/or judicial review. The second is litigant activism – a style of legal contestation in which the assertion of claims, the search for controlling legal arguments, and the gathering and submission of evidence are dominated not by judges or government official but by disputing parties or interests, acting primarily through lawyers. Organizationally, adversarial legalism typically is associated with and is embedded in decisionmaking institutions in which authority is fragmented and in which hierarchical control is relatively weak.*⁴⁸

Questi due aspetti, “*formal legal contestation*” e “*litigant activism*” producono diversi effetti. Il “*Formal legal constestation*” corrisponde ad un sistema dove gli interessi contrapposti usano fortemente: la struttura legale, il sistema procedimentale,

⁴⁶ JOLOWICZ, J. A., *Adversarial and inquisitorial models of civil procedure*, in *International comparative law quarterly*, New York, v. 52, n. 2, 2003, p. 113.

⁴⁷ TARUFFO M., *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari: Laterza, 2009, p. 108, in cui l’A., riprendendo gli efficaci insegnamenti di KAGAN, rileva che “l’*adversarial legalism* non è soltanto un fenomeno che riguarda il processo: si tratta invece di una ideologia che ispira pressoché tutte le aree del diritto nordamericano. Essa si fonda sull’idea che il modo migliore per risolvere qualunque problema giuridico consista nel lasciare libero spazio alla competizione tra avvocati che rappresentano individui i quali perseguono i propri interessi particolari, nella convinzione che in tal modo si consegua l’assetto ideale degli interessi in conflitto. Il valore di fondo su cui si radica questa ideologia è – evidentemente – un tipo di individualismo competitivo ed acquisitivo, secondo il quale è la lotta del singolo per l’appropriazione e la difesa dei propri beni, in contrasto con altri individui che pure perseguono i loro interessi egoistici, a determinare tutti gli aspetti della dinamica sociale, economica e giuridica. Questa ideologia è tuttora profondamente radicata nella cultura sociale statunitense, della quale rappresenta anzi l’aspetto più comune e più caratteristico. Nulla di strano, allora, se esse si ritrova pressoché dovunque, ed in particolare nel contesto dell’amministrazione della giustizia”.

⁴⁸ Cfr. KAGAN R. A., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 9 .

l'esecutorietà propria del sistema, l'utilizzo delle sanzioni, di multe, di ingiunzioni e l'attività giudiziale per ottenere il riconoscimento dei suoi interessi.

D'altro lato, il “*litigant activism*” corrisponde ad una versione del sistema accusatorio dove il ruolo principale è modellato dalle parti e dai suoi rappresentanti legali, e non anche dal giudice o dagli altri agenti pubblici. Tutta l'attività di definire la domanda, di scegliere gli argomenti, e di produrre la prova è, in questo sistema, nelle mani delle parti.

Una delle conseguenze evidenti di un sistema marcato da questi due aspetti riguarda il costo della attività giudiziaria, che, secondo Kagan, è caratterizzata dalla complessità e, forse, dallo spreco di risorse, dato che il controllo della attività è nelle mani dei rappresentanti legali delle parti.

La seconda conseguenza è l'incertezza, vale a dire l'aspetto frammentario e non gerarchico del sistema “adversary” riguardo alla produzione delle decisioni: “*legal norms are particularly malleable and complex, and legal decisions are particularly variable and unpredictable*”⁴⁹. Secondo il Kagan, proprio questi aspetti fanno del sistema “adversary” americano - *l'adversarial legalism* - un sistema controverso e temibile.

Nel lato opposto al “*adversarial legalism*”, Kagan descrive il “*bureaucratic legalism*”. In tale sistema, il processo di implementazione delle politiche pubbliche e di elaborazione delle decisioni è caratterizzato per l'alto grado di gerarchia e formalismo legale⁵⁰.

Le caratteristiche del legalismo burocratico sono infatti: la responsabilità ufficiale per il *fact-finding*, la responsabilità verticale, l'uniformità nell'implementazione delle regole dettate di modo centralizzato. I sistemi gerarchici sono, dal punto di vista di Kagan, più ostili all'influenza dei cittadini o degli interessi contrapposti⁵¹.

Diversamente di quello che succede in Europa, in America la giurisdizione civile e criminale, la rappresentazione della prova e l'invocazione delle regole legali non sono dominate dal giudice, ma dalle rappresentanze delle parti, gli avvocati: “*Even*

⁴⁹ IVI, p. 9.

⁵⁰ IVI, p. 11.

⁵¹ Ibidem: “*Also tending cruited and embedded judges – not the parties lawyers and not lay juries – dominat both the evidence-gathering and the decisionmaking processes (Langbein 1994). (...)“Similarly, in contrast to American criminal prosecutors' offices, in wihich individual assistant district attorneys usually make their own judgments about which charges to make and bargain with defense counsel about how much to reduce them in return for guilty pelas, prosecurtors in Japan are subject to detailed rules and close hierarchical supervision concerning the investigation of facts, determiantion of the proper charge, and the recommendation of penalties (Johnson, 1998).*

*in comparison with the British “adversarial system”, hierarchical, authoritative imposition of legal rules is relatively weak in the United States”.*⁵²

I giudici americani sono considerati quindi più politici⁵³ e le loro decisioni non tanto uniformi.

Similarly, compared to European democracies, regulatory decisionmaking in the United States entail many more legal formalities – complex legal rules concerning public notice and comment, restrictions on ex parte and other informal contacts with decisionmakers, legalistically specified evidentiary and scientific standards, mandatory official “findings” and responses to interest group arguments. These legal devices facilitate interest group participation and judicial review of administrative decisions. But hierarchical authority is often correspondingly weak.

Un altro aspetto che merita attenzione è il fatto che il modello “adversary” è diventato più comune oggi rispetto a quanto non lo fosse 35 o 40 anni fa.

Il sistema “adversary” è una caratteristica dell’impianto processualistico americano che stimola questo atteggiamento e incoraggia l’uso della “*adversarial litigation to implement public policies and resolve disputes*”⁵⁴. Come afferma Kagan è, quindi, un prodotto immediato della cultura legale americana⁵⁵.

⁵² In proposito, v. ATIYAH AND SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Oxford: Clarendon Press, 1987, pp. 1 e ss.

⁵³ KAGAN R.A., *Adversarial Legalism*, cit., p. 12, citazione di ROWLAND and CARP: “*From a comparative perspective, American judges are more political, their decisions less uniform (Levin, 1972: 193-221; Rowland and Carp, 1983: 109-134). Law is treated as malleable, open to parties’ novel legal arguments and pleas of extenuating circumstances. Lay jurors, whose decisions are not explained and largely shielded from hierarchical review, still play an important role in the American system, which reduces legal certainty and magnifies the influence of skillful legal advocacy*”.

⁵⁴ Cfr. IVI, p. 13, in cui si specifica anche “*American judges and legislatures periodically issue rulings and enact statutes that are designed to discourage lawsuits and appeals; the 1980s and 1990s saw a wave of such efforts to dampen adversarial legalism. Moreover, in social arenas in which the process of adversarial legalism often are invoked, full-scale legal contestation usually does not occur, largely because the extraordinary costs and delays associated with formal adversarial litigation impel most disputants to negotiate an informal deal or settlement – even if it means abandoning valid claims or defenses (Feeley, 1979; Macaulay, 1979). Thus it is helpful to think of “adversarial legalism” as encompassing both a method of policy implementation and dispute resolution (characterized by a set of legal institutions, rights, and rules that facilitate or encourage adversarial, party-dominated legal contestation) and the day-to-day practice of adversarial legal contestation, a practice whose rate or incidence varies over time and across settings, depending on the motivations and resources of potential disputants. In principle and in practice, institutionalizing the methods or structures of adversarial legalism – that is, establishing the kinds of judiciaries, legal rules, and law firms that facilitate adversarial litigation – does not completely determine how often conflicting parties actually use those institutions*”.

⁵⁵ IVI, p. 14.

Merita attenzione l'analisi di un altro aspetto del sistema americano, l'opinione secondo la quale, diversamente da quello che accade in quasi tutte le altre nazioni, negli Stati Uniti la legge è frequentemente vista come un prodotto malleabile e fallibile, frutto di una continua battaglia politica e che richiede una ininterrotta attività di correzione delle arbitrarietà e delle strade scelte, attività che deve essere fatta per mezzo della lite⁵⁶.

Il sistema americano è però anche riconosciuto come un sistema molto reattivo, forse il più reattivo tra i sistemi esistenti. Il potere giudiziario americano è infatti meno costretto dal formalismo e più sensibile alle questioni politiche e, di conseguenza, più aperto a discutere sulle questioni di giustizia rispetto ai sistemi più formali legalmente⁵⁷.

2.2.1 Il ruolo delle parti e del giudice nella lite civile “adversarial”

Il giudice del sistema “adversarial” ha sofferto un cambiamento ideologico fortissimo, in seguito all'introduzione del *managerial judge*.

Il giudice passivo che ha caratterizzato inizialmente i sistemi “adversarial” ha, infatti, ceduto il posto ad un giudice più interventista e conduttore del processo. Si deve fare attenzione anche al fatto che il giudice tipico del sistema “adversarial” non doveva conoscere il processo, se non quando lo stesso fosse arrivato al momento del giudizio. L'idea, in buona sostanza, secondo cui il giudice, come la giuria, non doveva essere contaminato dalle preventive conoscenze del processo. Ebbene, il *managerial judge* ha determinato la definitiva fine di questa percezione del processo.

Nell'espressione citata di Jolowicz, il giudice inglese delle nuove regole è molto di più che uno '*calendrier parlant*'⁵⁸. È interessante riscontrare che addirittura la lettura dei documenti processuali non era stimolata prima del *trial*; il '*pre-reading*',

⁵⁶ Su questo aspetto, KAGAN rileva che “in most other nations, legal elites place great emphasis on legal consistency and stability. Law is viewed as a set of authoritative rules and principles, carefully worked out over time. In the United States, in contrast, law is more often viewed as the malleable (and fallible) output of an ongoing political battle to make the law responsive to particular interests and values. Many, perhaps most, American lawyers, judges, legal scholars, and politicians (many of whom are lawyers) see adversarial litigation as a vital tool for righting wrongs, curtailing governmental and corporate arbitrariness, and achieving a just society. Every working day, American lawyers talk about law, legal ethics, and legal processes in ways that emphasize those values – and American lawyers work unusually long days.” Ibidem.

⁵⁷ IVI, p. 16.

⁵⁸ JOLOWICZ J. A., *Adversarial and inquisitorial models of civil procedure*, cit., p. 7.

infatti, è stato stimolato solo con l'introduzione del 'case management', quando questa attività è divenuta essenziale⁵⁹.

E quindi, è anche molto interessante notare come lo stesso Lord Woolf ha raccomandato che fosse lasciato tempo sufficiente al giudice in modo che lui potesse procedere alla lettura preventiva dei documenti "pre-read".⁶⁰

Quindi, il nuovo giudice del sistema "adversarial" conosce il processo molto prima del *trial*. Ma non è solo questa la differenza, in quanto ora ha poteri che non aveva prima⁶¹; poteri di controllo del caso.

Il giudice può decidere sommariamente il caso, d'ufficio o su richiesta delle parti, quando la domanda non ha alcuna prospettiva di successo⁶².

Questo nuovo modo di agire del giudice sicuramente manifesta un cambio ideologico drastico, che tuttavia restringe la libertà delle parti. In quest'ottica, dimostra la contrapposizione tra i nuovi poteri del giudice e la libertà delle parti di presentare loro stessi come avrebbero voluto e avrebbero potuto, alla stessa stregua di come permetteva l'antico sistema "adversarial"⁶³.

Un terzo gruppo di strumenti importanti che hanno contribuito al cambio del sistema sono stati gli strumenti per persuadere le parti a raggiungere il concordato (*agreement*) o per risolvere la causa fuori delle corti (Alternative Dispute Resolutions)⁶⁴

Jolowicz sostiene che il sistema "adversarial" è molto efficace per la soluzione delle dispute, tuttavia, non raggiunge lo stesso livello di efficacia nella produzione di decisioni corrette⁶⁵.

Le deficienze dei sistemi "adversariali" riguardano esattamente la loro capacità di produrre decisioni corrette⁶⁶, e ciò in quanto l'insufficienza del sistema

⁵⁹ Infatti, "the judge to read these documents before the trial, though 'pre-reading' was encouraged, but on the introduction of case management judicial reading of the documents became essential". Ivi, p. 8.

⁶⁰ JOLOWICZ J. A., *Adversarial and inquisitorial models of civil procedure. International comparative law quarterly*. New York, v. 52, n. 2, 2003, pp. 7 e ss.

⁶¹ V. C.H. (REMCO) VAN RHEE, FU YULIN, *Civil litigation in China and Europe: essays on the role of the judge and the parties*, New York: Springer Netherlands, 2014, in cui "Masters of proceedings' by means of the aforementioned legal instruments, a certain influence of the judge on the factual aspects of the case may increase the efficiency of proceedings and bring forward the establishment of the truth".

⁶² Inoltre, il giudice può controllare la produzione di prove, "which he may do by giving directions on the issues on which he requires evidence, on the nature of the evidence that he requires to determine those issues and on the way in which the evidence is to be placed before the court". Ivi, p. 8.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ivi, p. 9.

⁶⁶ V. C.H. (REMCO) VAN RHEE, FU YULIN, *Civil litigation in China and Europe: essays on the role of the judge and the parties*, New York: Springer Netherlands, 2014, "contrast to the principle of judicial investigation (Untersuchungsgrundsatz) – the parties control the investigation of the facts. It is advisable to adhere to this differentiation between the principle of party presentation and the principle of party

riguardo alla produzione d'informazione vere è ampiamente riconosciuto: *“The correctness or otherwise of judicial decisions cannot be tested objectively-an appellate confirmation is no guarantee of correctness and it is not intended to suggest that the courts can always discover and apply the law to the absolute truth of the matters in controversy between the parties. It would, however, be extremely odd to describe as 'correct' a decision that the judge suspects--or actually knows- to be wrong because he was deprived of information he considered to be relevant”*⁶⁷.

È quindi proprio dall'analisi di questo punto che si arriva all'elemento cruciale della produzione di “decisione corrette”. Non è possibile applicare bene le norme su basi fattuali scorrette; o per meglio dire con le parole di Sir John Donaldson, citate da Jolowicz, la *“real justice cannot be achieved if the court does not have all the relevant information”*.

Le discussioni strumentali o di efficienza del sistema non possono fare a meno dell'elemento di informazione rilevante, in quanto il suo ruolo risiede nel momento in cui questa informazione deve essere portata al processo.

Se così stanno le cose, la tesi che si va affermando ha allora come traguardo quello di esaminare il compromesso del sistema con la produzione dell'informazione rilevante, il suo momento, la coercizione alle parti, ecc.

Non si può considerare una decisione corretta se, nella sua giustificazione, non si incontrano tutte le informazioni necessarie per la sua formazione e gli elementi rilevanti che hanno composto la situazione esaminata. Può essere una decisione buona o anche giusta dal punto di vista logico, ma se non sono stati esaminati tutti i punti rilevanti non potrà mai essere una decisione corretta dal punto di vista giuridico.

È in questo senso che i sistemi procedurali, che hanno interesse nella giustizia dei propri provvedimenti, non possono fare a meno degli elementi inquisitori (*Distasteful though it may be to the traditional common lawyer, we need a procedure that is further along the line towards the inquisitorial than is the traditional adversary system*)⁶⁸.

disposition and not to overstate the value of the principle of party presentation for the parties' private autonomy. An increase of the judge's power over the facts does not necessarily mean to harm the freedom of the parties in terms of substantive law. While they still remain the 'masters of proceedings' by means of the aforementioned legal instruments, a certain influence of the judge on the factual aspects of the case may increase the efficiency of proceedings and bring forward the establishment”.

⁶⁷ JOLOWICZ J. A., cit., p. 9.

⁶⁸ Ibidem.

Jolowicz spiega che le modifiche portate dal *case management* sono responsabili della fine della *Air Canada Understanding of the adversary system*, cioè, l'ascesa della figura dell' *'informed judge'*⁶⁹.

Anche nei sistemi inquisitori ci sono aree di attuazione delle parti: l'inizio della domanda, l'accordo e la decisione di appellare⁷⁰. Nei sistemi "adversariali", invece, sono le parti che definiscono il tema in discussione e l'informazione sulla quale si deve basare il giudice⁷¹.

Il sistema "adversarial", nella sua origine, è un eccellente sistema per la risoluzione delle controversie, specialmente quando le parti sono in una situazione di uguaglianza con le stesse risorse e la stessa forza; però - come sostiene Jolowicz - non è capace di assicurare giustizia sostanziale⁷².

Jolowicz conclude:

*Dispute resolution is no longer the principal function of civil litigation in modern England. We must not continue to pretend that it is and must accept that a procedure that places less emphasis on the freedom of the parties, and rather more on achievement of correct decisions is required. If this means that a few diehards will object that English procedure is on the slippery slope leading away from their beloved adversary system to the hated inquisitorial system, the rest of us can live with that*⁷³.

⁶⁹ In proposito, JOLOWICZ descrive l'influenza del *case management* nell'attuazione del giudice di *common law* affermando che i poteri di *case management* avvicinano il giudice alla verità: "most significant of all in bringing to its end the *Air Canada understanding of the adversary system* is the advent of the *informed judge*. As we have seen, not every judge has always been content to swallow whole the doctrine of *Air Canada*, and now, any judge who is so minded can use his knowledge of the case and the powers given to him for the purpose of *case management* to ensure that he gets the information he needs to create a real prospect that the decision will be based on the nearest approximation possible to the truth. It will take time for the change in the character of civil litigation that has occurred in this country to be fully appreciated, but when it is, the adversary system as we know it will effectively have been replaced by something closer to what common lawyers are all too prone to dismiss as inquisitorial. Ivi, p. 9.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ "In general, the common law employs a 'lawyer-centred' system. Lawyers are the principal players who present their cases to the court. *Case management* is often limited to procedural issues only. In civil law countries, on the contrary, *case management* involves both substantive and procedural issues."

⁷² JOLOWICZ J. A., cit., p. 60: "The adversary system that we knew of old is an admirable system for the resolution of disputes. Between parties of equal strength it ensures procedural justice, but in its nature it is less well suited to ensure substantive justice in accordance with law. *Dispute resolution* is no longer the principal function of civil litigation in modern England. We must not continue to pretend that it is and must accept that a procedure that places less emphasis on the freedom of the parties, and rather more on achievement of correct decisions is required. If this means that a few diehards will object that English procedure is on the slippery slope leading away from their beloved adversary system to the hated inquisitorial system, the rest of us can live with that."

⁷³ Idem, p. 60.

Và anzitutto evidenziato che la differenza tra il sistema “adversarial” europeo continental e il sistema “adversarial” inglese, consiste nella responsabilità riconosciuta ai giudici continentali di produzione *ex officio* di elementi probatori, attività sempre molto più ristretta per i giudici del sistema “adversarial” inglese⁷⁴.

In entrambi i sistemi gli avvocati giocano un ruolo fondamentale, dall’inizio della domanda alla sua fine⁷⁵.

I sistemi “adversarial” di *common law* hanno compreso che il modello che il sistema di produzione di elementi probatori giudiziale così come l’attività conoscitiva giudiziale hanno tanti vantaggi riguardo al sistema di *common law* tradizionale, il quale lascia questa attività nelle mani delle parti⁷⁶.

Mentre nei sistemi “adversarial” di *common law* la produzione e la presentazione della prova succedono in due momenti distinti: *pre-trial* e *trial*, nei sistemi continentali, la produzione della prova avviene in un unico momento e sotto il controllo del giudice, che dirige l’attività di produzione di prova con la partecipazione degli avvocati delle parti. È facile rilevare, dunque, che il sistema continentale offre più sicurezza alle parti contro l’abuso degli avvocati riguardo ai costi del processo⁷⁷.

Merita di essere sottolineato, tuttavia, che le corti di *common law*, anche quando hanno potere di interferenza, si sono orientati per un’attività di minore interferenza⁷⁸.

Langbein sostiene in proposito che il *managerial judging* può portare vantaggi e stimolare l’uso di esperti delle corti, cosa che non succedeva in precedenza, allorché il giudice non aveva conoscenza dei fatti del processo prima del *trial*.⁷⁹

⁷⁴ Sul tema, vedi LANGBEIN J. H., *The German Advantage in Civil Procedure*, in *The University of Chicago Law Review*, v. 52, n. 4, 1985, p. 823 – 866.

⁷⁵ Ivi, p. 282. In cui è sottolineato che “*there as here, the lawyers advance partisan positions from first pleadings to final arguments. German litigators suggest legal theories and lines of factual inquiry, they superintend and supplement judicial examination of witnesses, they urge inferences from fact, they discuss and distinguish precedent, they interpret statutes, and they formulate views of the law that further the interests of their clients. I shall urge that German experience shows that we would do better if we were greatly to restrict the adversaries' role in fact-gathering*”.

⁷⁶ Idem: *The German Advantage in Civil Procedure* John H. Langbein: “The Manual for Complex Litigation is infused with notions of judicial management of fact-gathering for the multi-party Big Case, but there has been no natural stopping place, and these techniques have been seeping into the conduct of ordinary litigation in the development that has been called “managerial judging.””

⁷⁷ “*In the use of expertise German civil procedure strikes an adroit balance between nonadversarial and adversarial values. Expertise is kept impartial, but litigants are protected against error or caprice through a variety of opportunities for consultation, confrontation, and rebuttal*”. (Ibidem)

⁷⁸ “*It may seem curious that we make so little use of court-appointed experts in our civil practice, since [t]he inherent power of a trial judge to appoint an expert of his own choosing is virtually unquestioned and has been extended and codified in the Federal Rules of Evidence and the Uniform Rules of Evidence (Model Expert Testimony Act). The literature displays both widespread agreement that our courts virtually never exercise this authority, and a certain bafflement about why*. (Ibidem).

L'Autore sostiene infatti che non è possibile sostenere la difesa di alcuni aspetti del sistema "adversarial". Dal suo punto di vista, non è difficile, ad esempio, accettare che i testimoni istruiti, o i periti parziali siano aspetti intensamente negativi del sistema "adversarial" attuale, che non giustificano perciò alcuna difesa.

L'autore é contrario all'argomento "*all or nothing*", nel senso che non è necessario che il sistema "adversarial" americano mantenga le sue debolezze; per contro, egli fa innumerevoli elogi al sistema tedesco che considera tanto "adversarial" quanto il sistema americano, ma senza i problemi riguardanti la produzione di prova⁸⁰. Riportando le sue parole, infatti, "*german civil procedure is materially*

less adversarial than our own only in the fact-gathering function, where partisanship has such potential to pollute the sources of truth"⁸¹.

Ne deriva che il sistema tedesco è soltanto meno "adversarial" riguardo al *fact-gathering* (l'istruzione processuale, la produzione della prova). Per il resto, il sistema è tanto "adversarial" quanto il sistema americano o inglese.

Nel sistema "adversarial" c'è la privatizzazione della decisione sulla base della profondità della produzione di prova. Diviene attività delle parti decidere l'ampiezza e la profondità della prova e l'attività istruttoria. In Germania, invece, il comportamento delle parti è controllato dal giudice, che può interferire nella attività istruttoria.

Nel sistema tedesco giova ricordare che non esiste una categoria simile alla *discovery*, ciò perché il sistema tedesco è ostile alla pratica del *fact-gathering*. Inoltre, il processo tedesco è meno interessato - rispetto a quello americano - all'indagine dei dettagli fattuali riguardanti la fiducia dei testimoni⁸².

⁷⁹ Ivi, p. 288.: *While "simple inertia" doubtless accounts for much (our judges "are accustomed to presiding over acts initiated by the parties"), comparative example points to a further explanation. The difficulty originates with the locktight segmentation of our procedure into pretrial and trial compartments, and with the tradition of partisan domination of the pretrial. Until lately, it was exceptional for the judge to have detailed acquaintance with the facts of the case until the parties presented their evidence at trial. By then the adversaries would have engaged their own experts, and time would no longer allow a court-appointed expert to be located and prepared. Effective use of court-appointed experts as exemplified in German practice presupposes early and extensive judicial involvement in shaping the whole of the proofs. It seems possible that the rise of managerial judging (discussed below in Part VIII) may at last achieve that precondition for effective use of courtappointed experts in our system.*

⁸⁰ *The case against adversary domination of fact-gathering is so compelling that we have cause to wonder why our system tolerates it. Because there is nothing to be said in support of coached witnesses, and very little to be said in favor of litigation-biased experts, defenders of the American status quo are left to argue that the advantages of our adversary procedure counterbalance these grievous, truth-defeating distortions. "You have to take the bad with the good; if you want adversary safeguards, you are stuck with adversary excesses."*

⁸¹ Cfr. Ivi pp. 850-852, nota 65.

⁸² Ivi, p. 850 e ss.: *Writing in 1958, Kaplan and his co-authors recorded their "impression" that German civil "proceedings do not in practice serve as an engine of discovery comparable in strength to the*

Dal punto di vista di Langbein, la virtù del sistema tedesco risiede nel fatto che il controllo giudiziale del lavoro di istruzione processuale fa sì che il sistema sia più efficiente nel risolvere la lite rispetto al sistema “adversarial” di *commom law*.⁸³

L’istruzione probatoria nel sistema tedesco avviene quando la mancanza di elementi logici nella narrativa dei fatti lo esige. Nel sistema americano vige invece la logica del “*to leave no stone unturned, provided, of course, they can charge by the stone.*”⁸⁴

Nella opinione di Langbein, i tedeschi hanno eliminato lo spreco di energia nella produzione di prova, aspetto che la *discovery* invece predilige e stimola, permettendo attività di ricerca della prova tante volte inutile o marginale riguardo alla soluzione della lite⁸⁵. Altro tratto fondamentale dell’esperienza tedesca poggia evidentemente sul trattamento dei testimoni, i quali non soffrono gli attachi, molestie e tormenti che avvengono, viceversa, soventi nel sistema americano.

Come precedentemente accennato, il sistema tedesco e quello continentale europeo collocano sulle spalle del giudice parte della responsabilità riguardo all’istruzione processuale, alla ricostruzione fattuale, agli elementi probatori.

Il rischio di questa scelta è sempre la stessa; si tratta infatti di gestire la possibile negligenza o pigrizia nella performance di questo mestiere. Il rischio che non sia fatto bene non appare peregrino.

D’altro canto, si potrebbe affermare che i vizi del sistema “adversarial” americano e inglese siano anche le sue virtù⁸⁶; per meglio dire, questi sistemi allineano

modern American methods, in part because German courts are hostile to fishing. Further, the authors worried that the technique of recording witness testimony in succinct summaries could bleach out “[f]ine factual differentiations.” They found German procedure to be “far less preoccupied than the American with minute investigation of factual detail of reliability of individual witnesses.”

⁸³ Ibidem, per cui “*Defenders of the American status quo may take too much comfort from these observations. A main virtue of German civil procedure, we recall, is that the principle of judicial control of sequence works to confine the scope of fact-gathering to those avenues of inquiry deemed most likely to resolve the case*”.

⁸⁴ Ivi, nota 81.

⁸⁵ Ivi, nota 82, in cui è evidenziato che “*the primary reason that German courts do less fact-gathering than American lawyers is that the Germans eliminate the waste. Likewise, when American observers notice that there is less harrying of witnesses with “those elaborate testings of credibility familiar to American courtrooms,” 8’ 2 I incline to think that the balance of advantage rests with the Germans, since so*”.

⁸⁶ *Because German procedure places upon the judge the responsibility for fact-gathering, -the danger arises that the job will not be done well. The American system of partisan fact-gathering has the virtue of its vices: It aligns responsibility with incentive. Each side gathers and presents proofs according to its own calculation of selfinterest. This privatization is an undoubted safeguard against official sloth. After all, who among us has not been treated shabbily by some lazy bureaucrat in a government department? And who would want to have that ugly character in charge of one’s lawsuit? The answer to that concern in the German tradition is straightforward: The judicial career must be designed in a fashion that creates*

le responsabilità con lo stimolo, come avverte Langbein quando sostiene che la privatizzazione è una salvaguardia contro la pigrizia ufficiale. La risposta del sistema tedesco va, invece, nel senso della strutturazione delle carriere giuridiche in modo che il giudice sia spinto ad una maggiore efficienza e protezione degli interessi legittimi delle parti⁸⁷.

Merita di essere sottolineato, tuttavia, che i sistemi “adversariali” di *common law*, come vedremo nel prossimo capitolo, hanno cambiato la propria faccia verso un sistema che riconosca più poteri al giudice nel controllo e nella gestione del processo⁸⁸, denominato appunto sistema di “*case management*”⁸⁹. Questi cambiamenti riguardano al calendario processuale⁹⁰, ai costi del processo, alla assegnazione di esperti, alla riduzione degli eccessi nella *discovery*, ecc.; con conseguente maggiore rilevanza alla giustizia sostanziale⁹¹.

In realtà, la crisi del sistema “adversarial” di *common law* riguarda specialmente la difficoltà di questo sistema di riuscire ad offrire non tanto la risoluzione della controversia (lite), bensì—una giustizia sostanziale, equa, con tempi e costi proporzionali.

Come spesso riferisce la dottrina, il sistema “adversarial” era diventata una “guerra senza Croce Rossa” e aveva bisogno - come descrive Jolowicz - di essere riportata ad un posto corretto la necessità di decisioni giuste:

incentives for diligence and excellence. The idea is to attract very able people to the bench, and to make their path of career advancement congruent with the legitimate interests of the litigants. (Ibidem).

⁸⁷ The answer to that concern in the German tradition is straightforward: The judicial career must be designed in a fashion that creates incentives for diligence and excellence. The idea is to attract very able people to the bench, and to make their path of career advancement congruent with the legitimate interests of the litigants. Ibidem.

⁸⁸ V. C.H. (REMCO) VAN RHEE, FU YULIN, *Civil litigation in China and Europe*, cit. secondo cui “Over the past few decades, strengthening the judges’ power in directing the litigation process has become a global trend.”

⁸⁹ Ivi, p. 43. *Judicial activism in case-management is illustrated by the introduction of ‘underlying objectives’ by virtue of RHC Order 1A and the power of active case-management by virtue of RHC Order 1B. The judges are directed to fix a timetable, control the progress of the case¹⁰¹ and ensure a case will be dealt with in a quick and efficient manner.¹⁰² This technically means ‘the parties will no longer dictate the time-table’ and the power in controlling the ‘dynamics of litigation’ has shifted from the parties to the judges.*

⁹⁰ Ibidem: “Emphasise that the procedural calendar should be determined by the judge, the parties and their lawyers”.

⁹¹ Ibidem: “The goal of civil justice has transcended the search for pure substantive justice and embraced a multi-faceted agenda to (among others) promote efficiency and reasonable proportionality,¹⁶ as well as to encourage settlement. In relation to the principle of proportionality, Zuckerman noted, ‘The ideas of proportionality and a just distribution of procedural resources require a reassessment of the balance which every procedural system strikes between rectitude of decision, the duration of proceedings, and their cost’.”

The adversary system has been the corner stone of English civil procedure for a very long time. Couture's statement that the civil action is civilisation's substitute for vengeance is a historical truth that still has some truth in it today, but it is no longer the whole truth of the matter. The adversary system that we knew of old is an admirable system for the resolution of disputes. Between parties of equal strength it ensures procedural justice, but in its nature it is less well suited to ensure substantive justice in accordance with law. Dispute resolution is no longer the principal function of civil litigation in modern England. We must not continue to pretend that it is and must accept that a procedure that places less emphasis on the freedom of the parties, and rather more on achievement of correct decisions is required. If this means that a few diehards will object that English procedure is on the slippery slope leading away from their beloved adversary system to the hated inquisitorial system, the rest of us can live with that⁹².

2.3 Il Sistema processuale brasiliano

Il processo civile brasiliano - sia quello basato sul codice del 1973, sia quello attuale (2015) - presenta elementi di carattere accusatori e inquisitori.

Conviene, anzitutto, rimettersi alla catalogazione e alla descrizione che ne fa Freddie Didier a riguardo:

Por exemplo: no direito processual civil brasileiro, a instauração do processo e a fixação do objeto litigioso (o problema que deve ser resolvido pelo órgão jurisdicional) são, em regra, atribuições da parte (arts. 128, 263 e 460, CPC). Já em relação à investigação probatória, o CPC admite que o juiz determine a produção de provas ex officio (art. 130 do CPC). Convém transcrever o pensamento de Barbosa Moreira: "...fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica inspiração⁹³.

Come già detto, la classificazione dipende da aspetti vincolati alla proposizione della domanda, alla fissazione dell'oggetto del processo e riguarda l'impulso processuale, la produzione della prova e l'effetto dei ricorsi.

⁹² JOLOWICZ J. A., cit., p. 281 – 295.

⁹³ DIDIER JR. F., *Os três modelos de direito processual: Inquisitivo, dispositivo e cooperativo*, in *Revista de Processo: RePro*. São Paulo, v. 36, n. 198, ago. 2011, p. 8, p. 213-225.

Nella linea di altra dottrina, Didier sostiene che il modello cooperativo di processo rappresenta una terza modalità di organizzazione del processo che non corrisponde ai tradizionali sistemi categorizzati come accusatorio e inquisitorio. Trattasi, infatti, di una diversa visione del ruolo del giudice che non corrisponde alle caratteristiche di nessuno di questi sistemi. Questa nuova posizione dal giudice rappresenta una evoluzione dalla tradizionale posizione delle parti rappresentata, sia nei sistemi di raffigurazione accusatoria/dispositivo, sia nei sistemi inquisitoriali. Tuttavia, appare importante affermare che in Germania l'idea che ci sarebbe stato un terzo genere ha presto ceduto posto alla comprensione che si trattava invero di un perfezionamento del principio dispositivo⁹⁴. In Brasile, la dottrina processualistica oscilla tra l'idea di evoluzione/superamento, trattandosi effettivamente di un nuovo sistema, e l'idea che si tratti di un modello culturale e ideologico⁹⁵.

3. Il principio della collaborazione: il moderno sistema accusatorio e la collaborazione

Storicamente, l'espressione *Kooperationmaxime*, nel senso di principio, emerge per la prima volta in un testo di Bettermann del 1972⁹⁶, in Germania, alludendo al termine *Sammelmaxime* del processo civile austriaco.

L'espressione *Sammelmaxime* viene intesa come sinonimo di *Kooperationmaxime*, ed entrambi sono viste come forme di attenuazione del principio

⁹⁴ REN Z., *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China. Saarbrücker Studien zum Privat – und Wirtschaftsrecht*. Herausgegeben von Johann Paul bauer, Michael Martinek und Helmut Rüssmann, Alemanha: Academic Research, 2013, p. 71: “Er [Bettermann] begriff diesen Ausdruck zunächst als Mittelweg zwischen der Verhandlungs- und der Inquisitionsmaxime. Später qualifizierte Bettermann die Kooperationsmaxime weiter: Er sehe in ihr kein mixtum compositum des Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatzes, auch kein tertium, sonder “nur” eine Modificationsform der Beibringungsmaxime”.

⁹⁵ Ne sono esempio il testo di Didier e la posizione di Mitidiero nelle note precedenti.

⁹⁶ KOCHER R., *Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime)*, in Revista de Processo, RePro. São Paulo, v. 41, n. 251, p. 6, jan. 2016. : “Foi Bettermann quem cunhou o termo Kooperationsmaxime pela primeira vez na Alemanha, para fazer alusão ao termo Sammelmaxime do processo civil austríaco. Trata-se de um artigo de 1972 a respeito da concepção social do processo, intitulado “Fundamentos e princípios constitucionais do processo”. Nesse artigo, a Kooperationsmaxime é tida como um termo médio entre os princípios dispositivo processual e inquisitório”. Zhong Ren, *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China*, p. 71: “Der Terminus “Kooperationsmaxime” wurde von Bettermann in Anlehnung na den österreichischen Begriff der “Sammelmaxime” erstmals im Jahr 1972 in seiner Abhandlung über die soziale Prozessauffassung benutzt”.

inquisitivo e, d'altro lato, aventi un significato un allontanamento dal principio dispositivo⁹⁷, idee che naturalmente hanno suscitato ampio dibattito.

Il nuovo Codice di procedura civile brasiliano rivela l'incorporazione integrale della dottrina riguardo alla collaborazione, ponendolo come principio basilare di un nuovo modello di procedura civile. La dottrina brasiliana⁹⁸, in proposito, quando parla la collaborazione le conferisce spesso una doppia declinazione: principio e modello processuale.

L'importanza del tema è contemplata nell'articolo 6° del CPC, il quale afferma che *“todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*.

Secondo la lezione del Mitidiero, *“a colaboração é um modelo que visa dividir de maneira de maneira equilibrada as posições jurídicas do juiz e das partes no processo civil, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft), em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes (prozessualen Zusammenarbeit)”*⁹⁹.

In origine, la collaborazione coincideva con la necessità di efficienza processuale; per meglio dire, nei momenti storici come quelli interessati dalla riforma di 1976 del ZPO tedesco, vi era tutto l'interesse ad accelerare il processo¹⁰⁰, a ridurre le possibilità di discussione infinita e permettere al giudice il controllo del processo¹⁰¹.

⁹⁷ LEMBRE DE FREITAS J.M., *The Law of Evidence in the European Union*. Civil Procedure in Europe 5, Kluwer Law International. 2004, p. 46: *“Nach österreichischem Recht tragen sowohl die Parteien als auch das Gericht die wesentlichen Entscheidungsgrundlagen (gemeinsam) zusammen (Arbeitsgemeinschaft Gericht – Parteien). Man spricht in diesem Zusammenhang in der Literatur vom ‘Kooperationsmodell’ des österreichischen Zivilprozesses, Von der Geltung der ‘Sammelmaxime’ (Holzhammer) ode reines ‘abgeschwächten Untersuchungsgrundsates’ (Rechberger/Simotta). Diese für das österreichische Zivilprozessrecht typische Abwendung Von Verhandlungsgrundsatz und Annäherung na den Untersuchungsgrundsatz zeigt sich seinerseits in der Statuierung der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien: Gemäß §178 ZPO haben die Parteien in ihren Vorträgen alle im einzelnen Fall zur Begründung ihre Anträge erforderlichen tatsächlichen Umstände ‘der Wahrheit gemäß vollständig und bestimmt’ anzugeben”*.

⁹⁸ MITIDIERO D., *Bases para a construção de um processo civil cooperativo*, O Direito Processual Civil no marco teórico do Formalismo-Valorativo. 2007, f. Tese (Pós-graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, 2007, p. 147.

⁹⁹ MITIDIERO D., *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 52; nonchè ID., *A colaboração como norma fundamental no processo civil*, cit. , pp. 47-52.

¹⁰⁰ KOCHER R., *ult. op. cit.*, p. 80.

¹⁰¹ In argomento, appare utile riportare quanto affermato in Ivi p. 6, allorché KOCHER descrive le caratteristiche della riforma tedesca che coincide con il modello di collaborazione. *“Quanto à relação entre partes e juiz, pode-se sintetizar, com os dizeres de Greger, que a intenção da reforma era de “colocar à disposição, com o § 275 e ss. da ZPO, um instrumentário flexível para a preparação abrangente da audiência principal (Vorbereitung des Haupttermins)”. Essa intenção estava positivada já no § 272, ZPO/1976, que dispunha que o litígio deveria ser resolvido, em regra, em uma completa e preparada audiência oral (Termin zur mündlichen Verhandlung), fosse por uma audiência preliminar,*

E questo in quanto - come ben rileva Bettermann¹⁰² - il principio dispositivo ed il principio della ufficialità erano vincolati al dominio del processo in capo alle parti o al giudice.

Per l'autore tedesco, il dovere di passività del giudice possedeva un sostrato costituzionale soltanto riguardo alla neutralità e non riguardo all'attività d'investigazione ufficiale¹⁰³. Conservando la sua neutralità (terzietà), il giudice poteva operare con maggiore enfasi riguardo al chiarimento delle circostanze fattuali rilevanti per il processo.

Diversa della legislazione processuale tedesca dal secolo XIX, che risultava influenzata dalla dottrina liberale proveniente dalla Rivoluzione di 1848¹⁰⁴, e, pertanto, sotto forte influsso del principio dispositivo, la legislazione processuale austriaca del 1895, sotto la reggenza di Franz Klein, stabiliva un'altra percezione del processo, legata alla sua funzione sociale, imponendo alle parti il dovere di verità¹⁰⁵, e riconoscendo al giudice il ruolo di “assistente in un conflitto sociale”¹⁰⁶.

conforme o § 275, ZPO/1976, ou por um procedimento preliminar escrito, conforme o § 276, ZPO/1976. Conforme o mesmo dispositivo, ainda, a audiência deveria ocorrer "tão cedo quanto possível" - suprimindo-se, portanto, o prazo limite de três semanas. Para ambos os tipos de procedimentos prévios (oral ou escrito), a ZPO determinava que o tribunal tomasse todas as medidas preparatórias necessárias e que agissem continuamente para que as partes se esclarecessem tempestiva e completamente (§ 273 (1), ZPO/1976). Algumas dessas medidas eram previstas expressamente pelo § 273 (2), ZPO/1976, sendo elas: a determinação às partes para complementação ou explicação de suas petições preparatórias, para exibição de documentos ou outros, a fixação de prazo para esclarecimento sobre determinados pontos, a solicitação a autoridades ou agentes públicos para compartilhamento de documentos ou informações oficiais, a determinação às partes para que compareçam pessoalmente e intimar testemunhas indicadas por uma das partes e peritos para comparecimento audiência oral. Além disso, em sendo necessária a realização de produção de provas separadamente, era possível que, antes da audiência principal, o tribunal expedisse uma ordem de provas. (Beweisbeschluss), conforme o § 358a da ZPO/1976. Ao lado da preparação da audiência oral, por meio da ativação do juiz, a Vereinfachungs novelle pretendeu consagrar o dever de colaboração (ou suporte) no processo (Prozessförderungspflicht).

¹⁰² Ivi, p. 9.

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ REN Z., *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China. Saarbrücker Studien zum Privat – und Wirtschaftsrecht. Herausgegeben von Johann Paul bauer, Michael Martinek und Helmut Rüssmann*, Alemanha: Academic Research, 2013. (Dovere di Verità e Principio della Cooperazione nella procedura civile in Germania, Giappone e Cina). Herausgegeben von Johann Paul bauer, Michael Martinek und Helmut Rüssmann, p. 42: “O código alemão de 1877 de matriz liberal não correspondia à tradição alemã, isto é não derivava nem da tradição romano-canônica, nem mesmo do direito germânico; era ao contrário o resultado da influência francesa e da guerra contra a França (1870/71). Nesse cenário, o princípio acusatório (Verhandlungmaxime) era um elemento estranho à dogmática tedesca. A aceitação de um código liberal era necessária em uma Alemanha onde se desejava a unidade legal, quando a unidade territorial tinha sido apenas conquistada, e onde um código de processo civil nacional era uma necessidade”.

¹⁰⁵ Il § 138 abs. 1 ZPO prevede l'abrogazione delle parti: (1) *Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.* “As partes tem que trazer os esclarecimentos acerca das circunstâncias fáticas de modo completo e de acordo com a verdade). Esta norma foi introduzida quase 50 anos depois que o princípio dispositivo e o ZPO de 1877 entraram em vigor. Sucessivamente a este momento, a discussão relativa ao dever de verdade é submetida à atenção

Le idee di Klein sembrano risorgere in Germania, con maggiore enfasi sull'aspetto sociale del processo.

Alla luce di quanto detto, la dottrina tedesca riconosce che il codice liberale del 1877 non è adeguato alla tutela dell'individuo come essere sociale. In questo senso, è importante riportare la menzione di Zhong Ren a Wasserman, quando riporta il fondamento ideologico di questo cambio di percezione del processo:

Außerdem habe sich diese Vorstellung an dem individualitätslosen um isoliert gedachten Individuum orientiert, doch existiere diese abstrakte Partei in einem konkreten Fall nie. Aus diesem Grund müsse sich die zukünftige ZPO am Menschen, wie er tatsächlich ist, und zwar am konkreten Menschen in der sozialen Wirklichkeit, orientieren. Die wesentliche Ungleichheit solle als der Ausgangspunkt des Zivilprozesses anzusehen sein. Aufgrund der wesentlichen Ungleichheit zwischen den konkreten Parteien entstehe das Bedürfnis einer Arbeitsgemeinschaft von Parteien und Richter, um die Prozess- und die Beweismittel zusammen zu beschaffen und die objektive und materielle Wahrheit im Zivilprozess zu finden. Damit beruhe die Entscheidung nur auf dem im Einklang mit der materiellen Rechtslage stehenden Sachverhalt. Deshalb bedeutet der Begriff "Kooperationsmaxime" nicht einen Namenswechsel der Verhandlungsmaxime, der auch überflüssig sei, sondern einen Abschied von der Verhandlungsmaxime durch die Verstärkung der Richtermacht und das sogenannte "Prinzip der materiellen Wahrheit."

Questa nuova percezione della posizione del giudice rappresentò un'evoluzione della posizione delle parti, tradizionalmente impostata sui sistemi di carattere accusatorio/dispositivo o sui sistemi di tipo inquisitorio. Tuttavia, bisogna rilevare che in Germania l'idea che la cooperazione sarebbe stata un *tertium genus* presto ha dato spazio alla consapevolezza che si trattava, invero, di un perfezionamento del principio dispositivo¹⁰⁷.

da jurisprudência, ao significado e ao âmbito de validade, aos limites em relações com outras normas do ZPO e às consequências da sua violação e enquadramento".

¹⁰⁶ KOHEM R., *ult. op. cit.*, p. 10.

¹⁰⁷ REN Z., *cit.*, p. 71: "Er [Bettermann] begriff diesen Ausdruck zunächst als Mittelweg zwischen der Verhandlungs- und der Inquisitionsmaxime. Später qualifizierte Bettermann die Kooperationsmaxime weiter: Er sehe in ihr kein mixtum compositum des Verhandlungs- und Untersuchungsgrundsatzes, auch kein tertium, sonder "nur" eine Modificationsform der Beibringungsmaxime".

In teoria, i sistemi accusatori-adversariali, fondati sul principio dispositivo¹⁰⁸ (*dispositionmaxime*) sono sistemi incentrati sulla neutralità (terzietà) del giudice.

Anche secondo gli studi del prof. Reinhard Greger¹⁰⁹ - conformemente a quanto sostenuto da Betterman¹¹⁰ - il principio della cooperazione non si opporrebbe al principio dispositivo e nemmeno sarebbe orientato al suo spostamento o sostituzione.

Lo stesso Autore sostiene altresì che una comprensione adeguata del principio di cooperazione non pregiudica affatto il controllo delle parti; in secondo luogo, non conduce ad un *mixtum compositum* del principio dispositivo con il principio inquisitivo (*Untersuchungsgrundsatz*). Tutt'al contrario: esattamente perché nella procedura civile ci sia il principio dispositivo, il giudice deve collaborare (cooperare) con le parti, e queste ultime non possono promuovere o permettere una mancanza di coordinazione¹¹¹.

3.1. Modelli Isonomico, Asimmetrico e Cooperativo

¹⁰⁸ JURA- Fragen. Welche Prozessmaximen und Grundsätze gibt es im Zivilprozess? Alemanha: Jura-Fragen, 2015. Dispositionsmaxime:

- Die Parteien bestimmen über Beginn, Gegenstand und Ende des Verfahren.
- Die Dispositionsmaxime ist das prozessrechtliche Pendant zur Privatautonomie.
- Der Kläger bestimmt nach § 253 ZPO den Gegenstand des Prozesses
- Das Gericht darf nicht über die Anträge hinausgehen. Grundsatz *ne ultra petita* (lat. nicht über den Antrag hinaus)
- Die Parteien disponieren über das Ende des Verfahrens.
- Der Grundsatz kann durchbrochen werden, wenn ein besonderes öffentliches Interesse besteht (beispielsweise Kindschafts- oder Mietsachen)
- Die Dispositionsmaxime ist das Gegenteil der *Offizialmaxime* (Tätigwerden der öffentlichen Stellen von Amts wegen) – die *Offizialmaxime* gilt in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und im Strafrecht

Verhandlungsgrundsatz / Beibringungsgrundsatz

- Das Gericht darf nur solche Tatsachen berücksichtigen, die in der mündlichen Verhandlung vorgetragen wurden. Der Richter darf sein *privates* Wissen nicht verwenden.
- Eine Behauptung, die zugestanden oder nicht bestritten wurde, ist vom Gericht ohne weitere Nachprüfung dem Urteil zugrundezulegen.
- Das Gericht darf nur die von den Parteien benannten Beweismittel nutzen oder von Amts wegen Beweis erheben.
- Der Verhandlungsgrundsatz wird durch die richterliche Aufklärungspflicht nach § 139 ZPO und die Wahrheitspflicht nach § 138 ZPO modifiziert.

Das Gegenteil zum Verhandlungsgrundsatz ist die *Untersuchungsmaxime* (*Inquisitionsmaxime*) nach StPO und VwGO.

¹⁰⁹ GREGER R., *Cooperação como princípio processual*, in *Revista de Processo*. São Paulo, v. 37, n. 206, 2012, p. 123-147.

¹¹⁰ KOCHER R., *ult. op. cit.*, p. 9.

¹¹¹ GREGER R., *ult. op. cit.*, p. 123-147.

Per Mitidiero, in un lavoro importante dedicato soltanto al tema della collaborazione nel processo civile, è più giusto lavorare con modelli isonomico e asimmetrico, specialmente per due ragioni¹¹²: primo, “*perché “dispositivo” e “inquisitorio” sono delle espressioni che riflettono solo l’aspetto legato alle posizioni giuridiche delle parti e del giudice, per quanto riguarda la conduzione del processo, lasciando in ombra altri elementi importanti di paragone fra i modelli (ad esempio, il ruolo della logica giuridica nel processo d’interpretazione e applicazione del diritto e il ruolo della buona fede lungo il processo). Si tratta, quindi, di una prospettiva d’analisi incompleta*”¹¹³. Secondo, “*perché il processo civile guidato dalla collaborazione mantiene entrambi i tratti dispositivi (come, ad esempio, possibilità di formalizzazione del giudizio mediante l’applicazione delle regole che regolano l’onere della prova, art. 373 del CPC/2015) come tratti inquisitori, la possibilità d’istruzione d’ufficio da parte del giudice, art. 370 del CPC di 2005*”. Come avverte l’autore, la questione é molto controversa in dottrina¹¹⁴.

I diversi modelli di processo civile riflettono la struttura e l’organizzazione del proprio Stato; sono specchi del modello di Stato¹¹⁵. In base all’analisi dei presupposti sociali, logici (metodi decisori) ed etici (ruolo della verità e della buona fede), Mitidiero identifica tre modelli processuali civili: isonomico, asimmetrico e cooperativo.

Il modello isonomico è concepito da una certa indistinzione fra l’individuo, la società civile e lo Stato, una struttura sociale che finisce col promuovere una relazione di parità tra l’individuo ed il potere politico. I conflitti vengono decisi raggiungendo una razionalità pratica, con il ruolo dialettico centrale nella ricerca di risoluzione dei problemi legali. Al contraddittorio viene riconosciuta la funzione di rendere possibile il dialogo giudiziale. La condotta delle parti viene apprezzata dalla buona fede soggettiva. La ricerca della verità nel processo civile è pertanto una costante - intesa, tuttavia, come compito esclusivo delle parti¹¹⁶.

Il modello asimmetrico, a sua volta, è segnato dalla relazione asimmetrica tra lo Stato e l’individuo: lo Stato in posizione di superiorità, al di sopra della sua gente, si appropria del diritto, e la risoluzione dei conflitti avviene in ragione di una razionalità

¹¹² MITIDIERO D., *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 53.

¹¹³ Idem, p. 53.

¹¹⁴ Idem, p. 54.

¹¹⁵ PINHO H. DALLA B. DE.- ALVES T.M., *A cooperação e a principiologia no Processo Civil Brasileiro: uma proposta de sistematização*, Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP. Rio de Janeiro, v. 15, gen/giu, 2015, p. 240 – 267.

¹¹⁶ Cfr. MITIDIERO D, *ult. op. cit.*, p. 97.

teorica. La condotta delle parti è valutata dalla buona fede soggettiva; il contraddittorio è solo un'istanza bilaterale¹¹⁷.

Infine, la cooperazione come modello di processo dello Stato costituzionale, segnata dalle seguenti caratteristiche: a) lo Stato deve proporzionare le condizioni per una società libera, giusta e solidaristica; b) deve fondarsi sulla dignità della persona umana; c) Individuo, Stato e Società Civile si trovano in posizioni coordinate, in una relazione di cooperazione; d) un metodo decisorio basato su parametri di ragionevolezza, oriundi dalla logica argomentativa; e) il contraddittorio riprende un ruolo di distacco nella costruzione dell'organizzazione del processo, registrando tutti i suoi partecipanti; f) il giudice assume una doppia posizione: paritaria nel dialogo e asimmetrica nella decisione; g) la conduzione del processo civile è registrata da doveri cooperativi – chiarificazione, dialogo, prevenzione e ausilio; h) La buona fede soggettiva e la buona fede obiettiva devono essere osservate da tutti i suoi partecipanti (art. 5 del CPC/2015); i) la verità probabile è un obiettivo il cui ambito consente la consegna di giuste decisioni; j) il giudice deve guidare proceduralmente e materialmente il processo in un dialogo permanente con le parti, consentendo l'esercizio del diritto di influenza: il contraddittorio obbliga il giudice¹¹⁸.

Questa nuova fase metodologica del processo civile sovverte la tradizionale divisione del lavoro nel processo: “*aux parties les faits, au juge le droit*”. La divisione del lavoro, tipica di un sistema fondato sul principio dispositivo, stabiliva il noto “*da mihi factum, dado tibi ius*”, senza interferenza del giudice nella dimostrazione dei fatti e senza la rilevanza dell'influenza delle parti nella valutazione giuridica. Sovvertendo questa logica, il modello della collaborazione ha come obiettivo rafforzare le parti come agenti di formazione della decisione giudiziale come segue: il dominio dei fatti appartiene anche al giudice – che non deve restare soddisfatto coi fatti esposti e provati dalle parti –, la valutazione giuridica del diritto appartiene anche alle parti (e non

¹¹⁷ Cfr. MITIDIERO, p. 98: “ (...) conta para sua configuração com uma radical separação entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, o que reflete diretamente na relação que se estabelece entre o indivíduo e o poder político, que acaba sendo configurada como uma relação assimétrica – o Estado é compreendido como um sujeito que se encontra acima de seu povo. O Estado apropria-se do direito, sendo seu o direito a aplicar no processo, tarefa que se desincumbe utilizando-se de uma racionalidade teórica, tendo a lógica apodítica papel central na formação das decisões judiciais. O contraditório passa a ser encarado como mera bilateralidade da instância. A conduta dos participantes do processo é valorada no plano ético a partir da boa-fé subjetiva, sendo algo atinente, todavia, tão somente às partes, porquanto ao Estado chega-se mesmo a reconhecer o direito de mentir para obtenção da verdade. A procura pela verdade acaba sendo idealmente uma tarefa a ser promovida principalmente pelo Estado na condução ativa do processo”.

¹¹⁸ Cfr. IVI, p. 98 e 99.

soltanto al giudice) le quali, mediante il diritto al contraddittorio, esercitano influenza sulla valutazione giuridica della causa¹¹⁹.

3.2 Tutela dell'esercizio adeguato delle libertà delle parti

Agendo in questo modo, il giudice perfeziona le potenzialità del processo al servizio della produzione di decisione giudiziale giusta ed effettiva. Il principio della cooperazione dá al giudice una posizione di tutela dell'effettività del processo, tutela dell'esercizio adeguato delle libertà delle parti, evitando l'estinzione senza merito¹²⁰, condividendo informazione utile con i litiganti, riguardante l'andamento del fatto, avvertendo sui rischi di determinati comportamenti procedurali.

Con ciò, l'idea di collaborazione è riconciliata con l'obiettivo dell'efficacia del processo, con la necessità di fornire un ambiente in cui le parti abbiano un'effettiva possibilità di influenzare le decisioni del magistrato¹²¹. Inoltre, l'imposizione di

¹¹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA C.A., *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, Revista Ajuris, Porto Alegre, n. 90, 2003: “*Mais complicado e em constante modificação revela-se o problema do papel a ser desempenhado pelo juiz na investigação dos fatos e sua apreciação, questão intimamente vinculada à divisão de trabalho entre o órgão judicial e as partes. A questão, por longo tempo, foi tratada em conjunto e até confundida com o chamado princípio dispositivo. Já são milenares os conhecidos aforismos “da mihi factum, dabo tibi ius” e “quod non est in actis, non est in mundo”, a obrigar o juiz a sentenciar, como se expressavam os glosadores, “secundum allegata et probata” e não “secundum conscientiam” [48]. Tal concepção advirta-se, nada tinha a ver com o problema do livre convencimento do juiz, mas com a “ciência privada” dos fatos pelo magistrado, tanto que o princípio contraposto obrigava-o a julgar apenas “secundum allegata et probata” [49]. A aplicação extremada desta concepção da divisão do trabalho entre os sujeitos processuais impõe não só a inadmissibilidade do conhecimento ou da ciência privada do juiz quanto ao fato, como também seja considerado tão somente o fato alegado pelas partes e por elas provado, com os meios que requererem.*”

¹²⁰ ID, *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, Revista da Faculdade de Direito UFRGS. Porto Alegre, n. 26, p. 59 – 88, 2006. Disponível em: <seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/74203/41899>, p. 72: “*Pode acontecer, contudo. E esse é o âmago do problema, que o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial.*”

¹²¹ Idem, p. 70: “*Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às circunstâncias do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias peculiares da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto. Por outro lado, o abandono de uma visão positivista e a adoção de uma lógica argumentativa, com a c o locação do problema no centro das preocupações hermenêuticas, assim como o emprego de princípios, de conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do direito, haveria obviamente de se refletir no processo. Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. O colóquio assim estimulado, assinala-se. Deverá substituir com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa. As diretivas aqui preconizadas reforçam-se, por outro lado, pela percepção de uma democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual.*”

disimpegnare il giudice, che avrebbe bisogno di capire l'imperiosità della comunicazione permanente con le parti e che ciò dipende da una posizione attiva del giudice. Spetta al giudice, in questo modo, creare le condizioni per l'istituzione di una comunità di lavoro, con strumenti per indurre la condotta delle parti.

Il modello cooperativo aumenta il peso del giudice rispetto a quello a lui affidato in un sistema basato sul principio dispositivo nella sua espressione originale¹²², perché il principio dispositivo è strutturato sulla base della responsabilità delle parti per l'esito del procedimento. Il principio di cooperazione trasferisce parte della responsabilità al giudice.

3.3 Divergenza rispetto ai destinatari dei doveri di collaborazione

Rispetto ai destinatari del dovere di collaborazione, Mitidiero e Yarshell spiegano che le parti non hanno dei doveri reciproci: *“il conflitto esistente tra le parti impedisce la strutturazione di un processo civile da doveri cooperativi tra le parti – come sembra suggerire l'articolo 6°, del CPC 2015. È questa la ragione per cui chi ha l'onere di dover cooperare nella conduzione del processo è il giudice. Le parti non hanno il dovere di cooperare fra di loro”*¹²³. Alla base di questa comprensione c'è l'idea che le parti supportino delle posizioni antagonistiche che li induca ad avere interessi diversi nella causa¹²⁴:

E qui conviene lasciar subito chiaro: la collaborazione nel processo non significa collaborazione tra le parti. Le parti non vogliono collaborare. La collaborazione nel processo che è dovuta nello Stato Costituzionale è la collaborazione del giudice a riguardo delle parti. Resti chiaro: non si tratta di collaborazione tra le parti. Le parti non collaborano e non devono collaborare tra di loro semplicemente perché ubbidiscono a interessi differenti per quanto riguarda la sorte del litigio. E è precisamente da qui che viene fuori osservazione di importanza basilica che deve essere fatta a rispetto del testo dell'articolo 6° del nuovo Codice. La collaborazione non significa di qualche modo nessuna cooperazione tra “tutti i soggetti del processo”. Com'è evidente, le parti non vogliono e non devono collaborare tra di loro. Non ha dovere di collaborazione tra le parti. Perciò, la collaborazione non deve essere vista come fonte di doveri reciproci tra

¹²² REN Z., cit., p. 73: *“Die Verhandlungsmaxime bedeutet demnach die Selbstverantwortung der Partei für die Beschaffung des Prozess- und des Beweismittels, während die Inquisitionsmaxime die Verantwortung dem Richter aufbürdet”*.

¹²³ MITIDIERO D., *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

¹²⁴ *Ibidem*.

le parti e neppure come incentivo al giudice per imporre delle sanzioni alle parti a causa della mancata cooperazione vicendevoles¹²⁵.

Per Mitidiero¹²⁶, la collaborazione nel processo civile è del giudice a rispetto delle parti, e mai delle parti tra di loro, né deriva dalla buona fede¹²⁷, ma è conseguenza “della necessità di rivedere la divisione del lavoro tra il giudice e le parti a motivo della natura interpretativa del diritto e della necessità di prestazione di tutela al diritto mediante decisione di merito giusta ed effettiva”¹²⁸. Altri testi sostengono, peraltro, che il principio della collaborazione è basato sul dovuto processo legale, come pure sul contraddittorio.¹²⁹

D'altra parte, si afferma che le parti devono anche collaborare tra di loro e con il giudice. Eduardo Talamini, interpretando l'articolo 6° del CPC, dice che “la norma impone il dovere di cooperazione tra tutti i soggetti del processo: non solo del giudice a rispetto delle parti; non soltanto delle parti tra di loro”¹³⁰.

Per Greger, il dovere di cooperazione delle parti è meno chiaramente identificabile. Le parti si sottomettono al dovere di cooperazione, che si traduce, nel diritto tedesco - ad esempio - nel comparire per testimonianza personale, ed il non adempimento di questo dovere viene sanzionato mediante multa¹³¹:

¹²⁵ YARSHELL, 2014, p. 111, *A colaboração como norma fundamental no processo civil*, in *Revista do Advogado*. São Paulo, v. 35, n. 126, , maggio 2015, p. 47-52.

¹²⁶ MITIDIERO D., *Colaboração no Processo Civil*, cit.,, p. 70: “É certo que os deveres cooperativos no plano do direito material decorrem da boa-fé, notadamente no campo do direito obrigacional. Existe, porém, uma diferença central em um e em outro terreno: enquanto o processo civil é marcado normalmente pela divergência, a relação obrigacional no âmbito do direito privado é permeada, em regra, pela existência de interesses convergentes das partes. O adimplemento é o fim do processo obrigacional e ambas as partes estão normalmente interessadas na sua obtenção: daí a necessidade de colaboração entre as partes para promoção do interesse comum”.

¹²⁷ TALAMINI E., ult. op. cit., p. 89. *Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz*. Brasil, Migalhas, 2015, “Os fundamentos constitucionais dessa imposição são a boa-fé (moralidade), o contraditório e a razoabilidade (inerente ao devido processo legal). (...) Trata-se de compatibilizar a ideia do processo como embate (salutar, na essência, mas cuja distorção conduz à ideia do “processo como jogo”) com as exigências constitucionais de boa-fé e razoabilidade”.

¹²⁸ MITIDIERO D., *Colaboração no Processo Civil*, cit., p. 104.

¹²⁹ DIAS R.B. DE. C., *Que é cooperação processual?* in *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, v. 25, n. 98, abr./jun. 2017, p. 287: “Daí considerar Leonardo Carneiro da Cunha que o “princípio da cooperação tem base constitucional, sendo extraído da cláusula geral do devido processo legal, bem como do princípio do contraditório”. E conclui: “Se o contraditório exige participação e, mais especificamente, uma soma de esforços para melhor solução da disputa judicial, o processo realiza-se mediante uma atividade de sujeitos em cooperação”. Não discrepa desse entendimento Lúcio Delfino quando afirma que, “na seara processual, é dever do juiz – dever de consulta – proveniente do princípio da colaboração – assegurar às partes a participação delas (= contraditório), de maneira ativa e direta, na criação da norma jurídica pacificadora – expressão do poder estatal – a qual instala a jurisdição”.

¹³⁰ TALAMINI E., *Cooperação no novo CPC (primeira parte)*, cit., 2015, p. 1.

¹³¹ GREGER R., *Cooperação como princípio processual*, in *Revista de Processo*. São Paulo, v. 37, n. 206, p. 127, apr. 2012.

Per le parti, il principio di cooperazione non significa che esse debbano offrire il loro processo (*ihren Prozess austragen*) in intima fratellanza (*Zweisamkeit*) – questa sarebbe un’utopia alienigena; come correttamente critica Leipold, e anche come ha spiegato il difensore più forte di questo principio, Wassermann. Compresa di forma adeguata, l’esigenza di cooperazione, invece di determinare soltanto che le parti – ognuna per sé – discutano la gestione adeguata del processo da parte del giudice, fa in modo che esse ne abbiano partecipazione¹³².

3.4 Conseguenza dell’inadempimento dei doveri di collaborazione

Greger afferma che la conseguenza dell’inadempimento dei doveri di collaborazione (in Germania) sono soltanto degli svantaggi procedurali, anche se in certi casi ci sia la previsione di sanzione specifica.

Dinanzi a questa situazione, e considerando la tradizionale separazione tra onere e dovere¹³³, il suddetto autore afferma che si tratta più precisamente di *onere di cooperazione*, *Kooperationslast*, che di un vero dovere di cooperazione, perché le conseguenze del non adempimento sarebbero soltanto delle posizioni procedurali di svantaggio¹³⁴.

È possibile chiamare dovere una certa esigenza priva di sanzione? Soggetta solo a possibili conseguenze negative? Secondo certa dottrina la risposta è positiva¹³⁵.

¹³² IVI, p. 126.

¹³³ RAMOS V. DE P., *Ônus da Prova no Processo Civil: do ônus ao dever de provar*. Porto Alegre, in Revista dos Tribunais, 2015, p. 118, in cui si afferma che “*tomando por base a teoria do direito, a diferenciação entre onus e dever dá conta de que o primeiro é uma situação passiva subjetiva branda, com um comportamento “apreciado” pelo Direito, mas não categoricamente exigido e que dá ao sujeito onerado a possibilidade de escolha sobre sua intenção de agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo) “apreciado”, se que a não adoção a conduta acarrete um ilícito. O dever, por outro lado, é uma situação subjetiva passiva com sujeição radical, atribuído por uma regra juridical imperativa e que descreve um comportamento (positivo ou negativo) categoricamete exigido pelo Direito; o sujeito obrigado não tem a possibilidade de escolha sobre sua intenção de agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo), e, uma vez não adotado o comportamento, resta configurado o ilícito. Medidas coercitivas ou sub-rogatórias só podem ser adotadas diante do descumprimento de um dever jurídico, não do “descumprimento” de um ônus*”.

¹³⁴ Vedi GREGER R., *ult. op. cit.*, p. 128.

¹³⁵ TALAMINI E., *ult. op. cit.*, che definisce la differenza tra onere e dovere: “*O ônus consiste na atribuição de determinada incumbência a um sujeito no interesse desse próprio sujeito. Ou seja, prescreve-se ao onerado uma conduta a adotar, pela qual ele poderá obter uma vantagem ou impedir uma situação que lhe seja desfavorável. Ônus e dever são figuras jurídicas distintas em pelo menos dois aspectos: (i) o dever implica um correlato direito de outro sujeito, ou seja, é uma conduta que a lei prescreve no interesse de outrem, enquanto que o ônus é estabelecido no interesse do próprio onerado; (ii) o descumprimento do dever pode implicar a incidência de uma sanção, ao passo que a inobservância do ônus apenas faz com que o onerado eventualmente perca a chance de desfrutar de uma situação melhor*”.

Nonostante la sanzione corrisponda ad una caratteristica di una norma che impone un dovere, è possibile che ci siano dei doveri privi di una sanzione specifica e che trarranno unicamente delle possibili conseguenze negative.

Sul punto, Mitidiero afferma che *“il dialogo, la chiarificazione, la prevenzione e l’ausilio sono i mezzi per la promozione di una decisione giusta che non intaccano la responsabilità delle parti per lo sviluppo adeguato dei loro oneri procedurali. Niente impedisce, ad esempio, che la parte insista nel comportamento procedurale che il giudice ha avvertito come essendo inappropriato. Ciò che viene promosso dalla collaborazione in questo caso è la viabilizzazione della vittoria – sempre che possibile – di decisioni di merito su decisioni procedurali. In altre parole: la relativizzazione del binomio diritto-processo”*¹³⁶.

3.5 Collaborazione come principio

Oltre ad essere presentata come un modello di processo, la collaborazione è ugualmente un principio del processo civile. E questa condizione è dovuta al fatto che detiene in sé le seguenti caratteristiche: (a) impone uno stato di cose da raggiungere¹³⁷; (b) contiene un grado elevato di generalità e astrazione, irradiando i suoi effetti su molte norme; (c) contempla un valore considerato basico, la viabilizzazione di un modello di giurisdizione più effettivo ed in conformità con le garanzie costituzionali; (d) ha come scopo la promozione dell’attuale modello cooperativo, mettendo in equilibrio le posizioni procedurali dei litiganti; (e) racchiude un comando al legislatore e a colui che applica la legge, dando loro degli strumenti mediante risorse normative orientate al raggiungimento di decisioni giuste ed effettive in tempo ragionevole.

D’altra parte, c’è chi vede la collaborazione come dovere aggiunto, derivato dalla buona fede. In quanto principio, la cooperazione sarebbe tratta dalla clausola generale del dovuto processo legale, come pure dal principio del contraddittorio¹³⁸.

¹³⁶ Cfr. MITIDIERO D., *ult. op. cit.*, p. 105.

¹³⁷ ÁVILA H., *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 5ª ed., 2006.

¹³⁸ DE OLIVEIRA A., *cit.*, 2006, p. 71: *“Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas, etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade. Exemplo interessante da aplicação desse modo de ver encontra-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol. Para aquela Alta Corte, o dever judicial de promover e colaborar na realização da efetividade da tutela jurisdicional não é de*

Reinhard Greger¹³⁹ ha difeso il riconoscimento della condizione di principio, in un momento in cui la posizione della cooperazione come principio era ampiamente rifiutata in Germania. La cooperazione sarebbe un principio per questi motivi: a) i principi procedurali sono degli orientamenti futuri a riguardo del regolamento procedurale; b) i principi procedurali racchiudono un'idea basilare, idee fondamentali chiaramente pratiche che possono attrarre attenzione, accettazione e applicazione.

3.6 Doveri di collaborazione

La tutela delle libertà procedurali delle parti da parte del giudice si realizza mediante i doveri che seguono, e sono applicati tanto al procedimento comune - che è quello standard per la tutela dei diritti e il procedimento sussidiario per tutti gli altri procedimenti (art. 318, paragrafo unico) - quanto al processo d'esecuzione. Ognuno dei doveri richiede un'esposizione più accurata che non è possibile offrire in questo lavoro. Ci soffermeremo, pertanto, di più sul dovere di chiarificazione, a motivo della sua relazione con il dovere di veracità delle parti.

(a) Dovere di dialogo (o di consultazione o di dibattito, “*Erörterungspflicht*” e “*Verbot der Überraschungsentscheidungen*”) (artt. 9°, 10, 191, 357, §3, 487, paragrafo unico, 489, § 1°, IV, 493, paragrafo unico, 927, § 1°): dovere dell'organo giudiziale rendere noto alle parti il termine per manifestazione prima di decidere su qualunque questione, esercitando il diritto di influenza¹⁴⁰.

Divieto di decisione sorpresa (*Verbot von Überraschungsentscheidungen*), ormai riconosciuto dalla giurisprudenza e difeso dalla dottrina¹⁴¹ prima di essere accolto dal CPC di 2015. Il giudice non può sorprendere le parti, in modo che tutto ciò

caráter moral, mas um dever jurídico constitucional, pois os juízes e tribunais têm a" [...] obrigação de proteção eficaz do direito fundamental [...]".

¹³⁹ GREGER R., *Cooperação como princípio processual*, in Revista de Processo. São Paulo, v. 37, n. 206, p. 123-147, apr. 2012.

¹⁴⁰ Viene denominato di influenza qualsiasi condizionamento significativo alla condotta degli altri soggetti del processo, effettuato da posizioni critiche o omissioni conclusive, trasmesso comunicativamente e che, se non esistesse, potrebbero, mantenute le altre condizioni, motivare il soggetto condizionato ad agire in modo diverso: ALVARO DE OLIVEIRA C.A., *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, Revista Ajuris. Porto Alegre, n. 90, 2003: “*Além de tudo, revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação. A esse respeito, Marcel Proust em A l'ombre des jeunes filles en fleur, com a sua finíssima sensibilidade, sublinha de maneira exemplar que “Uma idéia forte comunica um pouco de sua força ao contraditor. Como participa do valor universal dos espíritos, ela insere-se, enxerta-se no espírito daquele a quem refuta, em meio de idéias adjacentes, com auxílio das quais, retomando alguma vantagem, ele a completa e retifica; tanto assim que a sentença final é de algum modo obra das duas pessoas que discutiam”.* Na perspectiva judicial, diria que a sentença final só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo”.

¹⁴¹ V. MITIDIERO D., *Bases para a construção de um processo civil cooperativo*, cit., p. 147.

che venga a sorprendere le parti deve passare prima per il contraddittorio (ad esempio, nullità, inversione dell'onere della prova, tutte le questioni note a priori).

(b) *Dovere di Prevenzione (“Präventionspflicht”)* o *dovere di Indicazione (“Hinweispflicht”)* (art. 139, IX, 317, 321, 932, paragrafo unico, 1.007, §§ 2°, 4° e 7°, 1.017, § 3°, e 1.029, §3°): dovere di indicare i rischi di certe attuazioni procedurali o deficienze, prevenendo delle conseguenze negative o l'uso inadeguato del processo, realizzando in questo modo il dovere di prioritizzare l'esame del merito della causa a scapito di soluzioni formali (art. 6°, 317, 485, § 7°, e 488 del CPC/2015).

(c) *Dovere d'ausilio (art. 319, §1°, 373, §1°, 400, paragrafo unico e 772, III)*: dovere di ausiliare le parti nel superare le difficoltà che impediscano l'esercizio di diritti o di facoltà, oppure l'adempimento di oneri o doveri procedurali¹⁴². Eliminando quegli ostacoli che rendono difficile o impediscono l'esercizio delle facoltà procedurali equivale a “intervento tecnico per eliminare gli ostacoli all'esercizio delle garanzie procedurali (che si possono porre persino contro i litiganti con buona situazione economica). Come a dire che il problema non è tanto un aiuto soggettivo, ma di adeguamento obiettivo del processo alle peculiarità concrete del conflitto.”¹⁴³.

(d) *Dovere di chiarificazione/chiarimento (Aufklärungspflicht)*: “si capisce il dovere della corte chiarire presso le parti i dubbi che abbia sulle accuse, richieste o posizioni in giudizio”¹⁴⁴; (art. 139, VIII, e 321, 357, § 3°). Non è considerata giustificata la decisione giudiziaria che non affronta tutti gli argomenti dedotti nel processo in grado di minare la conclusione adottata (489, § 1°, IV). In effetti, anche per il professore Greger il dovere di chiarificazione non serve a chiarire il giudizio ma a capire meglio gli argomenti delle parti¹⁴⁵.

C'è anche un'indicazione per cui il giudice stesso deve essere chiaro¹⁴⁶, all'interno di un'idea di trasparenza, compresa l'evocazione degli aspetti pedagogici della giurisdizione, in particolare i suoi scopi sociali¹⁴⁷.

Il dovere di chiarire è, tra i doveri, quello che può suscitare discussioni molto interessanti sull'esistenza e sulla dimensione di questo dovere per le parti tra di loro. Dal nostro punto di vista, c'è un dovere di collaborazione tra le parti, ed il giudice

¹⁴² ID., *A colaboração como norma fundamental no processo civil*, cit., 2015, p. 50.

¹⁴³ TALAMINI E., *Cooperação no novo CPC* (primeira parte): os deveres do juiz. Brasil: Migalhas, 2015.

¹⁴⁴ MITIDIERO D., *A colaboração como norma fundamental no processo civil*, cit., p. 50.

¹⁴⁵ GREGER R., cit., 2012.

¹⁴⁶ TALAMINI E., cit., 2015.

¹⁴⁷ Vedi, sul punto, la tesi di DINAMARCO C. R., *A instrumentalidade do processo*, 9. ed. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 1 e ss.

stabilirà se il dubbio di una parte debba essere sanato attraverso il dovere di chiarificazione in capo all'altra. In questo modo, compete alle parti fornire delle informazioni complete e comprensibili alla parte avversaria, garantendo la qualità del contraddittorio. Egualmente, si deve considerare che ogni collaborazione con l'altra parte o con il giudice trasferisce all'ambito del processo informazioni che si rendono accessibili a tutti e, dunque, riflette sulla formazione dell'identità del processo.

Va notato che il dovere di chiarificazione è ancora oggetto di intense discussioni dottrinali in Germania. Questa discussione ruota intorno alla seguente domanda: *Ci sarebbe un dovere generale della parte non gravata dall'onere della prova di fornire chiarimenti, nel senso di portare elementi fattuali che non si riferiscono alle proprie affermazioni?*

Questa discussione ha assunto linee più definite in Germania, dove non solo esiste una disposizione espressa che prescrive alle parti un dovere di verità o di veridicità in relazione alle loro accuse concrete nel processo, ma da questo dovere vengono tratte altresì delle imposizioni concrete; diversamente da quanto accade in Brasile, anche se abbiamo regole simili¹⁴⁸.

Il vincolo di un dovere di collaborazione attraverso il dovere di chiarire le parti tra loro e nei confronti del giudice, derivante dal dovere di verità, dipende dalla dimensione in cui questo dovere di verità o veridicità è riconosciuto in un particolare ordine giuridico.

Il riconoscimento che le parti hanno il dovere di condurre la narrazione dei fatti secondo la loro effettiva conoscenza di questi fatti e quindi in conformità con la verità soggettiva¹⁴⁹, senza omissioni di fatti rilevanti, porta al riconoscimento del dovere di chiarire le loro affermazioni quando richiesto dal giudice o dall'altra parte? La risposta affermativa a questa domanda porta al riconoscimento di un dovere generale di chiarificazione¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Infatti, in Brasile vi è la possibilità che altri testi del CPC diventino fonti di doveri di collaborazione non solo del giudice - a riguardo delle parti - ma delle parti a riguardo del giudice, o tra loro, come determinano gli art. 77, I, e art. 80, II, del CPC, e il 378 I del CPC: Art. 77. Oltre ad altri previsti in questo Codice, sono doveri delle parti, dei loro procuratori e di tutti coloro che in qualche modo partecipino nel processo: I – esporre i fatti in giudizio conforme la verità; Art. 80. È considerato litigante di cattiva fede colui che: II – modifica la verità dei fatti; Art. 378. “Nessuno è esentato dal dovere di collaborare con il potere giudiziario per la scoperta della verità” (trad. libera).

¹⁴⁹ In questo senso, v. CARRATTA A., *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Mileno, v. 68, n. 1, p. 47- 76, mar. 2014, p. 72.

¹⁵⁰ Il non adempimento di questo dovere in ambito dell'ordinamento giuridico brasiliano potrebbe sottometersi alla sanzione dell'art. 81 del CPC, lite di mala fede (multa dall'1 al 10% del valore della causa o 10 salari minimi) e indennizzo per i danni provocati (compresi quelli del termine del processo).

La tesi del dovere generale di chiarificazione ancorato sul dovere di verità è nata in Germania, ed è stata oggetto dell'*Habilitationsschrift* del Prof. Rolf Stürner, il quale sosteneva la tesi dell'esistenza di un dovere generale di chiarificazione, sulla base del dovere di verità e sullo Stato di Diritto¹⁵¹. Il dovere della parte contraria a favore della parte che possiede l'onere della prova e che però non ha ancora accesso agli elementi di prova che potrebbero dare forza alle loro manifestazioni.

Il dovere di chiarificazione dipende strettamente dal dovere di verità o veridicità, e ha lo scopo di impedire giustamente che la parte si rifiuti/esiti di portare agli atti degli elementi riguardanti i fatti che siano ad essa contrari, o che affermi consapevolmente delle cose contrarie alla verità¹⁵², ma che tuttavia fanno parte dell'integrità dei fatti che interessano il processo. L'assenza di queste informazioni mette in difficoltà sia il giudice che la parte contraria e può costituire violazione del dovere di verità e/o completezza della narrazione.

Si noti che il dovere di completezza implica la narrativa integrale dei fatti rilevanti e decisivi; pertanto, un dovere di chiarificazione, un dovere generale di informazione. Per alcuni autori, il dovere della verità è il dovere di evitare qualsiasi comportamento che ostacoli l'investigazione della verità¹⁵³; per meglio dire, si favorisce, in capo alle parti, il dovere di evitare qualsiasi comportamento relativo alla narrazione dei fatti, che ostacoli l'attività del giudice.

Per Rolf Stürner, l'autore più significativo dell'*Aufklärungspflicht* come dovere di chiarire *lege lata* - derivante dalle regole ZPO tedesche - la caratteristica che distingue *Aufklärungspflicht* dalle regole che trasferiscono l'onere delle informazioni all'altra parte risiede sul fatto che non si tratta di un'eccezione, bensì di un dovere generale di informazione/chiarificazione che domina il processo civile.

Per Stürner, questo dovere deriva dal diritto costituzionale delle parti alla giustizia; ogni cittadino avrebbe, cioè, una pretesa di garanzia di giustizia ancorata sulla verità materiale, e che la protezione giuridica in Germania è strutturata sulla

¹⁵¹ Secondo ROLF SÜRNER, la finalità del processo civile corrisponde alla protezione del diritto individuale mediante la ricerca o scoperta della verità materiale. Cfr. ROLF S., *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*.

¹⁵² GRADI M., *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, Lo Sguardo – Rivista Di Filosofia. Roma, v. 8, 2012, p. 99.

¹⁵³ LANG S., *Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO*. Frankfurt: Peter Lang, 2007, p. 41.

Wahrheitsfindung (ricerca della verità materiale). Anche per questo l'Autore la definisce come prima finalità del processo civile¹⁵⁴.

Il presupposto del dovere di informazione/chiarificazione consisterebbe nel fatto che la parte costretta alla prova - cioè, la parte che sopporta il rischio della domanda - non riesca a portare sufficientemente i fatti riguardanti l'oggetto della causa¹⁵⁵.

Così, il dovere di informazione si applicherebbe qualora la parte su cui grava l'onere della prova non abbia accesso alle prove che potrebbero servire a scoprire la verità e la correttezza del diritto in quella situazione. La parte non vincolata dalle prove, non titolare, quindi, della responsabilità probatoria, dovrebbe assumere la responsabilità con il dovere di chiarificazione, specialmente condividendo informazioni, documenti e oggetti di ispezione (*Augenscheinsobjekte*). L'infrazione condurrebbe ad una presunzione confutabile (*iuris tantum*) della veridicità del presunto¹⁵⁶.

Tuttavia, la giurisprudenza tedesca ha rifiutato l'esistenza di un dovere generale di chiarificazione dell'argomento su cui il dovere di verità e lo Stato di diritto non autorizzerebbero a sovvertire il principio accusatorio, secondo il *nemo tenetur se detegere*¹⁵⁷.

L'opinione prevalente nella dottrina tedesca ritiene, infatti, che l'essenza della conformazione del processo contraddittorio che la parte libera dall'onere della prova non è soggetta al dovere di chiarificazione in relazione all'oggetto del caso, né subirà gli svantaggi di un *non liquet*.

La giurisprudenza, però, si è evoluta nel senso di riconoscere volontariamente le difficoltà probatorie che emergono quando la parte, gravata dall'onere, non ha accesso alle informazioni che si trovano nel campo della parte avversa¹⁵⁸. Si tratta, allora, di una discussione riguardante la terminologia?

¹⁵⁴ KATZENMEIER C., *Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß*. *JuristenZeitung*, Alemanha, v. 57, n. 11, , jun. 2002, p. 533 – 540.

¹⁵⁵ È in questo senso che ROLF STÜRNER sviluppa la teoria del dovere generale di chiarificazione (1381, II, 423,445 ff., 372 a, 6561 ZPO) nel 1976, che è stato oggetto della *Habilitationsschrift*.

¹⁵⁶ LANG S., *Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß*, cit., p. 50: “*Stattdessen sol di Regelfolge eine um (...)*”.

¹⁵⁷ KATZENMEIER C., *ult. op. cit.*, 2002, il quale afferma: “2. 1. *Nemo tenetur edere contra se/nemo tenetur se detegere; niemand muss gegen sein eigenes Fleisch wüten. O BGH rechaçou essas aspirações até agora. Decisão mais frequentemente citada sobre a teoria de Rolf Stürner: Nessa decisão o tribunal parte da vigência do dever de verdade e do princípio do estado de direito, para afirmar que eles não autorizam subverter o Vehandlungsmaxime (princípio acusatório/beibringungsgrundsatz), eles dizem precisamente que nem a tarefa de descoberta da verdade nem o princípio do estado de Direito impedem o legislador de submeter o processo civil ao princípio acusatório e de deixar às partes as afirmações fatuais necessárias e a indicação dos meios de prova. Sobre isso reside a regra das alegações e ônus probatório no processo civil*”.

¹⁵⁸ Ivi, p. 535.

Coloro che, con Stürner, supportano la comprensione del concetto come allocazione del rischio/distribuzione del rischio - indipendentemente dalla possibilità (*können*) e ragionevolezza di accuse ed assegnando al rischio il significato di sanzione per cattiva condotta o errata caratterizzazione di un dovere - affermeranno che si tratta di obbligo di chiarimenti ovvero obbligo di fornire informazioni¹⁵⁹.

Per contro, coloro che - secondo il parere tradizionale - ritengono che il concetto di dovere procedurale corrisponda ad un'ipotesi in cui l'inosservanza del mandato di comportamento innesca altre conseguenze oltre agli svantaggi procedurali fino ai danni procedurali, dirà che è un onere¹⁶⁰.

Nella pratica, la giurisprudenza delle corti tedesche, basata sulla difficoltà della produzione della prova, distribuisce il rischio del processo modificando la dinamica della prova e determinando alla parte - che inizialmente non aveva l'onere - di produrre la prova a cui l'altra parte avrebbe più difficoltà di accedere. La discussione sull'esistenza di un *aufklärungspflicht* è diventata, infine, una discussione linguistica sul fatto di trattarsi di un onere o un dovere, (*last* o *pflicht*) con le conseguenze che ne derivano. Il dovere sarebbe indipendente dal potere o dalla ragionevolezza in relazione alla produzione della prova, ed il dovere porta allo svantaggio procedurale e alla *prozeßverlust* (sconfitta nel processo). Per colui che difende che la natura di dovere implica conseguenze più gravi che semplice svantaggio procedurale, si tratterebbe infatti di un onere e non un dovere, data la conseguenza giuridica meno grave.

3.7. Il principio accusatorio in cambiamento: libertà delle parti versus responsabilità delle parti

Diversi autori dubitano sulla compatibilità del(i) *Aufklarung-und Mitwirkungsspflicht* con il principio accusatorio (*Verhandlungs grundsatz o Beibringungsgrundsatz*), secondo il quale tocca alle parti determinare quali sono i fatti che devono essere portati in giudizio e hanno bisogno di prova, dove sono fissati i limiti per la scoperta della verità dalla corte (*accertamento della verità*).

¹⁵⁹ “Wer mit Stürner für ein Begriffspaarverständnis werbe, bei Risikozuweisung (alocação do risco/ distribuição do risco) unabhängig von Können und Zumutbarkeit (razoabilidade) von Last, bei Risikozuweisung als Sanktion von Fehlverhalten von Pflicht zu sprechen, werde eine Erklärungspflicht bejahen”. Ibidem.

¹⁶⁰ “Wer mit der überkommenen Meinung den Begriff der prozessualen Pflicht Fallgestaltungen vorbehalte, in denen die Nichtbefolgung des konkreten Verhaltensgebots andere als prozessuale Nachteile (bis hin zum Prozeßverlust) auslöst, werde von einer Erklärungslast sprechen”. Ibidem.

La concezione di Sturner, secondo Peter Arens, porta ad un rafforzamento importante della posizione e dei poteri delle Corti e, a dire il vero, a scapito dei diritti delle parti, essa porta ad un abolimento delle differenze tra principio accusatorio e principio inquisitivo¹⁶¹.

Libertà delle parti e responsabilità delle parti non sono intese dallo ZPO come principi isolati o assoluti. Similmente all'esistenza di limiti all'autonomia privata, così anche il principio accusatorio, nell'interesse della parte contraria, non è illimitato.

3.8 Considerazioni

Il modello procedurale basato sulla collaborazione modifica sostanzialmente la posizione del giudice nella conduzione del processo: favorisce lo scambio di percezioni, anche per incentivare la manifestazione anticipata della valutazione tecnica del giudice; aumenta il grado di trasparenza, evitando così le sorprese; nonché, esige l'ottimizzazione del contraddittorio.

Crediamo, pertanto, che quanto detto corrisponda ad un'evoluzione del sistema procedurale d'accusa, che perde i suoi tratti originali in entrambe le tradizioni giuridiche, *civil law* e *common law*.

In entrambe, a ben vedere, non si parla di tendenza ad un sistema d'accusa estremo, in cui il giudice non ha un ruolo attivo ma è soltanto uno spettatore. Questo è ciò che dimostrano le riforme che si susseguono negli ultimi anni¹⁶², con progressi e retrocessi, tuttavia evidenziando una marcia verso un ruolo più attivo per il giudice, che non intacchi la sua imparzialità.

L'informazione è l'oggetto che definisce il percorso procedurale, ecco perché tutta la discussione sui doveri di informazione merita rilevanza. Il dovere di collaborazione diventa una fonte di doveri che merita senz'altro di essere esplorato. In questo modo, si è cercato, in maniera sintetica, di presentare delle idee che la dottrina ha brillantemente esplorato fino ad ora, e ne ha indicato un eventuale potenziale di sviluppo.

¹⁶¹ “Nachdrücklich warnt Peter Arens, die Stürnersche Konzeption führe “zu einer ganz wesentlichen Stärkung der Stellung und der Befugnisse des Gerichts, und zwar auf Kosten der Parteirechte, sie laufe “auf eine weitgehende Aufhebung der Unterschiede zwischen Verhandlungs- und Inquisitionsmaxime hinaus”. Ibidem.

¹⁶² BARBOSA MORENA J.C., *Correntes e Contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo*, in *Revista de Processo* n° 116.

4. La “verità” nei sistemi accusatori di *commom law* e di *civil law*

La posizione della verità nella procedura civile dipende dall’aspetto ideologico culturale del processo e della concezione della sua funzione e natura¹⁶³.

Nei sistemi “adversarial” di *commom law*, il risultato della domanda si concretizza nel momento dello scontro¹⁶⁴ tra gli argomenti delle parti e, come detto, ha ragione chi vince. In questo senso, specialmente il sistema americano nonché il sistema inglese, prima delle *Wolf Reform*, non dimostravano interesse nella verità dei fatti. Pertanto, anche se con alcune controversie, la maggioranza degli autori afferma che nei sistemi accusatori di *commom law* il giudice non ha il dovere di accertare la verità¹⁶⁵.

Per Jolowicz, trattasi in realtà del suo “*major defect*”¹⁶⁶. Questo aspetto del sistema “adversarial” viene sottolineato con eloquenza da Michele Taruffo:

Ne deriva l’assoluta irrilevanza della veridicità o non veridicità dell’accertamento dei fatti su cui la decisione si fonda. Se vi è una cosa che al processo adversary non interessa in alcun modo, questa è proprio la verità. Anzi: gli interpreti più rigorosi della concezione adversarial del processo sottolineano che la verità dei fatti non è un obiettivo del processo e non deve essere ricercata. Essa, infatti, può richiedere tempo, costi ed attività processuali; inoltre, essa può approfondire, invece che sopire, il conflitto tra le parti, e quindi rendere più difficile la soluzione della controversia. Dunque la ricerca della verità è controproducente dal punto di vista dell’efficienza del procedimento come strumento per una rapida risoluzione delle controversie. In sostanza, non solo la verità non è un valore: essa è evidentemente un *disvalore*¹⁶⁷.

Come ben evidenziato dall’Autore¹⁶⁸, dunque, il processo “adversarial” offre alle parti numerose occasioni per occultare, distorcere e manipolare la verità dei fatti.

¹⁶³ TARUFFO M., *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., p. 107: “Il valore della verità nel contesto dell’amministrazione della giustizia viene spesso negato per ragioni ideologiche, che attengono al modo in cui si concepiscono la natura e la funzione del processo”.

¹⁶⁴ Sul punto v. Ivi, p. 109, il quale argomenta che “se lo scontro si è svolto regolarmente, questo esito è considerato giusto per definizione e va accettato come tale. La decisione, dunque non è altro che una sorta di presa d’atto del risultato della competizione. Ciò implica che il contenuto di ciò che vien deciso e al qualità della decisione non abbiano alcuna rilevanza autonoma; ciò che interessa è soltanto il fatto che la controversia è stata risolta per mezzo dello scontro delle parti.

¹⁶⁵ JOLOWICZ J. A., *Adversarial and inquisitorial models*, cit., p. 4.

¹⁶⁶ Ibidem: “On the first point it is a major defect of the adversary system that the judge has no duty to try to ascertain the truth”.

¹⁶⁷ TARUFFO M., *ult. op. cit.*, pp. 109-110.

¹⁶⁸ Ivi, p. 112.

Uno strumento di questa apertura alla manipolazione è la possibilità di presentare solo le prove favorevoli ai propri interessi e di escludere gli elementi contrari.

Da questa lettura discende la conclusione secondo la quale “il processo *adversary* è strutturalmente inidoneo, ed anzi è fortemente controindicato, per la ricerca della verità, e si fonda su una ideologia della giustizia nella quale alla verità non si attribuisce alcun valore positivo”¹⁶⁹.

Proseguendo nell’analisi, sempre Taruffo¹⁷⁰, nel sentiero di Kagan, arriva alla conclusione che il rapporto con la verità è una espressione della cultura sociale americana, la cultura dell’individualismo competitivo ed acquisitivo, che si manifesta come un valore fondamentale di quella società.

D’altro lato, non è difficile trovare l’argomento secondo cui la natura del sistema “adversarial” di *common law* ed il contrasto tra gli argomenti è il meccanismo adeguato che permette al giudice di incontrare la verità¹⁷¹. Questo modo di pensare si riflette nella riflessione di Wigmore, secondo la quale la *cross-examination* è *‘beyond any doubt the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth’*¹⁷².

Questa affermazione viene, tuttavia, criticata. Certamente la *cross examination* può fare rivelare e scoprire le menzogne, il non vero; ciononostante, questo non ne fa uno strumento ottimale per rivelare la verità nascosta (*unrevealed truth*)¹⁷³. La prospettiva di un totale controllo delle parti sul procedimento allontana il processo da un

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ Ivi, p. 112-113: Bisogna rilevare con Taruffo che alcuni accenni dimostrano il tentativo di introdurre la ricerca della verità. A tale proposito è stata introdotta la Rule 102, come ci spiega Taruffo: “nel 1975 il legislatore federale ha seguito un orientamento completamente diverso. Infatti la Rule 102 delle Federal Rules of Evidence, che enuncia il principio generale secondo il quale dovrebbe essere interpretato l’intero insieme di norme federali sulle prove, dice che lo scopo fondamentale deve essere “*that the truth may be ascertained and proceedings justly determined*”. In coerenza con questa prospettiva, vennero introdotti significativi poteri di iniziativa istruttoria del giudice, evidentemente orientati a far sì che potesse essere stabilita la verità dei fatti al di là delle iniziative probatorie delle parti. Tuttavia il prevalere dell’ideologia *adversarial* ha fatto sì che la Rule 102 venisse soltanto citata di sfuggita nei manuali di *law of evidence*, così come ha determinato il sostanziale svuotamento, nella pratica, dei poteri istruttori del giudice”.

¹⁷¹ Ivi, p. 110: “Una variante della concezione *adversarial* del processo si orienta in una direzione parzialmente diversa e – ammettendo che nel processo valga la pena di ricercare la verità – afferma che il processo *adversary* va apprezzato proprio come metodo efficace per l’accertamento della verità dei fatti. Secondo la tradizione che risale almeno a Wigmore, la *cross-examination*, che è il metodo più competitivo per l’interrogatorio dei testimoni e rappresenta una sorta di simbolo dell’*adversary system*, sarebbe proprio la tecnica più efficace per la scoperta della verità. Chi sostiene questa tesi di solito la giustifica dicendo che in un processo *adversary* le parti hanno interesse a procurarsi e a dedurre tutte le prove, e ciò favorirebbe la scoperta della verità. D’altra parte, è saldamente radicato nella tradizione inglese il convincimento secondo il quale “The trial judge’s role is to determine where the truth lies between the competing versions of the parties”.

¹⁷² JOLOWICZ J. A., *Adversarial and inquisitorial models of civil procedure*, cit., p. 4.

¹⁷³ Ibidem.

scopo incentrato sulla verità. Le parti hanno interesse nel far prevalere la propria tesi e non la verità.

Torneremo successivamente sull'argomento della verità nella procedura di *civil law*, specialmente italiana, tedesca e brasiliana. Per ora, è importante rilevare che il problema della verità non è stata oggetto di grande attenzione, sia nella procedura brasiliana che in quella italiana.¹⁷⁴

Come già accenato prima, nel sistema accusatorio tedesco e austriaco ci sono norme espresse che determinano che le parti devono presentare i fatti secondo la verità ed in modo completo. È fatto divieto portare in giudizio affermazioni che la parti sanno non essere vere. Non si tratta della verità oggettiva, però di quella che corrisponde alla conoscenza delle parti¹⁷⁵. Quindi, la verità è un importante elemento di questi modelli di sistemi accusatori. In altri, come per esempio il sistema italiano, non ci sono norme espresse e la dottrina ha difficoltà a riconoscere questo obbligo, come sarà esaminato in un altro capitolo.

L'interesse alla verità ha un rapporto centrale con la "*substantive justice*" e questo legame tra verità e giustizia sostanziale porta insieme l'interesse del sistema ad una sistemazione dei poteri delle parti diverso da quella fatta in un sistema dove la

¹⁷⁴ In argomento, TARUFFO M., *ult. op. cit.*, p. 113 e ss: "D'altronde, nel pensiero dei molti autori che si sono occupati del principio dispositivo, configurandolo come la regola fondamentale del processo civile italiano, il riferimnto all'accertamento della verità dei fatti o manca del tutto o viene fatto di sfuggita: in ogni caso, esso non viene mai posto al centro del probelma che concerne la funzione del processo civile. Nessuna meraviglia, dunque, se da questa letteratura emerge un sostaziale e radicale disinteresse per il tema che riguarda la verità dei fatti".

¹⁷⁵ Riprendendo letteralmente quanto affermato in C.H. (REMCO) VAN RHEE, FU YULIN, *ult. op. cit.*, "First, the parties shall present the facts of the case truthfully and in an exhaustive manner. The parties (and their legal representatives) are bound to tell the truth during the entire course of the proceedings. In this context telling the truth means not to say anything against better knowledge and not to make statements at random. It goes without saying that a party's perception of the truth does not necessarily reflect what is 'objectively' true. Moreover, if the parties decide to litigate, their view of events will most likely diverge. In other words, the parties may only be obligated to present their subjective truth. The noncompliance with this duty can have various consequences. First of all, it will result in a loss of the party's credibility. The judge may consider this behaviour in the course of decision making, as he is free to evaluate the evidence in due consideration of the whole performance of the parties during the proceedings. Under Austrian law, a party, one that did not conform to this duty, may be ordered to bear certain costs of litigation. In the case of an intentional violation, the judge may also impose a monetary penalty on the party. Likewise, German law provides for a pecuniary consequence:" (da "Civil Litigation in China and Europe: Essays on the Role of the Judge and the Parties: 31 (*Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*)" di C.H. (Remco) van Rhee, Fu Yulin) "pursuant to Section 38 GKG, the court may charge a fee for any procedural delays due to the party's misconduct. Both under German substantive law and under Austrian substantive law, the party may be found to be liable for damages suffered by the other party. An intentional violation of the duty to tell the truth can be relevant under criminal law. Second, the parties have the duty to promote the proceedings (*Prozessförderungspflicht*). They are obligated to introduce facts, make their allegations and bring forward evidence without delay. This duty was accentuated in Austrian law by the amendment of 2002 and modelled on the German example. The provenance can be easily".

verità non è importante o centrale. Un sistema, questo, dove la verità non ha alcun valore, ha invero la tendenza al non intervento del giudice, quando il sistema percepisce che non si tratta soltanto di risoluzione della controversia ma anche di qualità e correzione delle decisioni. In tal senso, emerge la tendenza ad un sistema con tratti meno “adversarial”, nel senso puro del termine.

Il codice di procedura civile austriaco di Franz Klein ha dimostrato questo vincolo tra verità, giustizia sostanziale¹⁷⁶ ed organizzazione della procedura civile, più precisamente tra la verità ed i poteri del giudice¹⁷⁷.

Si può estrarre dal dibattito evidenziato che l’interesse alla verità ed alla correzione delle decisioni o l’interesse alla giustizia sostanziale stimola sistemi con aspetti, si dirà, inquisitoriali; in altre parole, più potere al giudice o responsabilità maggiore del giudice. L’effetto della ricerca della verità nei sistemi tedesco e austriaco e la mancanza di questa riflessione nel sistema americano sono elementi importanti, interessanti per capire la fisiologia di ogni tipo di sistema accusatorio.

I sistemi moderni si dirigono verso cambiamenti strutturali, ed alcune riforme possono dirigersi verso l’assegnazione di più poteri alle parti o, come è successo in Inghilterra, nel senso di dare più poteri ai giudici.

Vi è un certo consenso, un’idea unanime per cui l’applicazione efficiente delle regole richiede informazioni corrette e complete, e che il concetto di giustizia sostanziale non può fare meno della ricerca della verità¹⁷⁸.

Il giudice della riforma inglese è più che un semplice controllore dei tempi del processo, un *calendrier palant*¹⁷⁹ - come vedremo successivamente - e l’idea di un giudice che non conosceva il processo o che l’attuava come la giuria - senza conoscere, cioè, gli elementi del processo prima del giudizio - è stato sostituito da un giudice che

¹⁷⁶ “Klein’s main idea was to organise civil procedure in a way that would enable the courts to establish the true facts. In his opinion society was best served if substantive law was enforced, which required that facts were established in accordance with the truth”. C.H. (REMCO) VAN RHEE, FU YULIN, *ult. op. cit.*

¹⁷⁷ Ibidem. “This contribution addresses the Austrian Code of Civil Procedure drafted by Franz Klein. Franz Klein’s main idea was to organise civil procedure in a way that would enable the courts to establish the true facts. The cornerstone of this procedural system is the managerial powers of the judges. The judges’ powers are counterbalanced by guarantees of their independence and impartiality and safeguards for the parties’ right to a fair trial. Whether and how this works in practice depends to a large extent on the judges”.

¹⁷⁸ TARUFFO M., *op. ult. cit.*, p. 116: “Non solo, dunque, la verità dei fatti non è irrilevante: al contrario, essa condiziona e determina la correttezza giuridica della soluzione della controversia. Come si usa dire, nessuna norma si applica giustamente ai fatti sbagliati: come ha ricordato Bentham, la falsità è l’ancella dell’ingiustizia”.

¹⁷⁹ JOLOWICZ J. A., *adversarial and inquisitorial*, cit., p. 7.

tiene a mente la giustizia sostanziale. In questo senso, si ammette che la ricerca della decisione corretta dipende dell'accesso all'informazione rilevante¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Ivi, p. 9: *It would, however, be extremely odd to describe as 'correct' a decision that the judge suspects--or actually knows-- to be wrong because he was deprived of information he considered to be relevant. To quote Sir John Donaldson again, real justice cannot be achieved if the court does not have all the relevant information. The nearest thing to a 'correct' decision is, therefore, one that is reached by a judge who has at his disposal all the information that he considers necessary about the facts and the law. Distasteful though it may to the traditional common lawyer, we need a procedure that is further along the line towards the inquisitorial than is the traditional adversary system. Most significant of all in bringing to its end the Air Canada understanding of the adversary system is the advent of the informed judge. As we have seen, not every judge has always been content to swallow whole the doctrine of Air Canada, and now, any judge who is so minded can use his knowledge of the case and the powers given to him for the purpose of case management to ensure that he gets the information he needs to create a real prospect that the decision will be based on the nearest approximation possible to the truth. It will take time for the change in the character of civil litigation that has occurred in this country to be fully appreciated, but when it is, the adversary system as we know it will effectively have been replaced by something closer to what common lawyers are all too prone to dismiss as inquisitorial. Is there any need for.*

CAPITOLO II

Il dovere di verità e completezza nel processo civile

SOMMARIO. 1. Introduzione; - 2. Storia della “verità” nella procedura civile; - 2.1 La verità nel processo. - 2.2. Il realismo critico. - 2.3. Verità assolute e relative. - 2.4 La verità del processo: Verità relativa e verità oggettiva. - 2.5. Verità formale o processuale e verità reale - 3. Il dovere di verità e completezza; - 3.1. Il contenuto del dovere di verità e completezza; - 3.2. Il dovere di verità e completezza in Germania; - 3.2.1 Il dovere di verità in Germania nell’attualità. - 4. Limiti del dovere di verità. - 4.1 Verità Soggettiva. - 4.2 Dovere di verità e principio accusatorio. - 4.3 Dovere di verità: onere, dovere e obbligo. - 4.4 Spostamento o cambiamento del onere della prova in ragione del dovere di verità. - 4.5 Ambito materiale di validità del dovere di verità. - 4.6 Dovere di Verità e Completezza nella Procedura Civile Brasiliana. - 5. La responsabilità per la violazione del dovere di verità e completezza. - 5.1. Azione risarcitoria per dolo della parte vincitrice a scapito della vittoria nel processo (art. 485, III, do CPC). - 5.2. Il dovere di verità riguardo agli avvocati. – 5.2.1 Il dovere di verità degli avvocati in Brasile. – 5.3 Dovere del segreto professionale (*Verschwiegenheitspflicht*) e dovere di verità e completezza. - 6. Il dovere di verità e completezza come forma di capitale sociale del processo.

“The philosophy which is now in vogue ... cherishes certain tenets ... which tend to a deliberate and factitious despair, which ... cuts the sinews and spurs of industry. ... And all for ... the miserable vainglory of having it believed that whatever has not yet been discovered or invented will not be discovered or invented hereafter. [But] howsoever these things are ... in men's depraved judgements and affections, yet ... the inquiry of truth, which is the love-making or wooing of it, the knowledge of truth, which is the presence of it, and the belief of truth, which is the enjoying of it, is the sovereign good of human nature.”

(Francis Bacon)¹⁸¹

1. Introduzione

L’attenzione al fenomeno dell’abuso del processo e del diritto di difesa è sempre stato oggetto di particolare interesse da parte della dottrina. La dottrina contemporanea è tuttavia ostinata a far prevalere l’accesso alla giustizia e il diritto di difesa preferendo, così, un’impostazione flessibile riguardo alle possibili condotte maliziose, di modo che solo quelle più evidenti riescono ad essere oggetto di sanzione.

¹⁸¹ HAACK S., *Fallibilism, Objectivity, and the New Cynicism Article*, Episteme, 2004, p. 35-48.

Questa impostazione tollerante, tuttavia, conduce ad effetti perversi, tra i quali il rischio di una bassa qualità dei provvedimenti provvisori, da una parte, una sorta di sfiducia delle parti, degli ausiliarie e del giudice, dall'altra. Più specificamente, questa impostazione si riflette sullo stesso giudice, che si pone in atteggiamento sfiduciato riguardo alle allegazioni delle parti. In ragione di ciò, sarebbe importante analizzare il ruolo della fiducia delle parti e del giudice nell'ambito del processo civile, aspetto che tuttavia non sembra aver attratto, fino ad ora, alcuno studio di procedura civile.

In questo lavoro si svolgerà pertanto una disamina di alcuni punti del “*dovere di verità e completezza*”, concentrandosi in modo particolare sugli aspetti più importanti che riguardano l'esistenza di tale dovere e le sue potenzialità, non solo come elemento etico, ma anche e soprattutto come elemento di cambiamento del modello di riferimento della condotta nel processo civile. L'obiettivo iniziale è quello di analizzare alcuni elementi del *dovere di verità* nelle esperienze giuridiche tedesche, italiane e brasiliane.

2. Storia della “verità” nella procedura civile

È possibile giungere ad un modello processuale standard che garantisca il risultato di una decisione giusta e che risolva le controversie tra i soggetti privati in tempi adeguati e proporzionali alle aspettative e con i ritmi della attuale vita umana? È possibile pervenire ad un modello neutro? È possibile addivenire ad un processo efficiente dal punto di vista dei suoi costi? A queste domande, fino ad oggi, non ci sono risposte definitive.

Secondo gli insegnamenti del Taruffo, il processo è il risultato “*di una pluralità di fattori che vanno dalle tradizioni giuridiche alle vicende storiche, dall'economia alla politica, alla morale e alla cultura. Questi fattori influiscono sul legislatore e anche sulla giurisprudenza e sulle teorie elaborate dalla dottrina processualistica*”¹⁸².

Nell'ambito del processo si possono identificare tre percorsi ideologici generali: il processo “*adversary*” (accusatorio) americano; il processo ispirato all'ideologia liberale classica dello Stato; in ultimo, il processo dello Stato sociale o *welfare*¹⁸³.

Tra queste versioni del processo, quella che ha predominato nella dottrina processualistica dell'Ottocento e che concretizza la concezione liberale classica dello

¹⁸² TARUFFO M., *Ideologie e Teorie della Giustizia Civile*, rev. proc. civ., São Paulo, v. 247, p. 49 – 60, set. 2015, p. 2.

¹⁸³ Ivi, p. 3.

Stato è quella che concepisce il processo come un fenomeno privato, il cui obiettivo è quello di risolvere la controversia e nel quale domina l'autonomia privata e la libertà.

La seconda versione, vale a dire quella del processo adversarial americano, secondo Taruffo e Kagan¹⁸⁴ esclude “*rigorosamente che esso debba o possa essere orientato verso l'accertamento della verità dei fatti che sono oggetto di decisione*”¹⁸⁵; ciò che effettivamente importa è, infatti, la risoluzione della controversia. La verità materiale è perciò irrilevante e, anzi, la sua ricerca può essere anche controproducente, in quanto può determinare uno spreco di tempo e di denaro. Il processo, in questa versione, conduce alla verità processuale e soltanto a quella.

Di questa versione del processo ne costituisce un esempio la Germania, il cui Codice di procedura civile del 1877 si basa sull'ideologia processuale individualistica¹⁸⁶ in base alla quale lo Stato non deve avere alcun interesse nelle controversie tra i cittadini, in quanto, secondo tale teoria, si tratta di questioni private delle parti. Il giudice ha soltanto il dovere di garantire l'osservanza delle regole del gioco, senza interesse nella correzione della decisione finale: “*Da der Staat an den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten kein Interesse hatte, hatte er auch kein Interesse an der Richtigkeit der Entscheidung*”¹⁸⁷.

La versione originale del codice tedesco non stabiliva alcun dovere di verità delle parti, realtà che cambiò solo a partire dal 27 ottobre 1933 (“*Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*”)¹⁸⁸.

¹⁸⁴ KAGAN R. A., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 83.

¹⁸⁵ TARUFFO, M. *ult. op. cit.*, p. 4.

¹⁸⁶ HEB K., *Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivil- und Arbeitsgerichtsprozess*, Saarbrücken, 2006, p. 4 s.;

¹⁸⁷ *Idem*, p. 4s: “*Aus diesem Grund hatte die geschickte und wendige Partei die Größere Chance, den Prozeß zu gewinnen, als die unbedarfte Partei. Die den Zivil prozeß beherrschende Verhandlungsmaxime wurde als Grundsatz der staatlichen Interesselosigkeit an der Streitsache bezeichnet. Da der Staat an den bürgerlichen Rechtsstrigkeiten kein Interesse hatte, hatte er auch kein Interesse an der Richtigkeit der Entscheidung*”.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 7 s.: “*Im Jahr 1924 fand durch eine Novelle der Zivilprozeßordnung der grundsätzliche Abkehr vom Liberalismus der siebziger Jahre statt. Die Parteiherrschaft wurde eingeschränkt und die Richtermacht erweitert, vor allem durch die verstärkte Zurückweisungsbefugnis verspäteten Vorbringens und durch den Ausbau des § 139 ZPO. Aus dem Vorspruch der Novelle vom 27. Oktober 1933 (“Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten”) wird ein endgültiger Bruch mit der Ideologie der alten Zivilprozeßordnung hergeleitet. Der Vorspruch lautet folgendermaßen: 1) Eine volkstümliche Rechtspflege ist nur in einem Verfahren möglich, das dem Volke verständlich ist und einen ebenso sicher wie schnell wirkenden Rechtsschutz verbürgt.*

(2) Die Parteien und ihre Vertreter müssen sich bewußt sein, daß die Rechtspflege nicht nur ihnen, sondern zugleich und vornehmlich der Rechtssicherheit des Volksganzen dient. (3) Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht durch Unwahrheiten irrezuführen oder seine Arbeitskraft durch böswillige oder nachlässige Prozeßverschleppung zu mißbrauchen. Dem Rechtsschutz, auf den jeder Anrecht hat,

La terza e ultima versione del processo è nata con la crisi della concezione liberale della fine dell'Ottocento ed è coincisa con l'affermarsi delle idee socialiste e della rivoluzione industriale.

In questo periodo storico, assolutamente effervescente e ricco di nuove idee, si era alla ricerca della migliore forma di organizzazione dello Stato e della società. Infatti, nel 1895 entrò in vigore la *Zivilprozessordnung* austriaca. Ed è sulla base di questa nuova versione del processo civile che Taruffo ricostruisce l'ideologia pubblicistica del processo.

Franz Klein, l'autore del nuovo codice austriaco, aveva una visione del processo influenzata dalle idee socialiste considerandolo come un servizio dello Stato, il cui obiettivo era anche la giustizia sociale. Questa impostazione altera l'esito del processo, come conseguenza del cambiamento dell'idea della funzione dello Stato così modificata.

Le costituzioni democratiche entrate in vigore dopo la seconda guerra mondiale e a seguito della caduta dei regimi autoritari enunciano, poi, le garanzie fondamentali del processo: l'indipendenza, l'imparzialità dei giudici, il diritto di difesa, il doppio grado di giurisdizione, il giudice naturale, la garanzia di tutela e l'obbligo di motivazione nonché, in ultima istanza, il controllo di legittimità della legge dinanzi alla Costituzione ed i principi fondamentali.

Alla luce di quanto brevemente illustrato, dunque, il processo moderno, anche quello di matrice liberale, manifesta una certa convergenza riguardo ad alcuni elementi di valore che implicano la presenza di elementi di natura pubblicistica: poteri più ampi di gestione in capo al giudice (il nuovo processo inglese); etica e controllo dell'abuso del processo; proporzionalità tra risorse, complessità, costi e durata del processo (la necessità di un processo efficiente e che equilibri le differenze tra le parti).

entspricht die Pflicht, durch redliche und sorgfältige Prozeßführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern.

(4) Aufgabe des Richters ist es, durch straffe Leitung des Verfahrens und in enger Fühlung mit den Parteien dahin zu wirken, daß jede Streitsache nach gründlicher Vorbereitung möglichst in einer einzigen Verhandlung aufgeklärt und entschieden wird. Er hat Vertagungen, die nicht sachlich dringend geboten sind, zu vermeiden und zu verhindern, daß ein Verfahren durch verspätetes Vorbringen verschleppt wird.

(5) Nur so gelangt man zu einem lebendigen Verfahren mit voller Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, das dem Richter eine sichere Findung der Wahrheit ermöglicht und dessen Verlauf die Parteien mit Verständnis und Vertrauen folgen können".

2.1 La verità nel processo

La postmodernità è frequentemente considerata e interpretata come momento coincidente con la fine delle *Grand Narrative*, come afferma Lyotard¹⁸⁹. Uno dei concetti che riceve l'influsso della postmodernità è precisamente l'idea di "verità" come una di queste *Narrative* per le quali il mondo moderno non offre più posto. Tra le ragioni, la difficoltà di arrivare ad un concetto di verità in modo che questa debba essere considerata bandita dal discorso filosofico, come sostiene Richard Rorty, che, nelle parole di Taruffo, riteneva che "*parlare di verità sarebbe un nonsense, dato che la verità non sarebbe altro che ciò su cui un gruppo di ragionevoli amici dialoganti si trova d'accordo*"¹⁹⁰.

Questa nuova ondata di pensiero è stata denominata da Susan Haack come New Cynicism e i suoi fautori "*the new cynics*"¹⁹¹. Secondo l'autrice, nessuna persona dubita seriamente della utilità di certe informazioni e di certe costatazioni. È esattamente una buona considerazione della verità come quella che si fa quando verificchiamo e programiamo la situazione del nostro conto bancario, o qual è il migliore trattamento medico per nostri bimbi¹⁹², e così via. L'importanza di queste costatazioni e scoperte è il

¹⁸⁹ "Negli anni di quella che è stata efficacemente definita come "ubriacatura postmoderna" e come *deconstructionist vortex*, il concetto di verità, insieme a molti altri concetti come quelli di ragione, storia e conoscenza, venne messo da parte come uno strumento superato e inaffidabile. Si disse, ad esempio con Lyotard, che la condizione postmoderna si fondava sul rifiuto della Grand Narratives tra le quali si includeva la Verità (con l'iniziale maiuscola). La tesi secondo la quale la verità non sarebbe altro che ciò su cui un gruppo di ragionevoli amici dialoganti si trova d'accordo. L'idea di verità, come accadde a molte altre idee, venne de-costruita sino a renderla inservibile per qualunque uso: nel postmodernismo finì con l'essere dominante un atteggiamento cinico verso la verità, così come verso l'obiettività e la conoscenza". Così, TARUFFO M., cit., 2009, p. 74.

¹⁹⁰ TARUFFO M., *La semplice verità*, cit., p. 74.

¹⁹¹ *Idem*, p. 76: "Crebbe dunque a dismisura il numero di quelli che Bernard Williams chiama pacatamente *deniers della verità* e che Alvin Goldman definisce efficacemente come "*purveyors of anti-truth hostility*", sottolineando che essi sono diventati una legione e referendosi al loro atteggiamento con il termine *veriphobia*, e che, come si è visto, Susan Haack chiama *New Cynics*".

¹⁹² HAACK S., *Fallibilism, Objectivity, and the New Cynicism Article*, *Episteme*, p. 35 – 48, jun. 2004, p. 35: "*Nobody seriously doubts the possibility, or the usefulness, of finding things out; that is something we all take for granted when we inquire about our plane schedule, the state of our bank account, the best treatment for our child's illness, and so forth -- a presupposition of the most ordinary, everyday looking into things as well as of the most sophisticated scientific research, not to mention of the legal system. Of course, nobody seriously doubts, either, that sometimes, instead of really looking into things, people fake, fudge, and obfuscate to avoid discovering unpalatable truths or having to give up comfortable tenets; that is something we all take for granted when we ask who paid for a reassuring (or a damning) study, who stands to gain from an Official Inquiry, which party an expert witness works for, and so on. Of late, however, radical feminists, multiculturalists, sociologists and rhetoricians of science, and (I am embarrassed to say) a good many philosophers as well -- though they look into questions about their plane schedules, bank accounts, medical treatments, etc., just like everyone else -- profess to have seen through what the rest of us take for granted*".

presupposto della più ordinaria attività quotidiana, come anche delle più sofisticate ricerche scientifiche e dei sistemi legali.

D'altro canto, non si può negare che vi sia sempre la possibilità di offuscare la verità, di negare le premesse per non accertare le eventuali verità amare. Secondo il pensiero di Susan Haack, femministi radicali sociologi, retorici della scienza e tanti filosofi hanno negato che l'interesse per la verità abbia senso¹⁹³.

L'importante epistemologa spiega infatti:

*“Naturally, they disagree among themselves about the finer points; but all these New Cynics are anxious to tell us that supposedly highminded talk of finding out how things really are, respect for evidence, known fact, etc., is nothing but a rhetorical smoke-screen disguising the covert operations of power and politics. The rest of us, who feel no need for precautionary scare quotes when we refer to truth, evidence, etc., are "old-fashioned prigs" who don't have a clear view of the matter. And as if this weren't bad enough, the radical feminists and multiculturalists among the New Cynics suggest that our readiness to speak of truth or evidence reveals complicity with sexism and racism, and the radical sociologists and rhetoricians of science that our admiration for the achievements of the natural sciences reveals reactionary conformism with the military-industrial complex”*¹⁹⁴.

Questo modo di pensare rappresenta quasi una ortodossia e la moda culturale degli ultimi decenni¹⁹⁵ tanto che, la semplice menzione alla parola “verità” innervosisce il pubblico, come racconta Susan Haack quando afferma che:

But by now such ideas are almost an orthodoxy, taken by many academics as badges of intellectual sophistication and moral rectitude - and not only in departments of literature: a few years ago my then-Dean, a physicist by training, vehemently objected to the suggestion that the mission statement for the College of Arts and Sciences include the phrase, "concern for truth"; the word "truth" makes people nervous, He warned, and they're bound to ask, "whose 'truth'?" Seconding the Dean's objection, a sociologist colleague assured us that, while of course his research advanced knowledge, He wasn't concerned with "truth"; and in due course a new Strategic Plan for

¹⁹³ *Idem*, p. 35, secondo cui “(...) radical feminists, multiculturalists, sociologists and rhetoricians of science, and (I am embarrassed to say) a good many philosophers as well - though they look into questions about their plane schedules, bank accounts, medical treatments, etc., just like everyone else - profess to have seen through what the rest of us take for granted”.

¹⁹⁴ HAACK S., *Fallibilism, Objectivity*, cit., p. 35.

¹⁹⁵ Vedi TARUFFO M., *ult. op. cit.*, 2009, p. 74.

*the college specified curricular innovations required by the "fundamental questions" that have been raised "about the presumed universality and objectivity of 'truth'"*¹⁹⁶.

I fondamenti di quello che è stato definito il “*new cynicism*” risiedono, secondo le parole della conosciuta epistemologa, nella difficoltà o nella mancanza di volontà nell’acceptare che “*the less than perfect is a lot better than nothing at all*”¹⁹⁷:

*Again and again true, fallibilist premises are transmuted into false, cynical conclusions: what is accepted as known fact is often enough no such thing, therefore the concept of known fact is ideological humbug; one's judgment of the worth of evidence depends on one's background beliefs, therefore there are no objective standards of evidential quality; science isn't sacred, therefore it must be a kind of confidence trick; etc., etc.. Yes, much of what is accepted as known truth is really only purported knowledge, purported truth; but it obviously doesn't follow that there's no difference between what is presented as known and what really is known, or between what is accepted as true and what really is true. Nor does it follow from the fact that people disagree about what is true that truth is relative to perspective*¹⁹⁸.

Susan Haack sostiene che il fatto che ci sia incompatibilità ovvero mancanza di corrispondenza tra quello che si conosce e la realtà, ciò non significa tuttavia che la verità non esista. La differenza tra quello che è accettato come vero e quello che realmente è vero non ci porta a dire che non ci sia la verità, o che la verità sia non conoscibile. Lei riconosce però che una parte di quello che conosciamo è soltanto una pretesa di verità.

Susan Haack afferma, in buona sostanza, che il processo con cui noi normalmente prendiamo una qualsiasi decisione nel quotidiano non è molto diverso da quello della scienza quando compie una investigazione o un’inchiesta scientifica: “*As Thomas Huxley put it, "[t]he man of science simply uses with scrupulous exactness the methods which we all, habitually and at every minute, use carelessly"; in Einstein's words, "[t]he whole of science is nothing more than a refinement of our everyday thinking."In short, scientific evidence and scientific inquiry are like evidence and inquiry generally – only more so*”¹⁹⁹.

¹⁹⁶ HAACK S., *Fallibilism, Objectivity, cit.*, p.36.

¹⁹⁷ *Ibidem.*

¹⁹⁸ *IVI*, p. 36.

¹⁹⁹ HAACK S., *Fallibilism, Objectivity, cit.*, p.38.

Secondo la Haack, allora, la razionalità di chi fa una investigazione è totalmente diversa da quella di chi cerca di persuadere un pubblico, come fanno gli avvocati. Nel caso del discorso degli avvocati l'obiettivo, infatti, non è scoprire la verità, ma soltanto persuadere l'udienza della verità di una loro pretesa: *“When you seek to persuade, you marshal evidence for the proposition concerned, and present that evidence in the most favorable light possible. When you inquire, you make an informed conjecture about the possible explanation of some puzzling event or phenomenon, work out the consequences of its being true, check how well those consequences stand up to evidence – the evidence you have, and any further evidence you can lay hands on - and then use your judgment whether to accept the conjecture, modify it, or give it up and try again”*²⁰⁰.

In particolare, si afferma che nella ricerca scientifica non raramente si conferma la falsità delle premesse; d'altronde, succede in qualsiasi analisi. Però, il fatto che si possano verificare diverse interpretazioni o la falsità di certe premesse non indebolisce comunque l'obiettività della verità²⁰¹.

Susan Haack evidenzia un argomento del *New Cynicism* che, dal suo punto di vista, confonde quello che passa per verità. Spesso, infatti, passa per un fatto vero quello che è vero, o che è un fatto conosciuto. Lei chiama queste forme *“passes-for fallacy”*²⁰². Questa forma di argomento fa credere che determinati fatti, verità, conoscenze, evidenze passino per verità, quando in realtà sono solamente delle versioni decise dai “potenti” per essere accettate come verità²⁰³.

Detto in altre parole, l'argomento fondamentale del *New Cynicism* mette in gioco concetti come verità, fatto, conoscenza, evidenza, affermando che si trattano di *“ideological humbug”*, cioè a dire un'impostura ideologica²⁰⁴, in modo che non si possono avere evidenze oggettive della loro realtà. Ed in effetti è sulla base di questo ragionamento che i *cynics* scrivono “verità” - cioè cosiddetta “verità” – e “conoscenza”, cioè cosiddetta “conoscenza”. L'uso delle virgolette, *‘scare quotes’* ha per obiettivo quello di neutralizzare le conseguenze più impattanti di queste parole, l'effetto integrale di queste concetti: *“truth must be so, but “truth” needn't be; knowledge must be true, but “knowledge” needn't be”*²⁰⁵.

²⁰⁰ *Ibidem.*

²⁰¹ *Idem*, p. 38.

²⁰² HAACK, Susan. Fallibilism, Objectivity, and the New Cynicism Article. *Episteme*, p. 35 – 48, jun. 2004, p. 35.

²⁰³ *Idem*, p. 39.

²⁰⁴ *Ibidem.*

²⁰⁵ *Ibidem.*

L'uso di questi concetti tra le virgolette è diventato una costante ed il significato proprio di questi concetti si è fatto oggetto di dubbi in un modo che non si citavano più questi concetti senza l'uso delle "scare quotes", incentivando, di fatto, il più ampio relativismo riguardo a concetti importanti. La verità, la conoscenza, il fatto e l'evidenza diventano concetti relativi, quindi soggettivi²⁰⁶.

Susan Haack evidenzia inoltre che il *new cynicism* è stato associato al pragmatismo. Tuttavia, il classico pragmatismo era nella sua origine teorica fallibilista e non cinica²⁰⁷.

Taruffo, dal canto suo, parlando della relatività culturale della verità, che pare finora assai diffusa²⁰⁸, ci riporta all'origine di queste percezioni. Secondo lui, la difficoltà dei matematici di stabilire se i loro calcoli fossero "veri"²⁰⁹ indusse una concezione "contestualizzata" della verità, secondo la quale la verità di un enunciato dipenderebbe dalla coerenza con gli altri enunciati appartenenti allo stesso contesto. Questa viene denominata "concezione coerentista della idea di verità".

L'Autore sostiene infatti che questa concezione ha reso definitiva la separazione tra la conoscenza e il mondo: *"Quale che fosse il senso della concezione coerentista della verità nell'ambito della matematica e delle teorie scientifiche, infatti, essa finiva col destituire di senso l'ipotesi relativa alla stessa esistenza del mondo esterno,*

²⁰⁶ "As the scare quotes become ubiquitous, the difference between truth and "truth," knowledge and "knowledge," facts and "facts," begins to blur; and what used to be success-words pick up that characteristic sneering tone: "'known fact' -- yeah, right!" And as the distinction is blurred between truth and "truth," known facts and "known facts", etc., the Passes-for Fallacy begins to look like a valid argument; the idea that there can be incompatible truths begins to sound plausible; and certain forms of relativism Begin to look inevitable. For it makes sense to talk of what is taken for true, what is accepted as good evidence, what passes for known fact, only relative to some person or group of people; so if you don't distinguish what is true from what is taken for true, etc., it will seem that truth, evidence, etc., must be subjective or relative" (Ibidem).

²⁰⁷ Thanks to Rorty, the New Cynicism has come to be associated with pragmatism. This is very peculiar; for classical pragmatism was fallibilist, not cynical. Here is C. S. Peirce, the founder of pragmatism: "Out of a contrite fallibilism, combined with a high faith in the reality of knowledge, all my philosophy has always seemed to grow";²¹ and William James, Who made pragmatism known: "Those of us who give up the quest for certitude do not thereby give up the quest or hope of truth itself". But Rorty, who writes that "the pragmatist view is of ... 'true' as a word which applies to those beliefs on which we are able to agree," and that "truth is entirely a matter of solidarity," offers an essentially opposite message. Rorty observes that he "do[es] not have much use for notions like 'objective truth'" (apparently not noticing that those scare quotes, which are a kind of verbal tic with him, undermine the point he is presumably trying to make). "You certainly opine that there is such a thing as truth," Peirce might have replied; "otherwise, reasoning and thought would be without a purpose." (Ibidem).

²⁰⁸ TARUFFO M., *ult. op. cit.*, 2009, p. 75.

²⁰⁹ Con una similitudine efficace, "se cioè esistessero o non esistessero gli "enti" matematici descritti dai calcoli". *Idem*, p. 76.

*proponendo un revival dell'orientamento di pensiero scettico che risale almeno al diavolo ingannatore di Cartesio*²¹⁰.

Nello stesso sentiero²¹¹ si inserisce il fenomeno del *linguistic turn* (svolta linguistica) che ha reciso qualsiasi possibile correlazione tra linguaggio e mondo: la conoscenza, la realtà e la verità sono prodotti del linguaggio, finendo così *“col negare l'esistenza di qualunque realtà indipendente dal linguaggio che potesse determinare la verità o la falsità di ogni pensiero”*²¹².

Questa impostazione del pensiero filosofico, tuttavia, ha perso i suoi effetti con il tempo. Come segnala Taruffo, *“il postmodernismo non è stato una malattia del pensiero dalla quale si esce recuperando la salute di prima: è stato una lunga stagione che ha determinato la crisi irreversibile di molte idee “ingenue” che non meritano di essere recuperate”*²¹³. Dal suo punto di vista, il passaggio dalla post-modernità alla post-post modernità implica dei mutamenti di prospettiva con riferimento al problema della verità²¹⁴.

Le idee di filosofi come Rorty, secondo cui la verità è solo ciò su cui ci si trova d'accordo, e che non vale lo sforzo di parlarne, sono state duramente criticate. Secondo Taruffo, il punto d'attacco di queste critiche si concentra nella *“svalutazione radicale dell'idea di verità e della possibilità che si diano descrizioni veritiere di accadimenti che si verificano nel mondo esterno”*²¹⁵.

2.2 Il realismo critico

Questa nuova impostazione del pensiero filosofico riguardo alla verità non parla di verità o certezze assolute, né di automatiche corrispondenze tra pensiero e mondo o

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ “Alle schiere tradizionali degli scettici radicali, degli irrazionalisti e degli idealisti solipsisti vennero così ad aggiungersi i nuovi scettici, i nuovi cinici, i costruttivisti, i relativisti, i fautori del *linguistic turn*, i sociologi della scienza, i critici del metodo scientifico, e molti altri pensatori affascinati dall'idea che la cosa più importante e necessaria fosse il completo distacco di qualunque forma di conoscenza, scientifica e non scientifica, da ogni connessione con la realtà (ipotetica) del mondo esterno, e che di verità si potesse talvolta (non sempre) parlare, ma solo a condizione di escludere ogni riferimento a tale mondo e di ricondurre la verità alla coerenza del discorso o al consenso di coloro che discorrono” (*Ibidem*).

²¹² TARUFFO M., *ult. op. cit.*, 2009, p. 76.

²¹³ Cfr. *Ivi*, p. 77.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ Cfr. TARUFFO M., *ult. op. cit.*, 2009, p. 77.

tra linguaggio e mondo. Trattasi di una forma di realismo critico (*innocent realism*, nella denominazione di Susan Haack)²¹⁶.

Il realismo critico si connota per almeno due punti rilevanti. Il primo punto parte dall'asserzione che ha senso ritenere che il mondo esterno esista²¹⁷, presupposto necessario per qualsiasi teoria sulla realtà. Il secondo punto si basa sull'idea che ogni enunciato riguardo agli accadimenti del mondo reale o è vero o è falso, "in funzione di questi accadimenti nel mondo reale"²¹⁸.

Per Taruffo, tuttavia, non bisogna avvalersi della opzione realistica per parlare di verità. Lui sostiene che la concezione epistemica della verità risalente a Dewey - e riproposta più di recente da Michael Dummett - permette di parlare di verità come un concetto legato alla sua *warranted assertibility*, ovvero, "*all'esistenza di valide giustificazioni per ritenere che un enunciato sia vero*"²¹⁹. Quindi, trattasi di visualizzare il concetto di verità come giustificazione.

La post-post-modernità presenta, nel campo filosofico, un ritorno alla accettazione dell'esistenza della verità e alla necessità di conoscere la verità come elemento necessario della vita moderna, sia per un bisogno pragmatico, sia perché l'esistenza del mondo reale è imposta. Pertanto, anche se sotterrati da tutti gli aspetti culturali che ci hanno fatto internalizzare i dubbi sulla verità, l'essere umano è bisognoso della verità e, malgrado tutte le sfumature che pongono difficoltà, la verità

²¹⁶ Cfr. TARUFFO M., *ult. op. cit.*, 2009, p. 78: "Naturalmente nessuno parla di verità o di certezze assolute, che sono "il privilegio del fanatico", e che infatti si riscontrano solo in alcune metafisiche e in alcune religioni integraliste. Inoltre, nessuno pensa ad automatiche corrispondenze tra pensiero e mondo o tra linguaggio e mondo, che sarebbero tipiche di un realismo ingenuo insostenibile o di un fisicalismo radicale ormai da tempo superato. Si delineano invece forme di realismo critico - o, come lo chiama Susan Haack, di *innocent realism* - che, sia pure con modalità diverse, convergono su alcuni punti di grande rilievo".

²¹⁷ "Il primo punto - solo apparentemente banale ma in realtà assai impegnativo sotto il profilo ontologico - è che ha senso ritenere che il mondo esterno esista. Come osserva Searle, d'altra parte, l'*external realism* non è una teoria che si possa condividere o non condividere: è piuttosto un presupposto necessario per la stessa possibilità di avere opinioni o teorie sulla realtà. In questo modo si mettono da parte tutti gli orientamenti di tipo scettico, soggettivistico e irrazionalistico, nonché l'atteggiamento di tutti coloro che ancora credono al diavolo ingannatore di Cartesio e ritengono di non poter uscire dal classico dilemma del "sogno oppur son desto?", oppure fanno sogni come quello di Chuang Tzu" (*Ibidem*).

²¹⁸ "Un secondo punto consiste nel configurare un'idea aletica della verità in funzione della quale ogni enunciato relativo ad accadimenti del mondo reale è vero o è falso in funzione dell'esistenza di questi accadimenti nel mondo reale. In sostanza, è la realtà a determinare la verità o la falsità delle narrazioni che la descrivono. Al riguardo non è importante l'eventualità che tale verità o falsità sia determinata nel contesto delle conoscenze di cui si dispone in un momento o in un ambiente sociale dato. Il punto essenziale è che ogni enunciato fattuale è vero o falso in sé, in funzione dell'esistenza o inesistenza dell'evento che descrive. Ciò implica di adottare, sia pure in una forma non "ingenua" e criticamente matura, una concezione corrispondentista della verità, secondo la quale - appunto - la realtà esterna esiste e costituisce il metro di misura, il criterio di riferimento che determina la verità o la falsità degli enunciati che se ne occupano" (*Ibidem*).

²¹⁹ TARUFFO M., *ult. op. cit.*, 2009, p. 79.

vale sempre la pena di essere scoperta, perché esiste, e citando Taruffo, che si basa su Lynch, “è oggettiva, è buona, è un oggetto degno di indagine ed è degna di essere coltivata per se stessa”²²⁰.

La letteratura filosofica ed epistemologica moderna è aperta a questa realtà e riflette questa necessità²²¹. Il tempo attuale è segnato da quello che Bernard Williams designa come “*demand for truthfulness*”, “*devotion to truthfulness*” e dal “*desire for truthfulness*” come interessi che sono ormai “*prominent in modern thought and culture*”²²².

2.3 Verità assolute e relative

Seguendo con la disamina delle tipologie di verità, nell’ottica del Taruffo bisogna liberarsi delle distinzioni inutili, prima fra tutte la contrapposizione tra la verità assoluta e la verità relativa.

La verità assoluta non appartiene al mondo della giustizia e del processo. D’altro canto, dire che nel processo e nelle cose umane si ha a che fare con verità relative “non significa svalutare la funzione della verità, e neppure significa adottare una concezione soggettivistica o relativistica di essa”²²³.

La verità delle cose umane e, quindi, del processo è oggettiva. La sua relatività non è legata ad una dipendenza dalle opzioni individuali dei soggetti, bensì “nel senso che la conoscenza della verità è relativa al contesto in cui essa viene realizzata, al

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ Secondo l’A., infatti, “non a caso negli ultimi anni filosofi come Williams e Lynch, e come Diego Marconi in Italia, ed epistemologi come Haack, Goldman e Norris hanno dedicato saggi importanti alla verità e alla razionalità dei metodi per conseguirla. (...)D’altronde non mancano, nella letteratura filosofica ed epistemologica recente, analisi convincenti che spiegano le modalità di una conoscenza attendibile della realtà, colmando il gap che caratterizzerebbe la relazione tra mente, linguaggio e realtà esterna” (*Ibidem*).

²²² *Ibidem*.

²²³ *Ivi*, p. 82. “Di alcune distinzioni inutili ci si può liberare rapidamente. La principale di esse è quella che contrappone verità assolute e verità relative. Essendo evidente che la Verità con l’iniziale maiucola, ossia la verità assoluta, non appartiene al mondo della giustizia e del processo. Questa constatazione può deludere l’assolutista facendolo precipitare nello scetticismo, ma sembra difficilmente contestabile. Peraltro, dire che nelle cose umane, e quindi anche nel processo, si ha a che fare solo con verità relative, con l’iniziale minuscola, non significa affatto svalutare la funzione della verità, e neppure significa adottare una concezione soggettivistica o relativistica di essa. Rinviando a questo riguardo a quanto si è osservato in precedenza, qui va solo ribadito che la verità è comunque oggettiva. Essa può considerarsi relativa non nel senso che sia dipendente dalle opzioni individuali dei soggetti che se ne occupano, poiché in questo modo si cadrebbe in un relativismo radicale non accettabile, bensì nel senso che la conoscenza della verità è relativa al contesto in cui essa viene realizzata, al metodo con cui si svolge la ricerca e alla quantità e qualità di informazioni di cui si dispone e sulle quali tale conoscenza si fonda.

metodo con cui si svolge la ricerca e alla quantità e qualità di informazioni di cui si dispone e sulle quali tal conoscenza si fonda”²²⁴.

In altre parole, *“la verità di un enunciato è univocamente determinata dalla realtà dell’evento che esso rappresenta, e quindi è “assoluta” nel senso che non ammette gradi. L’enunciato è vero o non è vero: non può essere “più o meno” vero. Ciò che può variare a seconda delle circostanze è il grado di conferma che a questo enunciato può essere attribuito sulla base delle conoscenze disponibili: quindi si può dire che, in contesti determinati e a seconda delle circostanze, può esistere una maggiore o minore approssimazione alla verità”*²²⁵.

2.4. La verità del processo: Verità relativa e verità oggettiva

È la conoscenza della verità che è relativa. Il grado di relatività di questa conoscenza si basa sulle ragioni che sostengono e giustificano la probabilità che questa conoscenza sia vera. Questa conoscenza è relativa perché dipende della forza degli argomenti che la giustificano.

Anche se relativa, la conoscenza della verità è oggettiva perché la giustificazione del convincimento veritiero “non si fonda sulle preferenze o sulle idiosincrasie di soggetti particolari, ma sulla capacità di esso di esprimersi in proposizioni che rappresentano il mondo così com’è”²²⁶.

Le giustificazioni della conoscenza della verità devono basarsi su argomenti validi. Il convincimento deve essere giustificato razionalmente. Soltanto le giustificazioni razionali portano ad una approssimazione della verità.

In questo ordine di argomentazione, dunque, si può affermare che il processo è il luogo della verità relativa e oggettiva. È relativa la conoscenza della verità perché dipende della forza degli argomenti e delle giustificazioni che sostengono il convincimento dell’accertamento della verità fatto nel processo ed il convincimento che l’accertamento corrisponde alla realtà dei fatti della causa.

L’oggettività della verità risiede nel fatto che non ha rapporto con le preferenze soggettive degli individui ma si basa, invece, sulle ragioni oggettive che giustificano il

²²⁴ *Idem*, p. 82.

²²⁵ TARUFFO M., *ult. op. cit.*, 2009, p. 83.

²²⁶ *Ibidem*.

convincimento del giudice²²⁷. Parlare di verità relative nel processo non significa, quindi, adottare concezioni scettiche o soggettivistiche della verità²²⁸.

2.5. Verità formale o processuale e verità reale

Altra distinzione che Taruffo considera superata è quella tra verità formale o processuale e verità reale. Secondo l'Autore, infatti, il processo tratta della verità reale. Non ha fondamento la distinzione tra la verità accertata nel processo e la verità che si stabilisce fuori del processo.

Molto diffusa è la concezione per la quale si sostiene che la verità dei fatti della causa stabilita nel processo, è soltanto una verità formale. Questa idea si basa sulla esistenza di regole riguardo alla produzione della prova nel processo, la quale significherebbe una limitazione alla verità, condizionando l'accertamento dei fatti.

Altra categoria che avrebbe limitato l'accertamento della verità sarebbe stata la *res judicata*, la quale pone senz'altro fine alla possibilità di ricerca della verità. Rispetto a questa ultima, Taruffo considera questo modo di argomentare fallace²²⁹.

La verità è soltanto una ed è determinata dalla realtà dei fatti, non ci sono diverse verità a seconda che siano dentro o fuori dal processo. Non esiste una verità processuale ed una verità reale:

Quanto alle regole che riguardano l'ammissione, l'assunzione, e talvolta anche la valutazione delle prove, si può osservare che esse possono in vario modo limitare o condizionare la ricerca della verità, ma ciò non implica che esse determinino la scoperta di una verità diversa da quella che si potrebbe scoprire al di fuori del processo. Si può solo dire che esse producono un deficit nell'accertamento di fatti la cui conoscenza è importante per la decisione. Questo deficit non implica che vi sia una verità processuale: esso implica soltanto che in un processo in cui vigono norme limitative della possibilità di servirsi di tutte le prove rilevanti si accerta solo una verità limitata ed incompleta, o - nei casi più gravi - non si accerta nessuna verità. Il

²²⁷Cfr. TARUFFO M., *ult. op. cit.*, 2009, p. 83: "Nel contesto del processo è appropriato parlare di verità relativa e oggettiva. La verità dell'accertamento dei fatti è relativa – nel senso che è relativa la conoscenza di essa – perchè si fonda sulle prove che giustificano il convincimento del giudice e rappresentano la base conoscitiva sulla quale trova giustificazione il convincimento che un certo enunciato corrisponda alla realtà dei fatti della causa. La stessa verità è oggettiva in quanto non è il frutto delle preferenze soggettive e individuali del giudice, o di altri soggetti, ma si fonda su ragioni oggettive che giustificano il convincimento del giudice e derivano dai dati conoscitivi che risultano dalle prove".

²²⁸ TARUFFO M., *ult. op. cit.*, 2009, p. 82.

²²⁹ Ivi, p. 84.

problema, allora, non riguarda la verità, ma i limiti entro i quali la disciplina del processo consente che essa venga accertata”.²³⁰

Riguardo alle regole che dispongono sul giudicato, Taruffo sostiene che esse non “escludono l'accertamento della verità o impongono l'esistenza di una verità ontologicamente diversa da quella che si può accertare al di fuori del processo”²³¹. Ed infatti giova ricordare che l'accertamento di cui parla l'art. 2909 c.c. non riguarda la ricostruzione fattuale, bensì la decisione sull'esistenza della situazione giuridica discussa, in modo che i fatti possono essere discussi anche in un'altra sede. La realtà dei fatti può altresì influenzare la definizione giuridica della lite anche dopo la formazione del giudicato, per mezzo della revocazione straordinaria (art. 395, 2 e 3 c.p.c.) e dell'azione rescissoria (art. 966, c.p.c.).

3. Il dovere di verità e completezza

Cosa significa, quindi, il dovere di lealtà e probità²³² nel codice di procedura italiano? Condotta leale e proba è un'espressione dotata di una vaghezza tale che nel suo ambito non si possa trovare il dovere di verità? Il corrispondente articolo del codice di procedura brasiliano parla di dovere di “*non modificare la verità dei fatti*”²³³. Qual è, pertanto, la carica normativa di questo comando rispetto alla procedura civile brasiliana?

In primo luogo, bisogna dire che la verità nel processo può rappresentare qualcosa di più ampio rispetto alla verità nella procedura civile. Se andiamo ad analizzare il processo penale in tre diverse nazioni, possiamo dire che il dovere di dire la verità viene affrontato in due modi diversi. Infatti, il processo penale italiano²³⁴ e quello

²³⁰ TARUFFO M., *ult. op. cit.*, 2009, p. 84.

²³¹ *Idem*, p. 85: “Da un lato, invero, nulla esclude che il giudicato si formi su una decisione che ha accertato la verità dei fatti, il che – anzi – è proprio ciò che dovrebbe accadere nella normalità dei casi. Se la verità è stata scoperta, è chiaro che il giudicato non impone alcun limite alla ricerca di essa”.

²³² Art. 88 c.p.c. italiano: “Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità”.

²³³ Art. 80 c.p.c. brasiliano.

²³⁴ Nella procedura penale italiana, il diritto di difesa è, secondo il dettato dell'art. 24 Cost., inviolabile; ne discende che l'imputato ha il diritto di difendersi nel modo che ritiene più opportuno. Se l'imputato, al fine di resistere all'accusa che gli viene mossa, decide di effettuare una narrazione della sua condotta difforme dal vero, questo suo atteggiamento rientra a pieno titolo nel suo inviolabile diritto di difesa. Quindi, nel sistema giuridico penale italiano il reo ha facoltà: di fare dichiarazioni spontanee, di rispondere o di avvalersi della facoltà di non rispondere. Il diritto di mentire rientra nel diritto di difesa ma presenta tuttavia dei limiti: a) il reato di calunnia se il mendacio dell'imputato coinvolge altre persone; b) La possibilità che esso non superi il vaglio dibattimentale e quindi si ritorca, strategicamente, contro l'imputato.

brasiliano adottano una versione ampia del “*nemo tenetur se detegere*”, cioè a dire il diritto a non collaborare alla decisione della propria condanna. Questi ordinamenti permettono all'imputato non soltanto di tacere ma anche di mentire²³⁵, portando il diritto legale alla menzogna. Negli Stati Uniti, invece, l'imputato può tacere, ma non può mentire, mentre in Inghilterra si può commettere spergiuro (giurare il falso).

La verità nel processo penale delle nazioni con tradizione di *civil law* trova, pertanto, tutt'altra impostazione sulla possibilità di mentire. La menzogna più bassa e più contrastante rispetto a tutte le evidenze viene servita così su un vassoio d'argento all'analisi del magistrato. I beni della vita tutelati nella procedura civile non sono, tuttavia, di scarsa importanza e non di rado influenzano la sopravvivenza e la dignità dell'individuo.

Tornando a noi, l'argomento che ci riguarda specificatamente non è il diritto penale, ma il processo civile. Qual è, allora, il ruolo della menzogna e della verità nel processo civile? Nel 1939, Guido Calogero affrontava questo tema domandandosi: *si può legittimamente mentire in giudizio? E si può essere leali mentendo*²³⁶?

Prima di essere oggetto della procedura civile, la verità ha rappresentato un problema centrale per la teologia e la filosofia.

Nella filosofia la verità è stata discussa ampiamente e non vi è stata una risposta definitiva; persiste piuttosto il dibattito sul criterio di verità perché “*Jedes Kriterium der Wahrheit musste seinerseits wahr sein und ist so infrage gestellt*”²³⁷.

Platone, dal canto suo, ha sostenuto la fenomenologia denominata: “*Ontologischer Wahrheitsbegriff*”, la quale ha raggiunto un importante valore nel mondo filosofico: “*er diente auch Heidegger als Grundlage seiner eigenen Lehre*”²³⁸. Secondo Platone la “*ontologischem Wahrheitsbegriff*” è la non-ascosità (non *aletheia-fare bene la distinzione*) (*die Unverborgenheit der Dinge*). *Demnach sei eine Aussage*

²³⁵ GRADI M., *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, G Giappichelli Editore, 2018, introduzione p. XXX, in cui l'A. pone uno sguardo alla procedura penale, affermando che “riguardo al processo penale, il quale ha ad oggetto la pretesa punitiva dello stato nei confronti dell'imputato, con la conseguenza che quest'ultimo si trova, rispetto all'accusatore, in una posizione asimmetrica di savantaggio psicologico e materiale, così che gli è giustamente riconosciuto il diritto al silenzio, ossia il privilegio contro l'auto-incriminazione, secondo una garanzia di indubbio ordine costituzionale”.

²³⁶ GRADI M., *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, Lo Sguardo, Rivista Di Filosofia, Roma, v. 8, 2012.

²³⁷ REN Z., *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China. Saarbrücker Studien zum Privat – und Wirtschaftsrecht*. Herausgegeben von Johann Paul bauer, Michael Martinek und Helmut Rüssmann, Germania, Academic Research, 2013, p. 40.

²³⁸ *Ivi*, p. 41.

wahr, wenn sie das Seiende offenbare. Damit wurde die Wahrheit als eine Eigenschaft der Materie gedacht.

Per Aristotele, invece, la verità sarebbe “*adaequatio rei et intellectus*”, ovvero l’armonizzazione tra la conoscenza e la realtà, e non solo la corrispondenza tra l’asserzione e la realtà, (*nicht mehr auf die Übereinstimmung von Aussage und Wirklichkeit, sondern von Erkenntnis und Wirklichkeit abstellte*)²³⁹.

La preoccupazione del processo per la verità (nel processo) attira l’attenzione dei processualisti del secolo XX con l’entrata in vigore del Codice austriaco del 1895. L’autore di questo codice è Klein.

Invero, la menzogna nel processo non era una preoccupazione nuova.

Il divieto di menzogna (dichiarare il falso) nel processo (*Lügenverbot*) è stata una costante nel processo austriaco, di cui è esempio la codificazione *giuseppina* del 1781 che prevedeva una serie di conseguenze per la parte che avesse agito o resistito in giudizio «con manifesta ingiustizia o per mera petulanza»²⁴⁰. Previsioni con lo stesso contenuto si ritrovano anche nella *Westgalizische Gerichtsordnung* del 1797. In proposito, Klein osserva che “*in entrambe le Ordinanze si ritrova il divieto di menzogna nel processo e si riconosce il dovere di verità delle parti, al punto che il diritto processuale austriaco potrebbe rappresentare il modello di riferimento delle future riforme*”²⁴¹.

Il cammino fino all’introduzione del dovere di verità e completezza prima dell’entrata in vigore del Z.P.O austriaco e poi in quello tedesco inizia con la discussione riguardo al problema della menzogna nel processo e come prevenirla o sanzionarla. Secondo Carratta, il pensiero di Klein fu influenzato dall’idea che l’eccessiva durata del processo fosse causata anche una delle ricadute dell’abuso del processo e di un comportamento scorretto delle parti e dei loro difensori²⁴².

Klein ha dedicato molta attenzione al processo civile inglese e agli strumenti di *discovery*, dai quali - come insegna Carratta - scaturisce un generale dovere di

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ CARRATTA A., *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, Riv. trim. dir. e proc. civ., Milano, v. 68, n. 1, mar. 2014, p. 58.

²⁴¹ “Identiche previsioni si ritrovano nella *Westgalizische Gerichtsordnung* del 1797. KLEIN, *Die schuldhaftige*, cit. nt. 44, p. 108 s., (*«beide Gerichtsordnungen verbietet Lüge, anerkennen die Wahrheitspflicht der Parteien als Rechtspflicht ... Das österreichische Prozessrecht konnte hierin das Muster jeder künftigen Rechtsbildung abgeben»*). *Ibidem*.

²⁴² CARRATTA A., *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, Roma TrE-Press. Roma, v. 1, 2017, pp. 87 – 138. Il suo *Habilitationsschrift* del 1885 fu dedicato al problema “degli atti processuali di parte ‘colpevoli’ ed in esso ampio spazio veniva dedicato proprio al tema della menzogna nel processo (*Lüge im Prozesse*) ed alla storia delle sue sanzioni”.

informazione e di rivelazione (*disclosure*) di ciascuna parte nei confronti dell'altra ed un severo apparato di sanzioni.

Le considerazioni sul concetto di menzogna non sono una novità del suo pensiero. Del resto, l'introduzione di un dovere di verità, attraverso la trasformazione da un divieto di menzogna in un dovere di carattere positivo, non fa altro che rafforzare la sua idea di processo.

3.1. Il contenuto del dovere di verità e completezza

Il dovere di verità è stato previsto da numerosi ordinamenti stranieri, in particolare da quello tedesco (§ 138 abs 1. ZPO), austriaco (§ 178 ZPO), portoghese (art. 456 CPC), brasiliano (art. 80, II, CPC del 2016, art. 14, I, del codice del 1973). Questi codici presentano apposite disposizioni relative al comportamento delle parti rispetto alla narrazione processuale, determinando così che essa non venga sviluppata cambiando la verità dei fatti.

Il codice di procedura italiano non prevede al suo interno una disposizione letterale del dovere di verità, e la resistenza del legislatore²⁴³ nel prevedere una norma con tale contenuto ha determinato la tendenza nella maggior parte della dottrina processualistica a negare la presenza nell'ordinamento italiano di un tale dovere. A suffragio di questa argomentazione, vi sarebbero altre ragioni sufficienti a negare l'esistenza di tale comando nel sistema italiano. Ci si riferisce al carattere inquisitorio delle conseguenze di un tal dovere, alla violazione del principio dispositivo, nonché alla possibile violazione del diritto di difesa.

Come dimostrato in modo esauriente da Carratta²⁴⁴, la previsione di un dovere di verità nella procedura civile tedesca o in altri paesi non ha apportato modifiche di carattere inquisitorio e non ha sconvolto l'equilibrio del sistema accusatorio (*Verhandlungsmaxime*), nè tantomeno il ruolo del giudice e delle parti.

Anche riguardo all'assenza di una disposizione letterale basta riconoscere che il dovere di verità è un dovere più ristretto, rispetto al dovere di lealtà o di probità e che, quest'ultimo, raggiunge tutte le violazioni di carattere etico e morale.

Sembra, tuttavia, non ci siano argomenti che giustificano il processo come un campo libero nel quale domina la razionalità economica del massimo beneficio e del

²⁴³ Cfr. Progetto Salmi.

²⁴⁴ CARRATTA A., *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*, cit., p. 40.

minimo costo. Come nella condotta all'interno della società, il ruolo della fiducia può essere quello di ridurre i costi: l'internalizzazione di determinate regole di condotta che possono stabilire un ambiente più favorevole al raggiungimento degli obiettivi del processo.

La soluzione delle controversie non può, pertanto, fare a meno di un clima di fiducia dove il ruolo del dovere di verità è fondamentale, nel senso di permettere di riconoscere l'ampiezza del dovere di lealtà. Occorre rilevare che non si può concepire l'osservanza di questo dovere permettendo alle parti di dire menzogne durante il processo. Questa era la stessa argomentazione sostenuta da Chiovenda, secondo cui essere leale implicava “*non dire cosa consapevolmente contraria al vero*”²⁴⁵.

È con simili ragionamenti che si giustifica l'ascrizione del dovere di verità delle parti alla redazione dell'articolo 88 del CPC brasiliano.

In particolare, bisogna soffermarsi sugli aspetti riguardanti la natura logica della presenza di un dovere di verità e completezza, in armonia con altre categorie della procedura civile.

Bisogna considerare che la procedura civile attuale deve velocizzarsi ed essere compatibile con il ritmo della modernità e che, pertanto, non può privarsi dei procedimenti di cognizione sommaria o di quelli sommari di cognizione piena e, d'altro canto, non può accettare una burocratizzazione più intensa. E proprio in virtù di queste esigenze, oggi più che mai l'esercizio dell'attività giurisdizionale necessita della fiducia nelle parti, proprio al fine di ridurre la burocrazia riguardo ad autenticazioni inutili e costose e di dare definitività ad ordinanze di carattere provvisorio o di anticipazione dell'esecuzione.

Il dovere di verità ha la finalità di ovviare all'esercizio abusivo del potere allegativo delle parti: questo è il meccanismo deontologico di correzione e controllo del potere di allegazione delle parti (*Beibringungsgrundsatz*). La fase introduttiva della domanda giudiziale determina il percorso della domanda e vincola l'attività di giurisdizione ed è in questa fase che, in diversi sistemi giuridici, il giudice può anticipare i bisogni probatori e di tutela della domanda, in quanto può oltremodo determinare scelte come quelle disciplinate nell'art.183 *bis* del c.p.c. italiano.

Il dovere di verità è anche una specie di svolgimento del dovere di cooperazione; i comportamenti strategici non leali non si armonizzano con la cooperazione.

²⁴⁵ GRADI M., *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, Lo Sguardo, Rivista di Filosofia. Roma, v. 8, 2012, p. 99.

Da qui, l'esigenza di un atteggiamento leale e veritiero, nel senso che le parti devono esercitare il potere di condurre i fatti in giudizio senza distorcere questo potere per trarre in inganno la controparte o il giudice.

Gli oppositori del dovere di verità normalmente concepivano il dovere di verità come un dovere di verità oggettiva, cioè il dovere di narrazione dei fatti oggetto del processo così come sono realmente accaduti nella realtà esterna. Questa però non è una concezione del dovere di verità in armonia con lo sviluppo della dottrina rispetto alla ricerca della tematica.

Secondo quanto sostiene la dottrina maggioritaria, il dovere di verità deve essere assimilato a un dovere di verità soggettiva o a un dovere di veridicità, in quanto si cerca più di combattere l'abuso del potere allegativo, il quale in realtà è destinato a garantire la verità materiale. Pertanto, non è necessario che la parte alleghi fatti della verità di cui ha la certezza, ma è sufficiente che li ritenga meramente probabili o possibili.

Nelle parole di Chiovenda²⁴⁶, la parte non può allegare in giudizio fatti che sa o dovrebbe sapere essere non veri, ovvero non può allegare fatti "campati in aria", fatti consapevolmente non veri, fuori da qualsiasi ricostruzione fattuale²⁴⁷.

Bisogna rilevare che il dovere di verità è presente anche quando la parte è chiamata a prendere posizione riguardo alle prove allegate dell'altra parte ("onere di prendere posizione"), *Erklärungslast* sui fatti *ex adverso* allegati. È necessario che la parte non contesti fatti che sa essere veri. Quest'ultimo punto, tuttavia, sarà esaminato più avanti.

Il dovere di verità delle parti è il dovere di dire la verità secondo la propria conoscenza dei fatti. Secondo questo approccio, la verità è dunque la corrispondenza tra i fatti e la conoscenza che le persone hanno di questi fatti. In tal senso, il dovere di verità è il dovere di essere fedele alla conoscenza soggettiva dei fatti o, per meglio dire, lo stesso divieto di mentire nel processo.

Inoltre, il dovere di verità materiale porta alla negazione dell'autonomia della parte e del principio dispositivo e a riconoscere il più ampio potere inquisitorio del giudice. In tal caso, la parte sarebbe sia un soggetto che un oggetto del processo. Quindi, il dovere di verità consiste nel divieto di dire menzogne, nel dovere di non affermare coscientemente il falso, sia in relazione ai fatti portati in giudizio per sé stesso, sia riguardo alle affermazioni della parte contraria.

²⁴⁶ CARRATTA A., *Dovere di verità e di completezza nel processo civile.*, cit., p. 72.

²⁴⁷ *Ivi*, p. 73.

Tuttavia, l'obbligo di verità non si conclude con l'ordine di non dire menzogna nel processo, ma determina anche il dovere di completezza (*Vollständigkeitspflicht*), cioè il dovere di fare una narrazione dei fatti senza omettere elementi rilevanti per la decisione della causa anche se possono essere a sé sfavorevoli.

Questo avviene - come insegna Marco Gradi - “*sulla base della considerazione che «il silenzio, la reticenza, la riserva mentale equivarrebbero, praticamente e moralmente, alla menzogna»*, come risulta evidente, ad esempio, nell'ipotesi in cui la parte che richiede l'adempimento di un credito tralasci di riferire che il debito è stato pagato o rimesso”²⁴⁸.

Per la dottrina tedesca il dovere di completezza significa in modo più restrittivo anche il divieto di dire “*mezze verità*” (*verbot der Halbwahrheit*)²⁴⁹, o *Lücken Verbot*²⁵⁰. Le parti non devono tacere circostanze che sono o possono essere decisive anche se sono a loro sfavorevoli. Non si può e non si deve soltanto portare in giudizio fatti a sé favorevoli, perché ciò significherebbe violare il dovere di verità e porterebbe a falsificare i fatti.

Da questo punto di vista, il dovere di verità e completezza si presenta con un doppio aspetto, uno positivo ed uno negativo.

L'aspetto positivo consiste nel dovere di completezza (*Vollständigkeitspflicht*), fondato sul dovere di non presentare informazioni lacunose che determinino il cambiamento della natura di una narrativa da veritiera a non veritiera. Su questo aspetto si può essere d'accordo con l'affermazione di Gradi, secondo cui limiti tra un'omissione legale ed un'omissione illegale non sono chiari: “*the forbidden withholding could be limited to facts covered by the declaration, but also extended to facts related to the party's claim or defence or to all the facts relating to the matter of the process including those concerning claims and defences proposed by other parties which causes a misrepresentation of facts*”²⁵¹.

²⁴⁸ GRADI M., *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, Lo Sguardo, Riv. di filosofia, Roma, v. 8, 2012, p. 108.

²⁴⁹ “*Aus dem Verhältnis zum Beibringungsgrundsatz und als Teil der Wahrheitspflicht ergibt sich, dass die Vollständigkeitspflicht vor allem ein verbot der Halbwahrheit ist: Es dürfen keine Tatsachen verschwiegen werden, die entscheidungserheblich sind. Der der Klage zugrunde liegende Sachverhalt muss redlich vorgetragen werden: keine Partei darf nur die ihr günstigen Tatsachen schildern und damit das Gesamtbild verfälschen. Die Vollständigkeitspflicht geht nur soweit, wie der Sachverhalt, der der Klage zugrunde liegt, auch betroffen ist. Umstände einen anderen Sachverhalt betreffend, sind nicht umfasst*”. ABELING C., *Wahrheitspflicht im Zivilprozess*, Nordstedt: Grin Verlag, 2006, p. 5.

²⁵⁰ HEB K., *ult. op. cit.*, p. 26.

²⁵¹ GRADI M., *The Right of Access to Information and Evidence and the Duty of Truthful Disclosure of Parties in Comparative Perspective*, Procedural Science at the Crossroads of Different Generations, 2015.

L'aspetto negativo del tema che stiamo analizzando consiste nel già menzionato divieto di dire menzogne. Ad ogni modo, bisogna considerare che le questioni relative al dovere di completezza sono complesse ed i loro effetti sulla distribuzione dell'onere della prova ed i veri contorni richiedono un esame più lungo. Ad esempio, una valutazione fatta dalle parti dei fatti rilevanti o dei fatti che non sono ancora emersi nel corso del processo. La necessità di provare la menzogna e di esitazione.

Il divieto di mentire termina nel momento in cui una parte, per non mentire, dovesse dichiarare fatti rispetto a se stessa disonorevoli o criminali. Si esclude, pertanto, che questo riguardi fatti la cui esposizione condurrebbe il dichiarante a una condotta disonorevole o al rischio di un'autoincriminazione penale.

L'adempimento del dovere di verità e completezza significa, quindi, soltanto una pretesa della verità soggettiva o della veridicità dei fatti e non una verità giudiziale o probatoria.

3.2. Il dovere di verità e completezza in Germania

Il codice tedesco del 1877 di matrice liberale non corrispondeva alla tradizione germanica; non derivava, cioè, né dalla tradizione romano-canonica, né tantomeno dal diritto germanico; era invece il risultato dell'influenza francese e della guerra contro la Francia (1870-71)²⁵².

In questo scenario, il principio accusatorio (*Verhandlungmaxime*) era un elemento estraneo alla dogmatica tedesca. L'accettazione di un codice liberale era necessario in una Germania dove si desiderava l'unità legale, quando l'unità territoriale era stata appena acquisita, e dove, di conseguenza, un codice di procedura civile nazionale era una necessità.

Un altro aspetto fondamentale era la contrapposizione degli interessi tra giudici e avvocati. La lega germanica dei giudici (*Deutschen Richterbund*) aveva interesse nel dovere di verità come una modalità di controllo del sistema accusatorio; gli avvocati, invece, erano intimoriti di fronte a questo possibile controllo²⁵³.

²⁵² REN Z., *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China. Saarbrücker Studien zum Privat – und Wirtschaftsrecht. Herausgegeben von Johann Paul bauer, Michael Martinek und Helmut Rüssmann. Alemanha, Academic Research, 2013, p. 42.*

²⁵³ "In praktischer Hinsicht waren die unterschiedlichen Standpunkte der Juristen, wie der Richter und Anwälte, zu beachten. Der Streit zwischen ihnen wurde durch den neu gegründeten Deutschen Richterbund am Anfang des 20. Jahrhunderts verstärkt, da dieser versuchte, den richterlichen Einfluss auf die Verhandlungsführung durch die Einführung der Wahrheitspflicht zu stärken. Im Gegensatz dazu

Nel 1924 le modifiche del ZPO rinforzarono l'allontanamento del liberalismo, come si legge nel prologo²⁵⁴:

“Eine volkstümliche Rechtspflege ist nur in einem Verfahren möglich, das dem Volke verständlich ist und einen ebenso sicher wie schleunig wirkenden Rechtsschutz verbürgt. Die Parteien und ihre Vertreter müssen sich bewusst sein, dass die Rechtspflege nicht nur ihnen, sondern zugleich und vornehmlich der Rechtssicherheit des Volksganzen dient. Keiner Partei kann gestattet werden, das Gericht durch unwahrheiten irrezuführen oder seine Arbeitskraft durch böswillige oder nachlässige Prozessverschleppung zu missbrauchen. Dem Rechtsschutz, auf den jeder Anrecht hat, entspricht die Pflicht, durch redliche und sorgfältige Prozessführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern. Aufgabe des Richters ist es, durch straffe Leitung des Verfahrens und in enger Fühlung mit den Parteien dahin zu wirken, dass jede Streitsache nach gründlicher Vorbereitung möglichst in einer einzigen Verhandlung aufgeklärt und entschieden wird. Er hat Vertagungen, die nicht sachlich dringend geboten sind, zu vermeiden und zu verhindern, dass ein Verfahren durch verspätetes Vorbringen verschleppt wird. Nur so gelangt man zu einem lebendigen Verfahren mit voller Mündlichkeit und Ummittelbarkeit, das dem Richter eine spätere Findung der Wahrheit ermöglicht und dessen Verlauf die Parteien mit Verständnis und Vertrauen folgen können”.

In tale scenario, venne introdotto il dovere di verità nel progetto del ZPO nel 1931. L'obiettivo era chiaramente quello di arginare la disseminata menzogna processuale²⁵⁵, in quanto si riteneva di non aver bisogno di concrete sanzioni. Nel 1933, l'emendamento ha mantenuto l'essenza della regola secondo quanto previsto nel progetto del 1931.

fürchtete die Rechtsanwaltschaft die richterliche Wahrheitskontrolle durch die Einführung der wahrheitspflicht. Ihre ablehnende Haltung führte dazu, dass eine ursprünglich vorgesehene Regelung aus der Prozessrechtsnovelle von 1909 wieder gestrichen wurde”. Ivi, p. 43.

²⁵⁴ Ibidem.

²⁵⁵ Ivi, p. 44.

3.2.1 Il dovere di verità in Germania nell'attualità

Il paragrafo 138 abs. 1 ZPO prevede l'obbligo delle parti: (1) *Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.*

Questa norma è stata introdotta quasi 50 anni dopo che il principio dispositivo e il ZPO del 1877 erano entrati in vigore. Successivamente a questo momento, il dibattito sul dovere di verità è sottoposto all'attenzione della giurisprudenza, con riferimento al significato e al campo di validità, ai limiti in rapporto con altre norme del ZPO e alle conseguenze della sua violazione e inquadramento²⁵⁶.

Secondo l'espressione letterale, il legislatore avrebbe fatto una distinzione tra Completezza e Verità²⁵⁷.

*Diese Vollständigkeitspflicht bedeutet, daß jede Partei den zur Entscheidung stehenden Lebenssachverhalt in allen voraussichtlich wesentlichen Punkten zu schildern hat. Sie muß vorgehen, dar nicht Einzelheiten, die sich für sie ungünstig auswirken können, verschweigen und dadurch das Bild des Geschehens verfälschen, also durch Unvollständigkeit lügen. Da Lügenverbot, das durch die Wahrheitspflicht begründet wird, wird durch das Lückenverbot, welches die Vollständigkeitspflicht verlangt, ergänzt.*²⁵⁸

La dottrina maggioritaria²⁵⁹, però, ritiene che la completezza integra il dovere di verità ed esige che le parti portino i punti essenziali dell'oggetto litigioso: *“il dovere di completezza viene considerato una parte necessaria/imprescindibile/a cui non può far di meno il dovere di verità, quindi una presentazione incompleta delle circostanze di fatto può essere così profondamente non vere come una falsa presentazione dello stato di cose oggetto della lite”*²⁶⁰.

Una mezza verità è da considerarsi, pertanto, come una totale falsità. Una presentazione incompleta della lite può essere profondamente falsa e non vera.

²⁵⁶ *Ibidem.*

²⁵⁷ K. Heß, *cit.*, p. 26.

²⁵⁸ HEB K., *ult. op. cit.*, p. 26.

²⁵⁹ *Ivi*, p. 27.

²⁶⁰ *“Die Vollständigkeitspflicht wird als ein erforderlicher Bestandteil der Wahrheitspflicht betrachtet, denn ein bloss unvollständig dargestellter Sachverhalt kann ebenso schief und unwahr sein wie eine falsche Sachverhaltschilderung: Die halbe Wahrheit ist die ganze Unwahrheit”.* V., REN Z., *ult. op. cit.*, p. 45.

L'aspetto della completezza raggiunge le sfere più alte di valore nel campo dell'etica processuale²⁶¹.

Ci sono anche coloro che sostengono che il dovere di verità riguardi anche le manifestazioni relative al diritto, per cui l'argomentazione giuridica non può essere oggetto di un'esposizione contorta, falsata, distorta, travisata²⁶².

I difensori avrebbero, in tal senso, l'obbligo di non distorcere la situazione giuridica, nemmeno quando vogliono raggiungere gli obiettivi delle parti, al fine di far incidere una norma speciale. Tale estensione, però, non è riconosciuta dalla dottrina maggioritaria. Nei termini del testo del § 138 Abs.1 ZPO - il dovere di verità nel limite delle circostanze di fatto²⁶³ - il dovere di verità riguarda fatti del passato, temporaneamente limitati o eventi precisi nel tempo, situazioni, relazioni o caratteristiche che appartengono ad una percezione del mondo interna ed esterna.

È vero, però che, gli oppositori di questa tesi sostengono che il giudice non sia vincolato dalle manifestazioni giuridiche delle parti nei termini dello "*iura novit curia*", e che pertanto, il contenuto delle manifestazioni giuridiche non sarebbe sottomesso al dovere di verità. Di altro avviso, "*kann das Wort Tatsache nie die Bedeutung der Rechtsausführung haben*"²⁶⁴. La dottrina maggioritaria sostiene infatti che il dovere di verità non si applichi alle manifestazioni giuridiche e che non determini anche il dovere di verificare la verità delle informazioni riguardanti i fatti che la parte porta in giudizio.

Il dovere di verità riguarda esclusivamente gli elementi fattuali o le circostanze di fatto (*Tatsächliche Umstände*): "*Tatsachen sind in der Vergangenheit liegende, raumzeitlich oder auch nur zeitlich bestimmte Ereignisse, Zustände, Verhältnisse*,

²⁶¹ GRADI M., *The Right of Access to Information and Evidence and the Duty of Truthful Disclosure of Parties in Comparative Perspective*, Procedural Science at the Crossroads of Different Generations, 2015, 122, il quale sostiene che "*nevertheless, the prohibition against lying is obviously not enough to embrace all possible types of misconduct by litigants; in fact, while not making false statements a party may omit to report some circumstances or particulars which might be decisive for a correct decision of the case, thus presenting, in his own interest, a "half-truth". Also, this procedural behaviour is in substance an offense against the truth and a misrepresentation of facts. It is therefore acknowledged that the procedural duty of truth should not be limited to the mere precept not to declare the false but must be supplemented with the duty of completeness (Vollständigkeitspflicht) that entails telling all relevant facts relevant to the decision, the lack of which causes a misrepresentation of facts*".

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ REN Z., *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China. Saarbrücker Studien zum Privat – und Wirtschaftsrecht*. Herausgegeben von Johann Paul bauer, Michael Martinek und Helmut Rüssmann. *Alemanha, Academic Research*, 2013, p. 45: "*Nach der Fassung des. beschränkt sich die Wahrheitspflicht ausdrücklich auf die Erklärung über die tatsächlichen Umstände. Eine Ansicht besagt, dass die Anforderung der Wahrheitspflicht auch die Rechtsausführungen umfasse*"²⁶³. *Zumindest sei der Anwalt verpflichtet, die Rechtslage nicht bewusst zu verdrehen und die Interessen seiner Partei nur im vertretbaren juristischen Rahmen zu verfolgen*".

²⁶⁴ *Ibidem*.

*Gegenstände oder Beschaffenheiten, die der äußeren un inneren Wahrnehmungswelt angehören und naturgesetzlich geordnet sind*²⁶⁵. Una seconda opinione sull'argomento sostiene che le circostanze fattuali sono *“ein konkreter Vorgang oder Zustand der Vergangenheit oder Gegenwart, der dem Beweis zugänglich ist”*²⁶⁶.

4. I limiti del dovere di verità

Dopo aver definito il contenuto del dovere di verità e poste in comparazione le esperienze di realtà giuridiche diverse, è utile soffermarsi sulla questione più importante del tema: i limiti del dovere di verità. Qual è l'ambito vincolante del dovere di verità?

Quali strumenti sono a disposizione del Giudice per trovare la verità dei fatti che non sia per mezzo delle parti? *“Welche Mittel stehen dem Gericht zur Verfügung, um die Wahrheit anders als durch das Parteivorbringen über die tatsächlichen Umstände zu finden?”*

I difensori del dovere di verità sostengono che, le parti debbano esporre in giudizio solo le circostanze obiettivamente vere o delle cui verità le parti siano convinte. Per una parte della dottrina, il dovere di verità viene violato anche se le parti non ricercano la verità materiale dei fatti della causa. Insieme al dovere di verità si aggiunge, dunque, un dovere delle parti di *“gewissenhaften Wahrheitsermittlung”*, cioè di una diligente, scrupolosa e attenta supervisione della verità²⁶⁷.

Le parti avrebbero così il dovere di verificare la correttezza delle informazioni che portano in giudizio. In tal modo, dal dovere di verità si otterrebbe il dovere di minima cura nella ricerca pre-processuale della verità. D'altra parte, però, gli oppositori sostengono: *“Demgegenüber wurde von Gegnern der Wahrheitspflicht bereits vor ihrer Einführung vertreten, es sei den Parteien nicht zuzumuten, vor dem Prozess zur Wahrheitserforschung tätig zu werden; sie hatten ihre Auffassung mit der teleologischen Auslegung begründet”*. Ne discende la concezione secondo la quale il dovere di verità non ha come obiettivo quello di togliere l'onere in capo ai tribunali. Il processo serve, infatti, a trovare la verità oggettiva²⁶⁸.

²⁶⁵ K. Heß, p. 13.

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ REN Z., *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China. Saarbrücker Studien zum Privat – und Wirtschaftsrecht*. Herausgegeben von Johann Paul bauer, Michael Martinek und Helmut Rüssmann. Alemanha: Academic Research, 2013, p. 47.

²⁶⁸ *Die Wahrheitspflicht bezwecke keine Entlastung des Gerichts durch die Wahrheitsermittlung der Parteien vor dem Prozess; vielmehr solle gerade der Prozess der objektiven Wahrheitsfindung dienen.*

Per questa parte della dottrina, la violazione del dovere di verità si materializza se le parti, colposamente, non analizzano la correttezza delle informazioni presentate in giudizio²⁶⁹. Un'ulteriore implicazione da attribuire al dovere di verità riguarda, non soltanto la proibizione di manifestazioni consapevolmente non vere, ma un altrettanto comandamento di avere una scrupolosa disanima della verità, in modo che la mera negligenza nel presentare le informazioni configuri una violazione di tale dovere²⁷⁰.

Questa, però, è una opinione minoritaria. In contrapposizione a questi orientamenti si pone chi sostiene l'opinione, ora prevalente, che non esista un dovere di ricerca della verità oggettiva in momenti antecedenti alle allegazioni delle prove davanti al giudice²⁷¹. In particolare, si afferma che, sostenere un dovere delle parti di investigazione dalla verità significherebbe, senza dubbio, un indebolimento della tutela giuridica²⁷²: “*es sei gerade Sinn von Rede und Gegenrede im Prozeß, die Wahrheit heraruszufinden*”²⁷³.

La sua dottrina maggioritaria sostiene, pertanto in definitiva, che il dovere di verità non deve essere applicato alle manifestazioni giuridiche e che non determina anche un dovere di verificare la verità dell'informazione dei fatti che la parte porta in giudizio, cioè, non determina l'esonero delle corti dalla propria attività (*Die Wahrheitspflicht bezweckt aber keine Entlastung der Gerichte*)²⁷⁴.

Un'eccezione a tale considerazione ci sarebbe quando una parte fa delle affermazioni che possono violare l'onore dell'altra parte. In questo caso, infatti, data la possibilità di violare i diritti della personalità, la parte prima di allegare le prove dovrebbe fare un'inchiesta della verità dei fatti portati in giudizio²⁷⁵:

Deswegen sei es erlaubt, dass jede Partei trotz eigener Zweifel an der Wahrheit der Tatsachen diese Behauptung aufstelle. Eine Art antizipierter Beweisaufnahme wird den Parteien nicht zugemutet.

²⁶⁹ HEB K., *Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivil*, cit., p. 8: “*Von einer Mindermeinung wird diesbezüglich vertreten, die Partei mache sich einer Verletzung der prozessualen Wahrheitspflicht bereits dann schuldig, wenn sie es unterlasse, vor Aufstellung von Behauptungen über deren Richtigkeit die jeweils zumutbare Information einzuholen*”.

²⁷⁰ Ivi, p. 9: “*Aus besondere Ausprägung der allgemeinen Pflicht zur redlichen Prozeßführung enthalte §138 Abs. 1 ZPO nicht nu rein Verbot der bewußten Unwahrheit, sondern auch ein Gebot zur gewissenhaften Wahrheitsermittlung*”. *Eine Verletzung des Wahrheitsgebotes läge danach auch bei nur fahrlässig falschen Parteibehauptungen vor*”.

²⁷¹ Ibidem.

²⁷² Ibidem.

²⁷³ “*Wollte man von den Parteien veralangen, nur solche Bahauptungen aufzustellen, von dren Wahrheit sie auch nach eingehenden Erkundigungen völlig überzeugt sind, bliebe für den eigentlichen Prozeß praktisch nur noch die Rechtsfrage übrig*.” Ibidem.

²⁷⁴ HEB K., p. 9.

²⁷⁵ Ivi, p. 10.

“Nach der h. M. hat die Erfüllung der Wahrheitspflicht dort ihre Grenze, wo die Partei eine ihr zur Unehre gereichende Tatsache oder eine von ihr begangene strafbare Handlung offenbaren müßte. Diese Einschränkung der Wahrheitspflicht sei aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten”²⁷⁶.

Per quelli che considerano il dovere di completezza un dovere indipendente del dovere di verità, la necessità di omettere fatti che potrebbero nuocere /pregiudicare l'onore o altri diritti di personalità non sarebbe una limitazione del dovere di verità, ma del dovere di completezza:

Da die Vollständigkeitspflicht selbständig neben die Wahrheitspflicht gestellt ist und die Wahrheitspflicht lediglich das Verbot der bewußten Lüge beinhaltet, hat die Frage, ob die Partei verpflichtet ist, eine ihr zur Unehre gereichende Tatsache oder eine von ihr begangene strafbare Handlung zu offenbaren, mit der Wahrheitspflicht nichts zu tun. Die Wahrheitspflicht allein gebietet nicht, einen solchen Sachverhalt in den Prozeß einzuführen. Damit kommt eine Begrenzung der Pflichten aus § 138 Abs. 1 ZPO nur bei der Vollständigkeitspflicht in Betracht, nicht jedoch bei der isoliert betrachteten Wahrheitspflicht²⁷⁷.

4.1. Verità Soggettiva

L'opinione dominante in Germania è che il dovere di verità riguardi solamente la verità soggettiva e non oggettiva²⁷⁸. Soltanto la menzogna cosciente è vietata (*nur die bewußte Lüge ist verboten*)²⁷⁹. Per la dottrina tedesca, infatti, questa interpretazione è sostenuta dall'analisi logico-sistematica e teleologica.

La dottrina dominante sostiene che il dovere di verità è in realtà un dovere di veridicità (*Wahrhaftigkeitspflicht*): “Die Wahrheitspflicht ist nach dem heutigen Verständnis lediglich eine subjektive, keine objektive. Sie verbietet lediglich ein Vorbringen wider besseres Wissen”²⁸⁰. Ne deriva un divieto di astuzia processuale (*Arglistverbots*) o anche definibile come un dovere di lealtà (*Lauterkeitspflicht*), come manifestazione del principio della buona fede (*Treu und Glauben*).

²⁷⁶ Ivi, p. 23.

²⁷⁷ Ibidem.

²⁷⁸ In questo senso, V. HEB K., *op. cit.*, p. 10; nonché CARRATTA A., *op. cit.*, *passim*.

²⁷⁹ Ibidem.

²⁸⁰ HEB K., p. 10.

4.2. Dovere di verità e principio accusatorio

Parte della dottrina individua nel dovere di verità una limitazione al principio accusatorio²⁸¹. Questo dovere, si dice, contrasterebbe la libertà delle parti di portare in giudizio gli elementi fattuali che vogliono²⁸², così come di condurre la produzione delle prove nel modo che ritengono corretto.

D'altra parte, però, si afferma che il principio accusatorio ha soltanto un contenuto negativo, cioè, significa che non implica un obbligo positivo delle parti di portare in giudizio determinati fatti, bensì soltanto che la decisione giudiziale avrà per fondamento esclusivamente il materiale prodotto dalle parti. La libertà delle parti di decidere quali fatti portare in giudizio è garantita; su di loro compete di decidere quali fatti sottomettere alla disanima giudiziale; in questo senso, il principio accusatorio avrebbe soltanto il significato di garantire la libertà delle parti e la limitazione del giudice, di non poter considerare quei fatti che non siano stati presentati dalle parti²⁸³.

Dal nostro punto di vista non si può negare che si ravvisi una certa tensione tra il dovere di verità e il principio dispositivo e non il principio accusatorio, anche se appena superficiale. Bisogna considerare che quando la parte sceglie i fatti da portare in

²⁸¹ IVI, p. 14: “Nach Ansicht von Roth greift die Wahrheitspflicht nur dann ein, wenn eine Partei die Sachverhaltsdarstellung unzulässigerweise manipuliert. Es sei zu unterscheiden zwischen zulässiger und unzulässiger Manipulation des Sachverhalts. Erstere tangiere die Wahrheitspflicht nicht, letztere verletze sie. Ein Spannungsverhältnis zwischen den beiden Grundsätzen bestehe im Ergebnis nicht, da sie nebeneinander bestünden und jeweils ihren autonomen Anwendungsbereich hätten. Sowohl der Verhandlungsgrundsatz als auch die Wahrheitspflicht hätten ihre Berechtigung und ihren Geltungsbereich, und beiden müsse angemessene Geltung verschafft werden. Eine Art “Konkordanz von Verfahrensmaximen der ZPO” sei notwendig. So wenig wie ein Zivilprozeß unerträglich lang dauern dürfte, nur um möglichst gerecht zu enden, so wenig dürfte die Privatautonomie, deren Ausdruck der Verhandlungsgrundsatz sei, weitestgehend beseitigt werden, um ein möglichst objektiv wahres Prozeßergebnis zu erzielen”. (...) “Diese Ansicht vermischt Verhandlungsgrundsatz und Dispositionsgrundsatz in unzulässiger Weise. Nicht der Verhandlungsgrundsatz ist Ausdruck der Privatautonomie, sondern der Dispositionsgrundsatz. Nicht richtig ist es, wenn ausgeführt wird, der Verhandlungsgrundsatz besage ein Dreifaches: erstens dürfe nicht der Richter, sondern nur eine Partei das Prozeßverfahren einleiten (judex ne procedat ex officio); zweitens dürfe nur das, was von den Parteien in den Prozeß eingeführt werde, der richterlichen Prüfung unterliegen (judex judicet secundum allegata et probata partium); drittens dürfe der Richter nicht über die Parteienanträge hinausgehen (judex ne eat ultra petita partium).”

²⁸² HEB K., p. 13.

²⁸³ IVI, p. 15: “Der Verhandlungsgrundsatz besagt lediglich, daß der vom Gericht seiner Entscheidung zugrunde zu legende Prozeßstoff von den Parteien – und zwar grundsätzlich nur von ihnen – beizubringen ist um beigebracht werden kann. Die Verhandlungsmaxime hat somit einen rein negativen Inhalt. Sie verpflichtet die Parteien nicht dazu, Tatsachen vorzutragen. Die Parteien können darüber entscheiden, welchen Tatsachen stoff sie dem Gericht unterbreiten, also behaupten, bestreiten, zugestehen wollen. Unterläßt eine Partei, eine Tatsache zu behaupten, für die sie die Behauptungslast trägt, verstößt sie nicht gegen den Verhandlungsgrundsatz, sondern läuft lediglich Gefahr, den Prozeß zu verlieren. Der Verhandlungsgrundsatz bedeutet demzufolge lediglich, daß der Richter keine tatsächlichen Umstände berücksichtigen DARF, die nicht von einer der Parteien vorgebracht wurden (außer offenkundigen Tatsachen, §291 ZPO)”.

giudizio, gli effetti di un dovere di verità e di completezza influiscono sicuramente nella discussione e implicano che, tutti gli elementi rilevanti riguardo a quel fatto, siano oggetto di manifestazione reali.

Quindi, si può affermare che il dovere di verità implica un nuovo spazio di movimento amministrato dal principio dispositivo.

Nella dottrina tedesca, vi è poi la tesi di chi sostiene che:

Für das Verhältnis von Wahrheitspflicht und Verhandlungsgrundsatz gilt, daß § 138 Abs. 1 ZPO nicht dazu führt, daß den Parteien die Herrschaft über den Tatsachenstoff entzogen wird. Die Wahrheitspflicht gebietet einer Partei nicht, vorzutragen, was sie nicht vortragen will, sondern verbietet nur, daß die Partei Tatsachen vorträgt, von denen ihr bekannt ist, daß sie unwahr sind. Die Verhandlungsmaxime verlangt, daß der Richter nur auf Grund des von den Parteien beigebrachten Prozeßstoffes zu entscheiden, nur die von den Parteien vorgebrachten Behauptungen, soweit sie relevant sind, zu berücksichtigen hat. Dies begründet aber kein Recht der Partei, nun auch unwahre Behauptungen aufzustellen. Man darf sich folglich nicht dadurch verwirren lassen, daß bei gleichzeitiger Geltung der Verhandlungsmaxime im Zivilprozeß der wahre Sachverhalt festgestellt werden soll. Da eine Erforschung des Sachverhalts von Amts wegen unzulässig ist, ist gerade wegen des Beibringungsgrundsatzes die Pflicht zur Wahrhaftigkeit nötig. Wenn das Gesetz schon den Parteien gestatte, den Streitstoff selbst beizubringen, über den es entscheiden soll, muß zur Vermeidung bloßer Willkür und abgekarteten Spiels eine Pflicht zur Wahrhaftigkeit bestehen. Die Wahrheitspflicht ist daher nicht nur mit dem Verhandlungsgrundsatz vereinbar, sondern sie ist sogar wegen seiner Geltung erforderlich. Die Wahrheitspflicht und der Beibringungsgrundsatz ergänzen sich damit gegenseitig. (k. Heß p. 18).

Bisogna dire che la dottrina che tratta con indipendenza entrambi i doveri di verità e completezza, non vede difficoltà rispetto all'armonizzazione tra il dovere di verità ed il principio accusatorio, ma identifica le difficoltà che l'armonizzazione tra il dovere di completezza ed il principio accusatorio possono produrre. Questa tensione è risolta dalla dottrina tedesca che sostiene che il dovere delle parti sia quello di presentare in modo completo gli elementi fattuali che riguardano i fatti allegati e che il giudice non può farlo, cioè, non può agire di propria sponte (*ex officio*) :

Da der Richter aufgrund des Verhandlungsgrundsatzes den Sachverhalt nicht von Amts wegen aufklären darf, sondern auf die Darstellung der Parteien angewiesen ist, sind diese verpflichtet, ihre

Erklärungen über Tatsachen vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben (§ 138 Abs. 1 ZPO). Sowohl die Wahrheitspflicht als auch die Vollständigkeitspflicht stellen deshalb notwendige Ergänzungen der Verhandlungsmaxime dar. Die Unvollständigkeit der Angaben erscheint nur dann pflichtwidrig, wenn sie ein (nicht bloß lückenhaftes), sondern im Gesamtergebnis falsches Bild des Tatbestandes zu erwecken geeignet ist. Die Verantwortung für eine vollständige (d.h. richtige) Darstellung wird auch hier nicht dem Richter auferlegt, sondern bleibt der Partei überlassen. Die Vollständigkeitspflicht steht daher nicht im Widerspruch zur Verhandlungsmaxime²⁸⁴.

La dottrina tedesca si è sempre preoccupata di verificare (si domanda) se il dovere di completezza sia, di fatto, un onere o un dovere e ha concluso che si tratti di un dovere, ciò perché l'ordine giuridico tedesco disapprova la menzogna cosciente e la descrizione dei fatti lacunosa, in quanto la ritiene nient'altro che una falsa descrizione dei fatti: *“Da eine unrichtige, schiefe Sachdarstellung nicht nur durch unwahre Behauptungen zustande kommt, sondern auch durch das Verschweigen erheblicher Geschehnisse, und die Vollständigkeitspflicht eine solche Entstellung des Sachverhalts verhindern soll, stellt damit die Vollständigkeitspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO eine echte Rechtspflicht dar, nicht lediglich eine prozessuale Last”²⁸⁵.*

4.3. Dovere di verità: onere, dovere e obbligo

La dottrina tradizionale opera la distinzione tra onere, dovere e obbligo. Da un lato si dice che il dovere implica una esigenza di comportamento, il rispetto assoluto della norma. L'onere e l'obbligo, dal canto loro, non esigono la sua osservanza o il suo rispetto. Infatti, chi non li osserva, viola o pregiudica soltanto un proprio interesse. Riguardo all'onere, il soggetto è tenuto a un determinato comportamento nel proprio interesse, senza la previsione di una sanzione specifica, ma esclusivamente con il rischio di una possibile conseguenza giuridica sfavorevole. L'obbligo pertanto, si distinguerebbe dall'onere per la previsione di una sanzione.

La dottrina tedesca, invece, colloca l'obbligo e l'onere in situazione simile: *“Wer eine Last oder Obliegenheit mißachtet, verletzt nur sein eigenes Interesse”²⁸⁶.* La dottrina italiana, tuttavia, distingue l'obbligo del onere. L'obbligo è la situazione

²⁸⁴ HEB K., p. 27.

²⁸⁵ Ivi, p. 28.

²⁸⁶ Ivi, p. 18.

giuridica soggettiva del soggetto di diritto che deve tenere un certo comportamento imposto dalla norma nell'interesse di un altro soggetto. L'onere è considerato allo stesso modo della dottrina tedesca e brasiliana²⁸⁷; cioè, il soggetto è tenuto ad un determinato comportamento nel proprio interesse, poiché in mancanza non si produrrebbe un effetto giuridico a lui favorevole.

4.4. Spostamento o cambiamento del onere della prova in ragione del dovere di verità

Una delle discussioni più importanti riguardo al dovere di verità e completezza, come abbiamo già visto superficialmente in altre parti, riguarda la possibilità che il dovere di completezza significhi uno spostamento dell'onere della prova o, di dover creare un dovere di informazione che cambi questo equilibrio nella distribuzione dell'onere della prova.

In realtà, superata un'eventuale difficoltà con il divieto di menzogna, la forza di questo tema risiede esattamente nell'ampiezza di un dovere di informazione delle parti riguardo ai fatti ed agli elementi probatori della sua conoscenza.

Marco Gradi²⁸⁸ afferma con fermezza che una volta definito l'oggetto della domanda, non sarebbe automatico che l'informazione debba arrivare della parte che ha fatto la allegazione (beweisbelastete partei, burdened party, parte con l'onere della prova).

²⁸⁷ RAMOS V. DE P., *Ônus da Prova no Processo Civil: do ônus ao dever de provar*, Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2015, p. 118: “Tomando por base a teoria do direito, a diferenciação entre onus e dever dá conta de que o primeiro é uma situação passiva subjetiva branda, com um comportamento “apreciado” pelo Direito, mas não categoricamente exigido e que dá ao sujeito onerado a possibilidade de escolha sobre sua intenção de agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo) “apreciado”, se que a não adoção a conduta acarrete um ilícito. O dever, por outro lado, é uma situação subjetiva passiva com sujeição radical, atribuído por uma regra juridical imperativa e que descreve um comportamento (positivo ou negativo) categoricamente exigido pelo Direito; o sujeito obrigado não tem a possibilidade de escolha sobre sua intenção de agir ou não de acordo com o comportamento (positivo ou negativo), e, uma vez não adotado o comportamento, resta configurado o ilícito. Medidas coercitivas ou sub-rogatórias só podem ser adotadas diante do descumprimento de um dever jurídico, não do “descumprimento” de um ônus”. Sul punto, vedi anche TALAMINI E., *Ônus da prova*, Brasil: Migalhas, 2016, secondo il quale “O ônus consiste na atribuição de determinada incumbência a um sujeito no interesse desse próprio sujeito. Ou seja, prescreve-se ao onerado uma conduta a adotar, pela qual ele poderá obter uma vantagem ou impedir uma situação que lhe seja desfavorável. Ônus e dever são figuras jurídicas distintas em pelo menos dois aspectos: (i) o dever implica um correlato direito de outro sujeito, ou seja, é uma conduta que a lei prescreve no interesse de outrem, enquanto que o ônus é estabelecido no interesse do próprio onerado; (ii) o descumprimento do dever pode implicar a incidência de uma sanção, ao passo que a inobservância do ônus apenas faz com que o onerado eventualmente perca a chance de desfrutar de uma situação melhor”.

²⁸⁸ GRADI M., *The Right of Access to Information and Evidence and the Duty of Truthful Disclosure of Parties in Comparative Perspective.*, cit., p. 97.

Gradi afferma che questa regola deve essere interpretata come una regola residuale di giudizio (*residual rule of judgment*) che alloca il rischio della assenza della prova (*Beweisrisiko*) tra le parti, sia quando non c'è certezza riguardo al *factum probandum*, sia quando l'informazione necessaria non è stata presentata alla corte²⁸⁹. Questo è il significato della regola dell'onere della prova, che si armonizza con il principio della acquisizione della prova e che implica che il giudice deve prendere in considerazione tutte le prove prodotte nel processo, anche se non vengono della parte che sarà eventualmente beneficiata, cioè, prova che arriva nel processo da due distinte fonti: le parti (*ne eat iudex ultra petita partium*) o il giudice (*ex officio*)²⁹⁰.

Ne deriva che l'onere di allegazione e prova non esclude l'obbligo della parte non onerata, di osservare il dovere di verità, cioè, di dover fare affermazioni vere e di portare in giudizio tutte le informazioni e le evidenze derivanti dal dovere di completezza, anche quelle che non le sono favorevoli, cioè, che siano favorevoli alla parte contraria²⁹¹ (questa opinione non è per niente condivisa dalla dottrina brasiliana e incontra difficoltà anche in Germania, come vedremo in seguito).

Alla luce di queste prospettive bisogna sottolineare, pertanto, che le parti hanno diritto alle informazioni e di conseguenza la necessità di ricevere una decisione giusta, anche se questa informazione ed evidenza è sotto il potere o controllo dell'altra parte. Bisogna dire che tutta la discussione in realtà cade nella esigenza di un dovere di informazione delle parti riguardo ad un'informazione per se sfavorevole. Come vedremo la dottrina germanica ha trattato questo punto.

Secondo il giudizio di Gradi: *“it is essential that each party can access the necessary information on facts and obtain indispensable evidence held by the other party, in order to respect the burden of allegation and proof on his behalf and to control the truth and completeness of information and evidence provided by the other party”*²⁹².

L'onere dell'allegazione (*Darlegungslast/Behauptungslast*) afferma che le parti devono presentare le allegazioni di fatti che giustificano le conseguenze giuridiche che

²⁸⁹ Ibidem.

²⁹⁰ Ivi, p. 98.

²⁹¹ *“Nevertheless, the rule potentially determines the strategic behaviour of litigants, even in contrast with the scope of the ascertainment of the truth. In fact, a party could untruthfully deny the existence of facts favourable to his opponent or untruthfully affirm the existence of facts unfavourable to his opponent, supporting these false statements with untrue and deceitful evidence. A party may also dishonestly ignore or hide information on facts and evidence favourable to his opponent. This may lead to an unfair decision, especially in case of information asymmetries between parties”*. Ibidem.

²⁹² *Idem*.

vogliono vedersi riconosciute. In questo senso, la processualistica tedesca identifica l'onere dell'allegazione obiettivo e soggettivo²⁹³.

L'onere dell'allegazione obiettivo riguarda la decisione della Corte quando non sono portati in giudizio sufficienti allegazioni fattuali, mentre l'onere dell'allegazione soggettivo risponde alla domanda relativa al minimo di allegazione fattuale, necessari per evitare uno svantaggio nell'ambito di una lite. La dottrina tedesca considera eseguito (adempito, soddisfatto) l'onere dell'allegazione allorquando l'allegazione dei fatti è appropriata o corrisponde ad una norma giuridica²⁹⁴.

L'onere dell'allegazione soggettivo si suddivide, altresì, in astratto e concreto.

Questo primo tipo di onere soggettivo astratto non cambia durante il processo e determina che il richiedente debba presentare i fondamenti fattuali della sua domanda, e che la controparte debba presentare le obiezioni/opposizioni (come anche fatti impeditivi, modificativi o estintivi).

D'altra parte, l'onere soggettivo concreto esige dalle parti che l'una completi le proprie allegazioni in base alle allegazioni dell'altra parte, vale a dire che l'onere dell'allegazione può passare da una parte all'altra, indipendentemente da ogni manifestazione.

L'onere dell'allegazione e l'onere della prova corrispondono uno all'altro. L'onere della prova obiettivo (*Feststellungslast*, *materielle Beweislast*) risponde alla domanda a chi approfitta, dopo l'esaurimento dei mezzi di prova, dell'impossibilità di

²⁹³ “Bei der Darlegungslast wird die objektive und die subjektive Darlegungslast unterschieden. Die objektive Darlegungslast gibt Antwort auf die Frage, wie das Gericht entscheidet, wenn nicht genügend Tasachenbehauptungen vorgebracht wurden, während die subjektive Darlegungslast die Frage beantwortet, was eine Partei mindestens behaupten muß, um Nachteile im Rechtsstreit zu vermeiden. Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast, wenn ihr Tatsachenvortrag – seine Richtigkeit unterstellt – in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet ist, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen, wobei unerheblich ist, wie wahrscheinlich die Darstellung ist und ob sie auf eigenem Wissen oder auf einer Schlußfolgerung aus Indizien beruht. Bei der subjektiven Darlegungslast wird zwischen der abstrakten subjektiven Darlegungslast und der konkreten subjektiven Darlegungslast unterschieden. Die abstrakte subjektive Darlegungslast bleibt während des Prozesses gleich und besagt, daß der Anspruchsteller die klagebegründenden Tatsachen, der Anspruchgegner die Einwendungen behaupten muß. Die konkrete subjektive Darlegungslast verlangt von den Parteien, je nach dem bisherigen Sachvortrag der Gegenseite den eigenen Sachvortrag zu ergänzen, kann demnach zwischen den Parteien hin und her wechseln. Wenn der Vortrag des Klägers den Anforderungen der abstrakten subjektiven Darlegungslast genügt, ist er schlüssig; wenn der Vortrag des Beklagten diesen Anforderungen genügt, ist er erheblich. Für den Fall, daß der jeweilige Vortrag infolge des Vortrags der Gegenseite unklar wird und nicht mehr den Schluß auf die Entstehung des geltend gemachten Rechts zuläß, fordert die subjektive konkrete Darlegungslast Ergänzung des Vortrags”. Vedi KATJIA HEB, *ult. op. cit.*, p. 20.

²⁹⁴ “Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast, wenn ihr Tatsachenvortrag – seine Richtigkeit unterstellt – in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet ist, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen, wobei unerheblich ist, wie wahrscheinlich die Darstellung ist und ob sie auf eigenem Wissen oder auf einer Schlußfolgerung aus Indizien beruht”. Ibidem.

chiarificazione dell'oggetto della lite²⁹⁵. L'onere della prova soggettivo (*Beweisführungslast, formelle Beweislast*) riguarda quale parte debba indicare e fornire i mezzi di prova²⁹⁶.

Stando così le cose, quale relazione esiste, allora, tra queste regole nella processualistica tedesca con il dovere di verità, nel senso di divieto di menzogna e completezza, specialmente se, come fa la dottrina maggioritaria, si considera il dovere di completezza come una parte del dovere di verità²⁹⁷?

Per la dottrina che considera il divieto di menzogna "isolato"²⁹⁸, senza il dovere di completezza, non ci sono interferenze nelle regole dell'onere della prova.

Si è visto, tuttavia, che una certa dottrina ricomprende il dovere di completezza all'interno del dovere di verità, anche se nel sistema tedesco è possibile identificare entrambe le regole in modo indipendente dal punto di vista grammaticale. Pertanto, si può argomentare riconoscendo che il dovere di completezza influenza - come descrive Gradi - aspetti riguardanti l'onere della prova.

Secondo Sturmer, esiste dunque un rapporto di tensione tra il principio dispositivo e il dovere di completezza²⁹⁹, ma di questo si parlerà meglio nel prosieguo della trattazione.

²⁹⁵ HEB K., cit., p. 20, in cui afferma che: "*Die objektive Beweislast, die auch Feststellungslast oder materielle Beweislast genannt wird, beantwortet die Frage, zu wessen Gunsten oder Ungunsten eine nach Erschöpfung aller Beweismittel verbleibende Unaufklärbarkeit des Sachverhalts (sogenanntes non-liquet) zu berücksichtigen ist.*"

²⁹⁶ "*Die subjektive Beweislast, aus Beweisführungslast oder formelle Beweislast gennant, gibt Auskunft darüber, welche Partei Beweismittel anzugeben und zu beschaffen hat. Sie ist ebenso verteilt wie die objektive Beweislast. Das bedeutet, daß derjenige, der bei Unaufklärbarkeit des Sachverhalts unterliegen würde, zwecks Vermeidung dieses Ergebnisses vorher geeignete Beweismittel angeben muß*". Ivi, p. 21.

²⁹⁷ "*Nach diese Vorschrift haben die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände nicht nur der Wahrheit gemäß, sondern auch vollständig abzugeben. Zwar wird teilweise vertreten, die Vollständigkeitspflicht sei Bestandteil der Wahrheitspflicht und habe keinen eigenständigen Inhalt. Dem ist entgegenzuhalten, daß bereits nach dem Wortlaut des Gesetzes die Vollständigkeitspflicht selbständig neben die Wahrheitspflicht gestellt ist (wörtliche Auslegung). Auch die historische Auslegung des § 138 Abs. 1 ZPO kommt zu dem Ergebnis, daß die Vollständigkeitspflicht nicht nur Bestandteil der Wahrheitspflicht ist, sondern isoliert betrachtet werden muß, da nach dem Vorspruch der Novelle von 27. Oktober 1933 die Parteien die Pflicht haben, durch redliche Prozeßführung dem Richter die Findung des Rechts zu erleichtern*" (p. 22). "*Wäre es ihnen lediglich verboten zu lügen, könnten sie sich darauf beschränken, nichts zu sagen, was dem Richter bei der Findung des materiell richtigen Ergebnisses nichts helfen würde*". Ivi, p. 21 e 22.

²⁹⁸ Ivi, p. 23: "*Da die Wahrheitspflicht lediglich das Verbot der bewußten Lüge bedeutet, nicht jedoch verlangt, dass man den Vortrag des Gegners vervollständigt, ist sie, isoliert betrachtet, mit den Regeln über die Beweislast vereinbar. Problematisch ist allein, inwiefern das Vollständigkeitsgebot des § 138 Abs. 1 ZPO mit den Beweislastregeln in Übereinstimmung zu bringen ist. Die Darlegungs- und Beweislast wird damit durch die Wahrheitspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO, isoliert betrachtet, nicht verschoben*".

²⁹⁹ HEB K., p. 28.

4.5. Ambito materiale di validità del dovere di verità

La norma del § 138 Abs. 1 ZPO obbliga non solo le parti e i suoi rappresentanti legali, ma anche i mandatari e soggetti intervenuti, non solo nei confronti della parte opposta, ma anche del giudice.

4.6. Dovere di Verità e Completezza nella procedura civile brasiliana

Nei paragrafi precedenti, si è dato conto di un panorama di teoria generale rispetto al dovere di verità e delle sue declinazioni.

In un'ottica comparatistica, si andrà ad esaminare l'esistenza di un dovere di verità e completezza nell'ordinamento giuridico del Brasile, a partire dal codice di 1973 fino ad arrivare al codice di procedura civile attuale.

Per ovvie ragioni, alcuni spunti storici faranno riferimento alla legislazione più antica, senza però considerarli utili e significativi al raggiungimento dell'obiettivo del nostro studio.

Nel XXI secolo, la dottrina brasiliana ha dimostrato una certa esitazione nel riconoscere il dovere di verità e lealtà processuale come una determinazione più effettiva che una semplice raccomandazione morale anche se, dopo il 1939 (l'anno di entrata in vigore del codice di procedura civile, sostituito dal codice di 1973) riconosce la possibilità di condannare la parte vinta che abbia alterato (cambiato) intenzionalmente la verità dei fatti³⁰⁰.

L'interesse per le questioni morali del processo vengono incontro alle preoccupazioni dell'effettività nella procedura brasiliana, nel senso che si ritrova nelle lezioni dello stimato professore della Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “*o processo não se esgota dentro dos quadros do*

³⁰⁰ In proposito, l'articolo 63 del codice di procedura civile brasiliano del 1939 così recita: “*Sem prejuizo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado.*”

§ 1º *Quando, não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houver dado causa.*

§ 2º *Quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas.*

§ 3º *Si a temeridade ou malícia for imputável ao procurador o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior”.*

*direito material, constituindo, sim, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social*³⁰¹.

Le prime reazioni alle posizioni più liberali del processo sono riscontrabili dagli scritti di Theodoro Junior, nella teoria dell'abuso del diritto. L'Autore, sul punto, considera l'ascesa di questa dottrina come *“uma reação contra a rigidez das disposições legais e sua aplicação mecânica, alheada dos valores éticos consagrados pela moral e pelos costumes”*³⁰².

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sostiene che *“o processo deixa de ser enfocado como assunto de interesse direto e individual das partes, constituído somente por direitos individuais, passando a abranger matérias de importância política e de interesse social”*³⁰³.

Il codice di procedura civile del 1973 prevedeva nel suo art. 14 la soggezione all'imperativo etico all'esercizio nei limiti della lealtà processuale³⁰⁴. La dottrina brasiliana riconosce qui una verità soggettiva, per meglio dire una verità connessa alla visione particolare delle parti dei fatti narrati.

³⁰¹ “Il processo non si esaurisce nel quadro del diritto materiale, costituendo, più in generale, lo strumento della natura pubblica indispensabile per la realizzazione della giustizia e della pacificazione sociale” [trad. libera, NdA], OLIVEIRA C.A.A., *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo – valorativo*, 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 75

³⁰² THEODORO JUNIOR H., *Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz*, in *Revista Jurídica da Academia Brasileira de Direito Processual Civil*, 2008, p. 11.

³⁰³ “Il processo cessa di essere inquadrato come centro di questioni di un interesse diretto e individuale delle parti, costituito solo da diritti individuali, per andare a coprire questioni di importanza politica e di interesse sociale” [trad. libera, NdA]. OLIVEIRA C.A.A., *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo – valorativo*, 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 85.

³⁰⁴ L'inciso I dell'articolo 14 prevedeva che è dovere delle parti e di tutti quelli che partecipano del processo: *“expor os fatos em juízo conforme a verdade”*.

Art. 14. *São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Legge nº 10.358, del 27.12.2001).

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Legge nº 10.358, del 27.12.2001).

Ed infatti, uno dei principali sottoscrittori del codice di procedura civile di 1973, il professore Alfredo Buzaid, così scrive al punto 17 della Esposizione dei Motivi del Codice di Procedura Civile di cui si indaga:

Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever, da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos, porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça.

Per la dottrina portoghese, il dovere di verità decorre dal dovere di collaborazione (cooperazione), raggiungendo quindi tutti i partecipanti al processo - siano essi parti oppure no - ricomprendendo in questo modo anche i testimoni al suo interno³⁰⁵.

Riguardo al dovere di verità, oltre che un dovere di verità soggettiva, sembra che la dottrina brasiliana veda con difficoltà la possibilità che la parte porti in giudizio elementi a se stessa sfavorevoli:

“Tendo em vista este caráter de enfrentamento natural do processo, não se pode esperar que o dever de cooperação e o decorrente dever de veracidade surjam de maneira espontânea – e é exatamente por isso que são postulados como deveres que ultrapassam a esfera formal, e que devem ser analisados à luz da razoabilidade”³⁰⁶.

Parte della dottrina brasiliana, d'altro canto, non estrae dal dovere di verità un dovere di completezza con tutti i doveri accessori che si incontrano nella dottrina tedesca:

“Destarte, o dever de veracidade não se relaciona estritamente com o chamado dever de completude, quando este não sofre limitações, ou haveria um retorno a um processo de tal maneira inquisitorial que não seria admitido nem no momento histórico de maior intervencionismo do juiz do processo, por coagir a parte em seu direito de omissão. Portanto, existe uma limitação ao dever de veracidade, como mecanismo de proteção das garantias do contraditório e da ampla defesa”³⁰⁷.

³⁰⁵ SILVA C.M.F. DA, *O Dever de Cooperação das Partes para a Descoberta da Verdade no Processo Civil Português*, Bogotá, Universidad Libre de Colômbia, 2002.

³⁰⁶ LEAL S.T., *Lealdade processual, dever de veracidade e estado social*, in *Revista Ética e Filosofia Política*, Juiz de Fora, n. 15, v. 2, dez. 2012, p. 98.

³⁰⁷ *IVI*, p. 99.

Per alcuna parte della dottrina³⁰⁸, pertanto, non sembrerebbe dunque residuare alcun dubbio riguardo all'esistenza di un dovere di veridicità delle parti nel processo brasiliano. Tuttavia, non troviamo lo stesso spirito rispetto al dovere di completezza. La dottrina brasiliana sostiene la possibilità che cada in capo alle parti l'omissione relativa a punti rilevanti³⁰⁹. La stessa dottrina sostiene anche determinati limiti legali alla completezza delle informazioni che discendono dal diritto al segreto professionale o al silenzio:

“Importante notar que o próprio ordenamento jurídico estabelece alguns limites à imposição do dever de completude às partes. São casos compreendidos no que se denomina ‘direito ao silêncio’.

O Código de Processo Civil, em seu art. 347, dispõe que a parte não é obrigada a (rectius: não tem o ônus de) depor de fatos criminosos ou torpes que lhe forem imputados, ou a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. O Código Civil acrescenta duas hipóteses: fatos a que não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, parente em grau sucessível ou amigo íntimo (art. 229, II); fatos que o exponha, ou às pessoas anteriormente referidas, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato (229, III). Há, ainda, a possibilidade de que a parte negue-se a depor em razão de motivo justo (art. 345 do CPC)³¹⁰.

Con riguardo alla posizione più comune riguardo al dovere di verità, incontriamo manifestazione secondo la quale una concezione ampia del dovere di verità e completezza è da considerare una visione ingenua del processo:

Sem perder de vista a importância da publicização do processo e da correção das decisões judiciais para a efetiva realização dos escopos da Jurisdição, é preciso reconhecer que as partes estão no processo para defender seus próprios interesses. O demandante deseja ver sua pretensão satisfeita e o demandado quer demonstrar a ilegitimidade dessa pretensão. Cada um deles quer ‘vencer’ e, para isso, praticam todos os atos permitidos em lei para convencer o juiz de que têm razão.⁶⁰ Imaginar que as partes devem deixar seus interesses de lado para ‘auxiliar’ de forma pura e altruísta o Poder Judiciário é negar a realidade das coisas.⁶¹ Seria o mesmo que esperar, como salientou com muita propriedade Sergio La China, uma atuação “angelical” no “mundo terreno da lide e do processo”³¹¹.

³⁰⁸ Vedi, ad esempio, le riflessioni contenute in LUCCA R.L. DE, *O Dever de Veracidade das Partes no Direito Brasileiro*, Revista Dialética de Direito Processual n° 97. São Paulo, v. 15, n. 2, 2011, p. 12.

³⁰⁹ Ibidem.

³¹⁰ Ivi, p. 13.

³¹¹ Ivi, p. 15.

Diversamente, con riguardo al dovere dell'art. 339 del codice del 1973:

No que concerne às partes, o dever de colaboração do art. 339 não pode ser entendido como um verdadeiro dever; ao menos não no sentido técnico-jurídico do termo.⁷² É preciso interpretá-lo como uma reafirmação dos deveres de lealdade, probidade, veracidade e boa-fé previstos no art. 14, coibindo-se a prática de atos que retardem o término do processo ou que atrapalhem a formação do convencimento judicial da verdade. Dando-lhe uma conotação mais ativa, é possível associar-lhe uma distribuição 'dinâmica' do ônus da prova; nesse sentido, o ônus de provar recairia sobre aquele que tivesse melhores condições de produzir a prova.³¹²

Ora, è convinzione comune nella dottrina brasiliana che il dovere di verità debba riguardare soltanto i fatti³¹³ e non le allegazioni di diritto³¹⁴, come è, del resto, opinione comune e prevalente nel resto del mondo:

“O dever de veracidade impõe às partes que exponham os fatos em juízo conforme a verdade, afastando-se sua incidência sobre alegações de direito. Os arts. 14, I e 17, II, do CPC são extremamente claros nesse sentido. A explicação que se dá para tal restrição está no princípio iura novit curia. Enquanto o direito deve ser dominado pelo juiz, seu conhecimento dos fatos limita-se àqueles que tiverem sido

³¹² Ivi, p. 16.

³¹³ CONTE, apud ARAUJO A.L.M. DE, secondo il quale “a boa-fé processual, conceito, deveres de veracidade, colaboração e reflexões, ao escrever sobre Contraditório como dever e Boa-fé Processual no livro *Processo Constitucional coordenado pelo Ministro Fux. Gen/Forense: São Paulo, 2013, p. 708/709* pontua: “15. Dever de não omitir. Um dos pontos mais incandescentes da discussão está em saber se o dever de veracidade (que, atualmente, não é mais um dever moral, mas também regra jurídica, depois do § 138 da ZPO alemã) abrange o dever de não omitir. Em linha de princípio, a resposta afirmativa se impõe, quando menos no que concerne às questões fáticas e aos elementos de fato da causa. O dever de dizer a verdade (wahrheitspflicht) e nada omitir (vollständigkeitspflicht) não é mero dever moral, mas legal”. Adiante arremata “[...] O dever de veracidade pertine apenas às questões de fato (pelo que se excluem as questões de direito: v.g., de afirmar qual a regra jurídica existente, válida e eficaz aplicável a espécie), e não se coaduna com alegações falsas, omissões infiéis, o calar intencional, o ocultar deliberado de fato(s) que seria(m) proeminente(s) para o deslinde da controvérsia. No contexto da dinâmica dialética do processo civil, o dever de não omitir está essencialmente conectado com os princípios da colaboração e da cooperação intersubjetiva; justamente por tal razão é que, no campo do direito processual, não parece aceitável, no momento presente, a tese de que o dever de veracidade se instauraria unicamente entre partes e Estado-juiz”.

³¹⁴ ARAUJO A.L.M. DE, *A boa-fé processual, conceito, deveres de veracidade, colaboração e reflexões. Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina. Santa Catarina, v. 8, n. 13, jul./dez. 2013: Em veras, basta precisar o conteúdo do dever de veracidade e completitude na narrativa dos fatos. Segundo a doutrina, o dever de veracidade consiste em não alegar como existentes fatos os quais se sabe que são verdadeiros. Por outro lado, o dever de completitude consistiria em alegar todos os fatos relevantes para a correta resolução do conflito, sem omitir dado algum que esteja sob o domínio da parte. Este dever pode ser violado simplesmente ao se omitir de dizer qualquer fato que faça parte do patrimônio cognitivo do litigante.*

*levados aos autos pelas partes (quod non est in actis non est in mundo); as alegações jurídicas, portanto, não teriam a mesma relevância das alegações fáticas”.*³¹⁵

L'articolo 339 del codice del 1973 affermava che “*Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade*”. Tale assioma sarà riprodotto testè nel codice del 2015 all'art. 378. Questo articolo è stato molto criticato, soprattutto riguardo alla tecnica redazionale. Infatti, secondo la dottrina nazionale non si tratta di un vero dovere, ma di un onere³¹⁶:

Não apenas o art. 339 destoa do sistema de atribuição de ônus às partes previsto pelo Código de Processo Civil; também o art. 340 insiste na equivocada e imprecisa metodologia de considerar deveres comportamentos que interessam fundamentalmente às partes. Seriam deveres, desse modo, o comparecimento em juízo, respondendo a tudo o que for interrogado (inc. I), e a submissão à inspeção judicial que for julgada necessária (inc. II).

É inegável o intuito do legislador, com esse dispositivo, de promover a verdade no processo. Não raro, esse dever é visto como um desdobramento do dever de veracidade das partes, afinal, tanto o comparecimento em juízo como a submissão à inspeção judicial servem para esclarecer os fatos relevantes e controversos da causa.

Il codice di procedura civile brasiliano menziona la verità in diversi articoli (art. 77, I, e art. 80, II, do CPC, e o 378, I do CPC):

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer

³¹⁵ Sul punto, v. LUCCA R.L. DE, *O Dever de Veracidade*, cit., p. 08, il quale si riferisce al vecchio ordinamento procedurale, confermato dalla nuova legislazione. L'autore ricorda che abbiamo in Brasile una situazione limite, cioè, la necessità di prova del diritto comunale (del municipio), dello Stato (in quanto il Brasile è una federazione), straniero o consuetudinario, riguardo ai quali si ammette la possibilità di estrarre effetti dal dovere di verità: “*Há, contudo, uma situação limítrofe. Trata-se do ônus das partes de provar o teor e a vigência do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário alegado (art. 337 do CPC), mitigando-se o princípio iura novit curia e reconhecendo-se a dificuldade do juiz de conhecer as normas jurídicas que não integram a “ordem jurídico-positiva federal”. A alegação, aqui, divide-se em duas. Alega-se o direito enquanto argumento jurídico, o qual é infenso a análises de veracidade ou falsidade, mas também se alega o fato de que aquela norma existe e está em vigor, o que será objeto de prova. Quanto a esta última, perfeitamente possível conceber-se um dever de verdade; caso a parte alegue a existência de um direito municipal inexistente ou afirme que uma norma revogada ainda está em vigor, inexistindo justificativa para o equívoco, deverá ser devidamente sancionada*”.

³¹⁶ Ivi, p. 26: “*O diploma, aliás, é notório pela imprecisão terminológica, o que, muitas vezes, exige a interpretação sistemática dos termos nele contidos. Desse modo, não obstante rejeitemos veementemente posições que tendem a simplesmente ignorar normas jurídicas, é forçoso reconhecer que as leis não são capazes de alterar conceitos lógico-jurídicos. É dever aquilo que contém todos os elementos de um dever; não basta que o Código chame um ônus de dever para que a categoria jurídica simplesmente seja transformada*”.

forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: II - alterar a verdade dos fatos;

Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Occorre affermare che l'idea di dovere di verità o veridicità nella procedura civile brasiliana, anche se oggetto di pochi studi e monografie - dato il carattere relativamente semplice della previsione legislativa - non trova difficoltà nel coincidere con il concetto di divieto di affermare menzogne. Tutta la discussione e resistenza, tuttavia, si concentra sul questione di ammettere un dovere di completezza ed i suoi conseguenti limiti, anche se è possibile trovare manifestazioni in entrambi i sensi, senza che si possa identificare la prevalenza di una o dell'altra, come esplicitato negli articoli sotto riportati:

[...] simples omissão, por outro lado, faz parte da natureza do processo, em que cada um conta os fatos segundo o seu ponto de vista. Exigir uma completude absoluta seria desarrazoado e desproporcional. A utilização do dever de veracidade para impor outros tipos de deveres às partes é perigosa e em nada se coaduna com o sistema de ônus previsto pelo nosso Código de Processo Civil.³¹⁷

O ancora, in altro articolo:

“Não obstante as fortes disputas doutrinárias, ainda existentes, não podemos duvidar que o dever de veracidade e completitude, bem assim o de colaboração, pdoem ser perfeitamente demarcados dentro da amplitude do conceito da boa-fé processual. Dizer a verdade, sem omitir detalhe(s) relevante(s), é uma conduta que, em um conflito judicial, é considerada como social e eticamente correta, apesar de parecer utópica. Atua lealmente quem narra os fatos de forma verídica e completa, assim como o litigante que introduz ao processo todos os elementos de convicção necessários (...).”³¹⁸

Gli studiosi, insieme alla dottrina brasiliana, dimostrano in effetti un'opinione piuttosto mite e probabilmente senza molto animo, riguardo al dovere di verità.

Il riconoscimento della presenza di questo dovere, inteso come un divieto di menzogna, non è però discutibile, considerato il tempo di permanenza di queste norme esplicite nel sistema. Bisogna anche sottolineare che la reazione della giurisprudenza e

³¹⁷ LUCCA R.L. DE, *op. cit.*, p. 25.

³¹⁸ ARAUJO A.L.M. DE, *A boa-fé processual, conceito, deveres de veracidade, colaboração e reflexões*, in *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, Santa Catarina, v. 8, n. 13, jul./dez. 2013.

della dottrina è abbastanza scarna. A tal proposito, merita particolare attenzione la conclusione alla quale arriva la studiosa Pitt:

[...] fica claro que o direito de veracidade processual de faz presente como norma jurídica em nossa legislação, o que não poderia ser diferente, vez que durante o litígio as partes devem levar ao conhecimento do julgador todo o material probatório a respeito do fato controvertido, possibilitando desta forma a obtenção da verdade apta a embasar uma decisão justa. Ocorre que nem sempre esse dever de veracidade è lembrado pelas partes e advogados, que em muitas ocasiões não têm interesse na solução do litígio, seja para retardar o seu andamento ou até mesmo sair vitorioso a qualquer custo.³¹⁹

5. La responsabilità per la violazione del dovere di verità e completezza

Un tema di uguale importanza e che riguarda l'abuso del processo è la responsabilità delle parti e la responsabilità degli avvocati per aver tenuto comportamenti contrari al principio di buona fede. In senso generale, le conseguenze possibili per la violazione del dovere di verità e completezza possono valutarsi in costi e danni.

La legislazione brasiliana attuale (2015) stabilisce il pagamento dei danni e dei costi giudiziali nel caso del riconoscimento della attuazione in mala fede (*litigância de má-fé*)³²⁰.

È opportuno sottolineare, però, che l'applicazione per violazione del dovere di completezza resta ancora del tutto scarsa ed episodica³²¹.

³¹⁹ PITT G.F., *Dever de veracidade no Processo Civil brasileiro e sua relação com o instituto da Discovery do processo norte-americano da common Law*; Prova Judiciária: Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 120.

³²⁰ AMORIM (*apud* ARAUJO, cit., 2013); in *Manual de Direito Processual Civil*, Ius Podium. 8. ed, 2016, p. 152, il quale scrive che l'art. 80 del nuovo CPC brasiliano "tem um rol descritivo dos atos tipificados pelo legislador como sendo atos de má-fé (má-fé stricto sensu). Existe divergência doutrinária a respeito deste rol; para alguns se trata de rol exemplificativo e para outros de rol exaustivo, parecendo preferível o segundo entendimento em decorrência de regra de hermenêutica que determina interpretação restritiva para normas restritivas de direito. O inciso I do dispositivo ora comentado, ao mencionar a dedução de pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso, deve ser interpretado como extremo cuidado, levando-se em conta as diferentes interpretações possíveis do texto legal. Dessa forma, a litigância de má-fé só estará configurada em situações teratológicas, nas quais não haja um mínimo de seriedade nas alegações da parte. Cuidado similar se exige na interpretação do inciso II, considerando-se que também com relação aos fatos existem diferentes versões; o que a lei qualifica como litigância de má-fé é a negativa expressa de fato que a parte sabe ter existido, a afirmação de fato que sabe inexistente e a falsa vesaõ para fatos verdadeiros. No inciso III, encontra-se prevista a conduta unilateral de uma das partes em prejuízo da parte contrária e do próprio processo; sendo o processo o instrumento estatal para a proteção do direito material, não se pode admitir a utilização de tal instrumento justamente para violar o direito material".

Ciò premesso, in Brasile accanto alla sanzione della multa vi è la previsione della responsabilità patrimoniale, il pagamento dei danni sofferti dalla parte pregiudicata a causa della menzogna, dalla violazione del dovere di verità e completezza.

La responsabilità patrimoniale non comporta una sanzione ma viene prevista nello stesso articolo del processo che riguarda i comportamenti di mala fede. In questo senso, la responsabilità civile è la stessa responsabilità ampia e generica di indennizzo dell'ingiusto³²².

Nella realtà giuridica brasiliana, ci sono questioni legate alla necessità di provare il danno, nel senso che la Corte tende ad uniformarsi alla legislazione federale che si è già espressa in passato; stante questo orientamento, non bisogna dimostrare danni per l'indennizzo per attuazione in mala fede³²³.

In Italia, d'altra parte, la responsabilità delle parti è prevista all'art. 96 c.p.c., introdotto dall'art. 45 Legge 18 giugno 2009, n. 69. Questo articolo prevede che, anche d'ufficio, il giudice possa condannare la parte soccombente al pagamento a favore della

³²¹ Art. 81 c.p.c. brasiliano: “*De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.*”

§ 1o *Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.*

§ 2o *Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.*

§ 3o *O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos”.*

³²² LUCCA R.L. DE, *O Dever de Veracidade das Partes no Direito Brasileiro*, cit, p. 12: “*Consciente das dificuldades que envolvem o tema, não parece possível confundir responsabilidade civil patrimonial com sanção. E, ainda que compreendida dessa forma, certamente difere-se das outras sanções cominadas. Responsabilidade civil é obrigação de reparar o dano injusto; decorre sempre do dano e não do ato ilícito. Como regra, apenas o dano causado por um ato ilícito será indenizável, mas é o dano que justifica a responsabilidade. Por isso, a obrigação (ou dever, como defendem alguns) corresponde ao dano causado ao ofendido, nem mais nem menos. A sanção, ao contrário, é consequência do simples descumprimento do dever. Seu pressuposto é o ato ilícito e não o dano. Há sanção sem dano, mas jamais haverá sanção sem ato ilícito. Desse modo, toda violação do dever de veracidade será sancionada com multa, mas apenas quando essa violação causar dano à outra parte é que o transgressor estará obrigado a indenizá-la. Poder-se-ia dizer que a responsabilidade civil é uma sanção pela violação do *neminem laedere*. Ainda assim, em nada se confundiria com as sanções processuais pela violação de deveres também processuais”.*

³²³ ARAUJO A.L.M. DE, *A boa-fé processual, conceito, deveres de veracidade, colaboração e reflexões*, in *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*. Santa Catarina, v. 8, n. 13, jul./dez. 2013: “*Daniel Amorim Assumpção Neves mostra sutilmente, a diferença do art. 77 e do art. 80, ambos do CPC 2015, falando ainda que o STJ entende que é desnecessária a comprovação do prejuízo para que haja a condenação ao pagamento de indenização por litigância de má-fé (EREsp 1.133.262-ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 3.6.2015-DIe 04.08.2015)”.*

controparte, di una somma equitativamente determinata. Pertanto, bisogna dimostrare la mala fede nel comportamento della parte³²⁴.

In Germania, la violazione del dovere di verità del § 138 Abs. 1 ZPO può comportare la persecuzione criminale per frode processuale (*Prozeßbetrug*), conformemente alla disposizione del § 263 StGB (codice penale tedesco) e la responsabilità civile per i danni a seconda del § 826 BGB come § 823 abs. 2 BGB combinati con il § 263 StGB³²⁵.

Sul punto, il giurista Gradi considera che in Germania, *”where the duty of truth is often considered a lex imperfecta, it is controversial whether it is possible to base compensation for damages on the general rules of tort provided by substantive Law”*³²⁶.

Un'altra modalità di punire le violazioni del dovere di verità e completezza è la c.d. multa monetaria. Secondo Gradi queste forme di sanzioni sono già previste in Portogallo e Brasile³²⁷. In Italia, diversamente, è prevista soltanto nel caso di atteggiamento conclamato di mala fede³²⁸.

Relativamente ad altri ordinamenti moderni, vale la pena altresì citare l'art. 247 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* spagnola del 2000, il cui disposto prevede che, in caso

³²⁴ Art. 96 c.p.c. (Responsabilità aggravata). “Se risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, il giudice, su istanza dell'altra parte, la condanna, oltre che alle spese, al risarcimento dei danni, che liquida, anche d'ufficio, nella sentenza.

Il giudice che accerta l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare, o trascritta domanda giudiziale o iscritta ipoteca giudiziale, oppure iniziata o compiuta l'esecuzione forzata, su istanza della parte danneggiata condanna al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente, che ha agito senza la normale prudenza. La liquidazione dei danni è fatta a norma del comma precedente. In ogni caso, quando pronuncia sulle spese ai sensi dell'articolo 91, il giudice, anche d'ufficio, può altresì condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata”.

³²⁵ HEB K., p. 19: “*Da die Verletzung der Wahrheitspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO strafrechtlich einen Prozeßbetrug gemäß § 263 StGB darstellt und Zivilrechtlich zum Schadenersatz nach § 826 BGB sowie § 823 abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB verpflichtet, handelt es sich bei dieser “Pflicht” tatsächlich um eine Pflicht und nicht lediglich um eine Last. Das Gesetz Will die Parteien zur Erfüllung der Pflicht anhalten und stellt es ihnen gerade nicht frei, den Anforderungen nicht nachzukommen und dafür ungünstige Rechtsfolgen auf sich zu nehmen.*”

³²⁶ GRADI M., *The Right of Access to Information and Evidence and the Duty of Truthful Disclosure of Parties in Comparative Perspective*, Procedural Science at the Crossroads of Different Generations, 2015, p. 101.

³²⁷ Art. 81. “*De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo. § 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.*”

³²⁸ GRADI M., *The Right of Access to Information and Evidence and the Duty of Truthful Disclosure of Parties in Comparative Perspective*, cit.,

di comportamenti contrari al principio di buona fede, non solo le parti ma anche gli avvocati possono essere condannati al pagamento di una sanzione (che va da € 180 a € 6.000) ed il cui ammontare viene determinato tenendo conto delle circostanze del caso concreto e dei possibili pregiudizi per il processo e per la controparte senza, tuttavia, che detta sanzione possa superare la terza parte del valore della causa³²⁹ .

Negli Stati Uniti, la *Rule 11* delle *Federal Rules of Civil Procedure* determina che “l'avvocato debba dichiarare che per quanto a sua conoscenza, gli atti processuali non sono compiuti per scopi impropri, quali ad esempio: a fini vessatori, delatori o per incrementare inutilmente i costi del processo. In caso di violazione della predetta disposizione, il giudice, anche d'ufficio, può condannare l'avvocato ad una sanzione adeguata”³³⁰ .

Nel diritto inglese, “la *Rule 48.7* delle *Civil Procedure Rules* prevede che l'avvocato possa essere condannato a pagare in tutto o in parte le spese di lite al proprio assistito o alla controparte: si tratta del c.d. *wasted cost order*.

La norma non è, come potrebbe apparire a prima vista, frutto dell'epocale riforma del 1998. Essa, infatti, trovava già spazio nel *Supreme Court Act* del 1981 (s. 51 (3)) e, successivamente alla modifica apportata dal *Courts and Legal Services Act* del 1990.

Si tratta chiaramente di un'ipotesi eccezionale, tant'è che la giurisprudenza ha interpretato restrittivamente i requisiti che possono portare alla pronuncia di un *wasted cost order*, il quale potrà essere emanato solo se il giudice si sia convinto del fatto che nessun buon avvocato avrebbe agito in tal modo e solo previa instaurazione di un subprocedimento nel corso del quale l'avvocato può esercitare, in contraddittorio, il proprio diritto di difesa”.

Negli Stati Uniti, la parte che giura falso (*perjury*) è soggetta alle sanzioni penali, e questo si applica anche alle parti che possono fare dichiarazioni sotto giuramento. Quanto detto non accade, evidentemente, nella tradizione di *civil law*, dove soltanto i testimoni prestano la deposizione sotto giuramento.

³²⁹ Ibidem.

³³⁰ Ibidem.

5.1. Azione risarcitoria per dolo della parte vincitrice a scapito della vittoria nel processo. (art. 485, III, CPC)

L'infedeltà procedurale autorizza la decostituzione della sentenza che è già divenuta definitiva quando risulta dall'inganno della parte vittoriosa a scapito della parte soccombente (art. 485, III, CPC). deslealdade processual.

Questa previsione è quasi in perfetta coincidenza con la nuova disposizione oggetto del código di 2015:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

È facile rilevare, dunque, che il mancato rispetto del dovere di verità e completezza può giustificare l'uso della domanda “rescissoria” nei termini sopra affermati³³¹. Nel sistema del código di 1973, però, le sanzioni per la violazione del dovere di verità sono ancora timide e scarse³³².

³³¹ LUCCA R.L. DE, *op. cit.*, p.24 : “Essa previsão é, de certo modo, recorrente nos diversos sistemas jurídicos e justifica-se pela função legitimadora atribuída à verdade para as decisões judiciais. A Espanha, por exemplo, permite a revisão de uma ‘sentencia firme’ quando “se houver ganhado injustamente em razão de suborno, violência ou maquinação fraudulenta” (art. 510, 4, da LEC) e mesmo a Itália prevê no art. 395, 1, de seu cpc a possibilidade de revogação da sentença quando resultante de dolo de uma das partes em detrimento da outra (dolo revocatorio)”. Riguardo alla legislazione italiana, bisogna riprodurre il testo di LUCCA: “A Corte de Cassação italiana chegou a decidir, há algumas décadas, que “o dolo processual da parte, a partir do qual é possível pronunciar a revogação da sentença nos termos do art. 395, n.1, do cod. proc. civ., consiste apenas em artifícios e fraudes capazes de paralisar ou distrair a defesa adversária ou de impedir o juiz de declarar a verdade, jamais exaurindo-se na simples alegação de fatos não-verdadeiros ou no simples silêncio sobre fatos contrários à parte”. V. Cass. 19 de agosto de 1958, n. 2923, in MARCHETTI C., *Dolo revocatorio e falsa alegazione*, 1960. p. 419. (Trad. libera).

5.2. Il dovere di verità riguardo agli avvocati

Occuparsi del dovere di verità rispetto al comportamento tenuto dagli avvocati rappresenta una considerevole discussione ove si pensi al contenuto della deontologia forense; per meglio dire, ai limiti concreti al comportamento ed all'azione dell'avvocato.

Georg Naegeli³³³, esaminando alcuni aspetti del dovere di verità relativi alla deontologia forense, sostiene che i limiti riguardo agli avvocati siano definiti; e non della verità obiettiva³³⁴, in ragione della quale essi vanno intesi nel senso che devono difendere gli interessi dei mandanti. La difesa dell'interesse del mandante può significare anche l'omissione di aspetti svantaggiosi, "*dazu kann auch gehören, eine für den Klienten ungünstige Begebenheit herabzuspielen oder davon abzulenken*"³³⁵.

In Svizzera, il BGFA non stabilisce una regola espressa del dovere di verità, bensì una clausola generale secondo la quale gli avvocati devono agire di modo prudente, cosciente e diligente (*sorgfältig und gewissenhaft*)³³⁶. Tuttavia, la dottrina e

Atualmente, a questão já está relativamente pacificada, aceitando-se, como causa do *dolo revocatorio* não só a mentira como também o silêncio sobre fatos essenciais ao julgamento da causa (Cass., 24 de março de 2006, n. 6595, in GRADI M., *Il divieto di menzogna*, cit, p. 655)".

³³² LUCCA R.L. DE, *op. cit.*, p. 26: "As sanções para a violação do dever de veracidade são restritas e tímidas. O vigor demonstrado pelo legislador ao impor deveres e configurar situações de litigância de má-fé das partes não refletiu nas sanções previstas. Essa desarmonia acaba por enfraquecer o sistema".

³³³ NAEGELI G., *Darf man in Prozess lügen*, *Anwaltsrecht Revue de l'avocat*. Alemanha, v. 6, n. 7, 2010, p. 292 e ss.

³³⁴ Ivi, p. 292: *Das Bundesgericht hat wiederholt ausgeführt, der Anwalt sei bei seiner Berufstätigkeit an die Schranken gebunden, die sich aus seiner Stellung als "Diener des Rechts" und als "Mitarbeiter der Rechtspflege" ergeben. Im Entscheid 106 la 100 E.6b S.104f. rückte es mit folgenden Erläuterungen diese etwas missverständliche Formulierung ins richtige Licht: "Die Bezeichnungen 'Diener des Rechts' und 'Mitarbeiter der Rechtspflege' bedeuten aber nicht, dass der Anwalt wie der Richter auf die objektive Wahrheitsfindung und Rechtsanwendung verpflichtet sei. [...] Der Anwalt ist aber nicht staatliches Organ und auch nicht 'Gehilfe des Richters', sondern Verfechter von Parteiinteressen und als solcher einseitig für seinen jeweiligen Mandanten tätig. Das heisst aber nicht dass die Tätigkeit des Anwalts keinen Schranken unterliege. [...] Ob derartige Pflichtwidrigkeiten vorliegen, ist wegen der dem Anwalt zustehenden weiten Entscheidungsfreiheit jedoch mit grosser Zurückhaltung zu beurteilen."* Auch in der Lehre wird betont, dass für Anwältinnen und Anwälte keine besondere Pflicht besteht, das Gericht bei der Ermittlung der objektiven Wahrheit zu unterstützen oder die Gegenpartei über einen Irrtum aufzuklären. Anwältinnen und Anwälte sind vielmehr verpflichtet, die Interessen ihrer Mandanten zu vertreten. Dazu kann auch gehören, eine für den Klienten ungünstige Begebenheit herabzuspielen oder davon abzulenken.

³³⁵ Ibidem, che si esprime con riguardo al diritto svizzero.

³³⁶ Seit dem 1. Juni 2002 gelten für Anwältinnen und Anwälte die Berufsregeln des Bundesgesetzes über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte. Mit dem BGFA wurden die Berufsregeln (Art. 12 BGFA) sowie das Disziplinarrecht (Art. 15-20 BGFA) neu gefasst und auf eidgenössischer Ebene abschliessend festgelegt. Es bleibt kein Raum für abweichende Kantonale Regelungen. Das Regelwerk des BGFA statuiert keine direkte Wahrheitspflicht der Anwälte. Vielmehr hält Art.12 lit. a BGFA im Sinn einer Generalklausel fest, dass der Anwalt seinen Beruf "sorgfältig und gewissenhaft" ausüben muss. Dies gilt sowohl im Umgang der Anwälte mit Klienten als auch für ihr Verhalten gegenüber den Gerichtsbehörden. Die Botschaft umschreibt diese Anforderung als "korrektes Verhalten bei der gesamten Anwaltstätigkeit". BGFA.

la giurisprudenza sostengono con forza che tali affermazioni siano non vere e inammissibili³³⁷: *“In Lehre und Rechtsprechung wird einhellig und seit jeher die Ansicht vertreten, dass unwahre Tatsachen behauptungen unzulässig sind. So heisst es einprägsam in dem 1988 erschienenen Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwalts im Kanton Zürich.”*

La *Zürcher Aufsichtskommission* ha vietato agli avvocati di poter ottenere effetti giuridici per mezzo di elementi o dati consciamente non veri o per mezzo di *“irrführenden Angaben”*³³⁸.

In Svizzera, pertanto, il dovere di verità vale per gli avvocati e per tutte le parti. Il dovere discende dal dovere di lealtà e buona fede e, specialmente per gli avvocati, discende dal dovere di agire con diligenza e cura³³⁹.

Secondo quanto sostiene Georg Naegeli, riferendosi al diritto svizzero, gli avvocati si sottomettono al dovere di verità, ma non in modo illimitato³⁴⁰. Come già avvertito rispetto al dovere di verità, non esiste dunque un dovere di investigazione della verità obiettiva. Dal punto di vista dell'Autore, infatti, è giustificata l'omissione con riguardo a circostanze sfavorevoli; il limite a questo è il divieto, però, di affermare menzogne: *“Im Einzelfall kann es schwierig sein zu entscheiden, ob ein noch zulässiges ablenken von den für die Mandantin ungünstigen Umständen oder bereits eine unzulässige Irreführung des Gerichtes vorliegt”*.

³³⁷ NAEGELI G., *Darf man in Prozess lügen, Anwaltsrecht Revue de l'avocat*, Alemanha, v. 6, n. 7, 2010, p. 293, secondo cui *“in Lehre und Rechtsprechung wird einhellig und seit jeher die Ansicht vertreten, dass unwahre Tatsachen behauptungen unzulässig sind. So heisst es einprägsam in dem 1988 erschienenen Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwalts im Kanton Zürich: “[Der Anwalt] soll die Interessen seines Klienten nicht mit Lug und Trug, sondern nach Recht und Billigkeit verfechten.”*

³³⁸ *“Die Zürcher Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte entschied schon 1946, dass der Anwalt, der sich bewusste Unwahrheiten zu Schulden kommen liesse, [...] der Achtung nicht würdig [wäre], die sein Beruf erfordert.” Nach einem Entscheid von 1952 verbietet es “[d]ie Wahrheitspflicht des Anwaltes [...], die Rechtsverfolgung mit bewusst unwahren oder irrführenden Angaben zu betreiben.”*

³³⁹ NAEGELI G., *ult. op. cit.* p. 293, in cui si afferma che *“Die Wahrheitspflicht als Prozessgrundsatz gilt für alle am Prozess Beteiligten, so auch für die prozessbevollmächtigten Anwältinnen und Anwälte. Sie ergibt sich aus dem Grundgebot von Treu und Glauben, für Anwältinnen und Anwälte überdies aus der anwaltsrechtlichen Grundpflicht der sorgfältigen und gewissenhaften Berufsausübung. Gemäss Fellmann ist es Anwältinnen und Anwälten namentlich verboten, “bewusst unwahre Behauptungen aufzustellen, Richter und Behörden etwa durch Auflage Unrichtiger Beweismittel über einen für die Beurteilung wesentlichen Sachverhalt irrezuführen, Zeugen zu beeinflussen oder mit rechtswidrigen Drohungen auf die Gegenpartei oder den Gang eines Verfahrens einzuwirken.”*

³⁴⁰ *“Wie bereits erwähnt gilt für Anwältinnen und Anwälte die Wahrheitspflicht nicht schrankenlos. Sie haben keine Pflicht, das Gericht bei der Ermittlung der objektiven Wahrheit zu unterstützen, und sind berechtigt, im Interesse ihrer Mandanten für diese ungünstige Begebenheiten zu verschweigen, zu relativieren oder davon abzulenken. Dieses Recht findet jedoch seine Schranke im Verbot zu lügen. Im Einzelfall kann es schwierig sein zu entscheiden, ob ein noch zulässiges ablenken von den für die Mandantin ungünstigen Umständen oder bereits eine unzulässige Irreführung des Gerichtes vorliegt.” Ibidem.*

Se così è, allora non corrispondono all'idea di affermazioni false quelle affermazioni di cui l'avvocato non è sicuro della loro correttezza - per esempio, a "lungo tempo" - cioè, affermazione con una certa ampiezza o incertezza. Anche se l'avvocato ha dubbi riguardo alla certezza e correttezza delle affermazioni, ciò di per sé non li rende argomenti strumentalizzati o argomenti coscientemente falsi³⁴¹. Lo stesso dicasi nel caso in cui la parte afferma all'avvocato la certezza e correttezza dell'informazione, nel senso che è un obbligo dell'avvocato usare l'affermazione in giudizio.

Come già affermato prima, l'avvocato non deve ricercare la correttezza o la verità dei fatti portati in giudizio. Questa è anche la opinione della dottrina maggioritaria in Svizzera riguardo al dovere di verità dell'avvocato.

Fondamentalmente, l'avvocato non fa altro che utilizzare gli elementi che riceve dalla parte e conseguentemente considerare la possibilità effettiva di provare la verità di questi argomenti. In questo senso, la dottrina avverte che l'avvocato non può utilizzare gli elementi di prova portati dalle parti senza un minimo di critica e, pertanto, non può agire "ciecamente".

Dall'avvocato si esige, invero, un minimo di cura e non una cieca fiducia nelle affermazioni e nelle prove fornitegli dalla parte; ne consegue che l'avvocato deve preparare il giudizio conscio e convinto della forza degli argomenti e della prova di cui avrà bisogno di produrre nel dibattimento. Trattasi di una prima validazione della domanda, che tiene conto anche della probabilità di successo dei fatti che intende allegare.

In altre parole, è chiaro che il difensore legale non possa basarsi su argomenti ed elementi fattuali evidentemente impossibili, incorretti o non veri³⁴². Su questo punto, possiamo affermare che la dottrina svizzera non va così lontano riguardo al dovere di verità, ma allo stesso tempo diverge da quello che sostiene la dottrina tedesca allorché

³⁴¹ Idem: "Von wissentlich unwahren Behauptungen abzugrenzen sind insbesondere Bauptungen, von welchen der Anwalt nicht weiss, ob sie zutreffen oder nicht; Behauptungne, die eine relative Grösse betreffen (z.B. "längere Zeit"); sowie gewisse Vereinfachungen des behaupteten Sachverhalts, z.B. das Auslassen von unerheblichen Details. Auch wenn der Anwalt erhebliche Zweifel an der Richtigkeit gewisser von ihm aufgestellter Behauptungen hegt, sind seine Vorbringen nicht wissentlich unwahr. Wenn der Mandant trotz Abraten der Anwälte auf der Richtigkeit besteht, 'dann hat der Anwalt ohne Zweifel das Recht und möglicherweise sogar die Pflicht, diese Behauptung dem Gericht vorzutragen.'"

³⁴² Idem: "Er [der Fürsprecher] soll aber weder denselben blind vertrauen und alles unkritisch übernehmen, was der Klient ihm vorträgt – ein gewisses Minimum an Sorgfalt bei der Prüfung und Kontrolle der Angaben des Klienten erfordert schon er Umstand, dass diesem selbst mit einem verlorenen Prozess nicht gedient wäre – noch ist er andererseits gehalten, wie ein Untersuchungsrichter selber die Wahrheit zu erforschen. Der Anwalt darf sich vielmehr auf die Angaben des Kliente grundsätzlich verlassen, wenigstens solange als diese sich nicht offensichtlich als unrichtig oder unmöglich darstellen oder der Anwalt aufgrund konkreter Anhaltspunkte erhebliche Zweifel and eren Richtigkeit haben muss."

sostiene che il dovere di verità impedisce che le circostanze sfavorevoli siano omesse. Rispetto al comportamento degli avvocati svizzeri, sembra dunque che il dovere di verità si limiti ad un divieto di menzogna³⁴³.

Altro elemento rilevante riguarda la contestazione. Nella opinione di Sterchi, contestare non significa dire che gli argomenti della parte sono falsi, ma soltanto esigere la presentazione della prova³⁴⁴, è legittimo, perciò, utilizzare le difficoltà probatorie della parte contraria a beneficio del mandante³⁴⁵.

In questo modo, tanto le parti quanto gli avvocati devono osservare il dovere di verità. Non si devono fare affermazioni contrarie a ciò che è vero, ma è permesso esigere la prova di quello che si afferma; in questo senso, si interpreta il diritto di contestare, vale a dire il potere di utilizzare un'eventuale difficoltà probatoria della parte contraria³⁴⁶ a proprio beneficio.

Il nuovo codice di procedura civile svizzero è entrato in vigore il 1° gennaio 2011 e non è considerato molto specifico riguardo al dovere di verità delle parti.

L'articolo 52 ZPO CH si limita, infatti, alla regolazione del principio della buona fede nella procedura civile³⁴⁷. Questa disposizione individua il fondamento del dovere di verità delle parti, perchè lo sviluppo del dovere di verità trae le sue origini dalla buona fede³⁴⁸.

³⁴³ Habscheids Auffassung, wonach Parteien und ihre Anwälte auch Ungünstiges vorzutragen hätten, geht indessen zu weit und hat sich in der Schweiz nicht durchgesetzt; sie entspricht nicht dem hiesigen Verständnis des Wesens eines kontradiktorischen Prozesses. Ibidem.

³⁴⁴ *Die Formulierung bedeute lediglich, dass man von der Gegenpartei den Beweis für ihre Behauptung verlange. Allerdings weist Hafter zu Recht auf die taktische Komponente eines solchen Vorgehens hin; in der Tat sind Anwälte schlecht beraten, eine Behauptung wider besseres Wissen zu bestreiten, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Gegenpartei die Richtigkeit ihrer Behauptung belegen kann.* Ibidem.

³⁴⁵ *Ob man wider besseres Wissen eine Behauptung bestreiten darf, ist nicht nur eine taktische Frage, sondern mag auch ethische Bedenken begründen. Mit guten Gründen hält Hafter diesen entgegen, dass es Situationen gibt, in denen es durchaus legitim ist, Beweisschwierigkeiten des Gegners auszunützen – namentlich dann, wenn diesen eigene Beweisschwierigkeiten gegenüberstehen. Der Anwalt ist primär dazu verpflichtet, die Interessen seines Mandanten zu wahren. Dies bringt es mit (...).*

³⁴⁶ NAEGELI G., *ult. op. cit.*, 2010: *Auch Anwältinnen und Anwälten ist es strikte verboten, lügenhafte Behauptungen aufzustellen. Demgegenüber sollten sie die Möglichkeit haben, in Wahrnehmung ihrer Pflicht, die Interessen ihrer Mandanten zu vertreten, wider besseres Wissen zu bestreiten. Die Anwältin ist in erster Linie Dienerin ihres Mandanten, nicht Dienerin des Rechts. Die anwaltliche Bestreitung lässt sich ohne Zwang als Aufforderung an die Gegenpartei verstehen, ihre Behauptung zu beweisen (statt als Behauptung des Gegenteils des bestrittenen Vorbringens).*

³⁴⁷ Ibidem.

³⁴⁸ *Es ist daher nicht zweifelhaft, dass der in Art. 52 ZPO CH normierte Grundsatz von Treu und Glauben auch die Wahrheitspflicht der Parteien umfasst. Interessanter Weise thematisieren aber mehrere Lehrbücher und Kommentare zur schweizerischen Zivilprozessordnung die Wahrheitspflicht im Zusammenhang mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht. Auch wenn die Wiederholung des Grundsatzes von Treu und Glauben in Art. 52 ZPO CH redundatn erscheinen mag, wäre ein zusätzlicher Hinweis auf die Wahrheitspflicht wohl doch nützlich gewesen.* Ibidem.

5.2.1 Il dovere di verità degli avvocati in Brasile

Dopo aver brevemente esaminato contenuti e limiti del dovere di verità in capo alla categoria degli avvocati sul territorio europeo, soffermiamoci adesso sulla compagine latinoamericana, ed in particolare sul Brasile.

Nella esperienza giuridica brasiliana, l'avvocato deve osservare presupposti etici simili ad altri paesi moderni. L'etica professionale dell'avvocato è regolata da molteplici fonti: a) Costituzione Federale (art. 133); b) Statuto *da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil* (Legge n° 8.906 dal 1994); c) *Código de Ética e Disciplina* emanato dall'OAB; d) Convenzioni delle Corti di Etica (*Provimentos dos Tribunais de Ética e Disciplinas da OAB*); e) Codice di Procedura Civile.

In conformità con il Codice di Etica e Disciplina redatto dall'OAB, ai sensi dell'art. 2° l'avvocato brasiliano deve:

I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade, e indispensabilidade;

II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade e dignidade e boa-fé;

III – velar por sua reputação pessoal e profissional;

[...]

VII – aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial

VIII – abster-se:

[...]

d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;

Nello stesso senso, l'articolo 6 del suddetto Codice pone il divieto per l'avvocato di esporre i fatti in giudizio distorcendo deliberatamente ovvero in malafede³⁴⁹.

Come è stato detto prima, si può identificare l'esistenza di un dovere di controllo dell'avvocato riguardo ad un minimo di coerenza e veridicità della narrazione della parte. Controllo che evidentemente deve essere compiuto nell'ambito di un grado di normalità e di fattibilità, cioè a dire, nell'ambito di quello che può essere ragionevolmente esigibile, con il rischio di vedersi sottoposto a processo disciplinare.

³⁴⁹ Art. 6: “É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé”.

La dottrina brasiliana, al riguardo, sembra non occuparsi con debita attenzione al dovere di verità dell'avvocato; si denota una scarsa sensibilità di ricerca.

Tuttavia, si registrano opinioni sparse che toccano il tema, ma solo superficialmente. Si dice, per esempio, che la responsabilità per la violazione del dovere di verità è in capo alla parte e non al difensore, il quale eventualmente risponde solo per colpa o dolo, nei termini della responsabilità solidale dell'articolo 32 dello Statuto (*Estatuto da Advocacia e da Ordem do Advogados do Brasil*)³⁵⁰: “*O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único – em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria*”.

Questa norma implica che sia stato appurato il dolo o la colpa su domanda propria, e autonoma. Esige, pertanto, una richiesta della parte pregiudicata e non del giudice nella domanda dove sia stata rilevata la menzogna, la mancanza di verità, la narrazione maliziosa dei fatti. Finora, quello che ritroviamo in Brasile sono le conseguenze della lite di mala fede, che il giudice riconosce *ex officio*³⁵¹.

³⁵⁰ ICOHAMA C.H., *O dever de veracidade das partes*. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, v. 12, n. 1366, mar. 2007: “*Por outro lado, é importante anotar que a regra geral de responsabilidade pelo desrespeito à veracidade, acarreta conseqüências diretas à parte e não ao seu advogado em virtude da culpa "in eligendo" (ALVIM, p. 456-457), já que o advogado age em nome de seu cliente e dentro dos poderes a ele atribuídos, ainda que se possa questionar da responsabilidade solidária, como observar o art. 32 do Estatuto da Advocacia e da Ordem do Advogados do Brasil (...)*”.

³⁵¹ Art. 80. *Considera-se litigante de má-fé aquele que:*

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. *De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.*

§ 1o *Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.*

§ 2o *Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.*

§ 3o *O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.*

5.3. Dovere del segreto professionale (*Verschwiegenheitspflicht*) e dovere di verità e completezza

Il dovere di verità costituisce un argomento abbastanza indipendente. La discussione si basa su tesi e i suoi limiti non sempre sono definiti; ciò perchè la procedura civile deve confrontarsi su diverse sfide che riguardano l'armonizzazione tra i principi e i diritti fondamentali (segreto professionale, accesso alla giurisdizione, proporzionalità tra i costi e la prestazione giurisdizionale, giustizia della decisione)³⁵².

Per dare un'idea di quanto appena affermato, in Germania la sottomissione dell'avvocato al dovere di verità suggerisce la possibilità di collisione tra diversi principi etici, in modo particolare alla collisione tra il dovere di verità e il dovere di mantenere il segreto professionale dell'avvocato, che imposta il compromesso protetto da eventuali illeciti penali in diversi paesi: vedasi il § 203 del StGB; l'art. 154 del codice penale brasileiro³⁵³, nonché l'articolo 622 del Codice Rocco³⁵⁴.

Il segreto professionale è ricondotto al giuramento di Ippocrate che determina tale compromesso: «Consapevole dell'importanza e della solennità dell'atto che compio e dell'impegno che assumo, giuro: (...) di osservare il segreto professionale e di tutelare la riservatezza su tutto ciò che mi è confidato, che vedo o che ho veduto, inteso o intuito nell'esercizio della mia professione o in ragione del mio stato;»³⁵⁵ o “*Sobre aquilo que vir ou ouvir respeitante à vida dos doentes, no exercício da minha profissão ou fora dela, e que não convenha que seja divulgado, guardarei silêncio como um segredo*”

³⁵² GRADI M., *The Right of Access to Information and Evidence and the Duty of Truthful Disclosure of Parties in Comparative Perspective. Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, 2015: “These other purposes of civil justice include: firstly, the need for protection of confidential information and secrets that might limit the right of access to information and evidence; secondly, the objective of efficiency and proportionality that enforces time and cost savings regarding the proceedings and allows an expeditious conclusion of litigation to be achieved; thirdly, the purpose of resolving conflicts between parties that compels the judge to decide even under conditions of uncertainty (prohibition of non liquet). It is noteworthy that, even in all these situations, the legal system has to find a way to deal with cases justly and to give fair decisions”.

³⁵³ Nel codice penale brasiliano, l'art. 154 così recita: “*Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação*”.

³⁵⁴ Art. 622 c.p. italiano: “Rivelazione di segreto professionale. Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare nocumento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 30 a (1) euro 516 [c.p. 31] (2). La pena è aggravata se il fatto è commesso da amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci o liquidatori o se è commesso da chi svolge la revisione contabile della società (3). Il delitto è punibile a querela della persona offesa [art. 120c.p.; art. 336 c.p.p.]”

³⁵⁵ Juramento de Hipócrates (voce) da Wikipedia, Reproduzido da Revista Paraense de Medicina. Paraná, vol. 17, n. 1, p. 38-47, abr./ jun. 2003.

religioso”³⁵⁶ o, nella versione più attuale brasiliana: “*Àquilo que no exercício ou fora o Exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto*”³⁵⁷.

Nella Roma antica, il dovere di mantenere il segreto era ricordato ai presenti dal simbolo o dalla presenza reale di una rosa, la quale era simbolo di silenzio e di riservatezza³⁵⁸: *Sub rosa dicta velata est*. La rosa era, infatti, sia nell’antica Grecia che a Roma il fiore dedicato ad Horus, dio del silenzio³⁵⁹. Lo stesso ruolo svolgono le rose scolpite nei confessionali delle chiese o nei soffitti delle case.

Tornando alla disamina, il dovere del segreto professionale si pone come fine quello di proteggere la vita personale e la privacy delle persone riguardo a specifici ambiti professionali, da cui nasce l’obbligo di non rivelare o pubblicare le informazioni delle quali esse siano venute a conoscenza per motivi di lavoro e su cui ricade uno specifico obbligo di segretezza.

Il diritto tedesco prevede inoltre il “diritto alla autodeterminazione informativa”, “*das Recht auf informationelle Selbstbestimmung*”, cioè il diritto dell’individuo di determinare la raccolta e l’uso dei suoi dati personali, che costituisce - d’accordo con la giurisprudenza della Corte Costituzionale tedesca - il diritto fondamentale alla protezione dei dati (*Datenschutz-Grundrecht*), anche se non espressamente previsto nella Costituzione tedesca, ma che ha il suo punto di estrazione nel c.d. *allgemeine Persönlichkeitsrecht*, art. 2 Abs. 1 GG, in combinato con l’art. 1 Abs. 1 GG.

Anche il BRAO (*Bundesrechtsanwalt Ordnung*) stabilisce il dovere del segreto professionale agli avvocati, nel § 43a Abs. 2: “*Das Strafrecht kriminalisiert die Lüge nur in bestimmten Lebensbereichen und nur in Bezug auf lügenexterne Rechtsgüter*”³⁶⁰.

La collisione tra il dovere di verità e completezza e il segreto professionale conduce, a ben vedere, alla necessità di ponderazione tra questi due doveri giuridici in capo agli avvocati³⁶¹:

³⁵⁶ Idem.

³⁵⁷ CREMESP, Juramento de Hipócrates. São Paulo : Conselho Regional de Medicina de São Paulo.

³⁵⁸ *Sub rosa* (voce) in *Wikipedia*, Reprodusido de “Corrado Colafigli, Maurizio Saudelli, “Spigolando tra le Rose”, Laser Ed., 1999, Milano” e Brocardi, in: <https://www.brocardi.it/S/sub-rosa.html>.

³⁵⁹ *Sub rosa* (voce), disponibile in: <https://www.brocardi.it/S/sub-rosa.html>.

³⁶⁰ HIRTZ B., *Der Umgang mit der Wahrheit im Zivilprozess – Oder: Ist der Rechtsanwalt im Zivilprozess zur Wahrheit verpflichtet?* Aufsätze, n. 16, 2016, p. 780 – 783.

³⁶¹ BRAND P.A., *Das Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitspflicht und Verschwiegenheitspflicht. Bei unüberbrückbaren Konflikten muss der Anwalt das Mandat niederlegen. Berlin, Deutscher Anwaltverein, 2014, p. 286 – 297: “Eine solche Kollision zwischen prozessualer Wahrheitspflicht und Verschwiegenheitspflicht führt also zu einer Abwägung dieser beiden anwaltlichen Rechtspflichten. Der Bundesgerichtshof hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1952 eine solche Abwägung für erforderlich*

Zugleich genießt der Rechtsanwalt gemäß § 53 StPO das Privileg des Aussageverweigerungsrechts in Bezug auf das, was ihm im Rahmen seiner Berufsausübung bekannt geworden ist. § 53 StPO ist insoweit die notwendige strafprozessuale Ergänzung zu § 203 StGB und findet für den Zivilprozess seine Parallelvorschrift in § 383 Abs. 1 Ziff. 6 ZPO³⁶².

Oltre al dovere di fedeltà (*Treuepflicht*), l'avvocato deve altresì osservare il dovere di verità. Il che porta a chiedersi se l'avvocato potrebbe, *rebus sic stantibus*, contrariare il mandante nelle sue esposizione in giudizio. Il difensore che tradisce il dovere del segreto professionale viola il dovere di fedeltà al mandato?

In una decisione piuttosto risalente, il *Bundesgerichtshof* ha confermato questa considerazione necessaria; il risultato, tuttavia, si è rivelato del tutto contraddittorio³⁶³. Fondamentalmente riconosciuto dal BGH, il dovere di verità del § 138 ZPO non potrebbe essere ragionevolmente affermato quando l'avvocato espone una domanda in modo contrario alle manifestazioni della parte, che in questo modo rischierebbe l'accusa di frode processuale (*Prozessbetrug*, § 263 StGB.). Tale atteggiamento dell'avvocato violerebbe, infatti, il dovere di fedeltà al mandato³⁶⁴.

Nella medesima decisione, il BGH conclude, in modo non sistematico e perfino incoerente, che dal dovere di verità non si può desumere che le parti non svincolino anche i propri mandatarî del dovere del segreto professionale. In realtà, il segreto

gehalten, sich aber im Ergebnis widersprüchlich geäußert. Grundsätzlich erkennt der BGH an, dass die prozessuale Wahrheitspflicht des § 138 ZPO dann nicht mehr anerkannt werden könne, wenn der Anwalt sich mit der Offenbarung eines wahren Sachverhalts in Widerspruch zu den Behauptungen seines Auftraggebers setzen und ihn dadurch der Unwahrhaftigkeit vor Gericht und damit eines versuchten Prozessbetruges bezichtigen müsste”.

³⁶² Ibidem.

³⁶³ Vedi *Bundesgerichtshof* Urt. v. 08.08.1952, Az.: 4 StR 416/51 [Bundesgerichtshof Urt. v. 08.08.1952, Az.: 4 StR 416/51 [Suprema Corte Federale Tedesca]. Requisiti per l'esistenza di una frode del processo; Requisiti per la valutazione legale del comportamento del convenuto alla data del processo. Alemanha: Jurion – Wolters Klewer, 1952, *passim*.

³⁶⁴ BRAND P.A., *Das Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitspflicht und Verschwiegenheitspflicht*, cit., p. 286 – 297. *Das Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitspflicht und Verschwiegenheitspflicht. Bei unüberbrückbaren Konflikten muss der Anwalt das Mandat niederlegen: “Grundsätzlich erkennt der BGH an, dass die prozessuale Wahrheitspflicht des § 138 ZPO dann nicht mehr anerkannt werden könne, wenn der Anwalt sich mit der Offenbarung eines wahren Sachverhalts in Widerspruch zu den Behauptungen seines Auftraggebers setzen und ihn dadurch der Unwahrhaftigkeit vor Gericht und damit eines versuchten Prozessbetruges bezichtigen müsste. Ein solches Verhalten sei mit der sich aus dem Auftragsverhältnis ergebenden Treuepflicht nicht zu vereinbaren. Im Ergebnis dann allerdings inkonsequent führt der BGH in der gleichen Entscheidung aus, dass die prozessuale Wahrheitspflicht nicht dadurch entfallen könne, dass die Partei ihren Prozessbevollmächtigten nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbinde; vielmehr trete die Verschwiegenheitspflicht gegenüber der im öffentlichen Interesse begründeten Wahrheitspflicht zurück”.*

professionale retrocede in favore del dovere di verità di cui il fondamento è l'interesse pubblico³⁶⁵.

Dunque, la conclusione a cui il BGH arriva è che bisogna dare maggior peso alla giustificazione dell'avvocato, nel senso di permettergli di proteggersi da una eventuale inchiesta o persecuzione penale rispetto al dovere di fedeltà al mandato³⁶⁶.

In altra occasione, il BGH ha affermato che l'interesse del mandante al segreto professionale deve retrocedere e collocarsi in un piano più basso, rispetto all'interesse dell'avvocato di allontanare, per mezzo della rottura del dovere di mantenere il segreto, la sua eventuale condanna penale³⁶⁷.

Il rapporto di fiducia tra l'avvocato e il mandante deve essere sempre protetto, ed è proprio in questo senso che deve essere letta la revoca del dovere di segreto professionale, in quanto permessa solo se ci sono fondate ragioni.

Il dovere del segreto professionale è un bene prezioso ed è oggetto, tra l'altro, del punto 2.3 del Consiglio degli Ordini Forensi d'Europa (CCBE) – Norme professionali degli avvocati dell'Unione Europea, tanto che il segreto professionale è riconosciuto, allo stesso tempo, “un diritto fondamentale ed un dovere fondamentale dell'avvocato tenuto in particolare importanza e rilevanza” e per questo, merita speciale protezione da parte dello Stato³⁶⁸.

6. Il dovere di verità e completezza come forma di capitale sociale del processo

Finora il dovere di verità e completezza non ha svolto un ruolo importante come elemento di ottimizzazione di efficienza procedurale in Brasile. Per meglio dire, le

³⁶⁵ “Im Ergebnis dann allerdings inkonsequent führt der BGH in der gleichen Entscheidung aus, dass die prozessuale Wahrheitspflicht nicht dadurch entfallen könne, dass die Partei ihren Prozessbevollmächtigten nicht von der Verschwiegenheitspflicht entbinde; vielmehr trete die Verschwiegenheitspflicht gegenüber der im öffentlichen Interesse begründeten Wahrheitspflicht zurück”. Ibidem.

³⁶⁶ “Bei unüberbrückbaren Konflikten muss der Anwalt das Mandat niederlegen: Insoweit war also die konkrete Berechtigung des Anwalts, sich selbst vor einer Strafverfolgung zu schützen, höher zu bewerten als die Treuepflicht gegenüber dem Mandanten”. Ibidem.

³⁶⁷ “Bei unüberbrückbaren Konflikten muss der Anwalt das Mandat niederlegen: “Schon zuvor hatte der BGH in einer anderen Strafsache festgestellt, dass das Interesse des Mandanten an der Geheimhaltung hinter dem Interesse des Anwalts, sich durch Verletzung seiner Verschwiegenheitspflicht einer eigenen Bestrafung zu entziehen, zurücktreten müsse”. Ibidem.

³⁶⁸ Bei unüberbrückbaren Konflikten muss der Anwalt das Mandat niederlegen: “Welch hohes Gut die anwaltliche Verschwiegenheitsverpflichtung ist, formuliert Ziff. 2.3 der CCBE-Berufsregeln der Rechtsanwälte in der Europäischen Union so, dass das Berufsgeheimnis gleichzeitig „ein Grundrecht und eine Grundpflicht des Rechtsanwaltes von besonderer Bedeutung“ ist und deshalb den besonderen Schutz durch den Staat verdient”. Ibidem.

previsioni legali non hanno prodotto un effetto concreto nel modello morale e nell'atteggiamento degli avvocati e delle parti.

L'avvocato ha molti più poteri riguardo alla narrazione processuale rispetto alle parti e una quantità sostanziale di elementi della narrazione processuale sono oggetto di decisione da parte degli avvocati, tenendo conto della loro strategia, e non vi sono discussioni di carattere morale. Al contrario, gli avvocati hanno un ampio spazio di decisione rispetto a quali elementi portare in giudizio, quando e in che modalità. L'omissione intenzionale è un atteggiamento "normale" e accettabile dal punto di vista culturale in Brasile.

L'incremento di responsabilità per la narrazione processuale implica, quindi, una reinterpretazione del processo. Questo incremento, effettuato attraverso determinati doveri derivanti dalla verità e alla completezza, collaborano alla formazione, nell'ambito del processo, di quello che nella scienza politica è denominato capitale sociale.

I modelli di razionalità sono messi in relazione con le diverse tradizioni di pensiero³⁶⁹ ed ogni modello è condizionato dal grado d'internalizzazione delle regole che gli sono specifiche.

In questo ordine di idee, il dovere di verità rappresenta un *rational turn*, nel senso che offre alla procedura civile un elemento di efficienza molto potente, con l'attuazione in diversi ambiti: 1) quello della gestione procedurale, che viene agevolata in un contesto di maggiore informazione; 2) quello della prova, che non dipende più esclusivamente dalla distribuzione dell'onere della prova, ma che è vincolata ad un dovere di informazione delle parti rispetto alle proprie allegazioni, ove è possibile determinare, davanti ad un'eventuale omissione nella sua narrativa dei fatti rilevanti, un arricchimento della prova nel processo.

L'importanza del dovere di verità e completezza va quindi al di là di semplici regole di procedura civile.

Infatti, questi due nuclei che si mescolano - il dovere di non mentire, cioè, il dovere di non affermare il falso e il dovere di non omettere - rappresentano anche soglie definite, confini molto più comprensibili delle regole generali di buona fede. Queste hanno o possono avere un effetto sulla procedura civile che va oltre lo spazio del processo e sono capaci, quindi, di formare una nuova cultura processuale.

³⁶⁹ MACINTYRE A., *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, São Paulo, Edições Loyola, 1991, pp. 18-19.

È certo che questo discorso si applica con maggiore enfasi nei sistemi dove c'è una apertura chiara a tutte queste conseguenze, come il sistema brasiliano che assume un compromesso molto chiaro, sia con il dovere di verità e completezza, sia con la collaborazione. Appare necessario, con tutta evidenza, comprendere che le regole precedentemente esistenti non hanno trovato il terreno adeguato per fiorire. Per evocare un parallelismo utile, è come pensare alle norme costituzionali in quanto norme programmatiche, che il legislatore ha emanato nel corso degli anni, fino al momento in cui la dottrina ha perentoriamente accettato che le norme costituzionali sono sempre capaci di produrre effetti e che quei testi sono la mangiatoia in cui nascono principi e regole.

In questo senso, si potrà dividere la comprensione di queste norme nella procedura civile brasiliana in due momenti: un primo momento, nel quale il dovere di verità significava soltanto dovere di non dire menzogna e che era oggetto di scarsa attenzione o, talvolta, addirittura ignorato dalla dottrina e dalla giurisprudenza rilevante, costretto tra nozioni di ingenuità, di utopia e di malinterpretazione del principio accusatorio; in un momento posteriore – diremmo quello attuale - nel quale il codice brasiliano ha fatto una chiara scelta pragmatica su di un valore: la verità reale.

Allo stesso tempo, ha contrassegnato l'esistenza di doveri di collaborazione delle parti che coincidono con l'apporto (contributo) del dovere di verità. Per meglio dire, il dovere di verità implica doveri ascritti i quali richiedono l'arricchimento dello spazio della collaborazione senza nuocere alla struttura del sistema accusatorio.

Sembra corretto porre l'attenzione su di un importante fenomeno culturale che forgia la condivisione di regole morali di carattere cooperativo, cioè a dire, del capitale sociale.

Il capitale sociale è considerato il complesso di regole che mantiene e stimola la mutua fiducia nelle istituzioni, nell'atteggiamento sociale, e questa rete contribuisce ad aumentare efficienza e collaborazione³⁷⁰.

"Social capital here refers to features of social organization, such as trust, norms, and networks, that can improve the efficiency of society by facilitating coordinated actions: Like other forms of capital, social capital is productive, making possible the achievement of certain ends that would not be attainable in its absence. ... For example, a group

³⁷⁰ PUTNAM R.D.- LEONARD R.- NANETTI R. Y., *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*. Nova Jersey, Princeton University Press, 1994, 1 e ss.

whose members manifest trustworthiness and place extensive trust in one another will be able to accomplish much more than a comparable group lacking that trustworthiness and trust. ... In a farming community ... where one farmer got his hay baled by another and where farm tools are extensively borrowed and lent, the social capital allows each farmer to get his work done with less physical capital in the form of tools and equipment³⁷¹"

La scienza politica identifica la fiducia tra le forme di capitale sociale.

La fiducia in una struttura sociale aumenta con il suo uso. Un sistema di fiducia cresce con il tempo e con lo svolgimento di azioni che corrispondono ad un atteggiamento basato sulla fiducia: *"Most forms of social capital, such as trust, are what Albert Hirschman has called "moral resources" - that is, resources whose supply increases rather than decreases through use and which become depleted if not used.³⁴ The more two people display trust towards one another, the greater their mutual confidence.³⁵ Conversely: Deep distrust is very difficult to invalidate through experience, for either it prevents people from engaging in the appropriate kind of social experiment or, worse, it leads to behaviour which bolsters the validity of distrust itself³⁷².*

Il dovere di verità e completezza lavora su almeno due forme per aumentare la fiducia nel sistema della giustizia.

In primo luogo, *incrementa la qualità delle decisioni*: influenza il grado di giustizia della decisione, tanto dal punto di vista del tempo del processo – perché stimola l'appresentazione delle prove esistente dall'inizio della lite sotto il rischio della penalità dell'omissione – quanto dal punto di vista della qualità della decisione, che è il risultato della ampiezza dell'informazione.

In secondo luogo, *impone un altro livello di atteggiamento processuale*: crea l'aspettativa di atteggiamenti trasparenti e collaborativi, permettendo al giudice una migliore gestione del processo.

Ne deriva che l'uso e l'esercizio del dovere di verità e completezza e l'applicazione delle penalità nel caso di violazione sono in grado di alzare il livello culturale del processo, favorendo un nuovo ambiente etico e di applicazione delle norme.

³⁷¹ Ivi, p. 4.

³⁷² *Ibidem.*

CAPITOLO III

CASE MANAGEMENT

SOMMARIO. 1. Introduzione. - 2. Il concetto di *case management*. - 2.1. *Case management*: il controllo del giudice. 2.2. L'importanza della fase preparatoria nel processo civile – 3. Il processo civile inglese: *pre-trial* e *Trial* e aspetti storici della Riforma Woolf. – 3.1. *Common law* anglo-americano: sistema e fonti a confronto. - 4. La questione dei costi del processo. - 5. *Case management*, *Pre-trial* e *discovery* negli Stati Uniti. - 6. *Case management*, il ruolo del giudice e le risorse dell'apparato giudiziario. - 7. La sommarizzazione e la cognizione completa. - 8. *Tracking* o ampia discrezionalità nel *case management*: una decisione importante. - 9. I limiti della deformalizzazione. - 10. *Case management* nell'ordinamento italiano.

L'assouplissement des manières de procéder, en premier lieu, c'est avant tout une meilleure maîtrise du temps du procès”.

(Soraya Amrani-Mekki , *Le temps et le procès civil*, 2000, 44)

1. Introduzione

Antoine Garapon, famoso giurista e magistrato francese, sostiene che la razionalità neoliberale ha stabilito le sue regole anche nell'ambito giudiziale. Secondo questo pensiero, oggi ci troviamo davanti ad un nuovo periodo, quello che lui stesso chiama “stato manageriale della governabilità”, fase successiva al periodo rituale e disciplinare³⁷³. Non a caso, il periodo rituale fu quel periodo della Giustizia in cui il traguardo era quello di riportare la pace sociale, nel senso di riuscire a garantire il rispetto della legge. Successivamente, nel periodo della disciplina, la meta era, invece, quella di reinserire, rieducare e stabilire le misure dell'assistenza sociale. Il terzo e attuale modello è invece rappresentato dalla giustizia manageriale.

³⁷³ In GARAPON A., *Lo Stato Minimo*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2012, p. 11, secondo cui “il periodo rituale fu quello spazio di una Giustizia il cui traguardo era riportare la pace sociale, cioè a dire garantire il rispetto alla legge. Successivamente, nel periodo della disciplina la meta era quella di reinserire, rieducare e stabilire misure di assistenza sociale. Il terzo e attuale modello è invece rappresentato dalla giustizia manageriale”.

La giustizia manageriale, affermò Garapon³⁷⁴, è la giustizia della tabellarizzazione di certe prestazioni, la giustizia rivolta all'adozione di protocolli destinati a specifici aspetti dell'atto giuridico, della formalizzazione e controllo riguardo agli atti antecedentemente realizzati in modo artigianale. È, quindi, la risposta concettualmente più adatta ad una società intensamente bisognosa di normatizzazione, di efficienza normativa e di efficienza del servizio giudiziario. Come afferma Loïc Cadiet, si tratta della “marchéisation de la justice”, quando l'ideologia concorrenziale è presente, non soltanto nell'amministrazione delle istituzioni giudiziarie, ma anche nello sforzarsi a produrre regole di procedura più efficienti³⁷⁵.

È chiaro che, nella moderna procedura civile l'obiettivo principale è quello di garantire alla società l'idoneità del sistema di produrre decisioni come risultato di un procedimento equo, adeguato, libero dalle patologie e che abbia il proprio esito in tempi brevi. Questo approccio evidenzia l'interesse verso una procedura efficiente, armoniosa, controllata e qualificata a soddisfare le necessità di un mondo moderno, mondo dominato dalla razionalità del mercato e che abbia la stessa celerità richiesta dalla dinamica contemporanea ma al contempo che pretende che i suoi costi siano essenzialmente giusti e ragionevoli.

In tali circostanze, dal punto di vista del diritto continentale europeo, ottenere il grado di efficienza desiderato rappresenta una sfida importante per la procedura civile.

Ed è in questa situazione che sorge e acquista riconoscimento e potere un modello di gestione del processo che dà ai giudici l'opportunità di operare su livelli che erano ancora vietati: l'*active case management*”.

L'“active case management” ha un percorso differente però, a seconda della nazione della quale ci occupiamo. Come vedremo più avanti, i primi esempi di questo modello arrivano dagli Stati Uniti, ma è in Inghilterra che assumono un profilo più definito. In Francia, per esempio, il concetto coincide con la crescente importanza dell'idea di efficienza del sistema giudiziario, che diventa oggetto di diversi modelli di valutazione periodici e che hanno per oggetto quello di esaminare la “qualità” del

³⁷⁴ IVI, p. 40.

³⁷⁵ CADIET L., *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, in *Revue Française d'administration publique*, Paris, n. 125, 2008, p. 133 – 150.

sistema giudiziario francese³⁷⁶, frutto di una retorica degli anni 1980, corrispondente al movimento di “*adaptation des services publics aux usagers*”³⁷⁷.

Lo studioso Loïc Cadiet sostiene che questo modello di valutazione dell’attività pubblica ha origine anche nelle regole del bilancio pubblico dello Stato francese che impone l’esigenza di definizione di obiettivi d’azione e di valutazione dei risultati in linea con gli altri paesi dell’Unione europea ed in armonia con la riforma civile inglese (Lord Woolf). Tale approccio è evidente nelle seguenti parole dell’autore citato:

“Le vocabulaire utilisé en témoigne d’ailleurs qui fait ainsi place au concept de « gestion de l’affaire » (case management). Le justiciable devient « un client » et l’institution judiciaire « un fournisseur », le premier exprimant des attentes que la seconde doit satisfaire « dans les délais fixés et au moindre coût » [20][20] Mais, sur la portée relative de cette réforme, V. Zuckerman... Toute l’économie du système, si l’on peut dire, repose sur la maîtrise de toutes les étapes du processus qui va de la demande en justice jusqu’à la décision du juge [21][21] Il est notable qu’on parle aujourd’hui beaucoup plus (...)”³⁷⁸.

Nell’opinione di Loïc Cadiet, infatti, una procedura basata su una razionalità puramente economica ci porterebbe ad un modello di giustizia basato sul costo, e, di conseguenza, la qualità sarebbe proporzionale all’economia di tempo ed alle risorse economiche che sarebbe possibile realizzare:

Cette conception conduit à favoriser une procédure orale et déformalisée, sans représentation obligatoire, devant un juge unique dont la décision, à la motivation réduite au minimum, sera immédiatement exécutoire et susceptible de recours strictement conçus, après que les moyens de fait, de droit et de preuve auront été présentés par les parties lors d’une audience unique qui, au demeurant, ne se tiendra parfois qu’en cas de contestation du défendeur, dans un schéma de contentieux inversé comme la procédure d’injonction de payer en offre le modèle [37][37] Cf. Leval

³⁷⁶ Ibidem.

³⁷⁷ Ibidem: “*Transversale aux différents services publics, l’exigence de qualité implique ainsi l’utilisation d’outils d’évaluation jusqu’alors inconnus de l’institution judiciaire [10][10] « L’amélioration globale de la qualité est l’objectif,..., depuis la systématisation des activités de comptage qui, au delà du contrôle traditionnel de l’activité des tribunaux [11][11] V. not. Serverin (E.), « De la statistique judiciaire..., deviennent aujourd’hui les indicateurs de la performance de la..., jusqu’à l’application des normes « ISO » à l’activité judiciaire [13][13] V. F ortier, « L’applicabilité de la norme ISO 9001..., sans parler des contrats de juridictions ou d’objectifs conclus entre le ministère de la justice et les juridictions [14][14] À la suite de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002”.*

³⁷⁸ Ibidem.

(G. de), « Les ressources de l'inversion... Dans cette conception, l'extrême contraction du processus judiciaire est certes de nature à favoriser le respect du délai raisonnable comme celui de l'effectivité du jugement, mais il est douteux que la contradiction et l'égalité des armes, donc l'impartialité du juge, y trouvent toujours leur compte à défaut de mise en état réfléchi de l'affaire, à quoi contribue la présence d'avocats compétents pour assister les justiciables démunis de connaissances juridiques. C'est un modèle de justice expéditive qui n'a de justice que le nom, l'illustration même qu'à force de faire des économies sur la justice, c'est la justice même dont on risque de faire en définitive l'économie [38][38] La chose est arrivée, en France, avec la suppression (...)»³⁷⁹

La deformalizzazione del processo come strumento di maggiore efficacia non deve però determinare la bassa qualità del provvedimento giudiziale, dal punto di vista della giustizia della decisione. Per questo motivo, bisogna quindi tutelare i valori dell'ordinamento giudiziario che garantiscono la razionalità del risultato, come l'uguaglianza di potere, il contraddittorio, la terzietà.

Il percorso fatto dalla procedura civile di *common Law* - precisamente quella inglese - verso il metodo del *case management* trova le sue ragioni nella ricerca della qualità della decisione e di un rapporto tra costo e prodotto finale che sia più ragionevole, come dimostrano le giustificazioni a tale sistema presentate da Lord Wolf³⁸⁰. Come diremo più avanti, le ragioni portate dall'*Interim report* - un resoconto preliminare dei problemi della procedura inglese - dimostrano che la spinta alla riforma del sistema *adversary*, in realtà sono basate su questi tre elementi: “*cost, delay and complexity*”³⁸¹. In virtù di questo, la procedura civile inglese deve essere regolata dai seguenti principi: (a) *The system should be just in the results it delivers*; (b) *It should be fair and be seen to be so by: (i) ensuring that litigants are afforded an equal opportunity, regardless of their resources, to assert or defend their legal rights;*(ii) *providing every litigant with an adequate opportunity to state his or her case and to answer that of his or her opponent.*³⁸²

³⁷⁹ CADIET L., *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, in *Revue Française d'administration publique*, cit., p. 150.

³⁸⁰ *Interim Report* e *Final Report*.

³⁸¹ MOLONEY S., *A New Approach to Civil Litigation? The Implementation of The “Wolf Reforms” And Judicial Case Management*, in *Judicial Studies Institute Journal*, v. 2, n. 1, 2011, p. 98 – 109.

³⁸² *Ivi*, p. 110: “... *treating like cases alike; Procedures and costs should be proportionate to the nature of the issues involved; The civil process should deal with cases with reasonable speed; It should be understandable to those who use it; It should be responsive to their needs. It should provide as much certainty as the nature of a particular case allows. It should be effective with adequate resources and proper organisation.*”

L'interesse verso la giustizia sostanziale (*substantial justice*), nell'uguaglianza di armi da poter utilizzare nel dibattimento e nel corso del processo e nell'accesso alla giurisdizione, si sono concretizzati in un modo peculiare nella procedura inglese. Ed è questo modo in cui si è concretizzato che diventa oggetto privilegiato di analisi; vale a dire, l'analisi del rapporto con i poteri del giudice volti a determinare l'informazione necessaria per il giudizio e per la gestione ottimale del processo. E proprio a questo ultimo senso che si riferisce il controllo del giudice sul percorso procedurale, in stretto rapporto con la quantità d'informazione necessaria alla decisione corretta. Come vedremo nell'ultimo capitolo di questo studio, è necessario fare un confronto ed un'analisi tra i poteri manageriali del giudice; cioè, i poteri di influenzare il percorso di un processo, da un lato, ed il dovere di verità nella procedura civile di civil law, dall'altro. Per raggiungere questo obiettivo appare necessario anzitutto capire di che cosa parliamo quando discutiamo di *case management*.

2. Il concetto di case management

A nostro avviso, è possibile identificare al meno due possibili contenuti del concetto di case management: (a) il primo contenuto si riferisce alle regole di procedura civile che hanno per obiettivo quello di migliorare il grado di efficienza nella aggiudicazione, vincolate tanto all'influenza del giudice nel percorso procedurale del processo, come anche all'influenza del giudice relativa al diritto sostanziale, cioè, riguardo alla quantità d'informazione portata in giudizio. (b) Il secondo contenuto si riferisce in un certo senso a quella parte del significato invocata da Cadiet allorchè si dice che il *case management* significa attuazione manageriale delle Corti e dei Giudici, intesa quindi come supervisione del giudice, produttività, tabellarizzazione, automazione, analisi di efficienza per mezzo di analisi statistica, raccolta di dati, efficienza delle unità giudiziarie e del sistema come struttura di servizio pubblico³⁸³.

³⁸³ "In the present volume, case management is used in a broad sense. It refers to procedural rules aimed at the efficient adjudication of civil cases, including the powers of the judge or the court to influence the progress of a case through the court, not only from a procedural perspective but also where it concerns more substantive aspects of litigation (e.g. in the area of establishing the facts of the case and evidence taking). Case management in this volume also includes the powers of the court in the area of the supervision of judges, for example where automated data collection is used in order to establish the efficiency of individual judges and confront judges with the outcome of such data collection, something that happens in Austria." Cfr. C.H. (REMCO) VAN RHEE, FU YULIN, *Civil litigation in China and Europe: essays on the role of the judge and the parties*, cit., 2014.

Nel caso inglese, le Corti hanno ampi poteri riconducibili al concetto di ‘*case management*’³⁸⁴. Questi poteri hanno come obiettivo quello di garantire che il diritto sia bene applicato, che la disciplina procedurale sia eseguita correttamente ed, infine, che le risorse siano correttamente utilizzate mantenendo anche ragionevoli costi e durata del procedimento³⁸⁵.

In questo ordine di argomentazione, l’obiettivo di questo capitolo è, quindi, quello di lavorare sugli elementi principali dell’*active case management* inglese attraverso l’esame delle sue principali strutture, utilizzando anche l’approccio di alcune categorie del diritto nord americano che hanno influenzato il *case management* inglese, specialmente perchè il concetto di “*managerial judging*” appare per la prima volta negli Stati Uniti all’inizio degli anni 80, come si spiegherà nel prosieguo della trattazione.

“*Mettere il processo nelle mani del giudice*”, è questo il contributo che secondo Neil Andrews è stato apportato dal sistema di *case management*, e non solo. Infatti, il *case management* ha anche l’obiettivo di assicurare che il processo segua i binari giusti e che non venga manipolato dalle parti del processo: “*The CPR system (1998) places management of cases in the hands of judges. Before 1999, too many cases had been left to drift without official direction. These disputes had become the (lucrative) play-thing of rival teams of lawyers*”³⁸⁶.

Il tema da affrontare è quindi, quello di ricondurre il ruolo del giudice a *manager* del processo, dotato di ampi poteri nella procedura civile, che gli permettono di

³⁸⁴ L’espressione *case management* può essere applicata in modo abbastanza ampio, come lo fa Lord Clarke, ivi riportato: “*Sir Anthony Clarke (now Lord Clarke) also identified three aspects of ‘effective case management’, using that phrase to describe the whole development of a case towards a focused conclusion. (1) Identification of the real issues between the parties. Once this had been done, discovery of documents can be restricted to documents relevant to those issues, the factual evidence can equally be limited, as can the expert evidence. Equally, it may often be possible for one or more key issues to be decided first, with a view to settlement, mediation or, if absolutely necessary, trial, of the remaining issues. (2) Experts should meet to identify the areas of common ground and areas of dispute between them. (...) (3) The trial process should be as focused as possible ... There seems to me to be scope for limiting the oral evidence, including cross-examination. For example, not many cross-examiners do better if they have three days rather than, say, one. Co-operation between the advocates to the parties is crucial.*” Cfr. C.H. (REMCO) VAN RHEE, FU YULIN, *Civil litigation in China and Europe: essays on the role of the judge and the parties*, cit., 2014, p. 229.

³⁸⁵ “*The English courts possess extensive ‘case management’ powers. The court must ensure that matters are properly focused, procedural discipline checked, expense reduced and progress maintained or even accelerated. Case management has three main functions: firstly, to encourage the parties to pursue mediation, where this is practicable; secondly, to prevent the case from progressing too slowly and inefficiently; finally, to ensure that judicial resources are allocated proportionately. This requires the court and parties to consider the competing demands of other litigants who wish to gain access to judges, the court’s ‘scarce resources’.*” Ibidem.

³⁸⁶ ANDREWS N., *The Three Paths of Justice*, Dordrecht: Springer, 2012, p. 23.

adeguare il rito processuale all'oggetto della lite; in tal modo, i giudici riescono ad ottenere dal sistema la massima efficacia possibile.

Saranno elaborati, altresì, concetti, istituti e caratteristiche proprie del *case management* e dei poteri di *case manager*, identificando i vantaggi pratici di questo approccio della procedura civile moderna, che ci permetteranno di tracciare i contorni di questo approccio della procedura civile e, nell'ultimo capitolo di questo studio faremo un'analisi e confronto tra il dovere di verità e completezza e il *case management*.

2.1 *Case management*: il controllo del giudice

“*Who is to impose, encourage or achieve efficiency at such an early stage of a case? My suggestion is that only a judge may do so*”³⁸⁷. Le suggestive parole di Marco Bonci indicano chi è il protagonista della procedura civile nel *case management*.

Il ruolo del giudice inizia a mutare già a partire dalla metà del secolo scorso, attenuando la giustapposizione fra sistemi di *common Law* e di *civil Law*³⁸⁸.

Ansanelli, Comoglio e Dondi sostengono che il profilo attivo del giudice non è una novità nelle diverse culture giuridiche, allorché viene menzionato il profilo scelto dal legislatore italiano del 1940 rispetto a tale figura, che non si è imposto però come tale, nel quotidiano della pratica giurisdizionale³⁸⁹.

Tuttavia, è necessario menzionare, al fine di non trascurare la verità storica, che la preoccupazione riguardo al ruolo attivo del giudice è già presente nelle idee di Franz Klein concretizzate nella Z.P.O austriaca del 1895, come rileva autorevolmente Carratta³⁹⁰, richiamando il pensiero di Chiovenda:

(...) coll'idea che l'amministrazione della giustizia sia una funzione della sovranità, si viene formando lentamente la convinzione che il giudice come organo dello Stato non debba assistere passivamente alla lite, per pronunciare alla fine una sentenza, come l'automa eccitato dal peso della moneta cadente emette un dolce o un biglietto d'ingresso: ma debba partecipare alla lite come forza viva ed attiva.

³⁸⁷ BONCI M., *Active Case Management - English Reception and Italian Rejection*, *RePro*, v. 38, n. 219, p. 225-237, maggio 2013, p. 226.

³⁸⁸ DONDI A.-ANSANELLI V.-COMOGLIO P., *Processi Civili in Evoluzione*, Milano: Giuffrè Editore, 2015, p. 45.

³⁸⁹ IBIDEM.

³⁹⁰ *Apud* CARRATTA A., *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, p. 118. Cfr., CHIOVENDA, *Le riforme processuali*, cit. nt. 114, p. 385.

Già nel contesto di *common Law*, gli ordinamenti degli Stati Uniti e dell'Inghilterra hanno progressivamente ristrutturato i poteri del giudice nel processo civile, passando da un modello strutturato su capisaldi dei sistemi *adversariali* - che non gli consentivano di esercitare un'attività manageriale attiva, ma di mero controllore del procedimento - ad un ruolo attivo del giudice, capace di far fronte ai problemi più complessi del percorso giudiziale (durata, liti complesse, collettive, costi)³⁹¹. Anche gli ordinamenti francese e spagnolo seguono questa direzione rispetto all'evoluzione della funzione del giudice³⁹².

In Inghilterra, le *Civil Procedure Rules* del 1998 hanno cambiato radicalmente la procedura civile. Queste norme, infatti, modificarono la cultura originaria della *English civil litigation*³⁹³, gli *Judicature Acts*³⁹⁴, e favorirono un ruolo di maggior coinvolgimento del giudice nell'avanzamento della lite e nel suo svolgimento formale.

In effetti, è un'affermazione presente nella dottrina, quella secondo cui la storia della procedura inglese può essere divisa in tre parti: (a) il primo periodo, antecedente alle riforme del 1875; (2) il secondo periodo che racchiude le riforme del 1875 e il codice del 1999; (3) il terzo periodo successivo al 1999³⁹⁵.

Il periodo che precede le riforme presenta delle caratteristiche essenzialmente “*adversary*”, ed è conosciuto come lo spazio del principio “*party control*”. Con le parole di Lord Woolf: “la condotta, il ritmo la durata della controversia sono lasciate pressoché totalmente alle parti”³⁹⁶. Inoltre:

(...) senza un effettivo controllo da parte del giudice...il processo *adversary* può incoraggiare una cultura *adversary* e degenerare in un ambiente nel quale il processo è troppo spesso visto come un campo di battaglia dove non vige alcuna regola. In questo ambiente questioni di costo, tempo, compromesso e di giustizia non possono che avere bassa priorità³⁹⁷.

³⁹¹ DONDI, A.- ANSANELLI- V.; COMOGLIO P., *ult. op. cit.*, 2015, p. 47.

³⁹² *IVI*, p. 47.

³⁹³ FICCARELLI B., *Fase Preparatória del Processo civile e case management giudiziale*, Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 93.

³⁹⁴ ZUCJERMAN A. A. S., *Lord Woolf's Access to Justice: Plus Ça Change...*, in *Modern Law Review*, n. 59, 1996: “*The grotesque procedures before the Judicature Acts and their extravagant delays and excessive costs were shown up by Dickens in Bleak House, written in 1852*”, p. 7.

³⁹⁵ DONZELLI R., *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di “case management” giudiziale*, in *Davanti al giudice: Studi sul processo societario*, a cura di L. Lanfranchi e A. Carratta, 2005, Torino, p. 11.

³⁹⁶ *IVI*, p. 12.

³⁹⁷ *IBIDEM*.

Lord Woolf ha così compreso che per superare il problema dei costi giudiziari in Inghilterra era necessario un cambio di approccio rispetto al controllo sui riti procedurali, riducendo così l'abuso all'interno del processo: *"The existence of different modes of processing disputes and the ever watchful eye of the judiciary will aim to ensure that the course of litigation adopted in any given case will be in reasonable proportion to the complexity and importance of the dispute"*³⁹⁸.

Di conseguenza, accanto al controllo legale del rito processuale, Lord Woolf percepì la necessità di una seconda forma di controllo, il controllo del giudice che da questo momento in poi assume il ruolo di organizzatore del processo.

Va ricordato, inoltre, che la *English Commercial Court*³⁹⁹ possedeva già una tradizione di trattazione delle domande *cross-border* e delle domande di alto valore finanziario. Pertanto, poteri manageriali erano sviluppati sin dall'inizio di ogni domanda processuale⁴⁰⁰.

Il modello di *"case management"* nacque, quindi, in generale con l'obiettivo di rendere il processo idoneo a promuovere una giustizia più effettiva e accessibile, come soluzione a situazioni di esaurimento dei sistemi. In tale modello, effettività e accessibilità hanno stretta relazione con gli strumenti di riduzione dei costi e dei tempi del processo. Sul punto, in letteratura si è detto che uno degli effetti più visibili della riforma, introdotta dal modello di *case management* inglese, sia proprio la riduzione della durata dei processi: *"Cases that took five years or more to come to trial – scrive Turner – are now resolved in fifteen or eighteen months"*⁴⁰¹.

³⁹⁸ ZUCJERMAN A. A. S., *ult. op. cit.*, p. 8.

³⁹⁹ <http://ce-file.uk/onewebmedia/admiralty-and-commercial-courts-guide.pdf>: Le Commercial Court inglesi hanno un loro proprio codice procedurale. Nel 2011 la Commercial Court Guide ha inoltre redatto il manuale chiamato: *"Key features of case management"*, aggiornato a marzo 2016.

⁴⁰⁰ BONCI M., *Active Case Management: English Reception and Italian Rejection*, *Revista de Processo: RePro*, v. 38, n. 219, 2013. p. 230: *"Here one can contrast the sophisticated tradition of the English Commercial Court. This is a specialist branch of the High Court, based in London, and dealing with many cross-border and high value disputes. For several decades the Commercial Court judges (who are known to be pioneers in procedural matters) have made intelligent, resourceful, and enthusiastic use of managerial powers from the early stage of such dispute. These judges hear all pre-trial applications. They make case management hearings. This is stated to be for this purpose: "to achieve definition of real matters in issue as early as possible with as few technicalities and as few interlocutory [that is, pre-trial] proceedings as were consistent with an orderly trial"*.

⁴⁰¹ FICCARELLI B., *ult. op. cit.*, p. 135: *"Più dettagliati e quindi anche più probanti I dati tratti da Zander dalle Judicial Statistics annuali, dai quali risulta che la durata media dei giudizi di fronte alle county courts che nel 1990 era di 81 settimane e nel 1998 di 85 settimane, nel 2005 si è ridotta a 52 settimane e che la durata media dei casi assegnati al fast track dal momento dell'assegnazione a tale modulo processuale e la data del trial si mantine nell'ambito delle 30 settimane volute dalle Civil Procedure Rules"*.

Nella prima parte delle *Civil Procedure Rules* del 1998, con il titolo “Overriding Objective”, si trovano infatti, i principi e gli obiettivi che guidano l’attività processuale⁴⁰².

Ed è sulla base di queste regole che il legislatore inglese ha coniato i valori di questa nuova cultura processuale, marcata da parole come flessibilità ed elasticità e sotto l’influsso concettuale della proporzionalità⁴⁰³.

Il modello processuale di *active case management* è caratterizzato sostanzialmente da un’attuazione cooperativa tra le parti e dagli ampi poteri conferiti al giudice nell’identificare: le questioni controverse, le questioni complesse che esigono attività probatoria più completa, le questioni che possono essere decise sommariamente e la risoluzione alternativa della controversia⁴⁰⁴.

Altra novità di questo sistema - inedita ai sistemi processuali - è che al giudice del *case management* è conferito il potere di scegliere il procedimento (*track*) in base alle caratteristiche individuali di ciascuna causa civile, personalizzando il rito secondo

⁴⁰² “The overriding objective:

1.1(1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost. (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable –(a) ensuring that the parties are on an equal footing; (b) saving expense; (c) dealing with the case in ways which are proportionate –(i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; (e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases; and (f) enforcing compliance with rules, practice directions and orders. Application by the court of the overriding objective:1.2The court must seek to give effect to the overriding objective when it –(a) exercises any power given to it by the Rules; or (b) interprets any rule subject to rules 76.2, 79.2 and 80.2, 82.2 and 88.2.

Duty of the parties 1.3 The parties are required to help the court to further the overriding objective. Court’s duty to manage cases 1.4 (1) The court must further the overriding objective by actively managing cases. (2) Active case management includes –

(a) encouraging the parties to co-operate with each other in the conduct of the proceedings; (b) identifying the issues at an early stage; (c) deciding promptly which issues need full investigation and trial and accordingly disposing summarily of the others; (d) deciding the order in which issues are to be resolved;

(e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution(GL)procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure; (f) helping the parties to settle the whole or part of the case; (g) fixing timetables or otherwise controlling the progress of the case; (h) considering whether the likely benefits of taking a particular step justify the cost of taking it; (i) dealing with as many aspects of the case as it can on the same occasion; (j) dealing with the case without the parties needing to attend at court;

(k) making use of technology; and (l) giving directions to ensure that the trial of a case proceeds quickly and efficiently”.

⁴⁰³ ANDREWS, *op. cit.*, p. 10: “Tracks: The allocation of cases to different types of first instance court (county court or High Court) and to different systems of procedure (known as ‘tracks’) under the CPR (1998) is founded on the principle of jurisdictional proportionality: that litigation must be tailored to the size and nature of the dispute”.

⁴⁰⁴ FICCARELLI B., *ult. op. cit.*, p. 135.

una valutazione di economia processuale ed efficacia, senza pregiudizio del diritto di difesa e della giustizia della decisione.

Il concetto si basa sull'idea che una relativa assenza di predeterminazione può significare una accentuata crescita di efficienza rituale. Tuttavia, secondo tale ipotesi, il *managerial judge* non opera solo riguardo al rito, in quanto anche la produzione della prova riceve i suoi influssi dalla sua azione.

Per una panoramica più precisa, si ritiene necessario segnalare i principali passaggi della procedura inglese, che può essere divisa in sei tappe: (1) *pre-action*; (2) *commencement and pleadings*; (3) *disclosure: party preparation of factual evidence, expert evidence, and exchange of documents between the parties (prima chiamata discovery)*; (4) *trial*; (5) *appeal*; (6) *enforcement*⁴⁰⁵.

Si badi che le procedure civili di *civil law* non di rado hanno dimostrato assenza d'interesse riguardo al periodo che precede l'inizio formale del processo, sostenendo che lo stesso non esiste. Tale impostazione appare evidente nella procedura civile brasiliana e nel processo civile italiano, dove è assente un momento assimilabile al fenomeno chiamato "*disclosure*". In ragione di questo, la presente disamina si concentrerà nel descrivere le particolarità di questa fase e di quella della *pre-action*.

Nel processo inglese, è nelle fasi di *pre-action* (1) e *disclosure* (3)⁴⁰⁶ che si sviluppano i procedimenti di '*Pre-trial applications*' e *case management hearings*.

*Pre-action phase*⁴⁰⁷: è il periodo che intercorre tra il sorgere del fondamento della domanda e l'inizio formale del procedimento. Il sistema del CPR (*Civil Procedure Rules*) ha stabilito una serie di *pre-action protocols*, ovvero alcuni strumenti il cui obiettivo è quello di promuovere accordi (concordato), evitando l'aumento dei costi del processo. La razionalità dei *pre-actions protocols* risiede nel fatto di evitare il processo, nel senso che esso sia effettivamente avvertito solo come *ultima ratio* per la soluzione delle controversie.

Quanto agli aspetti dei *pre-actions protocols*, si possono così suddividere: a) *self-executing and require the disputants to co-operate*; b) controllo a posteriori delle corti; c) sono prescrizioni di obbligazioni che le parti devono soddisfare prima

⁴⁰⁵ ANDREWS N., *The Three Paths of Justice*, Dordrecht: Springer, p. 8.

⁴⁰⁶ IVI, p. 7.

⁴⁰⁷ IVI, p. 8: "*covers the period from when the relevant ground of complaint or contested issue arose until that matter produces formal civil proceedings*".

dell'inizio formale delle domande⁴⁰⁸. Un altro aspetto che merita di essere analizzato è quello dello scambio di informazioni, il quale gioca un ruolo importante nel preparare e stimolare il raggiungimento di un accordo⁴⁰⁹.

La preparazione della causa è collegata all'importanza che il sistema attribuisce al principio della *Jurisdictional Proportionality*, il quale, di fatto, stabilisce che il rito debba corrispondere alla dimensione e alla natura della lite⁴¹⁰. Una delle possibilità di applicazione della proporzionalità viene attuata mediante la presenza di tre riti procedurali: *Small claims jurisdiction*; *Fast-track* e *Multi-track*.

Lo *Small claims jurisdiction* riguarda le domande che non eccedono £ 10,000 (o £1,000, per casi specifici: “*the normal limit for housing disrepair cases and personal injury claims is £1,000*”). *Strict timetable*, cioè a dire la causa seguirà una previsione temporale stretta, fissa. Tali domande devono essere proposte dinanzi al giudice delle *County Courts* (prima istanza di giurisdizione).

Nella *Fast-Track* vi sono le domande tra £10,000 e £25,000; nonché i c.d. *fixed costs*⁴¹¹, cause di valore più alto che possono essere processate direttamente o senza la

⁴⁰⁸ “*One of the aims of this system is that each side should know the strengths of his opponent’s case*”, IVI, p. 9.

⁴⁰⁹ IBIDEM: “*It is also hoped that settlement will be promoted by efficient exchange of information. For example, a person who alleges that he was the victim of medical negligence can gain access to hospital or medical records under this system of pre-action protocols. If the dispute does proceed to a formal action, the court has power to sanction a person’s failure to comply by making an appropriate costs order. Various rules or judicial powers regulate preservation of, or access to, potential evidence and information before formal commencement of proceedings*”.

⁴¹⁰ ANDREWS N., *op. cit.*, p. 10: “*Tracks: The allocation of cases to different types of first instance court (county court or High Court) and to different systems of procedure (known as ‘tracks’) under the CPR (1998) is founded on the principle of jurisdictional proportionality: that litigation must be tailored to the size and nature of the dispute. The idea of allocating cases to different types of court according to their value or importance was not an innovation of the CPR system. The dualism of county court a High Court first instance jurisdiction can be traced to the nineteenth century. Within the county court system, small claims procedure was introduced in the 1960s and 1970s. These matters, therefore, ante-date the Woolf Inquiry of 1994-1996. However, the CPR (1998) system does refine the notion of proportionate allocation (stopping short of amalgamating the county court and High Court system into a unified first instance court). There are now three tracks (that is, types of first instance procedure to which a case can be allocated): the small claims jurisdiction; the fast-track; and the multi-track. High court litigation is concerned only with the multi-track. The county courts, which are the inferior first instance jurisdiction, are concerned with all three tracks. At the time of writing (April 2011), the small claims system concerns actions not exceeding £5,000 (or £1,000 in the case of personal injury claims and housing repair claims by resident tenants). (...) Above the small claims jurisdiction is the second tier of first instance adjudication, the ‘fast track’, dealing with claims not exceeding £25,000. At the top of the first instance system, the third tier, is the verstiël ‘multi-track’, dealing with all other actions. The High Court tends not to deal with matters less than £50,000*”.

⁴¹¹ ZUCKERMAN A. A. S., *Lord Woolf’s Access to Justice*, cit.: “*Since the fast track procedure will be simple and predictable, Lord Woolf believes that costs should be fixed. The fixed costs will only affect the costs recoverable by the winner from the loser. Otherwise, lawyers will be free to charge their own clients more than the fixed costs. The cost level remains to be worked out in the light of ‘further detailed work on the precise amounts which should be payable’.* 53But Lord Woolf believes that the maximum recoverable costs should be in the region of £ 2,500. A closer look at the proposals reveals a number of

necessità di una fase istruttoria più lunga. Un'altra caratteristica del *fast track* è l'assenza di produzione di prova orale⁴¹². Non c'è possibilità di sentire testimonianze o pure periti, sono ammesse tuttavia domande scritte al perito/esperto: "*wherever possible, a single expert should be instructed, and the court will have the power to appoint such an expert*".

Nei procedimenti "fast track" sono presenti anche quelle parti denominate *Directions orders*⁴¹³, specifiche istruzioni (standard o no) che servono a facilitare il percorso processuale. Le "directions orders" sono dei formulari che devono essere compilati con dati specifici. L'obiettivo del loro utilizzo è di riunire l'informazione necessaria per la preparazione della causa e conoscere meglio le questioni e i fatti in discussione.

Nel *fast track*, dunque, la fase di *discovery* è standardizzata e riguarda le parti e i propri documenti (*those on which a party relies in support of his/her contentions*) e i documenti della parte avversaria/contraria (*those of which a party is aware and which*

weaknesses in the system which make it vulnerable to subversion by those with an incentive to do so. To begin with, the fixed costs of £ 2,500 will be exclusive of VAT and disbursements. Ibidem.

⁴¹² "*In advance of the trial 'brief witness statements' will be served which witnesses will be allowed to amplify at the trial. A listing questionnaire will be sent out by the court at the end of the pre-trial process, which is envisaged to last 10 weeks from the directions order. In it the parties will have to give account of the pre-trial process and estimate the length of the trial. Thereafter the court will give a fixed date for trial at a set time. The 'trial length will be strictly limited and the judge will have responsibility for ensuring that effective and appropriate use is made of the allotted time.'* Normally, Lord Woolf hopes, cases should be completed in three hours but if necessary may go up to a day." Ibidem.

⁴¹³ United Kingdom, Standard directions. London: Ministry of Justice, 2017: *When a claim in a civil court is disputed, the court will give instructions to the parties on how they are to prepare the case. The instructions are known as "directions". The directions are intended to make sure that everything to do with the case is known to the court and to both parties before there is a full court hearing. There are several purposes behind this. One is so that it becomes clear which parts of the case are disputed and which are not – only the disputed parts will need a judge's decision. Another is so that the court can make the right arrangements for the hearing, including allowing enough time for it and selecting the right level of judge. A third – just as important – is so that the parties themselves get a full understanding of each other's case.*

This third purpose enables the parties to concentrate their preparation on the disputed issues. This will help the judge to reach a decision on them. It also makes it easier for the parties to "settle" the case – to come to a sensible agreement which makes a hearing unnecessary. The parties have legal duties both to help the court and to try to reach agreement.

The directions given by the court will usually be based on "Standard Directions". On these pages, the paragraphs included in those, together with other paragraphs which are often used, are set out with explanations. They will help you to understand what you are required to do to comply with the directions and prepare your case. Not all the paragraphs explained here will be used in every case.

The directions given in your case may well differ in some respects from what you read here. The judge giving them will have adjusted them to fit the particular case. The notes here should still help you to understand them.

Although the directions will most frequently have been given by a judge on reading the papers which have been filed, sometimes they will be given at a hearing. In that case, you must observe any explanations which the judge gave if they differ from what you find here.

At any time, you can apply for further directions to be given. In particular, if the timetable set by directions is drifting, applying promptly for directions to get things back on course is a good way of letting the judge know of your concerns. Updated: Monday, 30 January 2017.

to a material extent adversely affect his/her own case or support another party's case)⁴¹⁴.

In secondo luogo, al *Multi-Track*, invece, sono assegnate tutte le altre domande superiori a £25,000 o le domande complesse con riguardo al diritto o alla prova. È la procedura che raggiunge il più ampio numero di casi, dai casi più semplici - che stano fuori del *fast track* - fino ai casi più complessi. È importante, inoltre, segnalare che le *High Courts* ricevono le domande che superano £50,000. Con riferimento a queste ultime, Zuckerman afferma che il “*Judicial involvement will, therefore, vary from light control, and even standard directions, to full hands-on case management. Such management could include the following hearings and directions:*⁶⁷*case management conference conducted by a procedural judge; directions in writing for the preparation of the case; fixing a trial date; specifying the period within which the trial will take place; pre-trial review by the trial judge*”⁴¹⁵.

Per quanto concerne i testimoni, per la *case management conference* sarà preparata soltanto l'identità del testimone ed una breve nota delle questioni, insieme alle questioni dell'istante e della difesa. In questa fase, la controversia sarà identificata stabilendo anche quali testimoni siano necessari. Nella fase del *pre-trial review* sarà verificato, inoltre, quali testimoni devono essere chiamati e le domande riguardo alle quali dovranno testimoniare. Nel giudizio (*trial*), le parti possono chiedere propri testimoni per dare ampiezza alle loro affermazioni, senza apportare, però, nuove elementi⁴¹⁶.

Sono criteri di allocazione delle domande nei *track* menzionati: a) il valore della domanda; b) la natura del provvedimento; c) la probabile complessità dei fatti, questione giuridica e della prova; d) il numero di parti o delle probabili parti; e) il valore di qualsiasi “counter claim” o altra questione complessa riguardanti; f) la dimensione della prova orale richiesta, la quantità di testimoni e altre “*oral evidence*”; g)

⁴¹⁴ ZUCKERMAN A. A. S., *ult. op. cit.*, p. 34.

⁴¹⁵ *Idem*.

⁴¹⁶ ZUCKERMAN A. A. S., *ult. op. cit.*, *passim*. “*For the case management conference, only the identity of witnesses and a brief note of the issues with which they deal will be prepared, in addition of course to the claim and defence. At that stage the issues will be identified, thereby determining which witnesses will need to be called. Only statements from these witnesses would then have to be exchanged. At the subsequent pre-trial review it will be decided which witnesses should be actually called and the issues on which they would testify. At the trial itself the parties would be allowed to ask their witnesses to amplify their statements (but they will not be allowed to raise new points without leave)*”.

l'importanza della domanda rispetto alle persone che non sono parti della domanda; h) le manifestazioni, opinioni, ragioni delle parti e le loro circostanze⁴¹⁷.

L'allocazione dell'istanza può essere comunque modificata dalla corte. La domanda, nel processo inglese, comincia quando la parte ha compilato le suddette *claims form (Directions form)*, che - come abbiamo già detto - non sono altro che formulari in cui sono richieste le informazioni più importanti e necessarie per stabilire la corretta allocazione del rito.

La procedura inglese prevede ampi poteri ai giudici (*Court*) volte a garantire l'allocazione di risorse delle corti in maniera proporzionale, non solo rispetto alle corti, ma anche rispetto alle parti. Per meglio dire, devono controllare il rapporto di costo del processo ed il beneficio che si aspetta di raggiungere. Determinare il “*track*”, il rito adeguato, in questo caso, significa migliorare il rito, ridurre i costi ed accelerare il processo.

In un'ottica più ampia, dunque, secondo Andrews⁴¹⁸, i giudici possiedono, nei termini del CPR, la specifica responsabilità di:

(a) “*Co-operation and settlement: encouraging co-operation between the parties; helping parties to settle all or part of the case; encouraging alternative dispute resolution; if necessary, staying the action to enable such extra-curial negotiations or discussion to be pursued;*”⁴¹⁹.

(b) Determinare le questioni rilevanti e le priorità: vale a dire identificare la/e questione/i controversa/e; stabilire l'ordine di importanza e il rapporto di pregiudizialità tra di loro; stabilire il rito, se più ampio e complesso oppure sommario;

(c) “*making summary decision*”, cioè a dire *prendere decisioni sommarie*: decidere sull'assunzione dei *summary hearings* (CPF Part. 24); sull'estinzione del processo per vizi o manifesta infondatezza; pronunciare decisioni provvisorie; promuovere il processo attraverso il calendario del processo e tutti gli altri aspetti del tramite procedurale che possono influenzare il percorso del processo in tempo ragionevole”;

(d) *regolare le spese*: decidere se gli atti processuali richiesti o proposti e se la produzione probatoria desiderata dalle parti sono *cost-effective*, ovvero se è rispettato il giudizio di proporzionalità.

⁴¹⁷ ANDREWS N., *op. cit.*, p. 11.

⁴¹⁸ IVI, p. 12.

⁴¹⁹ IBIDEM.

In altre parole, l'intervento giudiziale implica le seguenti fasi: a) fissare il calendario del processo (time-tables) in accordo con le parti, cioè, controllare il progresso temporale della domanda; b) *Directions*: dare le direttive che porteranno il processo alla soluzione di merito, in modo veloce e efficiente; c) *Co-operation and settlement*: stimolare il concordato integrale o parziale e la cooperazione; (d) fissare i punti rilevanti e le priorità del caso, escludendo i punti irrilevanti⁴²⁰.

L'esercizio di questi poteri, che consentano uno spettro decisionale piuttosto ampio, richiede una preparazione delle corti superiori (*Appellate courts*) anche nel senso ideologico, le quali non possono esercitare il controllo delle decisioni dei giudici di primo grado senza tenere in conto la teleologia del *case management*, per evitare il rischio di costringere i giudici ad un approccio timido e reticente. Ciò vuol dire che lo spirito del *case management* implica un cambio ideologico molto più radicale di quanto si possa comprendere in questo momento di evoluzione della procedura civile.

Nella procedura inglese, le parti devono chiedere l'ammissibilità dell'impugnazione di una decisione di *case management*; tuttavia, non è facile ottenere il permesso⁴²¹ di impugnare la misura di *case management*⁴²².

Con riferimento all'opportunità di permettere l'impugnazione, bisogna considerare il contenuto della *Practice Direction 52*, 4.4, 4.5, a cui fa riferimento Andrews⁴²³, con la valutazione di seguito riportata:

⁴²⁰ "Forms of Judicial Intervention: The CPR lists the following managerial responsibilities, although these are not intended to be exhaustive statements of the court's new active role. Maintaining Impetus: The court must fix (in consultation with the parties and their lawyers) time-tables. More generally, it should control the progress of the case. It must give directions which will bring the case to trial as quickly and efficiently as possible. Co-operation and Settlement: The courts should encourage the parties to co-operate; help them to settle all or part of the case; and promote alternative dispute resolution, where it is appropriate. For this last purpose, the court has power to stay the action to enable such extra-curial negotiations or discussions to be pursued. Determining Relevance and Priorities: The court must help to identify the issues in the case. This includes power to exclude issues from consideration because they are irrelevant. The court should decide the order in which the issues are to be resolved. It must try to determine as early as possible which issues need a full trial and which can be dealt with summarily." C.H. (REMCO) VAN RHEE, FU YULIN, *Civil litigation in China and Europe: essays on the role of the judge and the parties*, in New York: Springer Netherlands, 2014.

⁴²¹ "Party must first obtain permission to appeal, including an appeal from a case management decision." C.H. (REMCO) VAN RHEE, FU YULIN, *Civil litigation in China and Europe: essays on the role of the judge and the parties*, in New York: Springer Netherlands, 2014.

⁴²² "Case Management and Appeal, A 'Light Touch' Approach: Appellate courts are prepared to show considerable deference to judges' case management decisions, including decisions concerning the conduct of trial. But appeal judges will overturn decisions if they are incorrect in principle, or based on failure to consider all pertinent factors, or motivated by an irrelevant consideration, or where the judge has misunderstood the purpose of the relevant discretion.³⁴ (For an unusual instance where a first instance judge in later litigation protested that the Court of Appeal had itself erred in law in repudiating his earlier procedural decision – concerned with amendment of pleadings – Nottinghamshire & City of Nottingham Fire Authority", Ibidem.

⁴²³ ANDREWS N., *op. cit.* p. 13.

“Case management decisions include decisions made under rule 3.1 (2) [containing a long list of procedural powers] and decision about disclosure, filing of witness statements, or experts reports, directions about the timetable of the claim, adding a party to a claim, and security for costs’. In this context, a decision concerning permission to appeal requires consideration whether ‘the issue is of sufficient significance to justify the costs of an appeal’, ‘the procedural consequences of an appeal (e.g. loss of trial date) outweigh the significance of the case management decision’, and whether ‘it would be more convenient to determine the issue at or after trial’”.

Inequivocabilmente, quindi, le attività di *case management* richiedono un sistema di disciplina e di sanzione che sia effettivamente applicabile e che non si nutra di benevolenza⁴²⁴ riguardo alle parti, in nome della salvezza del processo:

“On an application for relief from any sanction imposed for a failure to comply with any rule, practice direction or court order the court will consider all the circumstances including – (a) the interests of the administration of justice; (b) whether the application for relief has been made promptly; (c) whether the failure to comply was intentional; (d) whether there is a good explanation for the failure; (e) the extent to which the party in default has complied with other rules, practice directions, court orders and any relevant pre-action protocol; (f) whether the failure to comply was caused by the party or his legal representative; (g) whether the trial date or the likely trial date can still be met if relief is granted; (h) the effect which the failure to comply had on each party; and (i) the effect which the granting of relief would have on each party”⁴²⁵.

D’altro lato, sono necessari i seguenti elementi vincolati alla preparazione e cultura dei giudice: “(i) judicial experience; (ii) adequate pre-hearing reading by judges and proper preparation by lawyers; (iii) the same judge should deal with each successive hearing(...); (iv) there should be consistency between courts; (v) ‘robust but reasonably fair’ case management orders should be upheld by the Court of Appeal”⁴²⁶.

⁴²⁴ *“Relief from Sanctions and Procedural Clemency: Procedural non-compliance cannot be treated as uniformly reprehensible. Examples of procedural default vary greatly in their intrinsic importance. They also cause, or have the potential to cause, different degrees of ‘collateral’ impact, that is, disturbing the ‘case flow’ of other litigation in the same ‘list’ of actions. For example, the courts have sensibly refrained from making draconian orders where parties have slightly delayed in making disclosure of expert reports or witness statements, provided this delay can be acceptably explained.”* Furthermore, litigants in person require special consideration.” Ibidem.

⁴²⁵ IBIDEM.

⁴²⁶ *“In his 22 November 2011 lecture, ‘Achieving a Culture Change in Case Management’ Sir Rupert Jackson noted that efficient case management requires”* Ibidem.

2.2. L'importanza della fase preparatoria nel processo civile

Nel processo civile di *common Law*, sia inglese che nord americano, sono due le fasi che svolgono ruoli piuttosto rilevanti. Queste fasi sono la *pre-action* e la *pre-trial*. La comprensione di questi istituti richiede la necessità di avere ben chiaro che il *trial*, nel *Common Law*, è un momento continuo nel quale si svolge l'attività di indagine, di rappresentazione della prova ed il giudizio della causa. Di contro nei sistemi continentali le fasi che precedono l'inizio formale del processo (citazione o ricorso) non hanno quasi alcuna rilevanza.

Nel sistema inglese, i *pre-action protocols*, menzionati precedentemente, rappresentano un'importante fase di preparazione della causa e dei suoi obiettivi. Da quanto precisato nell'introduzione delle *Practice Directions*, si può facilmente comprendere che “*pre-action protocols explain the conduct and set out the steps the court would normally expect parties to take before commencing proceedings for particular types of civil claims*”.

Gli obiettivi delle “*pre-action protocols*” (England and Wales) aiutano a capire lo spirito che dà vita al *case management*; le *Practice Directions* n. 3 indicano le seguenti fasi:

3. *Before commencing proceedings, the court will expect the parties to have exchanged sufficient information to—*
 - (a) *understand each other's position;*
 - (b) *make decisions about how to proceed;*
 - (c) *try to settle the issues without proceedings;*
 - (d) *consider a form of Alternative Dispute Resolution (ADR) to assist with settlement;*
 - (e) *support the efficient management of those proceedings; and*
 - (f) *reduce the costs of resolving the dispute.*

Il processo inglese prevede anche la fase *pre-trial*, nella quale la preparazione della causa ha già raggiunto un grado di strutturazione più complessa. Questo modo di suddividere il processo è ben distinto dalla frammentazione del processo civile continentale. Il *case management* esige, infatti, una quantità di cognizione all'inizio della domanda che implica una maggiore importanza della fase introduttiva o preparatoria delle domande.

Riguardo ai “*pre-trial hearings*”, vi sono due importanti udienze: ‘*case management conference*’ (‘*CMCs*’) e ‘*pre-hearing review*’.

Nel *pre-trial hearing*, la produzione di prova orale è solo eccezionale; nel procedimento ordinario questa udienza è destinata a discutere il contenuto delle dichiarazioni dei testimoni (che sono ridotte a dichiarazioni scritte). È dunque un'udienza di grande utilità, dal momento che possono essere richieste, in tale udienza, ordinanze provvisorie (*interim relief*), oppure l'estinzione della domanda dell'attore o delle domande/eccezioni del convenuto.

La procedura inglese prevede due forme di *disclosure* (o due momenti di *disclosure*): *pre-action* e *pre-trial*.

Gli obiettivi di entrambe, però, sono sempre gli stessi: l'accesso alle informazioni importanti; l'uguaglianza nell'accesso all'informazione; la facilitazione o agevolazione del processo di accordo; ed infine di evitare il processo-trappola (*trial by ambush*)⁴²⁷.

Il procedimento di *disclosure* è, di regola, contraddistinto dalle seguenti attività: a) prima di cominciare il processo, ogni parte deve preparare e dare accesso alla lista di documenti sui quali baserà la sua domanda o che possono avere un rapporto con l'interesse dell'altra parte o che possono influenzare la domanda dell'altra parte; si intende, per documento, qualsiasi elemento che possa contenere informazioni ('*anything in which information of any description is recorded*'); b) l'elemento documentale oggetto di *disclosure* non può essere diffuso tra altri soggetti⁴²⁸. In tal senso, le *Practice Directions* regolano l'uso successivo delle informazioni ottenute nella *Disclosure* (PD, 31.22):

(1) *A party to whom a document has been disclosed may use the document only for the purpose of the proceedings in which it is disclosed, except where –*

(a) *the document has been read to or by the court, or referred to, at a hearing which has been held in public;*

(b) *the court gives permission; or*

(c) *the party who disclosed the document and the person to whom the document belongs agree.*

(2) *The court may make an order restricting or prohibiting the use of a document which has been disclosed, even where the document has been read to or by the court, or referred to, at a hearing which has been held in public.*

⁴²⁷ ID, *op. cit.*, p. 19.

⁴²⁸ È il caso di applicazione della '*Implied Undertaking Rule*'. Una regola inglese originata nel mezzo del secolo XIX, che riguarda l'attività di protezione rispetto ai dati oggetto di *disclosure*. La norma stabilisce il dovere di non usare i documenti ad altri fine che non sia quello di essere usati nel ambito della specifica domanda giudiziale. La Corte può anche decidere di permettere l'uso dei documenti in altre ambiti.

È nella fase introduttiva o preparatoria, infatti, che si prendono le decisioni più importanti riguardo al percorso processuale e che possono determinare la riduzione della durata del processo.

Di conseguenza, la fase preparatoria del processo civile ha acquisito, sempre di più, fondamentale importanza. Più che la mera presentazione di una petizione, di una citazione o di un ricorso, si tratta di preparare la domanda in senso più ampio.

È proprio in questo momento del processo che ci sono stati significativi cambiamenti nel corso delle ultime riforme processuali degli Stati europei.

Infatti, la trattazione iniziale del processo, se svolta in modo tale che il giudice può fissare i fatti e le questioni controverse, è in grado di eliminare tutto ciò che non è in realtà vero oggetto del processo. La fase preparatoria moderna ha come obiettivo quello di identificare i punti di discussione ed i bisogni probatori.

In quest'ottica, dunque, la linea evolutiva del processo civile europeo si presenta con l'idea di dare una sempre più significativa importanza alla fase preparatoria, nella quale il giudice esercita importanti poteri di adeguamento del rito all'oggetto della lite: "presenza attiva del giudice al fine di determinare il *quod decidendum* e il *quod probandum*"⁴²⁹.

Questi sono alcuni aspetti più rilevanti del c.d. *active case management* in Inghilterra e nel Galles.

2.2.1. Il processo civile inglese: pre-trial e Trial e aspetti storici della Riforma Woolf

Il processo civile di common law è noto specialmente per la divisione tra *pre-trial* e *trial*⁴³⁰.

La fase del *pre-trial* è contraddistinta da tre fasi: a) *pleadings*; b) *discovery*; c) *summons directions*⁴³¹. Donzelli usa parlare di "spiccata autonomia della fase del *pre-trial*" per dire che il processo inglese che antecedeva la riforma Woolf era un processo che marginalizzava la figura del giudice, che risultava essere un mero

⁴²⁹ FICCARELLI, *op. cit.*, p. 13.

⁴³⁰ DONZELLI R., *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese*, p. 4, secondo cui "è nota la separazione del processo civile inglese in due fasi: la prima, il *pre-trial*, rivolta a assolvere alla funzione introduttiva e preparatoria della causa e la seconda, il *trial*, riservata al dibattimento, con la formazione delle prove e alla decisione."

⁴³¹ Idem, p. 4.

spettatore del processo. Dopo il 1854 inizia in Inghilterra il declino del giudizio per mezzo della giuria (*trial by jury*). La necessaria separazione tra *trial* e *pretrial* stabilisce precisamente che non si può fare a meno della definizione di tutte le questioni controverse che devono essere presentate davanti alla giuria⁴³².

In questo senso, l'inattivismo giudiziale era giustificato dalla necessità di preservare l'imparzialità del giudice⁴³³ e garantire l'uguaglianza tra le parti. Era anche una garanzia che surrogava l'assenza di criteri di nomina dei giudici trasparenti.

La Riforma Woolf che ha rivoluzionato il sistema inglese aveva dinanzi a sé uno scenario di costi, durata ed insoddisfazione delle parti del sistema della giustizia inglese. Questo scenario, secondo Susan Moloney, si caratterizzava per la mancanza di controllo da parte dei giudici (delle corti) sul processo e, quindi, diventava vulnerabile alle scelte delle parti relativamente alla durata dello stesso. In poche parole, accadeva che le parti avevano più poteri decisori riguardo al tempo del processo ed erano legate al contenuto o alla dimensione dell'istruzione della domanda.

Altro aspetto da rilevare è la disuguaglianza tra le parti, usata o esacerbata dal modello di sistema, che permetteva alla parte più potente di usare il processo per imporre ai più deboli una situazione processualmente insopportabile, sia riguardo al tempo che ai costi. Si rendeva, pertanto, opportuno un cambio sostanziale della responsabilità riguardo alla gestione del processo. Il che significava togliere il potere alle parti e trasmetterlo alle corti:

“Woolf defined case management as: ... the court taking the ultimate responsibility for progressing litigation along a chosen track for a pre-determined period during which it is subjected to selected procedures which culminate in an appropriate form of resolution before a suitably qualified judge⁴³⁴.”

⁴³² Idem, p. 5.

⁴³³ Idem, p. 6.

⁴³⁴ MOLONEY S., *A New Approach to Civil Litigation? The Implementation of The “Woolf Reforms” And Judicial Case Management*, *Judicial Studies Institute Journal*, v. 2, n. 1, 2011, p. 98 – 109: *He was concerned that the courts were taking a minimalist approach to the progress of a civil action. He concluded that the courts were not really in control of the process at all but were dependant on whether the parties themselves chose to process a claim with reasonable speed. He expressed particular concern that rules were being flouted by those with experience of the system and noted that “all too often, such tactics are used to intimidate the weaker party and produce a resolution of the case which is either unfair or is achieved at a grossly disproportionate cost or after unreasonable delay.”*²² *Accordingly, it was recommended that a system of case management be introduced “which will provide a fundamental shift in the responsibility for the management of civil litigation in this country from litigants and their legal advisors to the court.” Woolf defined case management as: (...)the court taking the ultimate responsibility for progressing litigation along a chosen track for a pre-determined period during which it is subjected to selected procedures which culminate in an appropriate form of resolution before a suitably qualified judge.*

Dal punto di vista temporale, la riforma Woolf è stata preceduta dalla relazione Interim Report del 1995, che ha stabilito gli obiettivi e gli aspetti più problematici della procedura inglese. Il *Final Report* è stato pubblicato nel 1996 con una bozza delle nuove regole di procedura civile.

È nel Interim Report che Lord Woolf identifica i problemi chiave della giustizia civile in “*cost, delay and complexity*”⁴³⁵, nonché i principi che devono regolare la procedura civile:

- *The system should be just in the results it delivers.*
- *It should be fair and be seen to be so by:*
- *Ensuring that litigants are afforded an equal*
- *Opportunity, regardless of their resources, to assert or*
- *Defend their legal rights;*
- *Providing every litigant with an adequate*
- *Opportunity to state his or her case and to answer that*
- *Of his or her opponent;*
- *Treating like cases alike.*
- *Procedures and costs should be proportionate to*
- *The nature of the issues involved.*
- *The civil process should deal with cases with*
- *Reasonable speed*
- *It should be understandable to those who use it*
- *It should be responsive to their needs.*
- *It should provide as much certainty as the nature*
- *Of a particular case allows.*
- *It should be effective with adequate resources and*
- *Proper organisation.*⁴³⁶

Nella continuità della sua attività di preparazione della riforma, Lord Woolf ha elaborato il “Final Report”, grazie al quale è arrivato alle seguenti conclusioni: (a) *litigation was too expensive;* (b) *litigation was too slow in bringing a case to a conclusion;*(c) *there was a lack of equality between litigants;* (d) *litigation was too uncertain in terms of time and cost;* (e) *the system was incomprehensible to many users;*(f) *the system was too fragmented since there was no clear overall responsibility for the administration of civil justice;* in ultimo, di estrema rilevanza, *the (g) litigation*

⁴³⁵ Ibidem.

⁴³⁶ Ibidem.

*was too adversarial with cases being run by the parties, not by the courts, and the rules often ignored by the parties and not enforced by the courts*⁴³⁷.

Il nuovo sistema inglese si struttura di conseguenza, sui seguenti aspetti chiavi⁴³⁸, alcuni dei quali sono già stati esaminati in precedenza: (a) *Pre-action protocols – clear frameworks provided for litigants to encourage settlement*; (b) *Part 36 offers – a new process to allow claimants to make offers to settle, as well as defendants*; (c) *Single joint experts – intended to reduce costs and promote co-operation between parties*; (d) *Case Management – cases to be allocated to one of three tracks*; (e) *Costs – to increase certainty and proportionality the development of benchmark and fixed costs*; (f) *Rules – to reduce complexity a single set of rules to apply for the High Court and county courts*; (g) *ADR – the use of Alternative Dispute Resolution to be encouraged*.

Il traguardo della riforma Woolf è stato principalmente l'aver stabilito dei controlli esterni⁴³⁹, controlli che con la riforma cambiano in parte di titolare, spostandosi dalle parti alla titolarità del giudice. Il cammino della riforma Woolf è esattamente l'opposto di quello fatto e concretizzato nel nuovo codice di procedura civile brasiliano, dove si è cercato al contrario di dare alle parti più controllo sulla domanda (negozi processuali). E da qui si vede meglio il contrasto tra il modello di Common Law e il modello romano-germanico. Contrasto che si evidenzia sin dall'inizio riguardo alla posizione del giudice. Contrasto riguardo al ruolo della verità e ai poteri istruttori del giudice.

Secondo Zuckermann: *“By means of judicial control, he believes, we would be able to control the amount of work that lawyers do, and thereby the fees that they charge”*⁴⁴⁰. L'idea del controllo del rito è soprattutto un'idea vincolata al controllo dell'attività degli avvocati e della loro avidità rispetto ai costi.

Zuckerman attira l'attenzione sul fatto che era molto chiara a Lord Woolf la percezione che la mera semplificazione della procedura non fosse sufficiente a raggiungere gli obiettivi prefissati ed a combattere l'eccesso di controversia (*litigation*), in quanto la libertà portava all'abuso che il sistema “adversary” naturalmente permetteva ai litiganti. Lord Woolf credeva nella necessità di un cambiamento culturale,

⁴³⁷ Ibidem.

⁴³⁸ Ibidem.

⁴³⁹ ZUCKERMAN A. A. S., ult. op. cit., p. 1 – 22.

⁴⁴⁰ Ibidem.

in modo che si determinasse una reale influenza positiva della giustizia inglese⁴⁴¹: “*The standards of the new culture would be set by new rules and would be enforced by the judiciary*”.

Alla fine del Interim Report, Lord Woolf riferisce che la causa degli alti costi non era dovuta tanto alla complessità della procedura ma, più precisamente, alla “*uncontrolled nature of the litigation process*”. Il sistema *adversary*, con le sue regole, istigava un ambiente favorevole all’eccesso di controversia (*litigation*). Nelle sue parole, ‘*the adversarial process is likely to encourage an adversarial culture and to degenerate into an environment in which the litigation process is too often seen as a battlefield where no rules apply*’.⁴⁴²

La riforma Woolf rinuncia quindi ad un profilo del giudice che non partecipa delle attività di determinazione e chiarimento dell’oggetto della domanda, cioè del *thema decidendum* e del *thema probandum*⁴⁴³.

⁴⁴¹ Idem: *Lord Woolf is under no illusion about the prospects for improvement through simplification of procedure. He is acutely conscious of the fact that no amount of simplification of procedure will reduce the excesses of litigation, if litigants remain free to determine the extent of litigious process and its duration.*⁴⁹ He too believes that a cultural change is necessary if we are to improve access to justice. *The standards of the new culture would be set by new rules and would be enforced by the judiciary.*

⁴⁴² ZUCKERMAN A. A. S., *Lord Woolf’s Access to Justice*, cit., p. 53. Lo stesso, appunta Donzelli, nella fase preliminare: “Sembra francamente paradossale che nel progetto di riforma del processo inglese si debba leggere che un nuovo modello processuale è necessario, poichè, alla luce dei “i principi base che dovrebbero essere accolti da un sistema di giustizia civile al fine di assicurare la tutela giurisdizionale dei diritti”, il processo deve prima di ogni altra cosa “essere giusto [si badi bene] nei risultati che produce” (WOOLF, 1995), perchè, “senza un effettivo controllo da parte del giudice...il processo adversary può incoraggiare una cultura adversary e degenerare in un ambiente nel quale il processo è troppo spesso visto come un campo di battaglia” (WOOLF 1995).

⁴⁴³ DONZELLI R., *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l’attività di “case management” giudiziale in Davanti al giudice*, Torino: Giappichelli, 2005, p. 53: “Tanto la natura esasperatametne adversary del sistema delle preclusioni, quanto la marginalizzazione del ruolo del giudice nella delicata attività di determinazione e chiarimento del *thema decidendum* e del *thema probandum*, nonché in quella della sua programmazione, costituiscono delle soluzioni difficilmente condivisibili, specie se si pensa che, per un verso, non sono opzioni obbligate ed ineludibili sul piano delle scelte alternative e, dall’altro, onon sono forse nei loro risultati nemmeno consentite dai principi del giusto processo dettati dalla nostra Costituzione.

3.1. *Common law* anglo-americano: sistema e fonti a confronto

Nel sistema di *common law* americano si verifica una tendenza accentuata all'esclusione della centenaria istituzione del *trial*. Nel senso che si osserva che pochissimi processi finiscono effettivamente in un *trial*⁴⁴⁴.

John Langbein - citando William Blackstone - sostiene che il sistema giudiziario deve chiarire i fatti piuttosto che aver bisogno di portare i processi al *trial*⁴⁴⁵. Il sistema di *common law* ha presentato sempre una “*critical weakness*” riguardo l’investigazione dei fatti.

Nel *common law* non c’era la possibilità di forzare la produzione di prova documentale da una terza parte o da parte del convenuto: “*Common law procedure offered no means to locate or force production of documentary evidence of an opponent or a third party, no opportunity other than trial uncooperative or adverse witness, and no opportunity whatsoever sworn testimony of an opposing party. Only in the jury-free equity discussed in Part II, was it possible for a litigant to obtain sworn documentary evidence in advance of adjudication*”⁴⁴⁶.

La strutturazione delle Federal Rules (USA) avevano per obiettivo i seguenti due traguardi preponderanti: consolidare i due procedimenti previsti delle corti di *common law* e di *Equity* in un unico sistema; nonché, redirezionare il processo di *pretrial* allontanando la fase di *pretrial* nella direzione della *discovery*⁴⁴⁷, in modo che la fase di *discovery* diventasse il momento centrale di disegno e definizione della domanda.

⁴⁴⁴ LANGBEIN J., *The disappearance of civil trial*, Yale Law Journal. Connecticut, v. 122, n. 256, 2012, p. 522 – 572, , secondo cui “*a striking trend in the administration of civil justice recent decades has been the virtual abandonment of the centuries-old institution of trial*”

⁴⁴⁵ William Blackstone, *the English jurist who wrote in the 1760s, underscored centrality of fact issues in an arresting passage: “[Experience will show,” he said, “that above a hundred of our lawsuits arise from for one where the law is doubted of.”*⁹ *Was the traffic light red the signature forged or genuine? Ascertain the facts in such a dispute, law is usually easy—so easy, indeed, that the parties will commonly case, or the court will be able to dismiss it as groundless. Thus, the procedure system is at investigating and clarifying the facts, the less to take cases to adjudication.* Ivi, p. 523.

⁴⁴⁶ LANGBEIN J., *ult. op. cit.*, p. 522 – 572.

⁴⁴⁷ *The drafters of the Federal Rules had two dominant and connected objectives: to consolidate the previously distinct procedures and courts of common law and equity into a single system, and to redirect pretrial procedure away from pleading and toward discovery. Discovery under the Rules became a system of litigant-conducted investigation, derived from equity procedure, featuring the sworn interrogation of parties and witnesses and compulsory disclosure of documents (and now electronic records). Relatedly, the Federal Rules made liberal provision for summary judgment in cases in which discovery showed that there was no material dispute of fact requiring trial. The discovery regime of the Federal Rules and the associated practices of judicial case management, ostensibly directed at enabling the litigants to prepare for trial, have had the effect of displacing trial in most cases, causing ever more cases to be resolved in the pretrial process, either by settlement or by pretrial adjudication. Pretrial civil procedure has become nontrial civil procedure.* Ibidem.

La *Discovery* diventa, quindi, un “*system of litigant-conducted investigation*”⁴⁴⁸, che ha origine nel procedimento di Equity⁴⁴⁹, e le cui caratteristiche principali sono l’interrogatorio sotto giuramento delle parti e dei testimoni e la *disclosure* obbligatoria dei documenti e la registrazione elettronica (*eletronic records*.)

Anche nel sistema delle Federal Rules americano, se la fase di *discovery* non porta alla necessità di produzione di prova, il processo dovrà ricevere un giudizio sommario: “*The discovery regime of the Federal Rules and the associated practices of judicial case management, ostensibly directed at enabling the litigants to prepare for trial, have had the effect of displacing trial in most cases, causing ever more cases to be resolved in the pretrial process, either by settlement or by pretrial adjudication. Pretrial civil procedure has become nontrial civil procedure*”⁴⁵⁰.

Inizialmente, come abbiamo visto, in Inghilterra venivano esercitati due sistemi di procedura civile: il sistema di *common law*, incentrato sul *jury trial*, ed un sistema supplementare di *Equity*, che impiegava procedure *non-jury* e *non-trial*⁴⁵¹.

Le Corti di Common Law avevano giurisdizione sulla maggior parte della legislazione, sulla proprietà e sulle obbligazioni. Tuttavia, se la parte aveva bisogno di ottenere documenti o altre evidenze, doveva avviare una domanda innanzi alla *Chancery* (la corte di Equity) oppure ottenere documenti in un *common law trial*, o ancora “*to enforce a common law judgemnt by injunction or a decree of specific performance*”.

⁴⁴⁸ *Discovery under the Rules became a system of litigant-conducted investigation, derived from equity procedure, featuring the sworn interrogation of parties and witnesses and compulsory disclosure of documents (and now electronic records). Relatedly, the Federal Rules made liberal provision for summary judgment in cases in which discovery showed that there was no material dispute of fact requiring trial. The discovery regime of the Federal Rules and the associated practices of judicial case management, ostensibly directed at enabling the litigants to prepare for trial, have had the effect of displacing trial in most cases, causing ever more cases to be resolved in the pretrial process, either by settlement or by pretrial adjudication. Pretrial civil procedure has become nontrial civil procedure.*
Ibidem

⁴⁴⁹ *The drafters of the Federal Rules routinized the practice of using equity derived investigative techniques as pretrial discovery procedures. The Federal Rules make available three main forms of discovery: documents (now including electronic records), interrogatories, and depositions. A party may demand the production of documents "relevant to any party's claim or defense."105 A party may propound interrogatories, that is, written questions directed to another party, which that party must answer "fully in writing under oath."106 And a party may conduct an oral deposition, that is, an out-of-court examination of "any person, including a party,"107 under oath and stenographically recorded. Whereas some documentary discovery108 and some use of interrogatories had been known in prior equity practice, the oral deposition was in major respects a creation of the Federal Rules. 109 104.*
Ibidem.

⁴⁵⁰ LANGBEIN J., *The disappearance of civil trial*, Yale Law Journal. Connecticut, v. 122, n. 256, 2012, p. 522 – 572.

⁴⁵¹ *Thus, by early modern times, the English were operating two distinct civil procedure systems: the common law system, rooted in jury trial, and the supplementary system of equity, which employed nonjury and nontrial procedure.* Ibidem.

La verità è che avviare un'azione di *common law* risultava costoso: “*Bringing that second was costly: Sequencing the two actions was complex,⁸⁵ and because seeking discovery of documents was required to "describe reasonable certainty,"⁸⁶ he had to know in advance what he was looking for.*

4. La questione dei costi del processo

Il 1 aprile 2013 è entrata in vigore in Inghilterra e in Galles la *Jackson Reforms*. Tale riforma ha rivisto il sistema dei costi giudiziari e ha modificato il *case management*. In proposito, si ricorda che in Inghilterra non esiste l'obbligo di assistenza legale, tuttavia non si può prescindere dall'assistenza legale dinanzi ad un sistema estremamente tecnico, senza assumersi poi il rischio di essere sicuramente condannato.

In secondo luogo, le spese giudiziali in Inghilterra sono mediamente otto volte superiori a quelle italiane⁴⁵² e possono raggiungere valori significativi senza un rapporto diretto con il valore della causa, bensì riferito alla quantità ed alla qualità dell'attività difensiva. Riguardo a questo ultimo aspetto, si è affermato in dottrina che: “*The cost of litigation in England is unpredictable, excessive and disproportionate. It seems to make little difference, in this regard, whether the dispute is complicated or simple, important or trivial. Even a dispute which is speedily resolved can run up huge litigation costs*”⁴⁵³.

Il problema dei costi giudiziari aveva già costituito uno dei principali motivi della Riforma Woolf il quale sosteneva, come abbiamo già segnalato, che la causa degli altissimi costi non fosse tanto la complessità della procedura quanto, piuttosto, la ‘*uncontrolled nature of the litigation process*’⁴⁵⁴. Secondo l'Autore, la soluzione – in questa sede più volte menzionata - era la necessità di dare maggior controllo del procedimento al giudice.

All'esito dell'ampio dibattito che ha preceduto la Riforma Woolf sono state stabilite, come già detto prima, due forme di controllo.

La prima, quella del controllo legale, che è una procedura stretta che garantisce l'avanzamento del processo. La seconda, quella del controllo del giudice, che diventa così il *manager* del processo.

⁴⁵² MARINARI M., *La riforma Jackson e la disciplina delle spese nel processo civile inglese*, Roma: Questione Giustizia, 2014.

⁴⁵³ ZUCKERMAN A. A. S., *Lord Woolf's Access to Justice*, cit., pp. 1 e ss.

⁴⁵⁴ *IVI*, p. 2.

Modificando la tradizionale divisione di attribuzioni del sistema “*adversary*”, Lord Woolf ha così concentrato nelle attività dei giudici il controllo della lite. L’aspetto che attira attenzione è dato dal fatto che l’obiettivo di questa scelta lungimirante era essenzialmente quello di controllare la quantità di lavoro che gli avvocati avrebbero potuto o dovuto svolgere, in ogni tipo di domanda e, dunque, controllare i costi giudiziari⁴⁵⁵.

La chiave della sua analisi gira intorno all’eccessiva libertà concessa agli avvocati di protrarre o allungare il processo. In considerazione di ciò, combattere l’abuso è stata e continua ad essere, la motivazione principale delle riforme inglesi.

Per comprendere la dinamica dei cambiamenti apportati dalla Riforma Woolf e dalla Jackson Reforms, e quindi per affrontare, con i dovuti strumenti lessicali, il tema occorre anzitutto fornire la nuova terminologia che tali riforme adottano, così come riportata dall’analisi del Marinari⁴⁵⁶.

Fixed Costs: per domande di minor valore (recupero di somme o di beni, incidenti stradali, materia di esecuzione); *Onorari- Costs capping* (CCOs): “*an order limiting the amount of future costs (including disbursements) which a party may recover pursuant to an order for costs subsequently made*”; *Small Claims*: nessuna spesa legale (ma è prevista la condanna della parte soccombente al rimborso delle spese materiali sostenute dalla controparte); *Costs order in favour or against a non-party*: soggetti diversi dalle parti possono essere sanzionati con una condanna alle spese (soggetti che abbiano finanziato la parte soccombente o compiuto altre attività); *Waisted Costs*: la condotta ingiustificabile dell’avvocato (*improper, unreasonable, negligent*) può essere sanzionata se ha danneggiato la parte soccombente, anche nel caso di mancata informazione al cliente, specialmente nel caso di *hopeless claims*. Criteri di liquidazione delle spese: *Standard Costs* – coprono una percentuale però non la totalità delle spese legali; *Indemnity Costs* – senso sanzionatorio e che può giungere a coprire 100% della richiesta contenuta nel *Bill of Costs*. *Conditional Fee Agreements* (CFA’s): la parte può essere esonerata dal pagamento dell’onorario al proprio avvocato; (non si tratterebbe di un equivalente delle *Contingency Fees* americane).

Normalmente, viene prevista una percentuale calcolata sull’importo liquidato al favore della parte (*success fee*): “come nel meccanismo delle *Contingency Fees*, ma che

⁴⁵⁵ IVI, p. 3.

⁴⁵⁶ MARINARI M., *La riforma Jackson e la disciplina delle spese nel processo civile inglese*, Roma, Questione Giustizia, 2014.

si aggiunge, in questo caso, all'importo delle spese liquidate in favore della parte vincitrice (*receiving party*), e non invece, come avviene per le *contingency fees*, detraendo il compenso dell'avvocato dall'ammontare del risarcimento del danno o comunque della somma attribuita alla parte vincitrice⁴⁵⁷. ATE (*After The Event Insurance Premium*: premio della speciale assicurazione stipulata dalla parte vincitrice per coprirsi dal rischio di soccombente, che sarà rimborsato dalla parte soccombente. *Additional liability*: l'insieme di tali costi aggiuntivi costituisce l'attribuibile alla parte soccombente⁴⁵⁸.

Da tutto ciò che è stato detto, risulta evidente che la questione delle spese è diventato tema centrale delle riforme della procedura inglese⁴⁵⁹. Secondo quanto spiega il Comoglio, le *Rules of the Supreme Court* anteriori alle attuali *CPR* permetteva alla parte vincitrice di ottenere dalla parte soccombente il rimborso dei costi, ed in genere delle spese «*necessary or proper for the attainment of justice*». Ciò rispecchierebbe il criterio valido dal 1883 fino al 1986, allorquando venne poi introdotto il suddetto criterio indennitario («*assessment on the indemnity basis*»), affiancato al criterio di «*assessment on the standard basis*», il quale determinava la ripetibilità di costi ragionevoli, criterio adottato nella prima versione della *CPR*. Qui sarebbe presente già l'idea di proporzionalità dei costi.

Secondo Comoglio, «il recente aggiornamento delle *CPR* inglesi riconosce il principio di proporzionalità dei costi nel processo civile («*principle of proportionality in relation to civil procedure*») quale nozione autonoma e fondante⁴⁶⁰.

La proporzionalità dei costi diventa, quindi, sempre più indipendente ed autonomo nell'ambito del *overriding objective*. Ed in effetti, la proporzionalità acquista prevalenza sul principio di necessità, concedendo al giudice inglese una dimensione di discrezionalità che prima non possedeva, specialmente perché tale controllo è richiesto all'inizio della domanda, in modo preventivo.

Il giudice del *case management* inglese ha, d'altra parte, un ruolo attivo/determinante anche riguardo ai costi del processo. Questo controllo non è, di conseguenza, solo effettuato a posteriori, ma anche preventivo.

⁴⁵⁷ Idem.

⁴⁵⁸ IBIDEM.

⁴⁵⁹ COMOGLIO P., *Giustizia (non) a tutti i costi. Significativo 'update' delle civil procedure rules inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Italia, v. 68, n. 1, 2014, p. 145.

⁴⁶⁰ IBIDEM.

Nella Parte 3 del CPR sono elencati gli aspetti principali del nuovo controllo sui costi del processo, dove si specifica che:

(a) ciascuna parte prima della “*first case management conference*” offre un budget contenente l’indicazione dei possibili costi per tutta la causa, compreso il *trial*. Questo preventivo sarà discusso tra le parti, nel corso di un’udienza di *Case Management*.

(b) il giudice può emettere “*costs management order*” al fine di controllare la correttezza dei budget, che resterà vincolante per il procedimento, regolando i costi, la durata e la complessità della fase *pre-trial*.

(c) il giudice può fissare apposite *conference* alla gestione dei costi;

(d) nella liquidazione delle spese, il giudice utilizza come principale riferimento il *budget* approvato o concordato, “non potendosi discostare, se non in presenza di una “*good reason*”.

Nella *sezione III* della *parte 3* del CPR troviamo il “*Costs capping order*”, “*an order limiting the amount of future costs (including disbursements) which a party may recover pursuant to an order for costs subsequently made*” (Rule 3.19).

Nel sistema inglese la liquidazione delle spese viene effettuata frequentemente da un altro giudice, attualmente chiamato *Costs Judge* o *Costs Officer*, a seguito dell’introduzione delle CPR; in precedenza si chiamava *Taxing Master* (prima delle CPR)⁴⁶¹.

Nella *Part 44* delle CPR sono stabilite numerose eccezioni alla regola generale del principio di soccombenza e specifici elementi per la valutazione del comportamento delle parti, ad esempio: a) ruolo attribuito alla condotta pre-processuale; b) al rispetto dei *pre-action protocol*; c) alla ragionevolezza nell’agire o nel resistere in giudizio; d) “al modo con cui è stata espletata la difesa; e) all’eventuale ingiustificato aggravamento dell’attività processuale ad opera della parte vincitrice.

Di conseguenza, il sistema di gestione delle spese in Inghilterra e in Galles non osserva più la semplice regola della soccombenza - per cui chi perde paga - tantomeno la regola della causalità, ma si dota di un sistema proprio che si nutre dell’idea di responsabilità riguardo ai costi.

In tal senso, Comoglio afferma che la disciplina inglese può essere estesa al regime italiano delle spese processuali, in primo luogo perché la riforma della legge n.

⁴⁶¹ IBIDEM.

69 del 2009 ha avvicinato i regimi⁴⁶²; secondariamente, perché è possibile visualizzare nel contesto italiano la responsabilità per le spese collegata alla violazione dei generali principi di colpevolezza (art. 2043, c.c.) ed alla violazione dei principi di lealtà e probità, tesi già sostenuta⁴⁶³.

L'autore sostiene, tra l'altro, che il giudice potrebbe anticipare il controllo delle attività processuali eccessive o superflue, facendo attenzione all'economia processuale e alla ragionevole durata; in tal senso, i poteri direttivi del giudice si conformano ad un'idea manageriale del processo⁴⁶⁴. In tale direzione, a titolo di esempio, Comoglio difende la ripetibilità delle spese nel caso delle memorie di cui al comma 6 dell'art. 183 c.p.c, quando cioè siano depositate o siano una mera ripetizione, priva di utilità. La *part 44* introduce significative eccezioni alla regola del principio di soccombenza, eccezioni fondate sul comportamento della parte. Appare ovvio che il comportamento pre-processuale raggiunga importanza e viene valutato secondo la ragionevolezza delle scelte delle parti ed in base a quanto queste scelte abbiano influenzato il l'attività processuale.

Come visto in precedenza, la gestione delle spese possiede un ruolo rilevante nell'*active case management* inglese; tuttavia, evitare lo spreco di risorse è una preoccupazione universale della procedura civile, indipendentemente dal ruolo che le spese giudiziarie svolgono; indipendentemente se esse raggiungono o meno somme sproporzionate.

5. Case management, Pre-trial e Discovery negli Stati Uniti

La storia della procedura civile e della giurisprudenza è stata sempre un movimento delicato, oscillando tra la rigidità del rito e la libertà del giudice nell'interpretazione delle disposizione legale e nel decidere il percorso processuale.

⁴⁶² Difatti, l'art. 92, comma 1, consente al giudice di escludere la ripetizione di parte delle spese sostenute dalla parte vincitrice qualora le ritenga «eccessive o superflue».

⁴⁶³ COMOGLIO P., *Giustizia (non) a tutti i costi. Significativo 'update' delle civil procedure rules inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile*, in *Riv. Trim. di Dir. e Proc. Civ.*, Itàlia, v. 68, n. 1, p. 145 – 160, 2014, cit., nota 54.

⁴⁶⁴ IVI, pag. 145: “Certo, un problema di fondo al riguardo consisterebbe nella definizione dei limiti di realizzazione di tale controllo. Come si è accennato prima, nell'ordinamento inglese il giudice, in nome del principio di proporzionalità, può sacrificare non solo le attività superflue, ma anche quelle necessarie ove sproporzionate al valore della controversia. Si tratterebbe di una valutazione discrezionale per contro non coerente, in ragione della sua ampiezza, con il quadro normativo italiano. Ciò in particolare con riferimento all'ammissione di mezzi istruttori; ammissione collegata dal nostro codice a meri criteri di rilevanza o, in alcuni e tassativi casi (artt. 118 e 210 c.p.c.), di necessità (57). È pertanto da intendersi che, pur ipotizzando forme di controllo preventivo sulle spese, il giudice italiano non potrà escludere un mezzo di prova, se necessario ai fini della decisione, sulla sola base dell'eventuale sproporzione con il valore della controversia”.

Ogni momento storico rileva solo se il legislatore si fida dei suoi giudici per concretizzare i valori contenuti nelle norme. Se per gli illuministi francesi il potere giudiziario francese non poteva essere oltre che la “*bouche de la loi*”, tenendo a mente il rapporto stretto del giudiziario con l’aristocrazia francese, il legislatore americano si è fidato del campo giudiziario per riformare costantemente la società⁴⁶⁵.

La decisione di ampliare i poteri dei giudici è fondata sulla fiducia nella preparazione, formazione giuridica, nonché etica e ideologica del potere giudiziario. Come afferma Steven Gensler⁴⁶⁶, “*case management is inextricably intertwined with our vision of what judging should be and with our beliefs about how the rules of procedure should be structured.*”

Il *Case management* inteso come controllo del procedimento può essere di due forme diverse. Da un lato, si può parlare di una specie di “trackerizzazione” (*tracking systems*⁴⁶⁷), cioè, della fissazione preventiva dei *tracks*; d’altro lato, troviamo una forma di *case management* nella quale è possibile lasciare al libero arbitrio del giudice la decisione di come sarà il procedimento, le fasi, nonché la tempistica dello stesso.

La scelta di un *case management* “*pret a porter*”, compiuto in anticipo dal legislatore - che preveda il trasferimento delle competenze amministrative del caso al giudice - è la forma più semplice di *case management*, la quale in realtà non evidenzia i rischi accentuati dalle attività proprie della giustizia civile.

Permettere al giudice di definire il rito con un po’ più di libertà è un aspetto della procedura civile dal quale non sembra possibile poter tornare indietro.

La realtà, ad esempio, ci presenta una soluzione simile già nel caso della procedura brasiliana, nella quale è ammesso ampiamente il “*mandado de segurança*”, e dove è quindi previsto un rito giudiziale abbastanza ridotto, corto, e dove non è prevista similitudine alcuna con altre forme di rito comune o ordinario né, tantomeno, di qualsiasi rito speciale o sommario.

La vera idea di *case management* è però introdotta da Steven S. Gensler che lo definisce *differential case management* (DCM). Come lui stesso scrive, la conduzione di

⁴⁶⁵ KAGAN R. A., *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2003.

⁴⁶⁶ GENSLER S. S., *Judicial case management: caught in the crossfire*, Duke Law Journal. Durham, v. 60, n. 3, 2010.

⁴⁶⁷ “As Professor Maurice Rosenberg has noted, the success of tracking systems comes to depend on “skillful judicial case management.”¹⁹⁷ That, in turn, raises the question of whether tracking with judicial tailoring works any better than having judges conduct differential case management (DCM) on a discretionary case-by-case basis by tailoring their scheduling orders. Proponents of tracking have suggested”. Ibidem.

“*differential case management on a discretionary case-by-case basis by tailoring their scheduling orders*”. Nella procedura civile americana, possiamo verificare che la conferenza/udienza della rule 16 rappresenta un punto di estrema importanza nella determinazione del rito procedurale. Questa tipologia di udienza fissa, infatti, tutti i momenti del processo, garantendo l'immediatezza tra le parti ed il giudice, di fissare i punti controversi. L'idea è che tutto il tempo speso in questa udienza permetta di ottimizzare successivamente la durata del processo, riducendone il tempo dello stesso, come riportato da Steven S Gensler ⁴⁶⁸:

A small amount of a judge's time devoted to case management early in a case can save vast amounts of time later on. Saving time also means saving costs, both for the court and for the litigants. Judges who think they are too busy to manage cases are really too busy not to. Indeed, the busiest judges with the heaviest dockets are often the ones most in need of sound case-management practices.

Il *Case management* segue la direzione del disposto nella Rule 1 delle Federal Rules of Civil procedure ⁴⁶⁹ che dispongono:

Rule 1. Scope and Purpose

These rules govern the procedure in all civil actions and proceedings in the United States district courts, except as stated in Rule 81. They should be construed, administered, and employed by the court and the parties to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding.

Come si vede, il *Case management order* stabilisce, quindi, le necessità a seconda del caso. Negli Stati Uniti troviamo una stretta relazione tra il ruolo dei giudici e l'importanza della fase del *pretrial*.

La comprensione del *case management* esige infatti, che si comprenda il funzionamento della giustizia di *common law* e l'importanza della fase di preparazione della domanda per il *trial*. Le questioni che riguardano il *case management* di solito vengono affrontate nella valutazione della quantità di discrezionalità che il *case*

⁴⁶⁸ GENSLER S. S., *Judicial case management: caught in the crossfire*, Duke Law Journal. Durham, v. 60, n. 3, 2010, p. 685.

⁴⁶⁹ *By the time of the 1983 amendments to Rule 16 and Rule 26, however, judges were being told that time spent in active management of discovery would pay rich dividends later.*⁶⁴ In 1991, the FJC published a pamphlet titled *The Elements of Case Management*.⁶⁵ Invoking the goal of achieving the "just, speedy, and inexpensive" administration of justice set forth in Rule 1, the pamphlet begins by stating that "[i]f judges are to achieve this goal in the face of scarce judicial resources and the rising cost of litigation, they must manage the litigation process."⁶⁶ And that includes managing discovery. Ivi, p. 684.

management apporta ai giudici e se il *case management* riesca davvero ad influenzare i costi e i tempi del processo.

Gensler sostiene che “*active judicial case management is a defining characteristic of the federal civil pretrial scheme*”. Il ruolo del *case management* è, quindi secondo lui, realizzato attraverso “*notice pleading, liberal discovery, and summary judgment*”⁴⁷⁰. Tuttavia, non è stato sempre così, in quanto, come stiamo osservando, il *case management* ha acquisito importanza molto lentamente.

All’inizio, esso era un strumento specifico utilizzato solo per risolvere i casi più complessi, ma, successivamente, è diventato un strumento di più ampio respiro, presente in modo preponderante nella giurisdizione civile.

In passato, negli Stati Uniti i casi erano assegnati sulla base di quello che era chiamato “*master calendar*”, vale a dire che i casi non erano inizialmente assegnati ad un giudice specifico, fino a quando non erano pronti per il *trial*. Il cambiamento fondamentale è stato, quindi, quello di dover individuare un giudice⁴⁷¹ sin dall’avvio del processo⁴⁷².

Il cambiamento più significativo si è manifestato intorno alla fine degli anni 60, quando è stata apportata una modifica più generale per la quale la maggioranza delle Corti hanno dovuto adottare il cosiddetto modello del *single-assignment*, assegnando ogni caso ad un giudice sin dall’inizio del procedimento⁴⁷³.

Altro elemento d’importanza determinante è stato l’avvio, nel 1972, della nota American Bar Association, cioè di un progetto per l’elaborazione degli standards

⁴⁷⁰ GENSLER S.S., *Judicial case management: caught in the crossfire*, Duke Law Journal. Durham, v. 60, n. 3, 2010, p. 674.

⁴⁷¹ LANGBEIN J., *The disappearance of civil trial*, in Yale Law Journal, Connecticut, v. 122, n. 256, 2012: An important change in judicial administration, which took federal courts in the late 1960s and thereafter, facilitated case management. system of "continuous" or "individual" case assignment was introduced, which the same judge oversees all proceedings in a case, both trial.155 As judicial involvement in the pretrial process increased, Rule 16 was amended in 1983 to expand the range of matters that the judge was empowered to resolve in such hearings. The amended rule invites the judge to "establish early and continuing control so that the case will not be protracted because of lack of management."156 Among the topics that the revised rule identifies as appropriate for resolution at such hearings are the sequencing of discovery¹⁵⁷ and of pretrial motions;¹⁵⁸ and the adoption of "special procedures for managing potentially difficult or protracted actions that may involve complex issues, multiple parties, difficult legal questions, or unusual proof problems."159

⁴⁷² GENSLER S.S., *Judicial case management*, cit., p. 674: *At a foundational level, the story of case management in the federal courts begins with the shift from the so-called master calendar to individual case assignment. For the first several decades of practice under the Civil Rules, cases were put on the master calendar, which meant that they were not assigned to any particular judge until they were ready for trial. Rather, the judges shared responsibility for resolving pretrial matters.*

⁴⁷³ *Required the attention of a judge, it would be presented to whichever judge was scheduled to perform the type of activity required. But beginning in the late 1960s, most federal district courts switched to the single-assignment model, in which every case is assigned to a particular judge for the life of the suit. The advent of active case management and the switch to single. Ibidem.*

dell'amministrazione giudiziaria avente come proprio obiettivo quello di sviluppare delle metodologie standard - appunto - ma con un approccio manageriale delle cause a livello nazionale⁴⁷⁴.

Questo progetto rappresenta l'inizio di una vera svolta nell'approccio alle problematiche giudiziarie, passando da una precedente disamina individuale ad una gestione dalle dimensioni più generali e complessive. In proposito, Donzelli indica che è proprio in questo momento che vengono messe a punto le variabili di impatto sulla gestione del carico giudiziario, come ad esempio: "(a) un forte impegno e controllo da parte del giudice; (b) una costante consultazione con gli avvocati; (c) una attenta supervisione dello svolgimento della controversia da parte del giudice; (d) la predeterminazione di standards e di obiettivi; (e) la previsione di un sistema di monitoraggio; (f) la dislocazione in tempi o termini credibili; (g) la sottoposizione al controllo da parte del giudice in aggiornamento o rinvio"⁴⁷⁵.

Tuttavia, è l'anno del 1983 che segna le modifiche più rilevanti nell'applicazione delle misure di *case management*. La Rule 16 e la rule 26, infatti, acquistano vigenza proprio in quell'anno. Prima dell'introduzione di queste regole, la tendenza era quella ridurre esclusivamente il controllo giudiziale e la partecipazione dei giudici⁴⁷⁶. Diversamente, l'approccio volto a diminuire il controllo giudiziale cambiò verticalmente con le decisioni del "Advisory Committee", introducendo il "word management" nelle Civil Rules (1983)⁴⁷⁷.

La rule 16 diventò la disposizione più importante che sconvolse la fase pretrial negli Stati Uniti, avvicinando il giudice all'intero percorso processuale. La Rule 26

⁴⁷⁴ DONZELLI R., *La preparazione della causa*, cit., 2000, p. 1364.

⁴⁷⁵ ID., *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di "case management" giudiziale in Davanti al giudice*, Torino: Giappichelli, 2005, p. 15 e 16.

⁴⁷⁶ GENSLER S.S., *ult. op. cit.*, p. 60: "A particularly notable example is the 1970 change to Rule 34 that eliminated the need for parties to seek leave of court and show good cause in order to serve document requests.14 A less obvious example, also from 1970, is the change to Rule 33 that made objections suffice as a response to interrogatories and put the burden on the party seeking answers to challenge the objections.15 In both cases, the intent of the change was to reduce court intervention and have the rule operate extrajudicially."

⁴⁷⁷ "The 1983 model of judicial case management assumes a particular role for judges and is built on features of the civil pretrial system?most notably, having a single set of rules for all cases and relying on judicial discretion to tailor the procedure to the case?that are a legacy from 1983. The five questions introduced earlier and explored herein highlight differing views about the proper role of judges and challenge our continued fidelity to those legacy features of the current structure of the Civil Rules. Any significant changes to the role that we ask judges to play, or to the general design of the Civil Rules, would have seismic implications for case management. In other words, the type and degree of case management that we ask of judges greatly depend on the choices we make about the role of judges and the design of our system of procedure. Thus, were we to make fundamental changes to the system, those changes would not send mere ripples back, they would send a tsunami". Ibidem.

invece, è stata elaborata al fine di controllare l'abuso nella *discovery*. Il *Case management* assume quindi, a seguito dell'introduzione di queste norme, il significato di prendere il controllo, avere il controllo del processo⁴⁷⁸.

Negli Stati Uniti, la cultura del *case management* è stata però anche oggetto di alcune critiche, una delle quali affermava, ad esempio, che il *case management* non è altro che un abuso o un mal uso dei poteri dell'articolo III che stabilisce: "According to this view, when Article III judges spend their time managing cases, they are not spending their time doing what Article III judges were meant to do "trying cases."⁴⁷⁹

Normalmente, la critica al *case management* è basata sulla concezione che in tale approccio si evidenzia un eccesso di potere del giudice, che smette pertanto di occuparsi del giudizio e viene occupato - per la maggior parte del suo tempo - nella gestione del percorso procedurale. Donde, le perplessità poste dalla dottrina nordamericana si condensano nella seguente domanda: qual è il ruolo del giudice dell'Articolo III? Come devono (i giudici) amministrare il proprio tempo?

Ebbene, secondo Gensler, la risposta è quella riconosce al sistema giudiziario federale americano la gestione di entrambe le cose, cioè a dire di decidere il merito e amministrare il processo (*managing their cases*)⁴⁸⁰.

Seguendo nel ragionamento, va segnalato che l'importanza della fase *pretrial* e la fase della *discovery* implicano un rapporto totalmente diverso del giudice con il processo, considerando che era naturale - soprattutto nella fase di prima applicazione -

⁴⁷⁸ Management scheme, wanting neither more nor less case management. The American Bar Association (ABA) Section of Litigation Survey respondents overwhelmingly agreed that early intervention by judges helps to narrow the issues and control discovery.⁷⁸ The ABA Survey also reported that client satisfaction increased when the judge was actively involved in managing the case.⁷⁹ The joint survey by the Institute for the Advancement of the American Legal System (IAALS) and the American College of Trial Lawyers (ACTL) showed similarly strong support for active judicial case management among its respondents.⁸⁰ Any doubts about the bar's craving for case management were erased at the Duke Conference itself. In reporting on the Conference, Judge Mark Kravitz, the current Chair of the Advisory Committee on Civil Rules, remarked, "Pleas for universalized case management achieved virtual, perhaps absolute, unanimity."⁸¹ Of course, lawyer satisfaction does not prove it to continue to rely on judicial case management, support from the bar is important, and perhaps critically so. The case-management model probably could not work, and certainly could not work very well, if lawyers and litigants overwhelmingly disliked or distrusted it. Case management works best when judges and parties pursue it willingly and in the spirit of joint enterprise. That does not mean that all lawyers will like the case-management decisions they get in individual cases. But what matters is that lawyers generally support the pursuit of case management *ex ante*. If lawyers resisted the idea of case management, chafing against it even before they knew the outcome, it would produce an intolerable friction. All things considered, the recent survey data give welcome. (Ibidem).

⁴⁷⁹ Ibidem.

⁴⁸⁰ "So, how should Article III judges spend their time? Deciding merits issues? Managing their cases? The federal judiciary's answer is "both." In the Civil Litigation Management Manual, the Judicial Conference puts the question and answer this way: "Is a federal judge an adjudicator or a case manager?(...) In fact both functions? adjudication and case management?are critical judicial roles, the second used in service of the first."⁹⁴ I think that is correct. Good case". Ibidem.

un allontanamento del giudice dalla fase di formazione del processo; fatto che non si è, per contro, mai determinato nel processo di tipo continentale europeo.

Il *Case management* è stato realizzato, quindi, sulla gestione delle attività di *pretrial*, vincolata all'idea di proporzionalità tra le necessità del caso e le attività processuali. Come già segnalato, il modello di *case management* può determinare, da un lato, l'ampia libertà del giudice di adattare il processo al caso; e dall'altra, per mezzo del sistema di *tracking*⁴⁸¹, determinare la prefissazione dei riti possibili.

Secondo quanto riferito da Langbein⁴⁸², e come si è rilevato in precedenza, riguardo al sistema degli Stati Uniti, il "*Managerial judging*"⁴⁸³ nacque inizialmente nelle *Federal Courts* degli anni 70 come risposta del sistema al costante aumento delle liti complesse.

A tale scopo, negli Stati Uniti venne istituito il *Manual for Complex Litigation*, senza tuttavia che le attribuzioni delle *managerial judging* venissero affiancate ai casi complessi, come evidente nel brano riportato di seguito:

⁴⁸¹ *Case Tracking. Tracking is another reform proposal that competes, at least in part, with the case-management model. The idea of tracking is simple and sensible. Different cases have different needs. Rather than leaving it up to the judge to tailor the procedure to the needs of the case, the Civil Rules would create tracks with different sets of procedures. Then it would just be a matter of putting each case on the right track. The purpose of tracking is cost control. While tracking schemes may include complex-case tracks that come with extra procedure, the principal focus invariably is to create simple-case tracks (or "fast" tracks) that offer less procedure. For this reason, I like to think of tracking schemes as being akin to kids' menus at restaurants. The kids get to eat (that is, litigants are not denied access to pretrial procedure). But their options are limited, and the portions are reduced?as is, we expect, the price. Tracking has a very respectable pedigree. In its 1990 report, the Federal Courts Study Committee expressed interest in case tracking, though it quickly added that "more study is needed to learn whether tracking or much more individualized case management is generally preferable for the federal civil caseload." When Congress passed the CJRA that same year, one of the six main reform principles to be considered by each district was the "systematic, differential treatment of civil cases." While many districts opted to continue to rely on individual judges to provide case tailoring, a number of districts adopted tracking systems, at least nominally. Tracking continues to have strong support in some quarters. Several districts retain tracking mechanisms in their local rules. The IAALS endorses tracking. Professor Miller recently indicated interest in exploring tracking. For a comparative perspective, we might look to England, which established a case tracking system in 1998 as part of the Woolf Reforms. The English system has three tracks: small-claims track, fast track, and multi-track. The small-claims track is the normal track for most cases in which the value of the claim is less than 5,000. The fast track is the normal track for most cases in which the value of the claim is between 5,000 and 25,000. All other cases normally are placed on the multi-track. But these track-allocation criteria are not determinative. Ultimately, the judge makes the track allocation decision based on both the general allocation scheme and a list of case-specific factors. The judge may also reallocate a case to a different track at a later time. While tracking makes sense in theory, in the federal courts it has proven problematic in implementation. It does work at the margins.*

⁴⁸² LANGBEIN J. H., *The German Advantage in Civil Procedure*, *The University of Chicago Law Review*, v. 52, n. 4, 1985, p. 825.

⁴⁸³ L'espressione si deve alla studiosa di Yale JUDITH RESNIK, *Managerial Judges*, in *Faculty Scholarship Series*. Paper 951., 1982, la quale indaga funditus il modello, le fonti e la sua natura in contrapposizione al ruolo tradizionale.

“The Manual for Complex Litigation was created to deal with these cases, but because complexity is a matter of degree, managerial judging was hard to confine to the Big Case. The Manual identifies antitrust, securities, mass disaster, product liability, class action, and multiparty cases, among others, as typical. In cases with many parties and many issues, the feeling grew that court-centered control was needed to prevent the confusion and duplication that would result if the adversaries were” left to themselves, each pursuing the course that is most favorable to his particular client. Accordingly, “[t]he essence” of what the Manual propounds “is the exercise of judicial control over complex litigation plus a positive plan for discovery and pretrial preparation.”

Il *Manual for Complex Litigation* stabilisce delle misure che conferiscono al giudice maggiori poteri di interferenza e controllo sulla produzione delle prove, diversamente dal potere ordinario che, come sempre nel “*sistema adversariale*” viene relegato alle parti:

(1) The judge uses pretrial conferences to explore the case with counsel and to identify key issues. (2) The judge is expected to promote settlement from the earliest opportunity. 26 (3) The judge also helps sharpen the issues. “To the extent feasible the judge should narrow the issues in the course of the first pretrial conference and limit discovery accordingly. (4) Issue definition leads to the regulation of discovery”⁴⁸⁴.

La “*case management conference*” è stabilita solo dopo che una domanda è iniziata (*a complaint and answer are filed*). Nell’udienza, il giudice emana una *Case Management Order*, nel quale sono determinati i procedimenti di *discovery* (processo, ampiezza e limitazioni), *pre-trial conferences* e *trial*.

La *Discovery* è essenzialmente una procedura *pre-trial*, un processo di investigazione formale, che permette alle parti di ottenere prove dall’altra parte per mezzo degli strumenti procedurali. Tali strumenti sono: interrogatori, domanda di produzione di documenti, investigazioni, esame fisico, domanda per ammissioni di fatti (*request for admissions and depositions*). Negli Stati Uniti, secondo quanto stabilito dal n. 45 delle *Federal Rules of civil procedure*, anche le *non-parties* possono essere chiamate a testimoniare *sub poenas*. Qualsiasi elemento che possa servire come mezzo di prova nel processo può essere oggetto di *discovery*. Ciò significa che anche elementi

⁴⁸⁴ I poteri di controllo della *discovery* saranno più tardi codificati nel *Federal Rules of Civil Procedure* (rule 26 (f)).

sui quali vi è dubbio sulla stessa rilevanza giuridica possano divenire oggetto di una richiesta di *discovery*. Tuttavia, possono esservi delle informazioni protette, come ad esempio il prodotto del lavoro e alcune informazioni privilegiate (*privileged information*).

Nella legislazione nord americana, la fase di *discovery* è un procedimento avviato dalle parti, con poca “*judicial oversight*”. Secondo le “*Federal Rules of Civil Procedure*”, l’attore (*plaintiff*), inizia la conferenza (*conference*) tra le parti, dopo che la citazione/ricorso (*complaint: the first pleading of the plaintiff in a civil action, stating the cause of action*) viene notificata, presentata (*served*) al convenuto, pianificando il processo di *discovery*.

Il procedimento di *discovery* viene però negato nel caso in cui l’informazione ricercata non è necessaria ad una domanda giudiziale. Dopo che il procedimento di *discovery* viene finalizzato, se non è ancora stata fissata la *pre-trial conference*, l’avvocato deve chiedere al Tribunale di fissare una data per la *pre-trial conference* e il *trial*.

La fase del *pre-trial* è caratterizzata per una non delimitazione assoluta del suo oggetto. Ciò è conseguenza delle regole che stabiliscono che la forma del “*complaint*” deve essere semplice e non molto prolissa. Le Federal Rules of Civil Procedure 8⁴⁸⁵(a) and 8(e) stabiliscono:

⁴⁸⁵ Cfr. La Rule 8. Delle General Rules of Pleading.

(a) CLAIM FOR RELIEF. A pleading that states a claim for relief must contain:

(1) a short and plain statement of the grounds for the court's jurisdiction, unless the court already has jurisdiction and the claim needs no new jurisdictional support;

(2) a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief; and

(3) a demand for the relief sought, which may include relief in the alternative or different types of relief.

(b) DEFENSES; ADMISSIONS AND DENIALS.

(1) In General. In responding to a pleading, a party must:

(A) state in short and plain terms its defenses to each claim asserted against it; and

(B) admit or deny the allegations asserted against it by an opposing party.

(2) Denials—Responding to the Substance. A denial must fairly respond to the substance of the allegation.

(3) General and Specific Denials. A party that intends in good faith to deny all the allegations of a pleading - including the jurisdictional grounds - may do so by a general denial. A party that does not intend to deny all the allegations must either specifically deny designated allegations or generally deny all except those specifically admitted.

(4) Denying Part of an Allegation. A party that intends in good faith to deny only part of an allegation must admit the part that is true and deny the rest.

(5) Lacking Knowledge or Information. A party that lacks knowledge or information sufficient to form a belief about the truth of an allegation must so state, and the statement has the effect of a denial.

(6) Effect of Failing to Deny. An allegation - other than one relating to the amount of damages - is admitted if a responsive pleading is required and the allegation is not denied. If a responsive pleading is not required, an allegation is considered denied or avoided.

(c) AFFIRMATIVE DEFENSES.

A complaint shall contain (a) CLAIM FOR RELIEF. A pleading that states a claim for relief must contain: (1) a short and plain statement of the grounds for the court's jurisdiction, unless the court already has jurisdiction and the claim needs no new jurisdictional support; (2) a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief; and (3) a demand for the relief sought, which may include relief in the alternative or different types of relief.

Essendo una fase semplice, concisa, diretta e senza aspetti tecnici, questa apertura della fase iniziale permette alle parti di adeguare la propria domanda alla durata della *discovery*.

6. Case management, il ruolo del giudice e le risorse dell'apparato giudiziario

Ma che cosa è, essenzialmente, *l'active case management*? Nella sintesi di Paolo Biavati, è il “*dedicare al singolo giudizio tempi e risorse adeguati, rispetto sia alle esigenze di quel caso, ma anche a quelle complessive del carico giudiziario*”⁴⁸⁶.

Il giudice è in tal senso un efficace organizzatore del processo⁴⁸⁷ ed il suo ruolo attivo si realizzerebbe precisamente nelle seguenti fasi:

- a. nell'incoraggiare le parti alla reciproca cooperazione nella conduzione del processo; nell'identificare le questioni controverse;
- b. nell'individuare prontamente le questioni che richiedono un'istruzione approfondita e quali, invece, possono essere oggetto di decisione sommaria;
- c. nel decidere l'ordine in cui le questioni debbono essere risolte;

(1) *In General*. In responding to a pleading, a party must affirmatively state any avoidance or affirmative defense, including:• accord and satisfaction;• arbitration and award;• assumption of risk;• contributory negligence;• duress;• estoppel;• failure of consideration;• fraud; • illegality; • injury by fellow servant; • laches; • license; • payment; • release;• res judicata;• statute of frauds;• statute of limitations; and • waiver.

(2) *Mistaken Designation*. If a party mistakenly designates a defense as a counterclaim, or a counterclaim as a defense, the court must, if justice requires, treat the pleading as though it were correctly designated, and may impose terms for doing so.

(d) PLEADING TO BE CONCISE AND DIRECT; ALTERNATIVE STATEMENTS; INCONSISTENCY.

(1) *In General*. Each allegation must be simple, concise, and direct. No technical form is required.

(2) *Alternative Statements of a Claim or Defense*. A party may set out 2 or more statements of a claim or defense alternatively or hypothetically, either in a single count or defense or in separate ones. If a party makes alternative statements, the pleading is sufficient if any one of them is sufficient.

(3) *Inconsistent Claims or Defenses*. A party may state as many separate claims or defenses as it has, regardless of consistency.

(e) CONSTRUING PLEADINGS. Pleadings must be construed so as to do justice.

⁴⁸⁶ BIAVATI P., *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, v. 66, n. 2, 2012, p. 475.

⁴⁸⁷ ID., *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, v. 63, n. 4, 2009, p. 1301.

- d. nell'incoraggiare le parti all'uso di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie qualora lo consideri opportuno e nel facilitarne l'espletamento;
- e. nell'aiutare le parti a transigere in tutto o in parte la causa;
- f. nel considerare se i probabili effetti positivi derivanti dall'adozione di un particolare provvedimento giustificano i costi che da esso derivano;
- g. nel dare direttive affinché le udienze si svolgano rapidamente ma efficientemente;
- h. nel fissare un calendario processuale o comunque controllando la progressione della causa⁴⁸⁸.

Nel processo inglese il giudice, all'interno del processo, possedeva un ruolo sostanzialmente passivo⁴⁸⁹, nonostante esercitasse alcuni poteri di direzione del processo, conformemente con il modello del liberalismo classico e dell'individualismo economico⁴⁹⁰.

Quali sono, invece, i poteri del giudice che vanno oltre la normale direzione del processo e che conferiscono un ulteriore grado nel ruolo di direzione del processo, già messo in esecuzione nei sistemi di *civil law*?

Il giudice esercita un ruolo attivo attraverso l'esercizio dei poteri di imposizione della comparizione personale delle parti, del potere di stabilire i termini nell'ambito del processo, oppure attraverso accordi conciliativi o aspetti processuali della concretizzazione delle tutele e ordinanze provvisorie.

L'idea di *active case management* ha quindi come traguardo quello di ottenere un'adeguata trattazione del processo⁴⁹¹, che dipende da due elementi: un rito efficiente rispetto alla produzione di una decisione giusta⁴⁹² e che riproduca al suo tempo un corretto rapporto tra costi e benefici. Trattasi, in realtà, di un tema che richiede un esame approfondito e intorno al quale si concentrano diverse discussioni, come ad esempio il rapporto tra processo giusto ed i ricorsi disponibili nell'apparato giudiziario.

⁴⁸⁸ FICCARELLI, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁸⁹ DONZELLI, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁹⁰ IBIDEM.

⁴⁹¹ BONCI, *op. cit.*, p. 228: "Although Italian civil procedure acknowledges the notion of case management, the Italian system is in fact still a long way from embracing the notion of "active case management". The concept of "active" involvement refers precisely to the ways in which judges make use of the managerial powers conferred to them. Tellingly, Senior Master Robert Turner (a former High Court judge in London) has identified "actively" as "the [single] word that changed the [English] civil courts".

⁴⁹² Vedi BIAVATI P., *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, cit., pag. 1301: "La sostanza della lite è ciò su cui si esercita la domanda sociale di giustizia, ciò su cui si confrontano il torto e la ragione, ciò per cui è necessario l'intervento sostitutivo del giudice. A nessuno sfugge l'importanza del rito ed il metodo del contraddittorio ha rilevanza costituzionale (5): tuttavia, è doveroso ricordarsi che il rito ha una funzione soltanto strumentale ed è una condizione di garanzia per il corretto esercizio dialettico della funzione decisoria, che però tende alla risoluzione del conflitto sul merito".

Per meglio dire, ci si domanda quale sia, *rebus sic stantibus*, il miglior rito che il sistema può offrire a ogni domanda.

Riteniamo che questo aspetto conduce ad un'analisi più approfondita del rapporto tra il giusto processo rispetto alla sua ragionevole durata.

Anzitutto, merita di essere segnalata quella parte della dottrina processuale che sostiene che non si possa raggiungere un'adeguata trattazione con uno schema predeterminato di rito processuale, ma è necessaria una struttura elastica che permetta la differenziazione dei riti⁴⁹³. La classica divisione tra i prodotti: *Taylor made* e *prêt-à-porter*.

L'active case management concede al giudice discrezionalità anche in quelle situazioni dove di solito non ce ne è mai stata o ce ne è stata pochissima. Da ciò deriva l'influsso del principio di proporzionalità⁴⁹⁴, del quale l'adattabilità, la flessibilità e l'elasticità non sono altro che manifestazioni⁴⁹⁵.

Oltre a quanto finora esposto, bisogna altresì considerare che le risorse dell'assetto giudiziario non sono illimitate. Infatti, gli sforzi e le energie disponibili devono essere distribuite con ragionevolezza e bisogna misurare quanto si può dare ad ogni processo in modo isonomico, considerando il tempo ed una durata ragionevole. In questo senso, è necessario ribadire che "vi deve essere proporzionalità fra le risorse complessive di sistema e quelle dedicate ad un singolo processo"⁴⁹⁶.

La ragionevole durata, però, dipende dalla quantità di risorse disponibili riguardo ad ogni processo, dal periodo di tempo necessario ad una trattazione adeguata, dalla definizione per una trattazione adeguata prendendo in considerazione l'offerta delle risorse e la loro dinamica e, infine, deve tendere a proteggere il nucleo del diritto di difesa, senza che esso sia troppo esasperato o violato nella sua estensione.

⁴⁹³ Conformemente, FICCARELLI, *op. cit.*, p. 112: "l'esigenza di un'adeguata trattazione delle cause non può essere efficacemente perseguita disegnando uno schema rigido di processo concepito come universalmente valido per tutti i tipi di controversie. Quell'obiettivo esige strutture elastiche al cui interno vi sia spazio per la differenziazione dei modelli di trattazione delle cause in funzione dei loro caratteri peculiari. L'elasticità dunque come strategia (o scelta) fondamentale per avere un processo che funzioni".

⁴⁹⁴ ANDEWS, *op. cit.*, p. 10: "Tracks: The allocation of cases to different types of first instance court (county court or High Court) and to different systems of procedure (known as 'tracks') under the CPR (1998) is founded on the principle of jurisdictional proportionality: that litigation must be tailored to the size and nature of the dispute".

⁴⁹⁵ C.H. (REMCO) VAN RHEE, FU YULIN, *Civil litigation in China and Europe*, cit., p. 40: "*He added that the knife of judicial management, whetted by the principles of proportionality and expedition, permits: a simple and straightforward procedural system to be tailored effectively to the needs of the court, the parties and to litigants in general so that justice in the individual case can be achieved at a reasonable cost and within a reasonable timeframe.*"

⁴⁹⁶ Come riferisce BIAVATI P., *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, cit., p. 474, "si potrebbe forse dire, con un'espressione cara ad un valente autore, che vi deve essere proporzionalità fra le risorse complessive di sistema e quelle dedicate ad un singolo processo".

Di conseguenza, cambia profondamente la valutazione della nozione di economia processuale, di procedura adeguata e diventa importante conoscere le caratteristiche di ogni sistema e le sue risorse, più che altro si rende necessario un accurato rapporto tra la teoria e la materialità delle risorse, nel senso di dover evitare un'astrazione sbagliata, come spesso invece succede come riportato dalla dottrina di seguito:

“Il secondo pericolo segnalato da Pietro de Francisci, seguace in questo del Gény, è la tendenza della dogmatica a una “obiettivazione assoluta e immutabile di quei concetti, ad una limitazione di categorie, attraverso una serie di processi di logica astratta, nei quali si trascura molte volte lo scopo razionale e pratico degli istituti, per conservarne soltanto l'elemento concettuale staccato dalla natura e dalla vita”⁴⁹⁷.

A nostro parere, bisogna concordare con quanto afferma Bivati quando dice che “la nozione di economia processuale, invalsa e talvolta fin troppo utilizzata, assume qui una valenza diversa, nel senso che esce da una visione atomistica dei processi e conduce ad una considerazione della globalità del carico di lavoro”⁴⁹⁸.

In tal senso, il diritto di difesa deve essere osservato e garantito nella misura in cui conservi integro il suo nucleo. Come è stato già detto: “Insomma, non si devono confondere, nell'esercizio della difesa, la quantità e la qualità”⁴⁹⁹.

L'adeguata trattazione delle liti ha come *tertium comparationis* la ragionevole durata; in questo modo, tutti i meccanismi di concentrazione ed accelerazione dei processi devono raggiungere l'obiettivo di realizzare il valore della ragionevole durata. Lo spazio necessario alla difesa nel processo è quello che impedisce l'uso abusivo del processo o l'uso non necessario dei meccanismi di attivazione della tutela giurisdizionale.

Le riforme italiane ci portano diversi esempi di tale impostazione. Ad esempio, l'art. 702-ter, comma 5° e l'art. 669-sexies, comma 1°, c.p.c. hanno come nucleo inderogabile soltanto il rispetto del contraddittorio. Le scelte del legislatore attuale ci conducono alla sommarizzazione, con cognizione piena e oggetto dell'indagine che segue.

⁴⁹⁷ COSTABILE F., *Storicità del Diritto Romano e Creatività Dogmatica per il Diritto Moderno: Atena e Roma alle origini della democrazia moderna*, Torino: Giappichelli Editore, 2016, p. 142.

⁴⁹⁸ BIAVATI P., *Appunti sulla Struttura della Decisione e L'ordine delle questioni*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano, v. 63, n. 4, p. 1301 – 1323, 2009, *cit.*, pag. 1301.

⁴⁹⁹ ID., *osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, *cit.*, pag. 475.

7. La sommarizzazione e la cognizione completa

L'idea che il processo sommario (procedura semplificata) non possa portare ad una decisione di cognizione piena è stata già rifiutata dalla realtà dei diversi sistemi processuali, incluso quello italiano (si veda il processo sommario di cognizione)⁵⁰⁰.

D'altra parte, la semplificazione e l'assenza di predeterminazione o deformalizzazione del rito non impediscono l'accertamento completo della lite⁵⁰¹. Un procedimento sommario non implica necessariamente cognizione sommaria. Attualmente, la dottrina più autorevole evidenzia che i processi sommari possono essere suddivisi in due categorie: processi sommari perché semplificati e processi sommari perché a cognizione sommaria⁵⁰².

Le controversie non sono uguali, ed oltre ai concetti di *easy case* e *complex litigation* si possono fare altre classificazioni, prendendo in considerazione un'ampia possibilità di modelli meno rigidi di istruzione e conclusione del processo e che possono riguardare processi di massa, di natura amministrativa, tributaria, ambientale.

Il giusto processo non è altro, quindi, che la salvaguardia dei principi costituzionali posti in tema di esercizio della funzione giurisdizionale⁵⁰³.

Il problema che si pone sempre è quanta fiducia ha il momento storico nei suoi giudici⁵⁰⁴.

Proprio a tale riguardo, la Corte costituzionale italiana ha riconosciuto che i principi costituzionali che fondano il giusto processo non richiedono l'esistenza di un

⁵⁰⁰ Vide PORRECA P., *Il procedimento sommario di cognizione: un rito flessibile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pag. 823; nonché LUPOI M. A., *Sommario (ma non troppo)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Italia, v. 64, n. 4, 2010, p. 1225.

⁵⁰¹ “La storia del diritto processuale insegna che la semplificazione e deformalizzazione del giudizio, anche ove concerna la fase di assunzione delle prove, non comporta di per sé l'impossibilità di un accertamento completo dei fatti. Ricorda non a caso Chiovenda che l'essere la cognizione completa o non, riguarda le condizioni del provvedimento del giudice e non le forme del processo, e che la cognizione è completa quando il convenuto è ammesso a far valere tutte le eccezioni contro la domanda e quando la domanda è esaminata in tutti i suoi elementi costitutivi, il che può avvenire in forme più complesse o più semplici” (CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuali civili*, Napoli: Jovene, 1960, p. 216).

⁵⁰² CARRATTA A., *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, Napoli: Jovene, 2012, p. 1 - 34.

⁵⁰³ IVI, p. 3.

⁵⁰⁴ CARRATTA ricorda che agli inizi del secolo scorso Giuseppe CHIOVENDA collocava propriamente il dilemma della legislazione processuale tra predeterminazione e discrezionalità: “(...)se le forme devono essere prestabilite dalla legge o se debba essere lasciato all'arbitrio del giudice di regolarle volta per volta, secondo le esigenze del caso concreto”, ribadendo che l'amplificazione dei poteri direttivi del giudice è “un mezzo potente di semplificazione processuale”. Vedi IVI, p. 2.

unico modello di rito processuale⁵⁰⁵; vale a dire che il legislatore può disporre del processo con una certa libertà.

La stessa Corte costituzionale ha affermato, in un altro momento, che la durata del processo, per essere ragionevole ai sensi del 2° comma dell'art. 111 Cost., deve “*conciliarsi anche con le altre tutele costituzionali e con il diritto delle parti di agire e difendersi in giudizio garantito dall'art. 24 Cost.*”⁵⁰⁶.

Merita di essere evidenziato che “*la deviazione dalle forme del processo a cognizione piena ed esauriente perché possa determinare la sommarietà va necessariamente valutata alla luce della sua incidenza sul risultato finale della cognizione del giudice*”⁵⁰⁷. Questo risultato finale dipende dal grado di semplificazione, in modo che laddove essa non garantisca alle parti l'esercizio di poteri processuali nucleari alla cognizione piena e esauriente, comporterebbe non soltanto una semplificazione, ma anche una sommarietà della cognizione.

Non potendo in questa sede ripercorrere del tutto il dibattito sul tema della semplificazione delle forme processuali, sommarietà della cognizione e procedimenti sommari a cognizione piena, i quali esigono una discussione più approfondita, ci limitiamo a indicare brevemente questi superficiali spunti.

8. Tracking o ampia discrezionalità nel *case management*: una decisione importante

Come spiegheremo in un'altra parte di questo studio, il *case management* è un concetto che offre un ampio spettro di sfumature. Per ora, interessa qui evidenziare che il concetto deve essere distinto da *Trial management* (procedura civile in Cina)⁵⁰⁸, e bisogna altresì stabilire una chiara distinzione tra un modello di *case management* di *common law* o, più precisamente, riferendosi al concetto di *case management* così come concepito negli Stati Uniti; ovvero, un modello di *case management* vincolato alla procedura civile di *civil law*, marcata da caratteristiche teoriche vincolate alla teoria di Franz Klein, cioè, una procedura in cui la giustizia sostanziale gioca un ruolo fondamentale e dove il giudice ha più poteri di conduzione del processo.

⁵⁰⁵ Corte cost., 14 dicembre 1989, n. 543, in *Foro it.*, 1990, I, 366 ss., con osservazioni di Proto Pisani menzionata dal Carratta in IVI, p. 20.

⁵⁰⁶ Corte cost., 9 febbraio 2001, n. 32, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 1171 e ss.

⁵⁰⁷ IVI, p. 27.

⁵⁰⁸ In Cina si è stabilito un modello denominato *Trial management* e che ha per base un controllo gerarchico sul lavoro e performance dei giudice. Di ordinario, non c'è un interesse riguardo al diritto sostanziale, ma uno stimolo alla mediazione e alla trattativa delle domande in un corto spazio di tempo.

In questo senso, *case management*, espressione della lingua inglese, non dovrebbe essere tradotta come “amministrazione del processo”; anzi, con tutta probabilità la sua versione più armonica e corretta rispetto alle lingue latine sarebbe, invece, quella di “gestione del processo”, conduzione del processo. Il giudice nella procedura di *civil law* ha sempre avuto poteri di gestione del processo abbastanza diversi di quelli della *common law*. Come tratteremo in una parte specifica del presente studio, il sistema accusatorio (adversarial) di *common law* traduceva un’impostazione del ruolo del giudice e delle parti fortemente diversa dal ruolo del giudice nella procedura civile di *civil law*. Anche quando ci riferiamo al *case management* americano o inglese, bisogna comunque rilevare che il *case management* si può manifestare tramite diverse tecniche di controllo dei casi. In questo ordine di idee, possiamo parlare di un *case management* che si serve del modello di *tracking* o di un modello con più ampiezza di discrezionalità del giudice.

Secondo quanto afferma Gensler, infatti, “*tracking has a very respectable pedigree*”, già nel 1900, la *Federal Courts Study Committee* ha affermato nel suo *Report, l’interesse nel case tracking*⁵⁰⁹, in confronto ad un *case management* più individualizzato.

L’Inghilterra, dal canto suo, ha fatto una scelta verso il sistema di *tracking* con la Riforma Woolf.

Il sistema di *tracking* dipende dalla natura dei casi, dalla quantità dei casi simili, dalla possibilità di essere allocati in un solo *track* o percorso. Oltre a tutto questo, l’efficienza del sistema di *tracking* o i percorsi procedurali dipendono dalla corretta analisi dei processi.

L’opzione per il modello di “*tracking*” rappresenta un diverso approccio riguardo alla discrezionalità del giudice e anche ad una valutazione forse più manageriale del processo o dei processi. Come rileva il Subrin, “*tracking is better because it replaces a wholly ad hoc process with some standardization*”⁵¹⁰. Il *tracking* è quindi un percorso tra la libertà del giudice e la libertà del legislatore. È una condivisione dei poteri sul processo e l’opzione verso il *tracking* dimostra la scelta nei

⁵⁰⁹ GENSLER S., *Judicial case management: caught in the crossfire*, Duke Law Journal. Durham, v. 60, n. 3, 2010 “*expressed interest in case tracking, though it quickly added that “more study is needed to learn whether tracking or much more individualized case management is generally preferable for the federal civil caseload”*”.

⁵¹⁰ *Ibidem*.

confronti di un ambito di discrezionalità più ristretto del giudice, mantenendo nelle mani del legislatore le decisioni sul contenuto dei riti.

Dal punto di vista di Gensler, una valutazione su quale tra l’*“individual case management”* e il *“tracking”* sia più corretta da applicare non è semplice. Secondo l’Autore, infatti, non esiste un migliore percorso processuale assoluto se non quello che sia oggetto di un *case-management* dettagliato, individualizzato ed emanato in ciò che chiama *case-management conference*, dove il giudice può comunicare le sue aspettative riguardo allo stesso processo⁵¹¹.

Ancora, lo studioso considera l’argomento della standardizzazione di difficile valutazione, sostenendo che il vantaggio del *case management* è dato esattamente dall’approccio *taylor made*, l’individualizzazione, e dall’altro lato riconosce che la standardizzazione raggiunge l’obiettivo del criterio della uniformità e allo stesso tempo controlla l’ampiezza del case management giudiziario.

L’analisi quindi ci porta a considerare che se da un lato la standardizzazione pregiudica l’attendere i reali bisogni del caso, d’altro lato, l’uniformità ridurrebbe l’infinita particolarità che l’ampia discrezionalità porterebbe ai processi, riducendo l’*“ad hoc case-tailoring”*⁵¹².

A nostro avviso, tuttavia, l’uniformità e la standardizzazione hanno un ruolo fondamentale nella procedura civile, quello per cui i vantaggi dati dall’approccio *case-tailoring* non vengono superati. Questi vantaggi hanno uno stretto rapporto con l’efficienza della gestione procedurale e con le caratteristiche culturali del litigio nei paesi analizzati.

Altro aspetto rilevante è la razionalità del giudice, che si svolge non soltanto considerando la norma procedurale, ma sempre e comunque il volume dei processi. In questo modo, il giudice non è soltanto l’amministratore o il gestore del processo, ma rappresenta anche il vero gestore dell’unità giudiziaria, il gestore di una totalità di processi. Il giudice con questo approccio, non applica la legge della procedura individualmente, ma l’applica collettivamente.

⁵¹¹ GENSLER S.S., *Judicial case management*, cit. 2010 : *“The proposition that tracking achieves these virtues better than individual case management is, for me, not an obvious one. I can think of no clearer way for a judge to communicate his or her expectations of the parties than to hold a meaningful case-management conference and issue a detailed, custom-tailored case-management order”*.

⁵¹² *“the benefit of uniformity that comes from the standardized treatment of similar cases comes at the price of ignoring differences between the cases that individual case-tailoring could address. In other words, in the effort to stop the mismatches and disparities that might result from what Professor Subrin calls ad hoc case-tailoring, Ibidem.*

Questa applicazione collettiva della legge richiede naturalmente un esame specifico ed è in questo senso che l'applicazione o l'opzione per la standardizzazione nel *case management* può essere considerata la decisione più corretta in una realtà di alto volume di processi e di elevato arretrato giudiziale.

Ciò vuol dire che anche il costo del *case management* e del tempo impiegato ha un costo e deve avere un peso nella decisione della scelta tra *case management ad hoc* e *case management* standardizzato. La realtà dimostra che il giudice razionalizza il funzionamento dell'unità giudiziaria e che in questa attività pone in essere un esercizio di ponderazione. Il giudice, infatti, valuta e divide il tempo che ha a disposizione per la migliore gestione del processo.

Come abbiamo già segnalato, le riforme dei codici di procedura civile dipendono dalla cultura giuridica nella quale si inseriscono, ma soprattutto dalla necessità di andare incontro alla razionalità giudiziale. In questo senso, sono validi le discussioni di Gensler riguardo alle esperienze o ai progetti di *Case management* negli Stati Uniti, nei quali spiega l'assenza di dati riguardo all'efficienza del *case management*:

“In large part, this is because too few districts and judges utilized it often enough to provide a data set sufficient to support empirically valid conclusions. Of the ten pilot districts that were required to implement DCM, four of them rejected tracking and continued to rely on individual case management. Of the six pilot districts that adopted tracking systems, most of them either failed to use them or assigned virtually all of their cases to the "standard" track”.

Ciò vuol dire che la decisione di assegnare il processo ad un diverso rito riguardo a quello *standard* è una decisione razionale, motivata però da altri elementi, specialmente fondati sulla libertà e sulla discrezionalità del giudice. Il successo del *case management* dipende però anche della qualità dell'informazione messa a disposizione nella fase introduttiva della domanda. È in questo punto che il dovere di verità può sviluppare un ruolo incommensurabile o centrale.

Altro aspetto che richiede un'analisi importante è quello della semplificazione delle procedure. La semplificazione svolge un ruolo importante nella procedura civile, in primo luogo riguardo alle domande giudiziali più semplice, ma può anche sviluppare un ruolo importante in determinate fasi delle domande più complesse.

In proposito, il Professor Ed Cooper (Reporter per l'Advisory Committee on Civil Rules) ha elaborato uno schema di quello che protrebbe essere un complesso

semplificato di regole procedurali. Dal suo punto di vista, le regole più importanti dovrebbero essere quelle relative ad una domanda più dettagliata (*increased disclosure obligations and reduced discovery*)⁵¹³.

La discrezionalità è, infatti, la ragione di diversi effetti non desiderati del processo quali: spese maggiori, ritardo, arretrati, assenza di previsioni ed abuso del potere.⁵¹⁴

La procedura civile con Klein rileva l'interesse nella giustizia sostanziale e dà più poteri al giudice. Seguendo il modello di case management c'è, poi, l'idea di uno strumento che deve essere usato aggressivamente e che è un dei più utili strumenti di riduzione del arretrato giudiziale:

For nearly thirty years, the Civil Rules have looked to judicial case management as the principal means for controlling excessive cost and delay in civil cases. Trial court judges have broad managerial powers, particularly in defining the contours of discovery. We expect trial court judges to use those powers aggressively, to take control of cases early on, and to head off problems before they have a chance to occur. Trial judges are consistently told that the best way to control cost and delay is to intervene early, before things get out of hand. Case management is the proverbial ounce of prevention. Some, though, see case management as a cure worse than the disease. Critics lament the role that case management has played in the decline of trials and the

⁵¹³ GENSLER S., *Judicial case management*, cit.: *Several years ago, Professor Ed Cooper, Reporter for the Advisory Committee on Civil Rules, prepared a draft of what a set of simplified rules might look like. In his version, the hallmarks of simplified procedure were more-detailed pleading, increased disclosure obligations, and reduced discovery. Others have suggested that simplified procedure should also reduce or eliminate judicial case management. The fate of simplified rules is linked closely to the fate of broader tracking systems, at least in the federal system. How many "Chevy" cases are there in the federal system? What criteria do we use to identify them? Do we create a mechanism to opt back into the "Cadillac" rules? Can a party do that unilaterally? Is judicial action required? And, ultimately, is there any reason to think that, in the aggregate, we can get a better fit at a better price by implementing a slotting mechanism than we can get by bespoke tailoring from a single set of rules via individual case management? Professor Cooper notes this issue in his article exploring the draft simplified rules: Even if there is reason to fear that general federal procedure should* Even if there is reason to fear that general federal procedure should not apply in all its sweep to every case in federal court, it is not clear that "general federal procedure" is as procrustean as the champions of simplified procedure may claim. The Civil Rules provide many opportunities opportunities for tailoring procedure to the realistic needs of individual actions.

⁵¹⁴ *Idem*: Professor Tidmarsh is even more pessimistic in his assessment of the practical benefits of discretionary case management. According to him, reliance on discretion has predictable consequences: expense, delay, unpredictability, and abuse of power. To put it more plainly, he contends that discretionary case management is counterproductive?that it causes expense. In this respect, Tidmarsh associates expense and delay with the adversarial litigation culture, and he thinks that a scheme that leaves matters to discretionary resolution by the judge simply creates yet another level of gamesmanship. Critics of discretion see several possible solutions. One solution?already explored in Section B.2 is to have more than one set of rules. Professor Burbank, for example, has long argued that substance-specific rules that provide more detailed guidance?and constraints?are preferable to transsubstantive rules that rely on judicial discretion.

shrinking pool of trial lawyers. They express concern about how case-management decisions are opaque, standardless, and unreviewable, heightening the risk that judges will abuse their power. They see case management itself as a symptom of a larger and more foundational flaw in the Civil Rules?the fact that the rules are one-size-fits-all. They urge that what we need is not more case management but new sets of rules that apply to different categories of cases; being tailored to the needs of the cases in those categories, these rules would not require so much ad hoc customization by judges. They worry that case management is inherently flawed in that it requires judges to make rational decisions in contexts in which they lack sufficient data, leaving them at risk of substituting their own biases.

9. I limiti della deformalizzazione

Quali sono i limiti del *case management*? E, nell'ambito dei suoi strumenti, come funziona la deformalizzazione e quali sono le frontiere? È la garanzia del diritto di difesa che determina le frontiere minime?

Loïc Cadiet rileva quali sono gli elementi imprescindibili di questo ragionamento, allorchè afferma: *“Il faut alors s’interroger sur la possibilité de simplifier les procédures (modalités de la saisine des juridictions, forme des actes de procédure, durée des délais de procédure, motivation des décisions de justice...) eu égard aux exigences de la contradiction, de la publicité ou encore du droit au recours juridictionnel”*⁵¹⁵.

La deformalizzazione viene a concretizzarsi nel momento stesso della dematerializzazione del processo, vale a dire il momento nel quale scatta l'informatizzazione e la digitalizzazione dei processi⁵¹⁶. E questo in quanto la procedura civile è anzitutto un sistema strumentale che garantisce la vitalità delle garanzie di giustizia, di pubblicità, di contraddittorio, di diritto di difesa, ed in questo senso la comunicazione degli atti e la pubblicità del processo giocano un ruolo fondamentale.

⁵¹⁵ CADIET L., *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, in *Revue Française d'administration publique*. Paris, n. 125, 2008, 2 e ss.

⁵¹⁶ CADIET L., *Appliquée à la procédure, la déformalisation est d'abord synonyme de dématérialisation, ce qui renvoie à l'informatisation (ou numérisation [86][86] V. Guinchard (S.), « Une procédure numérisée et communautarisée..., ou digitalisation [87][87] V. Storme (M.), « Considérations à propos du bicentenaire...) des procédures civiles [88][88] Les autres procédures n'échappent pas à l'évolution..., y compris la mise en état des dossiers qui donne déjà lieu à des applications locales, y compris au plus haut niveau de la hiérarchie judiciaire [89][89] V. Cour de cassation, L'innovation technologique, Rapport (...).*

L'Autore parla anche della degiuridizzazione come una variante della deformalizzazione⁵¹⁷. Un altro aspetto della pos-modernità nella procedura civile, in armonia con il quadro generale di modifiche e che rappresenta una necessità decorrente dell'informatizzazione è l'imposizione volta a ridurre la complessità delle regole e della terminologia.

10. Case management nell'ordinamento italiano

Il Codice di procedura civile italiano del 1942 è stato sottoposto a riforme importanti che lo hanno aggiornato ed hanno modificato in maniera significativa la sua struttura. Esempio ne è la riforma dalla Legge del Lavoro (Legge 533/1973), con la quale è stato introdotto il rito processuale del lavoro, con un conseguente completo cambiamento del rito ordinario. Inoltre, negli ultimi trent'anni il Codice di procedura civile è stato modificato molte volte, ed in modo più significativo negli anni '90 e '95.

La riforma del 1990 aveva un approccio *favor actoris* e aveva come traguardo quello di accelerare la procedura, dando maggiore effettività alla tutela dei diritti, nonché quella di scoraggiare l'abuso del diritto di difesa. Nonostante questi sforzi, la riforma successiva del 1995, introdotta con la Legge 534/1995, ha permesso l'ammissione di nuovi elementi di prova, cercando di riequilibrare i poteri tra le parti.

La riforma italiana del 2005 (con la Legge 14 maggio 2005, n. 80: c.d. legge competitività) ha poi abbandonato il concetto di cooperazione tra le parti, in contrasto con quella che è diventata la nuova faccia del processo inglese. Le nuove regole, infatti, avevano come obiettivo quello di dare ai convenuti più tempo per "sistemare" i casi e per modificare le loro difese.

L'articolo 81-bis delle Disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, introdotto dalla legge 69/2009, nonché l'art. 175 c.p.c. stabiliscono che il giudice può fissare un calendario del processo all'inizio della domanda. Questa disposizione è ispirata alla disciplina francese del *calendrier du procès*. Nel procedimento inglese,

⁵¹⁷ *La déjudiciarisation est donc une déformalisation de la solution du litige en ce qu'elle s'échappe des formes du procès, des manières de procéder en justice, des contraintes du rituel judiciaire. Voir J eammaud (A.), « V° J udiciarisation/déjudiciarisation »,.... La littérature française, sociologique plus que juridique, qui n'est pas sans lien avec les travaux de Jac ques Lenoble et de J ean de Munck, du Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain-la-Neuve. Munck (J. de), « Déformalisation, dérégulation et..., rend compte de cette conception de la déformalisation, corrélée à la conciliation et à la médiation, dans un souci d'humanisation des systèmes de justice » [110] V. not. GARAPON (A.), *Bien juger*, op. cit., pp. 249-265.*

d'altra parte, ci sono disposizioni simili che parlano di *trial date* o *trial "window"*, essendo poteri delle parti e del giudice quelli di fissare il tempo del processo.

Tuttavia, la procedura civile italiana è ancora priva di un sistema sanzionatorio che garantisca l'osservanza del calendario processuale; di conseguenza, l'apertura del sistema non trasferisce coercibilità ed efficienza al processo. Il sistema inglese, invece, conta su un sistema coercitivo strutturato con forti sanzioni⁵¹⁸.

Quest'ultimo è un codice, pertanto, con un carattere molto specifico e basato su punti riguardo ai quali non sono state fatte, in tutti questi anni, molte concessioni. Basti pensare, per esempio, all'oralità che è sempre perseguita attraverso le udienze di trattazione, che risultano comunque sempre presenti; o ancora, al rito d'appello, che porta con sé un'importante struttura garantista, così come tanti altri elementi, che lasciano trasparire nell'intento del legislatore una mancanza di fiducia nel giudice abbastanza palese. Oltre a ciò, spesso si afferma che il codice originario desiderava dare al giudice un ruolo più attivo, ma questa è in verità una bozza di una realtà che non si è mai realizzata⁵¹⁹.

Si parla spesso in dottrina, inoltre, dei poteri di direzione e controllo del processo: questi ultimi possono effettivamente condurre ad un processo più corretto, democratico e, per quanto possibile, celere. Questi poteri non oscurerebbero il principio dispositivo ma si limiterebbero ad aspetti della cosa allegata in giudizio, per meglio dire nell'ambito dell'oggetto materiale del processo, il quale rimarrebbe comunque nel monopolio delle parti.

La direzione del processo è divisa, di solito, in "direzione materiale" e "direzione formale": la prima riguarda le attribuzioni e le iniziative ufficiali del giudice nella trattazione o nell'istruzione della causa; la seconda riguarda la conduzione

⁵¹⁸ BONCI M., *op. cit.*, p. 231: "What is more, the Italian judge lacks effective sanctions if a party breaches the timelimits contained in the order. In England the judges will fix the timetable for each case on the multi-track (covering cases of high financial significance) in consultation with the parties and their lawyers. To support this system, the English courts have a range of strong sanctions, notably cost orders, the power to stay proceedings, the making of "unless orders" which provide for automatic striking out of claims or defences where there has been breach of such a "peremptory" procedural order made by the court (although the court can award relief against such an automatic sanction, if the penitent party convinces the court that this is fair and reasonable, in the light of various criteria listed in the English procedural codes".

⁵¹⁹ FICCARELLI B., *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, cit., p. 15: "E ai poteri del giudice istruttore è significativamente intitolata la Sezione I del Capo II del titolo I del libro II del codice di rito, anche se in pratica l'enunciazione è rimasta allo stadio della dichiarazione di intenti e le riforme processuali che si sono succedute nel tempo non hanno apportato modifiche tali da mettere il giudice in condizione di esercitare effettivamente tutti gli ampi poteri di cui dispone".

strumentale, le udienze e le attività regolamentari, poteri di impulso formale e meccanico.

Sono classificati come poteri di direzione formale⁵²⁰: “la disposizione di cui all’art. 187 c.p.c., comma 5 (“Il giudice dà ogni altra disposizione relativa al processo”)), ed anche:

(...) i poteri con cui il giudice rileva le nullità degli atti introduttivi e ne dispone la rinnovazione; adotta i provvedimenti opportuni per la regolarizzazione degli atti “difettosi” o per l’eliminazione di un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione delle parti, statuisce in merito alla mancata comparizione delle parti, ripristina l’osservanza delle disposizioni sull’assegnazione degli affari alle sezioni ecc. (per es., gli artt. 164 e 291 c.p.c.); i poteri di fissazione delle udienze successive alla prima ed i poteri di fissazione o di proroga dei termini, entro i quali le parti hanno, di volta in volta, l’obbligo o l’onere di compiere gli atti processuali nel loro interesse⁵²¹.

Quanto ai poteri di direzione materiale del procedimento, sono quelli che riguardano il rapporto giuridico processuale o sostanziale:

(...) poteri di iniziativa d’ufficio con i quali il giudice chiarisce i temi controversi, integra le prove dedotte dalle parti e concorre, quindi, alla formazione del materiale decisorio. Pertanto, nella “direzione materiale”, secondo la concezione prevalente, si fanno rientrare: i poteri di autorizzazione con cui il giudice non solo condiziona la chiamata di terzi in giudizio, ma pure incide sulla possibilità di modificazione delle domande, delle eccezioni o delle conclusioni già formulate dalle parti (art. 183, comma 5 c.p.c.; art. 269 c.p.c.; art. 420 c.p.c. comma 1); i poteri ufficiosi di integrazione del contraddittorio (artt. 102 e 107 c.p.c. in relazione all’art. 183, comma 1); i poteri di interrogatorio libero per la chiarificazione dei fatti di causa ed il tentativo di conciliazione (artt. 117; 183 comma 3 e 9; art. 185,

⁵²⁰ CARRATTA A., *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, disponibile su: <http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/funzione/article/view/506/503>, accesso il 17 ottobre 2017, p. 122: “Il giudice, nell’ambito di un processo incentrato sul contatto diretto e immediato con le parti, non può assumere una funzione meramente passiva, ma deve avere poteri di direzione della trattazione. E questa fondamentale impostazione relativa al processo civile romano non avrebbe potuto non avere la sua rilevanza anche nella riflessione intorno alla ‘romanità’ del processo civile moderno, dove proprio in quegli anni si consolida la convinzione che anche nel sistema processuale moderno non sia sufficiente avere un giudice che partecipa solo formalmente allo svolgimento del processo (*formelle Prozessleitung*), ma che ci sia la necessità, anche al fine di far coincidere la verità processuale con quella materiale, che egli partecipi alla formazione del materiale di causa (dell’«istituto giuridico» oggetto della controversia) mediante la cooperazione con le parti (*materielle Prozessleitung*), con la conseguente sostituzione dell’*Offizialmaxime* al *Parteidispositionsmaxime*”.

⁵²¹ FICCARELLI B., *ult. op. cit.*, p. 26.

comma 1; art. 420 c.p.c, comma 1); la rimessione in termini delle parti; il potere di richiedere alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari, nonché il parallelo potere di indicare loro le questioni rilevabili d'ufficio che, in varia misura, permettono al giudice di integrare le prove acquisite o assunte per iniziativa delle parti onerate (art. 115, comma 1); il potere di disporre d'ufficio l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile e l'assunzione di mezzi informativi specifici (art. 425 c.p.c.), potere attribuito al giudice nelle controversie di lavoro.

Secondo altra dottrina⁵²², il sistema processuale civile italiano non richiede l'aumento dei poteri del giudice, ma solo che occorranو revisionsi alla legge vigente in modo da far convergere i poteri di direzione, di controllo e gli altri poteri tesi al più sollecito svolgimento del processo, nella direzione di modellare il procedimento con le caratteristiche di ciascuna domanda. Questo approccio darebbe l'elasticità che manca al processo civile italiano.

Nonostante la dottrina italiana abbia lavorato sull'attivismo procedurale giudiziario, la legislazione non ha mai concesso veri poteri pratici assimilabili al modello di *case management*. Questa è la conclusione di Bonci: “*the result of this failure by Italian legislature to equip judges with adequate case management powers is that the notorious three-headed monster of costs, complexity and delay continues to bestride the Italian legal system*”⁵²³.

Altri teorici sostengono, per altro verso, che l'art. 702-ter del c.p.c. costituisca l'apertura del sistema italiano verso un modello deformatizzato, come ad esempio lo stesso ruolo realizzato dal calendario del processo (art. 81 – ter disp att.); pur non ritenendo, però, sufficiente questo perchè si possa parlare di un vero e proprio caso di *case management*. D'altro canto, discipline come quella del calendario processuale vengono ritenute di scarsa applicazione pratica nel sistema italiano. Nonostante le opinioni più scettiche, la disciplina dell'art. 702-ter e dell'art. 183 – 2. bis costituiscono, concretamente, la possibilità per il giudice di scegliere e stabilire il rito, secondo le necessità della domanda formulata, benché si abbia ancora la necessità che il sistema modifichi e adatti il codice al fine di ottimizzare l'efficienza di tali scelte.

L'articolo 702 bis del c.p.c. italiano disciplina il procedimento sommario di cognizione - tipo di rito deformatizzato, senza predeterminazione - nel quale il giudice

⁵²² IVI, p. 29.

⁵²³ BONCI S., *op. cit.*, p. 7.

adatta il procedimento al diritto soggettivo discusso nella domanda senza violare i diritti fondamentali di difesa delle parti. Il procedimento si apre, quindi, alla discrezionalità del giudice, che lo determina e lo gestisce⁵²⁴. Esso esprime, in buona sostanza, una manifestazione italiana dell'elasticità e della proporzionalità nell'ambito della procedura civile⁵²⁵.

Sul punto, Passanante sostiene che la possibilità di cambiare il rito da ordinario a sommario “*appare tuttavia frutto dell'improvvisazione*”⁵²⁶, poco utile agli operatori del diritto, in quanto il processo ordinario non è adatto ad ospitare una tale decisione nell'ambito dell'udienza dell'art. 183 c.p.c.: “*I contestatori inoltre, sembrano non aver tenuto conto del fatto che, nella prassi, il giudizio sommario di cognizione è stato tiepidamente accolto dai giudici, i quali hanno spesso manifestato la tendenza a convertire i riti sommari in ordinari*”.

In ogni caso, vi è un certo consenso sull'idea che il rito sommario, vincolato a cognizione piena, possa rappresentare la soluzione adeguata al problema della durata dei processi. Se la cognizione piena tradizionale non consente un giudizio efficiente e adeguato alla società moderna, tantomeno implica un aumento della qualità del giudizio. La sommarizzazione appare, quindi, come un campo di ricerca appropriato e di grande contenuto gnoseologico, tale da meritare di essere maggiormente sviluppato. È la nuova (vecchia) frontiera della procedura.

Come ha dimostrato il processo civile italiano, anche se ancora in modo riservato, le porte all'adattabilità, elasticità e proporzionalità sono ancora aperte verso questa riforma.

⁵²⁴ FICARELLI B., *op. cit.*, p. 192: “Dopo il primo momento di contatto tra le parti ed il giudice, il procedimento è così lasciato alla più ampia discrezionalità di quest'ultimo, che diventa vero “governatore assoluto” del processo”.

⁵²⁵ Vedi LUPOI M. A., *Sommario (ma non troppo)*, cit., p. 1225: “Così facendo, il legislatore si è avvicinato all'esperienza di altri ordinamenti stranieri, in cui da tempo si sono introdotti meccanismi per adattare gli schemi processuali alla minore o maggiore complessità della singola lite. In realtà, però, le più recenti esperienze estere, come quella inglese o francese (3), si sono mosse sul piano della cooperazione e della collaborazione, nella fase introduttiva della lite, tra parti e giudice, inserendo elementi di negozialità nelle dinamiche processuali e configurando, dopo la proposizione della domanda con modalità unitarie, la possibilità di sviluppare l'iter procedimentale secondo itinerari diversi, a seconda delle caratteristiche delle singole fattispecie. Il più timido legislatore italiano, dal canto suo, ha preferito varare un nuovo modello procedimentale con funzione alternativa e non sostitutiva rispetto a quello ordinario”.

⁵²⁶ PASSANANTE L., *Brevi note critiche sul d.d.l. delega per l'efficienza del processo civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Italia, v. 68, n. 2, 2014, p. 819.

In questo senso, è stato ritenuto che dare al giudice l'opportunità di fare una valutazione del rito più adeguata rappresenti un vero e proprio esercizio di *case management* italiano⁵²⁷.

Quindi sembra che il modello di *case management* sarebbe naturalmente molto più adatto ai sistemi accusatori continentali, in special modo a quello italiano, sistema dove la Costituzione indica con tutta evidenza, già prima del nuovo art. 111⁵²⁸ (coordinato tra il disposto degli artt. 3, comma 1 e 2 e 24, comma 1 e 2), il rapporto tra la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti e il dovere dello Stato di *rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana*⁵²⁹. Si è pertanto d'accordo con questa dottrina che è paradossale che le riforme italiane abbiano scelto un percorso verso una direzione diversa da quella scelta dal processo inglese, che pure condivide gli stessi valori del sistema italiano: *“il processo deve prima di ogni altra cosa “essere giusto [si badi bene] nei risultati che produce” (Woolf, 1995), perchè, “senza un effettivo controllo da parte del giudice...il processo adversary può incoraggiare una cultura adversary e degenerare in un ambiente nel quale il processo è troppo spesso visto come un campo di battaglia” (Woolf, 1995)*⁵³⁰.

La conclusione alla quale arriva Donzelli riguardo alla procedura italiana può essere trasportata ad altri sistemi che condividono la stessa cultura processuale, come ad esempio il processo civile brasiliano, e riguarda l'imposizione razionale della scelta del legislatore inglese verso lo spostamento della responsabilità della gestione delle

⁵²⁷ FICCARELLI B., *cit.*, p. 34.

⁵²⁸ Art. 111 Cost.: La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione

⁵²⁹ DONZELLI, *La fase preparatoria*, *cit.*, p. 53.

⁵³⁰ *Ibidem*.

controversie civili dalle parti ed i loro difensori al giudice. Questo spostamento è, nell'opinione di autorevoli riformatori dottrinali, necessariamente da attuare, in modo da vedere la sua realizzazione attraverso una forma impositiva⁵³¹.

⁵³¹ Ibidem. “In conclusione, se in Inghilterra non vi è stata “alternativa ad un radicale spostamento della responsabilità della gestione delle controversie civili dalle parti ed i loro difensori al giudice” (WOOLF, 1995), non sarà il caso di interrogarsi ancora e di nuovo se a casa nostra non vi sia davvero altra alternativa ad un radicale spostamento della responsabilità della gestione controversie civili dal giudice alle parti ed i loro difensori?”.

CAPITOLO IV

Dovere di verità e completezza, *case management* ed efficienza processuale

SOMMARIO. 1. L'importanza della verità alla “*substantive justice*”. - 1.1 L'onere della prova ed il dovere di verità e completezza nell'ottica di una gestione efficiente del processo. - 2. Dovere di verità e completezza nel diritto civile confrontato con la *discovery* (EUA) e *disclosure* (Inghilterra) del common law: aspetti confluenti. - 3. Il dovere di informazione o chiarificazione. - 4. La ricerca dell'efficienza nella procedura civile.

1. L'importanza della verità alla “*substantive justice*”

Questo capitolo è volto a strutturare l'argomentazione nel senso di una procedura civile idealmente investita dalle seguenti caratteristiche:

(a) celerità, vale a dire che si renda definitiva nei tempi dell'esistenza umana e non nei tempi degli Dei. Quindi, parte dal presupposto che la risoluzione delle controversie debba essere fatta mentre i titolari dei diritti sono ancora vivi, in modo che ne possano godere. Questa situazione ideale, per esempio, si pone in netto contrasto con la realtà brasiliana, in cui fenomeni come la perdita dell'oggetto della domanda o la necessità di abilitare la successione sono normali in diverse materie; pertanto, la possibilità che un processo impieghi dieci anni per raggiungere una decisione definitiva è una costante. Evidente, quindi, che l'assenza di una limitazione temporale (sia in primo grado che al livello delle corti superiori) alla risoluzione delle controversie contribuisca ad un sistema troppo paziente, provocando conseguentemente, però, una maggiore ingiustizia, quella della giustizia tardiva o omissiva. E' pur vero che non si può decidere una causa in 6 mesi, più altri 3 mesi nelle corti superiori, come avviene nella esperienza cinese⁵³². Tuttavia, il tema centrale alla procedura civile brasiliana e italiana, è quello che riguarda la di sproporzionalità tra la natura dei diritti e i tempi di aggiudicazione degli stessi.

⁵³² "According to the Civil Procedure Law of the People's Republic of China (CPL), the courts shall complete the adjudication of ordinary proceedings within 6 months and summary/specified and appellate proceedings within 3 months." (C.H. (REMO) VAN RHEE, FU YULIN, *Civil litigation in China and Europe: essays on the role of the judge and the parties*, New York: Springer Netherlands, 2014, p.)

(b) promozione effettiva di giustizia sostanziale, ovvero di una giustizia che sia basata sull'ammissione che esiste una realtà conoscibile, che è la verità oggettiva e che, il processo è capace di accertare la verità dei fatti. Quindi, in questo senso sono molto importanti i presupposti della collaborazione, intesa come un processo che esige la collaborazione dei soggetti alla risoluzione di merito della causa e che questa finalità deve essere il principio che indirizza il Giudice nel processo. Che la verità materiale importa⁵³³, lo abbiamo visto in precedenza.

(c) la necessità di armonizzazione tra le risorse disponibili (apparato giudiziario – numero dei giudici, ausiliari, funzionari/dipendente del Potere Giudiziario, dimensione del paese), la prestazione giurisdizionale in un tempo che sia proporzionale ai bisogni della vita umana, alle dimensioni e complessità delle domande, anche in relazione alla quantità di azioni (dimensão da litigância) in ogni paese⁵³⁴, ai costi del processo ed al tempo necessario e adeguato ad una sentenza sostanzialmente giusta, attraverso i poteri di gestione del giudice.

L'obiettivo di questo capitolo è, quindi, quello di stabilire un rapporto tra il dovere di verità e completezza, le sue conseguenze giuridiche, i suoi compromessi, i doveri derivati e l'apporto di efficienza al processo che può derivare da un controllo giudiziale più stretto della verità. Verità oggettiva - nel senso della sua esistenza - e soggettiva - nel senso di dovere di fare corrispondere la narrativa fattuale alla conoscenza del soggetto - legata essenzialmente alla comprensione del ruolo del dovere di verità e completezza.

Questo concetto sopra riportato si traduce nella domanda: l'influenza del giudice, attraverso il controllo del dovere di verità e completezza può aumentare l'efficienza dei procedimenti e contribuire alla ricerca della verità materiale?

⁵³³ Come spiega UZELAC, i sistemi procedurali dei Paesi post socialismo, anche se cercano di avvicinarsi ad una procedura civile più adversary, si vedono spesso retrocedere alle vecchie idee di verità materiale da cui sono stati marcati.

⁵³⁴ GRADI M., cit., 2015, p. 241), l'obbligo: "Alla luce di questo valore il "giudice utilitarista" inglese deve innanzitutto assicurare che il costo del singolo processo sia appropriato rispetto al valore all'importanza della controversia, oltre che alla complessità delle questioni trattate e alla capacità finanziaria di ciascuna delle parti: tutti fattori il cui aumentare giustifica un incremento dell'investimento in risorse processuali e che al contrario, diminuendo, richiedono un contenimento dei costi, fra i quali anche quelli connessi con la procedura di disclosure. La *Rule* 1.1 (2) (e) stabilisce anche che il giudice debba tenere in considerazione che il tempo che impiega per trattare un processo non vada a discapito delle risorse da dedicare agli altri processi, i quali devono essere per lo meno trattati allo stesso modo. Anche questo principio riduce potenzialmente l'ampiezza del modo della ricerca della verità del nome di un moderno "utilitarismo processuale".

Il contenuto di questa domanda trova risposta nella figura del giudice informato⁵³⁵ (the informed judge). Il profilo iniziale del giudice del sistema “*adversary*”, ovvero del giudice tradizionale del common law, era quello di un professionista che normalmente non doveva conoscere il processo prima del trial⁵³⁶: il giudice dell’“*air Canada understanding*”. Questa versione ha avuto un’evoluzione significativa nel senso di investire il giudice del sistema *adversary* di una conoscenza maggiore del processo prima del *trial*, con la finalità di condurre meglio il processo dal punto di vista procedurale, cioè, permettendo al giudice di ridurre la dimensione della *discovery* per esempio o, selezionando il rito più adatto a quella domanda, oppure ancora determinando diversamente i costi del processo, in ragione dell’oggetto della domanda.

L’interesse alla verità ha un rapporto centrale con la “*substantial justice*” e con la legittimazione del sistema⁵³⁷.

Questo legame tra verità e giustizia sostanziale porta con sé l’interesse del sistema ad una sistemazione dei poteri delle parti, diverso da quello di un sistema dove la verità non è così importante o centrale nello stesso. Un sistema dove la verità non ha alcuna importanza ha la tendenza, infatti, al mancato intervento del giudice. Quando il sistema percepisce, d’altra parte, che non si tratta soltanto di risoluzione della controversia, ma anche di qualità e correzione delle decisioni, emerge la tendenza ad un sistema con tracce meno *adversariali*, nel senso puro del sistema.

La verità dei fatti, quindi, non è irrilevante⁵³⁸. E’ importante dunque sapere come la procedura civile armonizza la necessità di arrivare il più velocemente possibile alla

⁵³⁵ JOLOWICZ, JOHN ANTHONY. *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, in 52 *Int’l & Comp. L. Q.*, 2003, p. 7: OU JOLOWICZ, JOHN ANTHONY *Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation*, Cambridge University Press, 2009, p. 7: : “In a case decided in 1987, Sir John Donaldson MR said, ‘Litigation is not a war or even a game. It is designed to do real justice between opposing parties and, if the court does not have all the relevant information, it cannot achieve this object.’²⁰ There can be little doubt that the Master of the Rolls had substantive, not merely procedural justice in mind.

⁵³⁶ *Idem*: *traditional adversary system. Most significant of all in bringing to its end the Air Canada understanding of the adversary system is the advent of the informed judge. As we have seen, not every judge has always been content to swallow whole the doctrine of Air Canada, and now, any judge who is so minded can use his knowledge of the case and the powers given to him for the purpose of case management to ensure that he gets the information he needs to create a real prospect that the decision will be based on the nearest approximation possible to the truth. It will take time for the change in the character of civil litigation that has occurred in this country to be fully appreciated, but when it is, the adversary system as we know it will effectively have been replaced by something closer to what common lawyers are all too prone to dismiss as inquisitorial.*

⁵³⁷ C.H. (REMC) VAN RHEE, FU YULIN, *Civil litigation in China and Europe: essays on the role of the judge and the parties*, New York: Springer Netherlands, 2014: “Procedural fairness is important also from another point of view. Empirical studies show that procedural justice strongly affects the willingness to accept and obey the judgment.”

verità (un'imposizione per una durata ragionevole) con le libertà delle parti, con il principio dispositivo e la necessità di controllo del processo dalla parte del giudice. Ed infine, una volta stabilito questo traguardo, bisogna chiedersi in che modo ci può essere utile il dovere di verità.

D'altro canto, l'importanza dell'informazione corretta all'inizio della domanda sembra essere imprescindibile anche alla buona gestione del caso, ovvero al *case management*. L'efficienza del sistema di *case management* dipende della possibilità data al giudice di misurare l'ampiezza della *discovery* o della *disclosure*; in buona sostanza, distinguere la buona e necessaria istruzione da quella eccessiva ed inutile⁵³⁹.

1.1 L'onere della prova ed il dovere di verità e completezza nell'ottica di una gestione efficiente del processo

L'esistenza di un dovere di verità e completezza determina, come abbiamo visto, una linea argomentativa che è tesa al riconoscimento sia del divieto di menzogna (*Lugen verbot*) che del divieto di omissione (*lückenverbot*).

Naturalmente, il divieto di omissione tende a produrre effetti sull'attuazione delle parti che intervengono direttamente con l'ordinaria divisione del lavoro nel processo. È chiaro, però, che il dovere etico di attuazione integra e verifica, senza travalicarlo, il contenuto dell'onere della prova, perché il dovere di verità e completezza si attua nel momento in cui si devono selezionare gli elementi fattuali da essere portati in giudizio e si manifesta rispetto alla narrazione consapevole della vicenda fattuale.

Infatti, prima di condividere l'onere della prova, le parti si confrontano con le regole del gioco che stabiliscono, innanzitutto, la narrativa secondo l'effettiva conoscenza dei fatti o la conoscenza degli stessi che credono di avere. E' vero che così

⁵³⁸ TARUFFO M., *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, Laterza, 2009, p. 116: "Non solo, dunque, la verità dei fatti non è irrilevante: al contrario, essa condiziona e determina la correttezza giuridica della soluzione della controversia.

⁵³⁹ GENSLER S. S., *Judicial case management: caught in the crossfire*, in *Duke Law Journal*. Durham, v. 60, n. 3, 2010: 1. *Case Management as a Cure for Undue Cost and Delay. Depending on who one asks, case management is either an effective tonic for undue cost and delay or a snake-oil solution that is doomed to leave the patient sick. Over twenty years ago, Judge Easterbrook pronounced that case management cannot work because judges lack the information needed to distinguish between "good" discovery and "bad" discovery. Professor Bone and Professor Martin Redish share Judge Easterbrook's skepticism. Professor Paul Stancil offers a different kind of law-and-economics critique, arguing that case management solutions are doomed to fail because judges have incentives to minimize their workloads by leaving discovery to the parties. Based on the oral argument in Ashcroft v. Iqbal, it would seem that some of the Justices are skeptical of case management as a cost-control scheme because it places too much reliance on the wise exercise of discretion.*

rimane rispettata la traccia di soggettività presente nel fatto, cioè che la conoscenza dei fatti è anche essa un fatto storico, limitato nel tempo, nello spazio, e dalle circostanze proprie delle parti.

Bisogna tuttavia riconoscere che la dinamica del processo permette che nel lungo termine la vera conformazione dei fatti venga fuori, così da scongiurare narrazioni consistentemente deficitarie; per meglio dire, azioni tali da pregiudicare la conduzione del processo, in cui vengano controllate ed eliminate dal giudice. Per questo, armonizzare i doveri di verità e completezza, associati di conseguenza ad un dovere di informazione rilevante con l'onere della prova, sembra essere un dovere impositivo⁵⁴⁰.

Bisogna chiarire che il compito di questa ricerca è analizzare l'apporto di efficienza che il dovere di verità e completezza porta al processo: "...secondo il punto di vista proprio del diritto, la *vexata quaestio* dell'obbligo di verità delle parti, inteso come divieto di menzogna (*Wahrheitspflicht*) e come obbligo di completezza (*Volständigkeitspflicht*), ma anche come obbligo di chiarificazione (*Aufklärungspflicht*) o di collaborazione (*Mitwirkungspflicht*) finalizzato all'accertamento dei fatti"⁵⁴¹.

L'idea è che il dovere di verità e completezza può funzionare come un elemento associato al *case management* determinando un aumento dell'efficienza del processo. Il dovere di verità ed il *case management*, sono i due grandi trionfi della processualistica moderna che determinano la vittoria i sistemi arretrati e modernizzare il processo civile.

2. Dovere di verità e completezza nel civil law versus discovery (EUA) e Disclosure (Inghilterra) nel common law: aspetti confluenti;

Gli istituti della discovery e della disclosure sono, come già visto nel capitolo II, rispettivamente negli Stati Uniti ed in Inghilterra, categorie tipiche dei sistemi di common law, poiché non ci sono modelli simili nel processo di civil law. La caratteristica principale, con diversi gradi di ampiezza in ogni nazione di common law, è il dovere di

⁵⁴⁰ GRADI M., *The Right of Access to Information and Evidence and the Duty of Truthful Disclosure of Parties in Comparative Perspective*, in *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, 2015.: "In the light of this clarification, it is clear how the rule of the burden of allegation and proof, while forcing the party who bears the burden to act in the process, does not exclude *a priori* an obligation on his opponent to make true statements nor a duty to provide information and evidence in favour of the burdened party".

⁵⁴¹ IVI, introduzione, p. XXIX.

collaborazione tra le parti riguardo alle prove del processo, ovvero, l'idea di condivisione della prova e di trasparenza. L'obbligo della parte contraria di fornire informazioni d'interesse dell'altra parte è una traccia fondamentale, ed in un certo senso rappresentano l'obiettivo dei *discovery devices*, per esempio. Senza dubbio la *discovery* deve essere considerata il più ampio istituto dotato di strumenti per ottenere un'informazione rilevante sia per il processo che per la parte contraria⁵⁴².

Bisogna ricordare che negli Stati Uniti la fase introduttiva della domanda - o fase preparatoria - non esige una preparazione intensa; infatti, è sufficiente "*a short and plain statement of the claim*", denominato "*notice pleading*". Questa impostazione consente di svolgere i *matters of facts* nella fase *pre-trial* attraverso gli strumenti della *discovery*.

Tuttavia, questa sistemazione del processo di *common law*, partendo da una debole sostanziazione è stata oggetto di ridiscussione da parte della giurisprudenza americana⁵⁴³.

Negli Stati Uniti, la *discovery* è regolata dalle disposizioni che vanno dalla 26 alla 37 delle Federal Rules of Civil Procedure.

La rule 26 (a)⁵⁴⁴ stabilisce il *duty of automatic disclosure* e ha ad oggetto fatti e mezzi di prova che la parte intende presentare nel *trial*. Questa è la *disclosure* iniziale

⁵⁴² GRADI M., *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, p. 229: "sia il principio di plausibilità del pleading iniziale, sia il requisito di proporzionalità delle richieste di discovery, si pongono oggi come condizioni per l'esercizio del diritto all'informazione processuale. Tuttavia, i presupposti di tale diritto non cancellano del tutto le raggardevoli potenzialità della discovery nordamericana, che nel panorama comparatistico resta tuttora il mezzo processuale più incisivo per ottenere la conoscenza dei fatti con la collaborazione dell'avversario, molto di più di quanto sia possibile fare attraverso i corrispondenti strumenti previsti nei sistemi di civil law.

⁵⁴³ *Idem*, p. 213.

⁵⁴⁴ Rule 26. Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery

(a) REQUIRED DISCLOSURES.

(1) *Initial Disclosure*.

(A) *In General*. Except as exempted by Rule 26(a)(1)(B) or as otherwise stipulated or ordered by the court, a party must, without awaiting a discovery request, provide to the other parties:

(i) the name and, if known, the address and telephone number of each individual likely to have discoverable information—along with the subjects of that information—that the disclosing party may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment;

(ii) a copy—or a description by category and location—of all documents, electronically stored information, and tangible things that the disclosing party has in its possession, custody, or control and may use to support its claims or defenses, unless the use would be solely for impeachment;

(iii) a computation of each category of damages claimed by the disclosing party—who must also make available for inspection and copying as under Rule 34 the documents or other evidentiary material, unless privileged or protected from disclosure, on which each computation is based, including materials bearing on the nature and extent of injuries suffered; and

obbligatoria: se la parte non compie la *disclosure* non può poi avvalersene nel corso del processo.

Dal 1993 al 2000, il *duty of disclosure* automatico riguardava anche fatti e mezzi di prova sfavorevoli⁵⁴⁵, ma questa impostazione è stata cambiata nel 2000, ritornando al suo assetto originale.

In questo modo, la *discovery* iniziale del processo civile americano prevede oggi che le parti rivelino all'avversario tutte le informazioni che hanno intenzione di utilizzare nel *trial*, senza esplicitare inizialmente aspetti sfavorevoli. Bisogna segnalare, in proposito, che vi sono tuttavia elementi rilevanti sia al momento della domanda che alla difesa.

La Rule 26 (b)⁵⁴⁶ prevede invece la *discovery* su richiesta della controparte relativamente a qualsiasi informazione che sia rilevante alla domanda (autore) o alla difesa (convenuto): “*Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter*

(iv) for inspection and copying as under Rule 34, any insurance agreement under which an insurance business may be liable to satisfy all or part of a possible judgment in the action or to indemnify or reimburse for payments made to satisfy the judgment.

⁵⁴⁵ GRADI, MARCO. *L'obbligo di verità delle parti*. Torino: G Giappichelli Editore, 2018, p. 212.

⁵⁴⁶ (b) DISCOVERY SCOPE AND LIMITS.

(1) *Scope in General*. Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable..

(2) *Limitations on Frequency and Extent*.

(A) *When Permitted*. By order, the court may alter the limits in these rules on the number of depositions and interrogatories or on the length of depositions under Rule 30. By order or local rule, the court may also limit the number of requests under Rule 36.

(B) *Specific Limitations on Electronically Stored Information*. A party need not provide discovery of electronically stored information from sources that the party identifies as not reasonably accessible because of undue burden or cost. On motion to compel discovery or for a protective order, the party from whom discovery is sought must show that the information is not reasonably accessible because of undue burden or cost. If that showing is made, the court may nonetheless order discovery from such sources if the requesting party shows good cause, considering the limitations of Rule 26(b)(2)(C). The court may specify conditions for the discovery.

(C) *When Required*. On motion or on its own, the court must limit the frequency or extent of discovery otherwise allowed by these rules or by local rule if it determines that:

(i) the discovery sought is unreasonably cumulative or duplicative, or can be obtained from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive;

(ii) the party seeking discovery has had ample opportunity to obtain the information by discovery in the action; or

(iii) the proposed discovery is outside the scope permitted by Rule 26(b)(1).

that is relevant to any party's claim or defense and proportional to the needs of the case".

La *discovery* americana può essere categorizzata nei termini usati da Gradi per descriverla:

Si può tuttora affermare che gli Stati Uniti conoscono, anche dopo la più recente riforma del 2015, il sistema più ampio ed esteso di accesso alle informazioni e ai documenti con la collaborazione dell'avversario, che – sotto il profilo oggettivo – non è nemmeno circoscritto dal principio di *admissibility of evidence*, potendo infatti essere oggetto dell'obbligo di comunicazione nella fase *pre-trial* anche quelle prove che poi saranno inammissibili nel corso del Trial dinnanzi alla giuria⁵⁴⁷

L'ammissione della *discovery* su richiesta di parti è, pertanto, relativa a documenti che *'are relevant to any party's claim or defense'* e soggetti ad un giudizio di proporzionalità (*Proportionality test*) basato sulle necessità del singolo caso (*proportional to the needs of the case*) e di *plausability standard* (*the capacity to state a claim*). Una volta ammessa la *discovery*, è possibile fare domande all'avversario, che dovrà rispondere sotto giuramento, e avere così accesso ad un'ampia quantità di documenti.

⁵⁴⁷ GRADI, MARCO. *L'obbligo di verità delle parti*. Torino: G Giappichelli Editore, 2018, p. 212.

Partendo dalla rule 26 (3) (f)⁵⁴⁸, fu stabilita la necessità di una pre-trial conference destinata a discutere le richieste di informazione delle parti litiganti e in questo modo ridurre i rischi di spreco di risorse ed eccesso di informazioni non necessarie alla risoluzione della lite, caratteristica che segnava il modello di *discovery* frequentemente. La *pre-trial conference* permise anche di formare un *discovery plan* che seguirà l'idea del giudice di proporzionalità, e della possibilità del giudizio preventivo del giudice, considerando anche la collaborazione delle parti nella formazione del *discovery plan*.

Questi sono solo alcuni spunti sulla tematica della *discovery* negli Stati Uniti, in quanto, non è stato possibile ripercorrere completamente il dibattito sulla Discovery americana, anche se sono stati evidenziati gli elementi necessari alla discussione.

⁵⁴⁸ (f) CONFERENCE OF THE PARTIES; PLANNING FOR DISCOVERY.

(1) *Conference Timing*. Except in a proceeding exempted from initial disclosure under Rule 26(a)(1)(B) or when the court orders otherwise, the parties must confer as soon as practicable—and in any event at least 21 days before a scheduling conference is to be held or a scheduling order is due under Rule 16(b).

(2) *Conference Content; Parties' Responsibilities*. In conferring, the parties must consider the nature and basis of their claims and defenses and the possibilities for promptly settling or resolving the case; make or arrange for the disclosures required by Rule 26(a)(1); discuss any issues about preserving discoverable information; and develop a proposed discovery plan. The attorneys of record and all unrepresented parties that have appeared in the case are jointly responsible for arranging the conference, for attempting in good faith to agree on the proposed discovery plan, and for submitting to the court within 14 days after the conference a written report outlining the plan. The court may order the parties or attorneys to attend the conference in person.

(3) *Discovery Plan*. A discovery plan must state the parties' views and proposals on:

(A) what changes should be made in the timing, form, or requirement for disclosures under Rule 26(a), including a statement of when initial disclosures were made or will be made;

(B) the subjects on which discovery may be needed, when discovery should be completed, and whether discovery should be conducted in phases or be limited to or focused on particular issues;

(C) any issues about disclosure, discovery, or preservation of electronically stored information, including the form or forms in which it should be produced;

(D) any issues about claims of privilege or of protection as trial-preparation materials, including—if the parties agree on a procedure to assert these claims after production—whether to ask the court to include their agreement in an order under Federal Rule of Evidence 502;

(E) what changes should be made in the limitations on discovery imposed under these rules or by local rule, and what other limitations should be imposed; and

(F) any other orders that the court should issue under Rule 26(c) or under Rule 16(b) and (c).

(4) *Expedited Schedule*. If necessary to comply with its expedited schedule for Rule 16(b) conferences, a court may by local rule:

(A) require the parties' conference to occur less than 21 days before the scheduling conference is held or a scheduling order is due under Rule 16(b); and

(B) require the written report outlining the discovery plan to be filed less than 14 days after the parties' conference, or excuse the parties from submitting a written report and permit them to report orally on their discovery plan at the Rule 16(b) conference.

Bisogna guardare anche alla prospettiva seguita dalla *disclosure* inglese per compiere l'attività di confronto con il sistema di civil Law ed il conseguente dovere di verità e completezza.

Con riguardo alla discovery, la procedura inglese era prima regolata dalle Rules of Supreme Court del 1883, modificata sostanzialmente dalle riforme Woolf e Jackson. Dopo le Woolf Riforms la *discovery* inglese acquista una nuova denominazione e passa ad essere chiamata *Disclosure*⁵⁴⁹. La dottrina è solita affermare che tale procedura si distingueva da quella americana per tre ordini di motivi⁵⁵⁰: (a) la Discovery of documents⁵⁵¹ occupava il ruolo più importante e le altre forme erano in disuso; (b) la Discovery era automatica e le parti erano tenute a “rivelare l'esistenza di documenti favorevoli o sfavorevoli senza necessità di una preventiva richiesta dell'avversario, né di un ordine della corte, salva la possibilità di chiedere un judicial order in caso di inadempimento”⁵⁵²; (c) un ampio criterio di rilevanza, senza permettere comunque le c.d. *fishing expeditions* ammesse nella discovery nordamericana⁵⁵³.

Duty of disclosure of documents significa, quindi, il dovere/obbligo delle parti di indicare l'esistenza e il contenuto dei documenti all'altra parte, che potrà ispezionare i documenti (Rule 31.3):

Tuttavia, non vi è perfetta coincidenza dal punto di vista oggettivo fra i due obblighi appena menzionati, posto che mentre il duty of disclosure si estende a tutti i documenti indicati nell'ordine del giudice, l'obbligo di consentire l'ispezione è invece escluso quando la disclosing party non sia più in possesso del documento, quando l'ispezione di categorie di documenti risulti sproporzionata, oppure quando sussista un “privilegio”, purché tali objections to inspection siano invocate dalla disclosing party. A quest'ultimo proposito, si segnala che è riconosciuta alle parti la protezione delle comunicazioni intercorse fra cliente ed avvocato (legal professional privilege), delle comunicazioni riservate scambiate al fine della conciliazione della controversia (“without prejudice” privilege), delle informazioni

⁵⁴⁹ EPSTEIN P., *Disclosure: pulling your head out of the sand*, London: Cloisters, 2015: 1. What is disclosure? An obvious point, really, but sometimes little appreciated. To a purist, a party discloses a document by stating that it exists or has existed. This is conventionally done by list. Often parties dispense with lists and inspection and simply provide copy documents to the other side. The other party has a right to inspect documents disclosed in a list, except for documents such as privileged documents or those subject to public interest immunity. *ent?*”

⁵⁵⁰ GRADI M., *L'obbligo di verità delle parti*, cit., 2018, p. 236.

⁵⁵¹ EPSTEIN P., *ult. op. cit.*, p. 22 : “2. So, what is a document? Another obvious point: Documents can be pieces of paper, but they can be much more than that. If documents are electronically stored, they can include emails, text messages, word processed documents, databases and also voicemail and other audio files. The documents may be stored on servers, computers, laptops, memory sticks, mobile phones, back-up systems, the cloud and elsewhere”.

⁵⁵² GRADI M., *L'obbligo di verità delle parti*, Torino: Giappichelli Editore, 2018, p. 237.

⁵⁵³ Idem, p. 237

potenzialmente incriminanti (*privilege against self-incrimination*) e dei segreti a rilevanza pubblica (*public interest immunity*).”

Riguardo al criterio di rilevanza, operava poi quanto affermato dal noto caso *Peruvian Guano*⁵⁵⁴, il quale determinava alle parti di rivelare tutti i documenti relativi alle questioni controverse, inclusi quelli sfavorevoli alla parte proponente.

La "Peruvian Guano Rule" stabiliva il criterio della rilevanza relativo alla rivelazione dei documenti in una domanda, stabilita nel caso *Cie Financière et Commerciale du Pacifique v. Peruvian Guano Co.* (1882). Nella decisione, ha sostenuto Lord Brett:

*It seems to me that every document which relates to the matters in question in the action, which not only would be evidence upon any issue, but also which, it is reasonable to suppose, contains information which may – not which must – either directly or indirectly enable the party requiring the affidavit either to advance his own case or to damage the case of his adversary. I have put in the words ‘either directly or indirectly’ because, as it seems to me, a document can properly be said to contain information which may enable the party requiring the affidavit either to advance his own case or to damage the case of his adversary if it is a document which may fairly lead him to a train of enquiry which may have either of those two consequences.*⁵⁵⁵

Quindi, il rapporto tra i documenti e i fatti non necessitava di dover essere diretto, bastando una connessione indiretta a giustificare la scoperta. Questa ampiezza di

⁵⁵⁴ EPSTEIN P., *Disclosure: pulling your head out of the sand*. cit : “This is spelled out by Jacob L.J., in his dissenting judgment in *Nichi Corporation v. Argos Limited* [2007] EWCA Civ 741, CA. At [45] he said “Prior to the CPR the test under the rules was that any document “relating to any matter in question” was discoverable. The courts took a very wide view of what was covered by this. The test was laid down a long time ago when no-one had the quantities of paper they have now”. He then quoted from *Peruvian Guano*. He commented at [46]: “It is manifest that this is a much wider test than that for “standard disclosure”. I have a feeling that the legal profession has been slow to appreciate this. What is now required is that, following only a “reasonable search” (CPR 31.7(1)), the disclosing party should, before making disclosure, see and consider each document to see whether it adversely affects his own or another party’s case or supports another party’s case. It is wrong just to disclose a mass of background documents which do not really take the case one way or another. And there is a real vice in doing so: it compels the mass reading by the lawyers on the other side, and is followed usually by the importation of the documents into the whole case thereafter – hence trial bundles most of which are never looked at.” In *Shah v HSBC Private Bank (UK) Limited* [2011] EWCA Civ 1154, Lewison LJ said at [25], regarding Rule 31.6, “It is noticeable that the word “relevant” does not appear in the rules. Moreover the obligation to make standard disclosure is confined “only” to the listed categories of document. While it may be convenient to use “relevant” as a shorthand for documents that must be disclosed, in cases of dispute it is important to stick with the carefully chosen wording of the rules.”

⁵⁵⁵ Il noto caso *Compagnie Financiere du Pacifique v Peruvian Guano Co.* Può essere approfondito in [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I8CC55110E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I8CC55110E42711DA8FC2A0F0355337E9/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1).

possibilità aveva come conseguenza un numero straordinario di documenti che Zuckermann propriamente denomina “documentary tsunamis”⁵⁵⁶, in quanto ad influenza dei costi e della durata della lite.

Questo grado di ampiezza, però, non giustificava nessun tipo di ricerca generica esplorativa dal tipo della *fishing expeditions* americana⁵⁵⁷.

Con la riforma Woolf di 1998, invece, prima di tutto la *discovery* cambia nome e passa a chiamarsi *disclosure*. In secondo luogo, la *disclosure* non è più automatica, ma si svolge soltanto dopo l’autorizzazione del giudice, presa dall’esempio del *case management*.

Come abbiamo visto nel capitolo III, il giudice deve fare una valutazione di proporzionalità tra la complessità, il valore, importanza della lite ed i costi coinvolti, determinando l’idea di “*proportionate justice*”⁵⁵⁸.

La riforma del 1998 ha rinunciato al criterio posto dal caso *Peruvian Guano*, stabilendo che la *standard disclosure* sarebbe limitata ai documenti di cui la parte intende avvalersi nel trial.

La *standard disclosure* è prevista nella rule 31.6.⁵⁵⁹ e determina la *disclosure* soltanto dei documenti di cui la parte intende basarsi o che influenzano il caso⁵⁶⁰. La Rule 31.10⁵⁶¹ stabilisce il processo di *disclosure*.

⁵⁵⁶ GRADIM., *L’obbligo di verità delle parti*. Torino: G Giappichelli Editore, 2018, p. 237.

⁵⁵⁷ IVI, P. 238: “Nonostante la notevole potenzialità del sistema di *discovery of documents* inglese, la giurisprudenza e la dottrina avevano precisato che tale procedura non potesse essere utilizzata per andare alla ricerca esplorativa di prove (“*to fish for evidence*”) in relazione a questioni di fatto non oggetto dei *pleadings* iniziali, ossia per scoprire fatti relativi a domande o difese in precedenza non formulate dalle parti. In questa prospettiva, Sir Jack Jacob collegava il divieto di *fishing expeditions* tipico della English civil justice proprio alla maggiore specificità dei *pleadings* inglesi rispetto a quelli americani, al contempo auspicandone la riforma in senso più liberale, la quale non è però mai avvenuta”.

⁵⁵⁸ GRADI, MARCO. *L’obbligo di verità delle parti*. Torino: G Giappichelli Editore, 2018, p. 241 : “Si tratta però solo una variazione stilistica, che enfatizza un concetto già chiaramente introdotto nel sistema con il nuovo codice del 1998. L’idea inglese della *proportionate justice* è peraltro assai originale perché comprende tanto una valutazione di “proporzionalità individuale”, quanto una valutazione di ‘proporzionalità collettiva’, sotto questo profilo ispirandosi chiaramente al principio di utilità di Jeremy Bentham” p. 241

⁵⁵⁹ Rule: 31.6 Standard disclosure requires a party to disclose only–

(a) the documents on which he relies; and

(b) the documents which –

(i) adversely affect his own case;

(ii) adversely affect another party’s case; or

(iii) support another party’s case; and

(c) the documents which he is required to disclose by a relevant practice direction.

⁵⁶⁰ EPSTEIN P., *Disclosure: pulling your head out of the sand*, cit., p. 77: Instead, the standard disclosure test is to be found in r.31.6. Under this rule, standard disclosure requires a party to disclose only documents on which he relies and documents which adversely affect his or another party’s case or support another party’s case. This is spelled out by Jacob L.J., in his dissenting judgment in *Nichi Corporation v. Argos Limited* [2007] EWCA Civ 741, CA. At [45] he said “*Prior to the CPR the test*

L'introduzione della *standard disclosure* dell'aprile 1999 intendeva ridurre l'ampiezza dei documenti oggetto della disclosure e che formavano nelle parole di Zuckerman un "*documentary tsunami*"⁵⁶². È vero però che nella pratica questo non sembra essere successo⁵⁶³. Secondo Epstein, con la Jackson reforms, riduce la standard disclosure automatica in multi-track cases e determina che il giudice deve decidere e indentificare il tipo di disclosure da autorizzare : "*dispensing with disclosure, or*

under the rules was that any document "relating to any matter in question" was discoverable. The courts took a very wide view of what was covered by this. The test was laid down a long time ago when no-one had the quantities of paper they have now". He then quoted from Peruvian Guano. He commented at [46]: "It is manifest that this is a much wider test than that for "standard disclosure". I have a feeling that the legal profession has been slow to appreciate this. What is now required is that, following only a "reasonable search" (CPR 31.7(1)), the disclosing party should, before making disclosure, see and consider each document to see whether it adversely affects his own or another party's case or supports another party's case. It is wrong just to disclose a mass of background documents which do not really take the case one way or another. And there is a real vice in doing so: it compels the mass reading by the lawyers on the other side, and is followed usually by the importation of the documents into the whole case thereafter – hence trial bundles most of which are never looked at." In Shah v HSBC Private Bank (UK) Limited [2011] EWCA Civ 1154, Lewison LJ said at [25], regarding Rule 31.6, "It is noticeable that the word "relevant" does not appear in the rules. Moreover the obligation to make standard disclosure is confined "only" to the listed categories of document. While it may be convenient to use "relevant" as a shorthand for documents that must be disclosed, in cases of dispute it is important to stick with the carefully chosen wording of the rules."

⁵⁶¹ Procedure for standard disclosure

31.10

(1) The procedure for standard disclosure is as follows.

(2) Each party must make and serve on every other party, a list of documents in the relevant practice form.

(3) The list must identify the documents in a convenient order and manner and as concisely as possible.

(4) The list must indicate –

(a) those documents in respect of which the party claims a right or duty to withhold inspection; and

(b)

(i) those documents which are no longer in the party's control; and

(ii) what has happened to those documents.

(Rule 31.19 (3) and (4) require a statement in the list of documents relating to any documents inspection of which a person claims he has a right or duty to withhold)

(5) The list must include a disclosure statement.

(6) A disclosure statement is a statement made by the party disclosing the documents –

(a) setting out the extent of the search that has been made to locate documents which he is required to disclose;

(b) certifying that he understands the duty to disclose documents; and

(c) certifying that to the best of his knowledge he has carried out that duty.

(7) Where the party making the disclosure statement is a company, firm, association or other organisation, the statement must also–

(a) identify the person making the statement; and

(b) explain why he is considered an appropriate person to make the statement.

(8) The parties may agree in writing –

(a) to disclose documents without making a list; and

(b) to disclose documents without the disclosing party making a disclosure statement.

(9) A disclosure statement may be made by a person who is not a party where this is permitted by a relevant practice direction.

⁵⁶² GRADI M., L'obbligo di verità delle parti. Torino: G Giappichelli Editore, 2018, p. 238.

⁵⁶³ EPSTEIN P., *Disclosure: pulling your head out of the sand*. London: Cloisters, 2015.

*disclosure issue by issue, disclosure of documents on which the disclosing party relies plus its request for specific disclosure, Peruvian Guano, standard disclosure, or any other order*⁵⁶⁴.

La standard disclosure perde, poi, importanza con la riforma del 2013. Il giudice si trova ad acquisire diverse possibilità che, come affermato sopra, sono: la dispensa dall'obbligo di disclosure, la limitazione ai documenti di cui la parte intende avvalersi, la concessione di disclosure riguardo a singole questioni, la standard disclosure, o una possibilità più ampia nei termini della Peruvian Guano⁵⁶⁵.

Bisogna sottolineare però, un altro aspetto della disclosure inglese, il *duty to search*. Questo dovere è previsto nella rule 31.7⁵⁶⁶ e implica che la parte svolga una ragionevole ricerca dei documenti che interessano alla propria domanda come specificati nella rule 31.6. La ragionevolezza della ricerca sarà poi valutata dal giudice, secondo il numero dei documenti coinvolti, secondo la natura e la complessità del procedimento, secondo la facilità ed il costo della ricerca ed infine, secondo il significato di ogni documento. Inoltre, la lista di questi documenti deve essere resa nota alla controparte, come anche altri documenti che dovessero essere conosciuti in un momento successivo.

⁵⁶⁴ Idem: So, as part of the Jackson LJ reforms, a new CPR r.31.5 rule on disclosure came into effect on 1 April 2013. This rule does away with the default approach of standard disclosure in multi-track cases, and instead requires the court to identify specifically what order to make: whether an order dispensing with disclosure, or disclosure issue by issue, disclosure of documents on which the disclosing party relies plus its request for specific disclosure, Peruvian Guano, standard disclosure, or any other order.

⁵⁶⁵ GRADI M., *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 244: “Non si è trattato però di una soluzione definitiva, come dimostra il fatto che nel 2013 la procedura di documentary disclosure è stata ulteriormente ritoccata, enfatizzando maggiormente il ruolo del principio di proporzionalità. Se la riforma del 1998 aveva chiaramente dato preminenza alla standard disclosure, salvo gli aggiustamenti disposti dal giudice caso per caso, la riforma del 2013 ha invece voluto porre sullo stesso piano cinque diverse possibilità alternative, che formano il c.d. disclosure menu (Rule 31.5): il giudice può innanzitutto esonerare le parti dall'obbligo di disclosure, ma anche limitare la disclosure ai soli documenti ai quali le parti intendono riferirsi, dare ordini su singole questioni, disporre la standard disclosure, oppure imporre alle parti il compimento di una ricerca più ampia.

⁵⁶⁶ Duty of search

31.7

(1) When giving standard disclosure, a party is required to make a reasonable search for documents falling within rule 31.6(b) or (c).

(2) The factors relevant in deciding the reasonableness of a search include the following –

(a) the number of documents involved;

(b) the nature and complexity of the proceedings;

(c) the ease and expense of retrieval of any particular document; and

(d) the significance of any document which is likely to be located during the search.

(3) Where a party has not searched for a category or class of document on the grounds that to do so would be unreasonable, he must state this in his disclosure statement and identify the category or class of document.

(Rule 31.10 makes provision for a disclosure statement)

Questo panorama generale della discovery e della disclosure serve a dimostrare che nel sistema di common law, anche se discutibile la profondità del obiettivo di ricerca del vero, ci sono strumenti che permettono una ampia collaborazione tra le parti riguardo allo scambio di evidenze, molto simile a quello proposto da Rolf Sturmer quando compose il suo *Aufklärungspflicht*, per un dovere generale di informazione.

Il paragone tra il modello di collaborazione inglese, americano e il modello europeo dimostra che, il modello inglese rappresenta una via di mezzo che garantisce l'accesso alle informazioni in modo ragionevole, imponendo la collaborazione delle parti sotto il controllo del giudice, evitando anche l'abuso della discovery o il *documentary tsunami* (almeno prova ad evitarlo)⁵⁶⁷.

Tale prospettiva di analisi si presenta come una fra le più interessanti, perchè dimostra in modo esauriente che nei sistemi pienamente adversariali, vige un modello di collaborazione che determina alle parti un atteggiamento che va contro il proprio interesse e tale atteggiamento non sostiene l'argomento di violazione del principio accusatorio o del principio dispositivo. È naturale al sistema di common Law e specialmente al sistema inglese, che le parti debbono collaborare alla ricerca della verità anche attraverso la Discovery di documenti che possono essergli sfavorevoli.

Bisogna rilevare che il sistema inglese prevede anche la possibilità di domande scritte alla controparte (*further information*). Questo modello unifica le c.d. *requests for further and better particulars* e *gli interrogatories*. Il primo permetteva alle parti di chiedere chiarimenti e altre informazioni sui fatti della causa; il secondo permetteva che fossero fatte domande alla parte avversaria, la quale doveva rispondere sotto giuramento (*affidavit*)⁵⁶⁸.

La categoria delle *further information* è prevista nella rule 18⁵⁶⁹ del Civil Procedure Rules e consente che la parte possa presentare una richiesta di chiarimenti riguardo agli aspetti fattuali della domanda e delle eccezioni dell'avversario.

⁵⁶⁷ GRADI M., *L'obbligo di verità delle parti*. Torino: G Giappichelli Editore, 2018, p. 243: "In considerazione di tutte queste novità, si è affermato che il sistema di disclosure inglese ha limitato ragionevolmente le facoltà di accesso alle informazioni e alle prove mediante la collaborazione delle parti, così realizzando una sorta di compromesso che si colloca a metà strada fra il più ristretto diritto di accesso garantito nei sistemi processuali dell'Europa continentale e il più ampio range della discovery operante negli Stati Uniti".

⁵⁶⁸ Idem, p. 245.

⁵⁶⁹ Obtaining further information

18.1

(1) The court may at any time order a party to –

(a) clarify any matter which is in dispute in the proceedings; or
(b) give additional information in relation to any such matter,

L'idea alla base è quella dotare le parti di strumenti che le permettano di comprendere bene la posizione processuale della parte contraria: *“The court may at any time order a party to –(a) clarify any matter which is in dispute in the proceedings; or (b) give additional information in relation to any such matter, whether or not the matter is contained or referred to in a statement of case”*.

Questo istituto è abbastanza interessante perché assomiglia molto ad un dovere di clarification/chiarificazione/aufklärungspflicht.

Ottenere ulteriori informazioni permette al giudice ed alle parti di conoscere meglio i fatti riguardanti la domanda, nonché a risolvere determinate situazioni dubbiose all'inizio della domanda (fase pre-trial). Inoltre, esso corrisponde ad un dovere di collaborazione che i sistemi di civil law - specialmente il sistema brasiliano - non riconoscono, sia come dovere di collaborazione, sia come un dovere ascritto (discendente) dal dovere di verità.

Nelle parole di Gradi:

“... al fine di comprendere esattamente la posizione processuale di quest'ultimo; permette di domandare una esplicita ammissione della controparte su fatti determinati con lo scopo di semplificare i fatti da provare nel corso del trial: ma soprattutto autorizza – per quel che maggiormente interessa – a chiedere dettagli nonché a domandare informazioni sui fatti che il richiedente ha la necessità di provare per conseguire la vittoria nel processo (“information as to material facts which the applicant needs to prove in support of his case”)⁵⁷⁰.

Proseguendo nell'analisi si percepisce che questi sistemi di common law offrono strutture ed istituti che permettono di ridurre ampiamente il rischio della menzogna e della esitazione delle parti nel raccontare i fatti di un modo più completo. È vero che

whether or not the matter is contained or referred to in a statement of case.

(2) Paragraph (1) is subject to any rule of law to the contrary.

(3) Where the court makes an order under paragraph (1), the party against whom it is made must –

(a) file his response; and

(b) serve it on the other parties,

within the time specified by the court.

(Part 22 requires a response to be verified by a statement of truth)

(Part 53 (defamation) restricts requirements for providing further information about sources of information in defamation claims)

Restriction on the use of further information

18.2 The court may direct that information provided by a party to another party (whether given voluntarily or following an order made under rule 18.1) must not be used for any purpose except for that of the proceedings in which it is given.

⁵⁷⁰ GRADI M., *L'obbligo di verità delle parti*. Torino: G Giappichelli Editore, 2018, p. 246

non escludono la possibilità di menzogna, però presentano significativi passi avanti rispetto ai sistemi di *civil law*, relativamente alla collaborazione e condivisione di informazioni. La possibilità che ci si trovi dinanzi alla truffa, alla menzogna, alla reticenza, alla omissione è senza dubbio presente in entrambi le tradizioni di diritto, bisogna però ammettere che i sistemi di common law sono meno tollerante agli atteggiamenti non collaborativi.

Di tutto questo si distacca la presenza nel ordinamento inglese del Statement of Truth, ovvero, la dichiarazione di verità prevista nella Rule 22.1⁵⁷¹ delle Civil Procedure Rules, e realizzata nel 1998 a seguito di modifica all'ordinamento presente.

⁵⁷¹ Documents to be verified by a statement of truth

22.1

(1) The following documents must be verified by a statement of truth –

- (a) a statement of case;
- (b) a response complying with an order under rule 18.1 to provide further information;
- (c) a witness statement;
- (d) an acknowledgement of service in a claim begun by way of the Part 8 procedure;
- (e) a certificate stating the reasons for bringing a possession claim or a landlord and tenant claim in the High Court in accordance with rules 55.3(2) and 56.2(2);
- (f) a certificate of service; and
- (g) any other document where a rule or practice direction requires.

(2) Where a statement of case is amended, the amendments must be verified by a statement of truth unless the court orders otherwise.

(Part 17 provides for amendments to statements of case)

(3) If an applicant wishes to rely on matters set out in his application notice as evidence, the application notice must be verified by a statement of truth.

(4) Subject to paragraph (5), a statement of truth is a statement that –

- (a) the party putting forward the document;
- (b) in the case of a witness statement, the maker of the witness statement; or
- (c) in the case of a certificate of service, the person who signs the certificate, believes the facts stated in the document are true.

(5) If a party is conducting proceedings with a litigation friend, the statement of truth in –

- (a) a statement of case;
- (b) a response; or
- (c) an application notice,

is a statement that the litigation friend believes the facts stated in the document being verified are true.

(6) The statement of truth must be signed by –

- (a) in the case of a statement of case, a response or an application –
 - (i) the party or litigation friend; or
 - (ii) the legal representative on behalf of the party or litigation friend; and
- (b) in the case of a witness statement, the maker of the statement.

(7) A statement of truth which is not contained in the document which it verifies, must clearly identify that document.

(8) A statement of truth in a statement of case may be made by –

- (a) a person who is not a party; or
- (b) by two parties jointly,

where this is permitted by a relevant practice direction.

Failure to verify a statement of case

22.2

(1) If a party fails to verify his statement of case by a statement of truth –

- (a) the statement of case shall remain effective unless struck out; but
 - (b) the party may not rely on the statement of case as evidence of any of the matters set out in it.
- (2) The court may strike out^(GL) a statement of case which is not verified by a statement of truth.

La rule 22.1 impone l'obbligo/dovere di asseverare, con una dichiarazione di verità, il contenuto degli scritti difensivi riguardo all'esistenza dei fatti narrati. Ciò significa che, al contrario di quanto sostenuto dalla dottrina, il sistema inglese rivela un importante e centrale interesse nei confronti della verità, nella giustizia sostanziale, nella proporzionalità tra costi, risorse e complessità delle domande.

Lo “*statement of truth*” rivela una importante dimostrazione dell'apprezzamento del sistema inglese riguardo ad un modello di dovere di verità. Parimenti, il sistema inglese rivela ugualmente la presenza di un divieto di menzogna.

“I believe that the facts stated [...] are true”, questo è il modello della verifica. In questo modo, si chiede dunque alla parte di impegnarsi espressamente sulla verità delle proprie allegazioni in fatto, sottoscrivendo ogni atto processuale presentato

La mancanza dello *statement of truth* determina che la Corte, d'ufficio o su richiesta delle parti, debba stralciare dal fascicolo della causa, l'atto di parte carente di tale dichiarazione.

Secondo Gradi, il meccanismo dello *statement of truth* appare al servizio dell'obiettivo di garantire la correttezza del comportamento di ciascuna delle parti, non tanto nella prospettiva dell'interesse pubblico, quanto piuttosto per proteggere l'avversario da azioni o difese frivole⁵⁷². Con questa finalità sono previste le sanzioni che hanno l'obiettivo di stimolare la correttezza dell'atteggiamento delle parti del processo, evitando le menzogne e le omissioni ingannevoli. In questa direzione, il sistema inglese sanziona la falsa dichiarazione con il *contempt of court*, che può risultare tanto nella comminazione di una multa, quanto nella condanna alla reclusione per oltraggio alla corte⁵⁷³.

(3) Any party may apply for an order under paragraph (2).

Failure to verify a witness statement

22.3 If the maker of a witness statement fails to verify the witness statement by a statement of truth the court may direct that it shall not be admissible as evidence.

Power of the court to require a document to be verified

22.4

(1) The court may order a person who has failed to verify a document in accordance with rule 22.1 to verify the document.

(2) Any party may apply for an order under paragraph (1).

⁵⁷² GRADI M., L'obbligo di verità delle parti. Torino: G Giappichelli Editore, 2018, p. 252.

⁵⁷³ CPR Rule 31.23: (1) Proceedings for contempt of court may be brought against a person if he makes, or causes to be made, a false disclosure statement, without an honest belief in its truth. (Section 6 of Part 81 contains provisions in relation to committal for making a false disclosure statement.)

Lo statement of truth è una esigenza applicabile anche alle risposte alle richieste di informazione, le quali debbono essere verificate con uno *statement of truth*.

Un *disclosure statement* deve essere fatto dalla parte disconoscendo i documenti. Questo *statement*, difatti, fissa la estensione della ricerca che è stata compiuta e richiesta, nonché certifica che la parte ha compreso il dovere di *disclosure* e che lo ha assolto seriamente.

La Rule 31.10 (5)⁵⁷⁴ del CPR prevede espressamente il *disclosure statement* segnalando che la parti devono certificare che “*understands the duty to disclose documents*” e che “*to the best of his knowledge he has carried out that duty*”. Previsioni simili sono stabilite anche nella Rule Practice Direction (PD) 31A.4.1 to 4.7⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ CPR: (5) The list must include a disclosure statement.

(6) A disclosure statement is a statement made by the party disclosing the documents –

(a) setting out the extent of the search that has been made to locate documents which he is required to disclose;

(b) certifying that he understands the duty to disclose documents; and

(c) certifying that to the best of his knowledge he has carried out that duty.

(7) Where the party making the disclosure statement is a company, firm, association or other organisation, the statement must also–

(a) identify the person making the statement; and

(b) explain why he is considered an appropriate person to make the statement.

(8) The parties may agree in writing –

(a) to disclose documents without making a list; and

(b) to disclose documents without the disclosing party making a disclosure statement.

(9) A disclosure statement may be made by a person who is not a party where this is permitted by a relevant practice direction.

⁵⁷⁵ Practice Direction (PD) 31A.4.1 to 4.7

Disclosure statement

4.1 A list of documents must (unless rule 31.10(8)(b) applies) contain a disclosure statement complying with rule 31.10. The form of disclosure statement is set out in the Annex to this practice direction.

4.2 The disclosure statement should:

(1) expressly state that the disclosing party believes the extent of the search to have been reasonable in all the circumstances, and

(2) in setting out the extent of the search (see rule 31.10(6)) draw attention to any particular limitations on the extent of the search which were adopted for proportionality reasons and give the reasons why the limitations were adopted, e.g. the difficulty or expense that a search not subject to those limitations would have entailed or the marginal relevance of categories of documents omitted from the search.

4.3 Where rule 31.10(7) applies, the details given in the disclosure statement about the person making the statement must include his name and address and the office or position he holds in the disclosing party or the basis upon which he makes the statement on behalf of the party.

4.4 If the disclosing party has a legal representative acting for him, the legal representative must endeavour to ensure that the person making the disclosure statement (whether the disclosing party or, in a case to which rule 31.10(7) applies, some other person) understands the duty of disclosure under Part 31.

4.5 If the disclosing party wishes to claim that he has a right or duty to withhold a document, or part of a document, in his list of documents from inspection (see rule 31.19(3)), he must state in writing:

(1) that he has such a right or duty, and

(2) the grounds on which he claims that right or duty.

4.6 The statement referred to in paragraph 4.5 above should normally be included in the disclosure statement and must indicate the document, or part of a document, to which the claim relates.

4.7 An insurer or the Motor Insurers’ Bureau may sign a disclosure statement on behalf of a party where the insurer or the Motor Insurers’ Bureau has a financial interest in the result of proceedings brought

Tuttavia, bisogna rilevare che la Rule 31.10(8)(b)⁵⁷⁶ permette alle parti anche la *disclosure of documents* senza la *disclosure statement*; questa situazione, però, come avverte Epstein, non è comune⁵⁷⁷. Queste impostazioni della procedura citate dimostrano che il sistema inglese rivela un'intensa preoccupazione rispetto alla correttezza dell'atteggiamento delle parti, al fine di evitare la menzogna processuale, nonché l'attenzione al ruolo che la verità occupa nel produrre una decisione giusta⁵⁷⁸.

D'altro lato, nel sistema inglese la parte può prestare una deposizione testimoniale dinnanzi al giudice, cioè, figurare come testimone, con le conseguenze giuridiche di questa posizione. Tale impostazione appare molto diversa dalla impostazione comune ai sistemi di *civil law*, dove la parte non presta giuramento, non esibendosi come testimone. Nel *common law*, poi, la parte si assoggetta all'influsso legale derivante sulla posizione di testimone, sottomettendosi al giuramento di dire la verità ed alla *cross-examination*, nonché alle conseguenze della violazione del dovere di verità, il cosiddetto spergiuro (*perjury*).

L'esposizione che abbiamo fino ad ora effettuato, ci conduce ad una visione del *common law*, abbastanza diversa da quella tante volte sostenuta nella letteratura⁵⁷⁹ comune, secondo la quale i sistemi di *common law* non concedevano alla verità un posto rilevante⁵⁸⁰. Questa affermazione è valida, infatti, riguardo al sistema processuale inglese, soltanto nel periodo che antecede le Woolf Riforms, ma cade completamente, specialmente riguardo alla procedura inglese posteriore alle riforme di 1998, nella quale si può trovare, infatti, non soltanto la previsione di un modello di dovere di verità, ma anche la possibilità di sanzioni rispetto alla verifica di un suo inadempimento.

wholly or partially by or against that party. Rule 31.10(7) and paragraph 4.3 above shall apply to the insurer or the Motor Insurers' Bureau making such a statement.

⁵⁷⁶ CPR, 31.10(8) (b): 8) The parties may agree in writing –

(a) to disclose documents without making a list; and

(b) to disclose documents without the disclosing party making a disclosure statement.

⁵⁷⁷ EPSTEIN P., *Disclosure: pulling your head out of the sand*. London: Cloisters, 2015.

⁵⁷⁸ Riguardo alla possibilità di revisione della decisione basata su elementi di prova falsi o mendace, vale riprodurre quello che spiega Gradi in *Obbligo di Verità delle Parti*, p. 253: “Nonostante tutti questi accorgimenti preventivi, anche nel sistema inglese può ovviamente accadere che le faltità delle parti conducano ad una decisione ingiusta: tuttavia, la tutela contro la menzogna processuale si completa con la previsione di un rimedio straordinario, ossia con la possibilità di riapertura del processo, nel caso di condotta fraudolenta ed intenzionale di una delle parti che abbia portato ad ingannare la corte, anche se – per evitare abusi – ciò è garantito soltanto quando la frode sia ammessa da chi l'abbia compiuta, oppure quando la prova della stessa sia incontrovertibile o ritenuta sufficiente dalla court of appeal.

⁵⁷⁹ JOLOWICZ J. A., *Adversarial and inquisitorial models*, cit., p. 4.

⁵⁸⁰ *Ibidem*: “On the first point it is a major defect of the adversary system that the judge has no duty to try to ascertain the truth”.

E' quindi importante, rilevare che l'importanza della verità è più enfatizzata nella fase preparatoria o nel *pre-trial*, fase che permette al giudice di controllare strategicamente diversi elementi della domanda come: lo scambio probatorio (disclosure), costi, scelta del esperto, calendario processuale, possibilità di accordo. Il dovere morale di correttezza aggiunge qualità alle attività svolte in questa fase e aumenta il grado di efficienza delle decisione giudiziale, di gestione processuale e permette alle parti di conoscere con più certezza lo scenario reale della domanda. Questa realtà evidentemente implica la possibilità di una migliore strategia anche da parte loro. Come visto finora, nei sistemi di common law le parti hanno il dovere di dire la verità, considerato anche il sistema di sanzioni previsto dagli stessi. Affianco al sistema di sanzioni, gli istituti della discovery e disclosure, implicano poi un dovere di collaborazione nella presentazione della prova che supera molto i doveri che le parti hanno nei sistemi di civil law. Infatti, in questi ultimi sistemi è ampio il dibattito riguardo l'ambito di estensione della collaborazione, come abbiamo visto nel primo capitolo. Bisogna segnalare, a tal riguardo, che in Brasile la collaborazione tra le parti non raggiunge consenso, essendo abbastanza influente l'opinione secondo la quale la collaborazione è esclusivamente quella del giudice con le parti⁵⁸¹ e non tra le parti⁵⁸².

Secondo il nostro avviso, la normatività dei doveri di collaborazione non esclude però l'interazione tra le parti, la reciproca collaborazione. Le posizioni antagonistiche delle parti, tipiche del sistema accusatorio, non sono infatti incompatibili con l'esistenza di doveri reciproci, così come dimostrato nei sistemi anglosassoni. Qui bisogna armonizzare i principi della libertà delle parti e della responsabilità delle parti, i quali non sono principi isolati o assoluti.

Infatti, similamente all'esistenza di limiti all'autonomia privata, così anche il principio accusatorio, nell'interesse della parte contraria, non è illimitato. I limiti al principio accusatorio derivano dal dovere di verità, dagli altri doveri di collaborazione, dagli strumenti che servono alla concentrazione procedurale, e che configurano la sua faccia moderna⁵⁸³. Il ruolo del dovere di verità e completezza nella procedura civile di

⁵⁸¹ Vedi il primo capitolo di questa tesi: YARSELL, 2014, p. 111, *A colaboração como norma fundamental no processo civil*, in Revista do Advogado. São Paulo, v. 35, n. 126, , maggio 2015, p. 47-52.

⁵⁸² MITIDIERO D., *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

⁵⁸³ *“Parteilichkeit und Parteiverantwortung werden von der ZPO indessen weder als absolute noch als isolierte Prinzipien verstanden. Wie die Privatautonomie Einschränkungen unterliegt, so kann auch die Verhandlungsmaxime im Interesse des Prozeßgegners und einer geordneten Rechtspflege nicht unbegrenzt sein. Grenzen werden ihr durch die Wahrheitspflicht sowie durch die der erfahrungskonzentration*

civil law è quindi quello di strutturare le condizioni per giungere ad un giusto processo, che permetta una valutazione strategica più accurata e precisa, sia dalla parte dei giudici, che da quella dei litiganti. Il dovere di chiarificazione, in questa parte, occupa un ruolo importante perché permette al giudice di controllare l'efficienza del processo. Ecco che, in quest'ordine di idee, l'informazione è, di conseguenza, l'elemento centrale della gestione processuale nella fase preparatoria. In questo modo, è importante e fondamentale dotare il giudice di poteri di gestione processuale che stimolano le parti a condividere l'informazione o la prova il più presto possibile e non tardivamente, quando, oramai, i danni alla tempistica del processo sono stati già prodotti.

La correttezza dell'atteggiamento delle parti nella fase preparatoria è un elemento che ha un alto grado di influenza sul percorso procedurale ed ha, perciò, un valore rilevante della procedura civile. In questo scenario, le categorie sanzionatorie occupano un importante ruolo contro l'inadempimento delle parti rispetto al dovere di verità e completezza, nello stesso modo in cui le sanzioni sono fondamentali nel caso di non-rispetto degli obblighi di disclosure. Nel caso del sistema inglese, questo è previsto dalla Rule 3.4, che stabilisce il potere del giudice di cancellare dal fascicolo (*striking out*) un atto di parte, nel caso in cui vi sia stato un inadempimento rispetto dell'ordine giudiziale (*failure to comply with a disclosure order*)⁵⁸⁴.

Altro istituto rilevante consiste nel 'debarment from defending' destinato a tutelare la parte che ne chiede la collaborazione, cioè a dire, nelle parole di Gradi:

“ciò induce a sanzionare con il debarment from defending soltanto quelle condotte processuali idonee ad alterare la giustizia stessa del processo, ossia esclusivamente i casi nei quali la parte obbligata si rifiuti di fornire informazioni risolutive per la decisione della causa che l'avversario non sia in grado di reperire altrove. È questa l'interpretazione che dell'istituto viene offerta dalla giurisprudenza inglese: si è infatti affermato che lo striking of pleading non possa e non debba essere pronunciato quando nonostante la non compliance della parte, il principio del fair trial non sia stato intaccato in maniera significativa.

dienende Intrumentarium gezogen, die wichtigste Modifikation erfährt sie durch die richterliche Frage- und Hinweispflicht gem. § 139 ZPO”. Ibidem.

⁵⁸⁴ GRADI M., *L'obbligo di verità delle parti*, Torino: G Giappichelli Editore, 2018, p. 247: Tale provvedimento comporta, così come il suo omologo nordamericano, conseguenze tali da dissuadere maggiormente le parti dal disubbidire: infastiti, se inadempiente è l'attore, la sua domanda viene cancellata da ruolo senza esame (*strike out a statement of case*); se invece il mancato rispetto dell'ordine è posto in essere dal convenuto, quest'ultimo è privato del diritto di difendersi nel merito (*debarment from defending*), con la conseguenza che l'attore è legittimato ad ottenere una decisione in proprio favore senza l'esame della domanda (*decision without trial after striking out the defence*).

La dottrina menziona anche le *contempt sanctions*, che consistono in sanzioni per la non collaborazione attraverso una multa pecuniaria (civil contempt). È una sanzione con l'obiettivo di garantire il rispetto dell'obbligo di disclosure, tutelando la parte che ha bisogno della collaborazione della parte avversaria; in questa situazione, il giudice può adottare come sanzione la reclusione fino due anni. Va però precisato che le *contempt sanctions* sono di rara applicazione nel caso di violazione dell'obbligo processuale di disclosure nella fase *pre-trial*, in relazione alla quale risulta proporzionata la soluzione della *striking out*, associata ad una condanna di pagamento delle spese.⁵⁸⁵

A questo punto, per meglio definire il concetto di rapporto tra collaborazione, specialmente per mezzo del dovere di chiarificazione collegati con il dovere di verità o veridicità, cerchiamo di aprire uno spazio di discussione, considerando anche gli ulteriori sviluppi della collaborazione in Brasile, tenendo sempre come fonte della nostra analisi il dovere di verità e completezza.

Il dovere di verità e completezza si presenta, come abbiamo visto al capitolo II, in modo assai variegato negli ordinamenti di civil law, mentre in Germania e Austria assume una tutela più completa e estrema. Per altro verso, il Brasile presenta, ad oggi, solo una timida apparenza, senza rilevanti effetti pratici nella dottrina e nella giurisprudenza⁵⁸⁶.

Il sacrificio della libertà è, quindi, associato ad un "*crescente riconoscimento del diritto all'informazione e del diritto alla prova della parte avversaria*". L'autore categorizza cinque modelli: (a) "agnostico": non prevede un dovere di verità, permette all'interprete di costruirlo o meno - ad esempio, il sistema della Spagna, dove una parte della dottrina ricava, dal principio de la *buena fe procesal*, un dovere di verità e in cui il dovere di collaborazione delle parti è negato maggioritariamente dalla dottrina⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ Idem, p. 250.

⁵⁸⁶ Questa frammentazione sopra riportata, è categorizzata da Marco Gradi che definisce almeno cinque categorie che descrivono la regolazione consentita al dovere di verità e completezza; Di seguito il pensiero a riguardo del Gradi: "...gli ordinamenti possono essere classificati in cinque categorie, che- a titolo convenzionale - possono essere descritti come 'modello agnostico', "modello spurio", "modello cooperativo", "modello informativo" e "modello esplorativo", secondo una scala semantica che va dal minimo al massimo sacrificio imposto in modo esplicito dal legislatore alla libertà di ciascuno dei litiganti, al cui aumento è associato, correlativamente, un crescente riconoscimento del diritto all'informazione e del diritto alla prova della parte avversaria" Idem, p. 260.

⁵⁸⁷ Idem.

L'autore distingue poi, i sistemi americano e inglese, rispettivamente tra modello (b) "esplorativo" e (c) "informativo". Il secondo è caratterizzato dalla limitazione dei temi di disclosure rispetto all'oggetto della domanda. Il modello esplorativo è da considerarsi più invasivo e ampio in quanto caratterizzato dalla logica della ricerca e della scoperta⁵⁸⁸.

Il quarto modello definito come (d) "spurio", ed al quale appartengono la Germania e l'Austria, prevede un dovere di verità e completezza vincolato. Pertanto, ad esso è associato un contenuto negativo (Wahrheitspflicht), con un divieto di menzogna e un divieto di omissione (Vollständigkeitspflicht), mentre si associa il dovere di chiarificazione (Aufklärungspflicht), come obbligo o dovere positivo.

Come abbiamo già esaminato nel secondo capitolo, il sistema germanico resiste all'esistenza di un dovere generale di chiarificazione riguardo alle parti⁵⁸⁹ specialmente considerando il principio *nemo tenetur de detegere o non edere contra se*, intesi nel senso di fornire all'avversario informazioni e prove necessarie alla risoluzione della domanda⁵⁹⁰.

Il quinto modello è il (e) modello cooperativo, il quale presenta i seguenti aspetti: da un lato, gli obblighi di collaborazione delle parti sono intesi come doveri di comportamento nell'ambito dell'istruzione probatoria che si compie dinnanzi al giudice e non invece, come obblighi di informazione fra le parti nella fase pre-trial; dall'altro, l'estensione degli stessi è ben più limitata rispetto ai sistemi anglosassoni, rispetto ai quali vi è anche un approccio sanzionatorio indubbiamente più tenue ed indulgente".⁵⁹¹

⁵⁸⁸ Idem.

⁵⁸⁹ KATZENMEIER C., ult. op. cit., 2002, il quale afferma: "2. 1. Nemo tenetur edere contra se/nemo tenetur se detegere; niemand muss gegen sein eigenes Fleisch wüten. O BGH rechaçou essas aspirações até agora. Decisão mais frequentemente citada sobre a teoria de Rolf Sturmer: Nessa decisão o tribunal parte da vigência do dever de verdade e do princípio do estado de direito, para afirmar que eles não autorizam subverter o Verhandlungsmaxime (princípio acusatório/beibringungsgrundsatz), eles dizem precisamente que nem a tarefa de descoberta da verdade nem o princípio do estado de Direito impedem o legislador de submeter o processo civil ao princípio acusatório e de deixar às partes as afirmações fatuais necessárias e a indicação dos meios de prova. Sobre isso reside a regra das alegações e ônus probatório no processo civil".

⁵⁹⁰ GRADI M., L'obbligo di verità delle parti. Torino: G Giappichelli Editore, 2018, p. 260.

⁵⁹¹ Vedi Ivi, p. 262: "Si consideri inoltre che l'antica tradizione ideologica improntata al diritto delle parti di non edere contra se è stata ormai seriamente intaccata in alcuni paesi di civil law, fra i quali spiccano i casi della Francia, della Svizzera e dei paesi di lingua portoghese, per i quali si può parlare di modello "cooperativo" di chiarificazione processuale, che presenta due tratti salienti: da un lato, gli obblighi di collaborazione delle parti sono intesi come doveri di comportamento nell'ambito dell'istruzione probatoria che si compie dinnanzi al giudice, non invece come obblighi di informazione fra le parti nella fase pre-trial; dall'altro lato, l'estensione degli stessi è ben più limitata rispetto ai sistemi anglosassoni, rispetto ai quali vi è anche un approccio sanzionatorio indubbiamente più tenue ed indulgente.

Il sistema di *common law* si presenta in questo quadro in modo abbastanza autentico, ciò perché, allo stesso modo in cui prevede un'impostazione spinta, audace del dovere di verità e del dovere di collaborazione tra le parti, i sistemi inglese e americano hanno evitato la partecipazione del giudice nella ricerca della verità, almeno fino alle già ricordate Woolf reforms⁵⁹².

Traccia inconfondibile e pregnante del sistema anglosassone è, pertanto, l'importanza della collaborazione tra le parti. Diversamente di quella tra il giudice e le parti, la collaborazione tra le parti ha tutta un'altra tradizione storica e culturale, legata alla formazione delle società anglosassone che si fonda sull'egalitarismo, rigettando le relazioni verticali tipiche degli altri sistemi, come quella esistente tra il giudice e le parti, che rivelerebbero invece, un aspetto quasi paternalistico e feudale, nel senso che una determinata figura assume in questo modo, il dovere di guidare la ricerca della verità.

Il modello di accesso all'informazione del *common law* aveva già influenzato Franz Klein quando strutturò il suo dovere di verità, che alla fine ha infatti influenzato il paragrafo 138 del codice di procedura tedesco. Ciò significa che il rapporto tra dovere di verità e completezza, dovere di chiarificazione e tra le strutture di disclosure e discovery sono ombelicali. Questo potrebbe suggerire che fare una interpretazione della potenza del dovere di verità in favore della efficienza non sia una novità, ma un ritorno alle sue origine, specialmente se confrontato con le riforme attuali del sistema inglese.

Non si può parlare, quindi, di dovere di verità e completezza e dovere di chiarificazione senza riferirsi agli istituti che li hanno ispirati (*discovery*), bisogna però tenere a mente che nei sistemi di *common law*, alla nascita di questa impostazione, si evidenziava una chiara passività del giudice e la collaborazione/cooperazione era esclusivamente una attività tipica delle parti tra di loro. A differenza dei sistemi di *common law*, Klein ha concettualizzato una diversa teoria, nel senso di rafforzare i poteri del giudice e di consentire al giudice di esercitare la cooperazione o collaborazione⁵⁹³.

⁵⁹² Questa tradizione adversarial è stata esaminata nel primo capitolo e si basa sulla convinzione che la verità è un prodotto dello scontro tra le parti, come maggiormente rappresentato nel *common law* americano. Ivi, p. 266: "la forte avversione nei confronti dell'autorità statale, soprattutto negli Stati Uniti, spinge costruire un modello di processo basato sul c.d. "individualismo competitivo", rimettendo alle parti il compito di introdurre in giudizio il materiale probatorio (party control in fact-gathering). P. 266

⁵⁹³ GRADI M., *L'obbligo di verità delle parti*. Torino: G Giappichelli Editore, 2018, p. 268: "L'idea kleiniana dell'intervento statale nel processo civile è fondata in modo originale sull'interesse della tutela della collettività, non sull'affermazione dell'apparato e del potere dell'istituzione statale, ma tanto l'una

Come già evidenziato in precedenza, relativamente al sistema della procedura civile in Brasile, la dottrina riconosce in tale sistema l'esistenza del dovere di collaborazione e, tale dovere è citato diverse volte nel testo del nuovo codice di procedura civile⁵⁹⁴. Ma è da ricordare, che anche il CPC del 1973 racchiudeva in se alcune previsioni legali che permettevano di estrarre un dovere di collaborazione⁵⁹⁵. Questo fenomeno non è esclusivo del sistema Brasiliano; si possono registrare anche altri paesi che hanno dimostrato una ricettività al influsso della collaborazione⁵⁹⁶.

Il nuovo Codice di procedura civile brasiliano ha incorporato in se tutte le osservazioni della dottrina riguardo alla collaborazione, ponendolo come principio basilare di un nuovo modello di procedura civile. La dottrina brasiliana⁵⁹⁷, in proposito, quando parla della collaborazione le conferisce spesso una doppia declinazione: come principio e come modello processuale.

Come è stato osservato in precedenza, una parte influente della dottrina brasiliana però non considera possibile la collaborazione tra le parti. Questa posizione non è, invece, da noi condivisa. Infatti, a nostro parere il diritto processuale del futuro non potrà fare a meno della collaborazione tra le parti, ed allo stesso tempo l'assorbimento anche del "divieto di presentare false allegazioni a carico delle parti e degli avvocati, quanto un obbligo di ciascuno dei litiganti a collaborare nell'istruzione

quanto l'altra ideologia finiscono per dare una giustificazione teorica ai poteri del giudice, di conseguenza, l'obbligo di verità delle parti è stato coerentemente concepito come un obbligo verso il magistrato che incarna l'interesse della collettività oppure quello dello stato come istituzione...

⁵⁹⁴ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 261 - § 3º A parte a quem interessar o cumprimento da diligência cooperará para que o prazo a que se refere o caput seja cumprido.

Art. 357 - § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária;

⁵⁹⁵ Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

⁵⁹⁶ Vedi GRADI M., cit., p. 271: "Si è inoltre già rilevato come nei paesi di civil law si stiano diffondendo limitati obblighi di collaborazione a carico delle parti. Emblematici di questa propensione sono i casi della Francia, del Portogallo e del Brasile, che con alcune significative riforme processuali – a partire dagli anni Settanta del secolo scorso – hanno gradualmente introdotto nei propri sistemi processuali un principio di collaborazione, così rinnegettando chiaramente il diritto a non edere contra se. (p. 271) e "Ad ogni modo, l'idea della cooperazione delle parti nel processo è ormai entrata nel bagaglio concettuale dei processualisti di civil law, come dimostra anche la più recente riforma svizzera, con la quale è stato introdotto un ragionevole obbligo di cooperazione a carico dei litiganti" p. 272.

⁵⁹⁷ MITIDIERO D., *Bases para a construção de um processo civil cooperativo*, O Direito Processual Civil no marco teórico do Formalismo-Valorativo. 2007, f. Tese (Pós-graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, 2007, p. 147.

probatoria, nei limiti in cui ciò sia necessario ad assicurare il diritto alla prova dell'avversario"⁵⁹⁸.

3. Il dovere di informazione o chiarificazione

Il dovere di informazione o chiarificazione va definito attraverso l'idea preliminare che non tutte le informazioni nel processo hanno per origine la severa divisione del lavoro tra le parti, vale a dire l'onere della prova. L'informazione, infatti, può avvenire anche dalla parte che di questo onere non è gravato.

Lo spostamento o inversione dell'onere della prova, in ragione del dovere di verità, è stato esaminato nel secondo capitolo di questo lavoro. Vale, tuttavia, la pena di riesaminarlo alla luce dell'importanza del tema, e metterlo in relazione al possibile contenuto di efficienza che tal dovere apporta al processo.

Stante la disamina ivi svolta, si ritiene che il dovere di completezza implica uno spostamento dell'onere della prova o di dover creare un dovere di informazione che cambi questo equilibrio, nella distribuzione dell'onere della prova. Come più volte richiamato in questo studio, la forza del principio di verità nella procedura civile risiede non tanto nel divieto di menzogna quanto nel divieto di omissione.

Senza questo aspetto, il divieto di menzogna o il dovere di verità si rivelerebbe insufficiente come strumento etico o di utilità pratica per il corretto svolgimento del processo. Se l'omissione potesse essere ammessa - come sostiene una parte sostanziale⁵⁹⁹ della dottrina brasiliana⁶⁰⁰ - allora dovremmo assumere che tale impostazione determinerebbe una opzione ideologica estremamente liberale e svincolata dai valori cari alla giustizia civile costituzionale, così come ad una scelta e ad una direzione non individualistica della procedura civile.

⁵⁹⁸ GRADI M., *ult. op. cit.*, p. 288.

⁵⁹⁹ Importa richiamare Araken de Assis, che sostiene una visione più ampia del dovere di verità, riconoscendo la necessità di completezza, allo stesso tempo riafferma il carattere discutibile di questa posizione: ASSIS, Araken. *Dever de Veracidade*, p. 23: "Em processo civil, o dever de veracidade exprime-se em duas diretrizes convergentes: a) o dever de a parte alegar somente fatos verdadeiros, abstendo-se de alegar os que saiba serem inverídicos; b) os dever de a parte alegar todos os fatos verdadeiros, abstendo-se de omitir os fatos relevantes que conheça e, eventualmente, favoreça no todo ou em parte o adversário. É um regime rigoroso, mas útil e ético. Em última análise, adota-se a fórmula do juramento clássico: dizer toda a verdade nada mais que a verdade. O velho adágio *nemo tenetur edere contra se* não tem sentido perante o art. 14 do CPC. Os fins sociais do processo civil elidiram essa visão individualista.

Não faltam objeções a essa extensão do dever de veracidade."

⁶⁰⁰ LEAL S.T., *Lealdade processual, dever de veracidade e estado social*, in *Revista Ética e Filosofia Política*, Juiz de Fora, n. 15, v. 2, dez. 2012, p. 98.

Una volta definito l'oggetto della domanda, infatti, non sarebbe automatico che l'informazione arrivi dalla parte che ha fatto l'allegazione (*beweisbelastete partei, burdened party*, parte con l'onere della prova)⁶⁰¹. Come già riferito prima, vale qui l'interpretazione che vede l'onere della prova come una regola residuale di giudizio (*residual rule of judgment*), la quale serve a limitare il rischio della assenza della prova (*Beweisrisiko*) tra le parti, sia quando non c'è certezza riguardo al *factum probandum*, sia quando l'informazione necessaria non è stata presentata alla Corte⁶⁰².

Tale interpretazione della regola dell'onere della prova si armonizza con il principio della acquisizione della prova ed implica che il giudice debba prendere in considerazione tutte le prove prodotte nel processo, anche se non vengono dalla parte che sarà eventualmente beneficiata, cioè, prova che arriva nel processo da due distinte fonti: le parti (*ne eat iudex ultra petita partium*) o il giudice (*ex officio*)⁶⁰³.

Gli oneri di allegazione della prova non escludono l'obbligo della parte non onerata di osservare comunque il dovere di verità; per meglio dire, di dover fare affermazioni vere e di portare in giudizio tutte le informazioni e le evidenze, derivanti dal dovere di completezza, anche quando queste sono a lui sfavorevoli⁶⁰⁴. Tale posizione non è condivisa dalla dottrina prevalente brasiliana che ritiene, invece, inesistente un simile dovere di collaborazione.

Grande parte della controversia risiede, pertanto, nella esigenza di un dovere di informazione delle parti riguardo ad un'informazione a sè sfavorevole. Innumerevoli ragioni contribuiscono, per contro, a sostenere la tesi secondo la quale esista un dovere delle parti di portare in giudizio tutte le informazioni rilevanti al processo.

In primo luogo, si badi che le parti non sono materialmente uguali, non condividono lo stesso grado di accesso alle informazioni; pertanto, il dovere di informazione è un modo che ha la procedura civile di garantire l'uguaglianza tra le parti, permettendo che il giudice possa garantire, già all'inizio della domanda, una ampia conoscenza del *thema probandum* e dello scenario probatorio.

⁶⁰¹ GRADI M., *The Right of Access to Information and Evidence and the Duty of Truthful Disclosure of Parties in Comparative Perspective.*, cit., p. 97.

⁶⁰² Ibidem.

⁶⁰³ Ivi, p. 98.

⁶⁰⁴ “Nevertheless, the rule potentially determines the strategic behaviour of litigants, even in contrast with the scope of the ascertainment of the truth. In fact, a party could untruthfully deny the existence of facts favourable to his opponent or untruthfully affirm the existence of facts unfavourable to his opponent, supporting these false statements with untrue and deceitful evidence. A party may also dishonestly ignore or hide information on facts and evidence favourable to his opponent. This may lead to an unfair decision, especially in case of information asymmetries between parties”. Ibidem.

Senza dubbio, il problema della durata delle domanda è relazionato intrinsecamente con un inizio adeguato, cioè con la corretta impostazione della lite. Questo significa, nella procedura brasiliana, che una difettosa valutazione del percorso probatorio potrebbe costare fino ad uno, due, tre anni o probabilmente anche di più di durata processuale per la risoluzione definitiva di una domanda.

D'altro lato, però, non è peregrino affermare che i giudici brasiliani, a causa dal numero elevato di domande, dedicano ad ogni processo una ridotta quantità di tempo rispetto a quella realmente necessaria. Determinati processi saranno effettivamente esaminati da un giudice un'unica volta, alla fine della domanda. Questo a causa della standardizzazione dell'impulso processuale, aspetto ricorrente in diversi settori della giustizia brasiliana.

Sul punto, Araken di Assis descrive adeguatamente tale fenomeno della giustizia brasiliana:

“Entre a teoria e a prática estabelece-se, todavia, inusitada distância. Em geral, o órgão judiciário abstém-se de conduzir mais firmemente o processo ou de envolver-se na pesquisa do material de fato. Limita-se a avaliar a prova documental, produzida com a inicial e a contestação, e a admissibilidade dos demais meios propostos.

Por conseguinte, o contundente arsenal do órgão judiciário permanece armazenado em lugar distante da liça judiciária. Na melhor das hipóteses, o juiz emprega o estoque de armas participativas com excessiva parcimônia. A experiência comum confirma esse diagnóstico.

Essa inércia do órgão judiciário se explica por alguns fatores. O principal é a quantidade de feitos, fato que impede a análise atenta da maioria dos casos e, conseguintemente, a tomada das resoluções ex officio que interessariam à causa. Raros juízes, por exemplo, estudaram o processo de antemão e, na audiência preliminar, encontram-se habilitados a fixar os pontos controvertidos, resolver as questões incidentais e

determinar “as provas a serem produzidas” como estipula o art. 331”⁶⁰⁵.

Ammettere che il tempo che ogni giudice dedica ad ogni singolo processo è effettivamente scarso, costituirebbe, innanzitutto, un importante passo per ripensare l'uso delle risorse in modo più strategico. È in questo senso che il dovere di verità e completezza può rivestire un ruolo definitivo, per ridurre o eliminare l'omissione e la procrastinazione nella presentazione ovvero nella ricerca degli elementi importanti alla cognizione dei fatti nella domanda, nonchè divenire fondamentale per migliorare l'efficienza del processo civile.

Recentemente, in una sentenza di primo grado, una parte è stata condannata per aver omesso importanti elementi di prova che le erano sfavorevoli. Nel caso di specie, la parte aveva omesso un DVD contenente la registrazione in video dell'interno del suo negozio, che dimostrava l'avvicinamento di un piccolo gruppo di giovani⁶⁰⁶.

La sentenza citata di questo specifico caso è del 30 aprile del 2018 e dimostra l'apertura del sistema giudiziario brasiliano ad effetti ampi del dovere di verità e completezza, anche se l'analisi non è effettivamente fatta specificamente nei termini di una violazione del divieto di omissione. Nel caso in esame, la presentazione delle registrazioni in una tempistica più adeguata - nella prima manifestazione in giudizio dalla parte del convenuto - sarebbe stata sufficiente per chiarire la controversia e abbreviare i tempi del processo decisionale.

⁶⁰⁵ ASSIS A. DE. “*Dever de veracidade das partes no processo civil*, in *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, vol. 58, n. 391, 2010, p. 13.

⁶⁰⁶ “*A conduta da demandada merece reprovação, pois, alterou, taxativa e assertivamente, a verdade dos fatos, negou qualquer abordagem da equipe de segurança no interior da loja, apostou na inexistência de testemunhas que pudessem narrar o ato ilícito e imputou à parte adversa, na peça contestacional, conduta processual de má-fé. Por fim, não satisfeita, ao perceber que os fatos estavam postos, trouxe aos autos, a destempo, nos memoriais, DVD comprovando a existência da abordagem.*

Nesse quadro, declaro a demandada litigante de má-fé, pois, alterou, vergonhosamente, a verdade dos fatos, procedendo, inclusive, de modo temerário.

Veja-se que tal conduta não passou despercebida pelo Promotor de Justiça que, em sua promoção de fl.91/verso, assim se referiu: “...nenhuma justificativa foi apresentada para a demora na oferta dessa prova que, por óbvio, esteve durante todo o tempo de tramitação do processo (por mais de dois anos) em poder da ré, sem que sua existência fosse sequer mencionada no feito”.

Na mesma linha, a magistrada que instruiu o feito, quando, à fl.93, determinou o desentranhamento do DVD, pois inexistente justificativa para que a ré trouxesse a prova aos autos somente após encerrada a instrução. Dessarte, condeno a demandada a pagar multa no valor equivalente a dez salários- mínimos, vez que o valor da causa apresenta-se irrisório, como se vê da fl.18, com amparo no artigo 81, parágrafo segundo, do CPC. Não verifico prejuízo efetivo à parte contrária, razão pela qual, deixo de condenar a ré ao pagamento da indenização prevista no artigo mencionado”. Vedi Processo nº: 001/1.13.0173208-8 (CNJ:000755597.2013.8.21.6001), Comarca de Porto Alegre –RS.

Bisogna affermare che il carattere favorevole o sfavorevole degli elementi di prova dipende anche dallo scenario probatorio conformato e può dipendere dalle informazioni portate in giudizio, con un determinato elemento che può essere considerato positivo o negativo dalla parte che detiene l'informazione.

Soltanto di fronte a questa percezione le parti potranno giudicare definitivamente il carattere favorevole o sfavorevole di una informazione.

Di conseguenza, non basta argomentare che un dovere generale di chiarificazione o informazione potrebbe violare o non essere contro sè stessi, perché il carattere favorevole o sfavorevole di determinati dati dipende dall'insieme della prova e dal contesto probatorio. Ciò che sembra sfavorevole ad una parte in un momento, dinnanzi ad un cambio di scenario può divenire favorevole alla stessa.

Da tale punto di vista, il dovere di chiarificazione o di informazione (*duty to provide information and evidence, Aufklärungspflicht*) consiste nel dovere di chiarire o portare informazioni e prove riguardo ai fatti oggetto del processo. Tale dovere può essere adempiuto sia attraverso manifestazioni scritte o orali, sia attraverso la produzione di altri documenti o altri elementi di prova⁶⁰⁷.

Dall'analisi del rapporto tra il dovere di chiarificazione e il dovere di completezza si può affermare che il dovere di chiarificazione possiede una ampiezza maggiore. Il suo contenuto riguarda, infatti, l'imposizione alla parte di chiarire qualsiasi elemento, fatto o informazione riguardante l'oggetto della domanda.

Come visto in precedenza, il modello della *disclosure* inglese prevede un tipo di dovere di chiarificazione che non è così abbrangente come il modello americano. Il modello inglese, come accenato prima, procede alla *disclosure* dei documenti che possono influenzare o essere rilevanti alla domanda della parte e permette anche che, la stessa possa presentare una richiesta di chiarimenti riguardo agli aspetti fattuali della domanda e delle eccezioni dell'avversario: "*The court may at any time order a party to –(a) clarify any matter which is in dispute in the proceedings; or (b) give additional information in relation to any such matter, whether or not the matter is contained or referred to in a statement of case*".

⁶⁰⁷ GRADI M., *The Right of Access to Information and Evidence and the Duty of Truthful Disclosure of Parties in Comparative Perspective*, in *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, 2015, p. 102: "...through written and oral depositions (duty of clarification by declarations, such as party interrogatory and requests for admission) and through presentation of evidence and collaboration in fact-gathering (duty of cooperation by production of documents or things, allowing inspection of lands and properties, accepting physical and mental examination)".

Questo approccio dal dovere di informazione o chiarificazione è abbastanza utile e può essere visto anche come uno strumento del giudice per richiedere alle parti le informazioni, riguardo ai fatti discussi, che ritenga necessarie per una buona gestione della domanda.

Sicuramente, l'oggetto di questo studio non ha permesso di ripercorrere puntualmente il dibattito sul dovere di chiarificazione, che meriterebbe una disamina più specifica, ma visti i limiti del presente scritto, è importante segnalare le potenzialità dell'istituto del dovere di chiarificazione e la sua stretta connessione con il dovere di verità e completezza, nonché con il dovere di collaborazione.

Il dovere di chiarificazione funziona, dal lato del dovere di verità e completezza, anche come strumento di bilancio tra le parti, preservando il processo della menzogna ed in parte dell'abuso, permettendo di bilanciare la capacità della parte, quando esse non sono uguali in concreto. In questo caso il processo assume un aspetto etico che salvaguarda l'uguaglianza sostanziale operando per mezzo del controllo dei poteri allegativi delle parti, controllo che porta a ridurre il livello/grado di controversia.

4. La ricerca dell'efficienza della procedura civile

L'aumento dell'efficienza della procedura civile dipende, innanzitutto, da un cambio culturale che andrebbe realizzato attraverso entrambi le categorie, sia attraverso il *case management* sia attraverso l'imposizione di doveri etici, nonché con la necessaria formazione di un capitale culturale adatto alle nuove regole di comportamento nel processo. Il *case management* efficiente dipende, infatti, dalla preparazione del giudice (*case management training*), non essendo sufficiente l'impostazione legale e lo strumento necessario di discrezionalità e opportunità, per stabilire il rito procedurale, ma importerebbe conoscere più profondamente la razionalità pratica del giudice.

Il giudice massimizza i benefici e calcola i costi dell'attività giudiziale, entro i limiti che la legge gli permette. Il *case management* è, sotto questo punto di vista, una versione della razionalità strumentale nell'ambito processuale.

La fusione tra *case management* e dovere di verità e completezza consiste nell'unione tra due strumenti che si sviluppano su diversi fronti. La riduzione dall'eccesso di contenzioso (*litigation*) dipende, non soltanto della semplificazione dei riti, ma soprattutto della limitazione al potere allegativo delle parti:

Lord Woolf is under no illusion about the prospects for improvement through simplification of procedure. He is acutely conscious of the fact that no amount of simplification of procedure will reduce the excesses of litigation, if litigants remain free to determine the extent of litigious process and its duration. He too believes that a cultural change is necessary if we are to improve access to justice. The standards of the new culture would be set by new rules and would be enforced by the judiciary. But, we need to ask, what would prevent the legal profession from subverting the new arrangements as happened in the past? This is the nub of the matter. Upon the answer to this question the success of the Woolf reforms stands or falls. The answer turns on the effect that the new scheme will have on costs⁶⁰⁸.

⁶⁰⁸ ZUCKERMANN, *Plus ça change*, cit., p. 110.

Il cambio culturale dipende, pertanto, da una normatività che saprà essere esigente riguardo ai valori etici, con l'obiettivo di formare un capitale sociale nel ambito del processo. L'atteggiamento individualistico cambia in conseguenza alle regole che vengono internalizzate dagli attori giudiziali e conformi al fatto che un comportamento viziato diventa oggetto di punizione e individuazione nel processo. Il processo civile, in quest'ottica, deve rispecchiare un comportamento etico e collaborativo così come ci si aspetta anche dall'individuo nella società:

“Os tribunais civis devem geralmente decidir litígios entre partes que agem de boa fé. Mas, assim como Clausewitz definiu a guerra como "uma mera continuação da política", o processo civil pode ser definido como uma continuação das relações comerciais entre as partes. De acordo com os postulados básicos do movimento law and economics, é difícil esperar boa fé e lealdade aos princípios fundamentais do processo civil se agir de outra forma vale a pena”⁶⁰⁹.

Pensando all'efficienza della procedura civile, Alan Uzelac propone alcuni obiettivi delle riforme processuali⁶¹⁰. Sono in realtà, finalità che avrebbero permesso al processo civile di raggiungere risultati corrispondenti all'efficienza che il processo europeo in generale, dovrebbe avere nella protezione dei diritti individuali. Questi obiettivi sarebbero:

1. *instant dismissal of manifestly ill-founded claims and appeals;*
2. *setting the trial date at the very beginning of the proceedings;*
3. *opening all channels of communication among the parties, the judge and the court;*
4. *minimal threshold of tolerance for delaying tactics in the proceedings;*
5. *collection and presentation of evidence as a principal responsibility of the parties;*
6. *the trial stage should be completed in no more than two hearings;*
7. *planning of the process and setting of the calendar for future actions in the proceedings at the outset of the case;*
8. *reinforcing orality in the proceedings;*
9. *instant enforceability of court judgments made in first instance;*
10. *limitation of the right to appeal solely to cases that deserve appeal;*

⁶⁰⁹ UZELAC A., *Reformando o processo civil mediterrâneo: existe necessidade de terapia de choque?*, In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. ISSN 1982-7636. pp. 02-41 www.redp.uerj.br, p. 11.

⁶¹⁰ *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. ISSN 1982-7636. pp. 02-41 www.redp.uerj.br 11

11. introduction of adversarial hearings in appellate courts and excluding the possibility of remittals.

Gli obiettivi 1, 2, 4 e 5 sono, a nostro avviso, possibilmente raggiungibili per mezzo di una più intensa valorizzazione del dovere di verità e completezza nel iter del processo. L'obiettivo 7 può ricevere invece gli influssi di una attività più trasparente delle parti. Esamineremo di seguito ogni obiettivo menzionato come destinatario di un dovere/obbligo di verità che venga più intensamente controllato nella procedura civile:

(a) Instant Dismissal of Manifestly Ill-Founded Claims and Appeals

Questo obiettivo vuole eliminare l'idea che portare una causa in tribunale possa servire per guadagnare tempo⁶¹¹. Cioè, ha per traguardo quello di ridurre le possibilità di un uso strategico del processo, quando la parte sa che non ha ragione, risparmiando ai giudici lavoro inutile.

Secondo Uzelac nel testo già citato: *“Winning time can, under some circumstances, produce equal results as winning the case, as the need for a judicial decision may disappear in the course of several years (the period that can regularly be counted on). In this manner, time-management sometimes even becomes the most important aspect of the legal profession, and the art of a vexatious conduct of proceedings one of the most revered legal skills”*⁶¹².

Il dovere di verità in questo caso, può servire alle tecniche di “filtragem”, attività che sempre è stata vista con certa esitazione dalla procedura civile, a costo del carattere discrezionale, nel senso della difficoltà di permettere aperture alla discrezionalità del giudice.

L'interesse nel combattere l'abuso del diritto d'azione è, tuttavia, legittimo e le pratiche che lo combattono sono stimolate anche dall'attività normativa del Consiglio d'Europa. Uzelac a riguardo afferma: *“The likelihood to greatly increase the efficiency of proceedings by introducing some filtering mechanisms was recognized by the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ). One of the announced*

⁶¹¹ UZELAC A., *Reformando o processo civil mediterrâneo: existe necessidade de terapia de choque?*, In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18. Número 1. Janeiro a Abril de 2017 Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. ISSN 1982-7636. pp. 02-41 www.redp.uerj.br, p. 12.

⁶¹² ID, *Reforming Mediterranean Civil Procedure: Is There a Need for Shock Therapy?*, in: C.H. Van Rhee & A. Uzelac (ur.), *Civil Justice between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ*, Antwerp/Oxford/Portland (Ius Commune Series), 2008, str. 71-99, p. 77.

lines of action in its Framework Programme,¹⁷ devoted to ‘ensuring an appropriate use of appeals and other applications’, expressly mentions the introduction of filtering mechanisms, as well as the possibility of imposing sanctions against persons introducing manifestly abusive processes⁶¹³.

Il dovere di verità presenta elementi che aumentano la cognizione del giudice quando lo stesso esamina la domanda di citazione (inicial do processo). La chiarezza del *petitum* e dei fondamenti dello stesso sono elementi centrali nell’esame della domanda. La mancanza di chiarezza riguardo al *petitum* e alle allegazioni fattuali possono portare ad un giudizio manifestamente infondato o improcedibile.

(b) Setting the Trial Date at the Very Beginning of the Proceedings

Nella maggioranza dei sistemi processuali il tempo, tra la presentazione della domanda é alto. È vero che nella procedura italiana la data della prima udienza è già determinata; nonostante questo, il processo italiano soffre spesso delle critiche riguardo alla sua lunga durata. La fissazione della data del giudizio potrebbe quindi essere positivamente influenzata da una completa presentazione d’informazione nel processo.

(c) Minimal threshold of tolerance for delaying tactics in the proceedings;

Le pratiche abusive possono avere un carattere apparentemente innocente, tuttavia, nel complesso sono anche capaci di portare un grave danno al processo:

Fighting delays and backlogs is very often declared to be the primary target of reforms in the Mediterranean judiciaries. Yet, the practice and many rules demonstrate a very high latitude for the use of delaying tactics. Requests for adjournments, extension of time limits and additional opportunities to present submissions or introduce new evidence are generously tolerated and granted, in spite of some of the latest attempts to limit or even sanction such requests. Noting that procedural discipline is very important for the efficient and timely course of the judicial process, the CEPEJ included a strict policy of minimizing adjournments among the best practices of judicial time management⁶¹⁴.

⁶¹³ UZELAC A. Reforming Mediterranean Civil Procedure: Is There a Need for Shock Therapy?, u: C.H. Van Rhee & A. Uzelac (ur.), Civil Justice between Efficiency and Quality: From Ius Commune to the CEPEJ, Antwerp/Oxford/Portland (Ius Commune Series), 2008, str. 71-99, p. 78.

⁶¹⁴ IVI, P. 82.

Secondo Uzelac, infatti, una tipica strategia che allunga i tempi del processo è la passività delle parti nel processo: l'assenza di manifestazione del convenuto nel processo. Allo stesso modo, un atteggiamento passivo dell'autore sarebbe dovuta essere sanzionata con un rigetto immediato della domanda.

(d) Collection and presentation of evidence as a principal responsibility of the parties;

Attualmente, come già esaminato nel primo capitolo, i sistemi accusatori sono marcati da elementi inquisitoriali, nel senso che in questi casi spesso si parla di sistemi misti o semi-accusatorio o inquisitorio.

Come affermato all'inizio, la distinzione tra adversarial e inquisitorial risiede, da un lato alle attività del giudice e delle parti, riguardo alla istruzione probatoria ed all'altro lato, legata al livello di attivismo giudiziale rispetto alla conduzione del processo e riguardo alla scelta dei migliori metodi per raggiungere l'obiettivo del processo⁶¹⁵.

Questa analisi non ripercorre completamente il dibattito sul tema, ma si pone come obiettivo quello di lanciare alcuni spunti su aspetti della procedura civile che riguardano l'efficienza e la possibile influenza che il dovere di verità e completezza, nonché il case management, possono apportare al futuro di processo civile migliore.

Il tema è ampio e soggetto ad innumerevoli discussioni. Queste riguardano, sia i limiti della gestione del giudice e la sua autorità attiva, l'accettazione di nuove regole che spostino l'onere della prova dalla sua posizione originale alla possibilità che una maggiore attività del giudice influenzi il ritardo nella prestazione giurisdizionale o la maggiore passività delle parti.

Tuttavia, gli effetti favorevoli del ruolo attivo del giudice, nel senso di maggior efficienza del processo è riconosciuto anche dalla Raccomandazione 84(5), Principio 3, del Consiglio d'Europa, e dal Principio 22.2.2, Principi di processo civile transnazionale del Ali/Unidroit⁶¹⁶.

⁶¹⁵ UZELAC A., *Reforming Mediterranean Civil Procedure*, cit., P. 84.

⁶¹⁶ A livello internazionale, gli effetti positivi del ruolo attivo delle Corti nel senso della efficienza del procedimento è riconosciuto dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa 84(5), Principio 3, e dagli ALI/ UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, Principle 22.2.2.

Considerazioni Conclusive

1. La verità oggettiva è rilevante per la procedura civile. Infatti, l'accertamento della verità dei fatti discussi nella lite è una condizione imprescindibile per la corretta applicazione delle norme nel caso concreto e per la correttezza giuridica della soluzione che il giudice dà alla lite. La giustizia della decisione non discende esclusivamente dalla correttezza del processo, ma dipende anche dalla corretta applicazione della norma che funziona come criterio di decisione, che dal canto suo dipende dalla verità dei fatti esaminati nella domanda.

2. Il giudice del *case management*, il giudice attivo che influenza il percorso della lite, nel senso di una sua maggiore efficienza, è un modello attuale destinato a sostituire interamente il giudice passivo del sistema "adversarial". Questo nuovo modello di comportamento del giudice ha per obiettivo quello di controllare le attività delle parti, assicurando che osservino il dovere di correttezza delle informazioni portate in giudizio, anche dal punto di vista soggettivo, garantendo la giusta tempistica processuale, i costi ragionevoli e la collaborazione etc.

3. Agevolare l'attività del giudice: questo significa incrementare l'onere delle parti riguardo alla attività di introduzione della domanda. Questo nuovo paradigma serve a ridurre i tempi eccessivi di ogni domanda. Un modo di ridurre il ritardo nella giurisdizione si può ottenere esattamente agevolando l'attività del giudice attraverso l'onere delle parti di sostanziare meglio le proprie domande, cioè imponendo un dovere di chiarificazione della domanda alle parti.

4. Per molto tempo è prevalsa la tesi dottrinale secondo la quale l'arretrato nella prestazione giurisdizionale fosse un fatto della vita e quindi dovesse essere tollerato in quanto immutabile che la giustizia sostanziale richiedeva questo costo di tempo. Questa idea non è più prevalente, in quanto la dottrina ha verificato che tempi e costi del processo sono anch'esse variabili che devono essere considerate dal giudice riguardo alla valutazione di una corretta prestazione giudiziale.

5. L'influenza del giudice nella produzione di prove può aumentare l'efficienza dei procedimenti e migliorare l'accertamento della verità.

6. Il controllo del processo dalla parte del giudice è inevitabile come elemento di efficienza, ma è necessario collegare con il controllo del abuso giudiziale, che deve essere fatto dalla parte delle Corti superiori, le quali, però non possono essere troppo rigorose riguardo alle decisioni di case management.

7. La procedura civile moderna non può fare a meno della corretta informazione nella fase preparatoria della domanda. ciò determina un vero apporto di efficienza al processo e costituisce il nucleo centrale della procedura civile (l'informazione). Pertanto, il movimento dottrinale che chiede di spostarsi verso un modello più esigente riguardo alle informazioni portate dalle parti all'inizio della domanda, è compatibile con lesigenza del dovere di verità e completezza.

8. L'atto introduttivo più dettagliato sotto il profilo fattuale permette una valutazione iniziale del giudice più efficiente riguardo alla strategia processuale relativa al tempo del processo, alle evidenze che devono essere prodotte, alla collaborazione tra le parti.

9. Il sistema inglese di disclosure attualmente si presenta come una via di mezzo tra l'apertura del sistema Americano di discovery, che è oggi considerato dalla dottrina come il sistema più ampio di collaborazione, per ottenere evidenze del avversario e la quasi assenza di collaborazione tra le parti nella fase iniziale della domanda è quello che caratterizza la maggioranza dei paesi di civil law.

10. la sostanziazione iniziale della domanda di civil law, è da considerarsi come una opzione che già considerata dal legislatore, diversamente da quello che succede e succedeva originariamente nei sistemi di common law, è un elemento di efficienza del processo che permette la gestione strategica della causa e la un grado maggiore di sostanziazione dipende dall'adempimento del dovere di verità e completezza. In altre parole, l'osservanza del dovere di verità e completezza implica un guadagno qualitativo in termini di sostanziazione della domanda, aumentando di fatto la definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum* della causa. Ciò significa incrementare lo spettro delle informazioni e delle prove potenzialmente utili.

11. L'incremento degli elementi di prova potenzialmente utili dipende anche dal buon uso del dovere di chiarificazione come un dovere ascritto al dovere di collaborazione e al dovere di verità e completezza.

12. L'accesso alle informazioni da parte del giudice di civil law permetterà al giudice di avere una idea più completa della domanda sin dal suo avvio, permettendo così l'adozione di un piano del processo e migliorando l'uso di altri strumenti di efficienza come il calendario processuale.

13. L'importanza della verità è più enfatizzata nella fase preparatoria, cioè nel pre-trial, fase che permette al giudice di controllare strategicamente diversi elementi della domanda, lo scambio probatorio (disclosure), i costi, la scelta del perito, il calendario processuale. Il dovere morale di correttezza aggiunge poi qualità alle attività svolte in questa fase e incrementa il grado di efficienza delle decisioni del giudice nella gestione processuale.

14. La tendenza nel diritto processuale moderno è quella della concessione al giudice di poteri di gestione e di organizzazione del processo con delle libertà. I Sistemi adversariali (accusatori) puri tendono ad essere quindi figure anacronistiche e desuete.

15. Il principio della proporzionalità, avvalorato nel rapporto tra disponibilità di risorse complessive di sistema e ogni singolo processo, è un importante criterio di gestione processuale. Tale approccio merita di essere valutato sia de *iure condendo*, sia de *iure condito*.

16. La fiducia della storia della procedura civile nei propri giudici è un elemento di rilievo che richiede un approccio più scientifico. Non si può non considerare l'importanza del profilo di giudice scelto per capire il DNA del sistema giudiziario. È necessario, pertanto, conoscere non solo le idiosincrasie della magistratura, ma anche l'aspetto di razionalità che determina le decisioni di gestione nell'ambito del processo.

17. La fiducia nei giudici non è solo quella legislativa, ma è anche parte della struttura giudiziaria di controllo di merito e legittimità. L'esercizio di questi poteri, che consentano uno spettro decisionale ampio, richiede la preparazione delle corti superiori

anche dal punto di vista ideologico; tali corti infatti, non possono esercitare il controllo delle decisioni dei giudici di primo grado, senza tenere in debito conto la teleologia del *case management*, evitando il rischio di costringere i giudici ad un approccio riservato e reticente.

18. Le nozioni di rito adeguato e di economia processuale devono prendere in considerazione la totalità delle risorse del sistema, la globalità del carico di lavoro. In tal senso, il diritto di difesa deve essere osservato e garantito in modo da conservare integro il proprio nucleo.

19. Inoltre, deve essere oggetto d'analisi anche la razionalità del giudice nell'aspetto collettivo, vale a dire come amministratore dell'unità giudiziaria dove esercita il suo potere. Il giudice non ragiona infatti, soltanto riguardo al processo individualmente considerato, ma anche sul collettivo dei processi e, tale razionalità, finisce per influenzare inevitabilmente il destino delle domande, anche se non vogliamo ammetterlo.

20. Il dovere di verità e completezza, dato il suo patrimonio etico, può incrementare il capitale sociale del processo, nel senso di modificare la razionalità delle parti e degli altri attori del processo, ausiliari e testimoni. Il capitale sociale è un importante elemento di efficienza del processo, perchè innalza il livello dell'interazione tra le parti, riducendo lo spreco di energie e traducendosi così, in un risparmio di tempo e risorse, in quanto innalza la qualità dell'applicazione del criterio giudiziale allo scenario fattuale.

21. Il carattere favorevole o sfavorevole degli elementi di prova dipende, fino ad un certo grado, anche dal punto di vista e dal scenario probatório conformato. A dipendere del insieme degli informazioni portati in giudizio, un determinato elemento può essere considerato positivo o negativo alla parte che detiene l'informazione. In questo senso, le parti non possono giudicare definitivamente il carattere di una informazione.

22. L'ordinamento giuridico brasiliano presenta gli strumenti legislativi necessari a far riconoscere sia tanto il dovere di verità, nel senso del divieto di menzogna, come il dovere di completezza, ovvero, il divieto di omissione. Inoltre, le previsioni riguardo al dovere di collaborazione permettono di riconoscere l'esigenza di collaborazione tra le

parti e estrarre da questo sistema un dovere di chiarificazione che si sostiene su due basi: dovere di verità e completezza e dovere di collaborazione.

Bibliografia

ABELING, CHRISTIAN. *Wahrheitspflicht im Zivilprozess*. Seminararbeit, Grin Verlag, Nordstedt, 2006.

AHMED, MASOOD. An alternative approach to repealing the General Pre-action Protocol. *Civil Justice Quarterly*. Yorkshire, v. 32, n. 2, 2013.

ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. “Garantia do Contraditório”. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999.

ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. Efetividade e Tutela jurisdicional. *Revista Cadernos do Programa de Pós-graduação Direito UFRGS*. Porto Alegre, n. 3, 2005. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/ppgdir/issue/archive>>. Acesso em: set 2018.

ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo –valorativo*, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009

ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, in *Revista da Faculdade de Direito UFRGS*. Porto Alegre, n. 26, 2006.

Disponível em:<seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/74203/41899>. Acesso em: set. 2018.

ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista da Faculdade de Direito UFRGS*. Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov., 1993. Disponível em : <www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/68822/38922>. Acesso em: set. 2018.

ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista Ajuris*. Porto Alegre, n. 90, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 372, 2004.

AMORIM, ASSUNÇÃO NEVES DANIEL, *Manual de Direito Processual Civil*, Ius Podium. 8. ed, 2016.

ANDREWS, NEIL *Controversie Collettive, Transazione e Conciliazione In Inghilterra*. *Revista de Processo*, Mar/2009, DTR\2009\197, vol. 169, 2009.

ANDREWS, NEIL. *Fundamental Principles of Civil Procedure: Order Out of Chaos*. Chapter in: *Civil Litigation in a Globalising World*. Date: 31 January 2012.

ANDREWS, NEIL. *The Three Paths of Justice*. Dordrecht: Springer, 2012.

ANSANELLI, VINCENZO. *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza*. Il nuovo art. 183-bis c.p.c., in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 1, 2015.

ARAGÃO, NILSITON- PAZ, ANTONIO RODRIGO. *O Princípio Da Cooperação No Sistema Processual Cível Brasileiro*. Brasil: Conceito, 2014.

ARAÚJO, ANDRÉ LUIZ MALUF DE. A boa-fé processual, conceito, deveres de veracidade, colaboração e reflexões. *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*. Santa Catarina, v. 8, n. 13, jul./dez. 2013.

ASSIS, ARAKEN DE. “Dever de veracidade das partes no processo civil”. In: *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, vol. 58, n. 391, 2010.

ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 5ª ed., 2006.

BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *Correntes e Contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo*. *Revista de Processo* nº 116, 2004.

BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. “*O problema da ‘divisão do trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos*”, *Temas de direito processual*, São Paulo: Saraiva, 4ª série, 1989.

BAZARIAN, JACOB. *O problema da verdade: teoria do conhecimento*, 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1988.

BERNHARDT W., *Wahrheitspflicht und Gestandnis im Zivilprozessrecht*, in *JZ*, 1963.

BIAVATI, PAOLO. *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Italia, 2012.

BIAVATI, PAOLO. *Appunti sulla Struttura della Decisione e L'ordine delle questioni*. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 4, 2009.

BONCI, MARCO. *Active Case Management - English reception and italian rejection*. *Revista de Processo*, vol. 219, 2013.

BONNA, ALEXANDRE. *Cooperação no processo civil – A paridade do juiz e o reforço das posições jurídicas das partes a partir de uma nova concepção de democracia e contraditório*. *Revista Brasileira de Direito Processual* □ RBDPro. Belo Horizonte, v. 22, n. 85, jan./mar., 2014.

BOURSIER M. E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, thèse, Paris, 2003.

BRAND, PETER-ANDREAS. *Das Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitspflicht und Verschwiegenheitspflicht. Bei unüberbrückbaren Konflikten muss der Anwalt das Mandat niederlegen*, Berlim, Deutscher Anwaltverein, 2014, Disponível em: <<https://rae-oehlmann.de/das-spannungsverhaeltnis-zwischen-wahrheitspflicht-und-verschwiegenheitspflicht/>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BRANDT, VERENA. *Das Englische disclosure-verfahren: Ein modell für zugang zu Information und beweis im Deutschen zivilprozess?*, Alemanha: Mohr Siebeck, 2015.

BUZAID, ALFREDO. “*Processo e Verdade no Direito Brasileiro*”, in *Revista de Processo* n° 47. São Paulo: RT, jul./set. 1987.

CADIET, LOÏC. *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure*, in *Revue Française d'administration publique*. Paris, n. 125, 2008.

CALAMDREI, PIERO. *Il processo come gioco*, in *Studi sul Processo Civile*, v. VI. Padova: Cedam, 1957.

CALOGERO, GUIDO. *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*. Rivista di Diritto Processuale Civile, n. XVI, parte I. Padova: CEDAM, 1939.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Instituciones del Proceso Civil*, t.I. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1944.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *A prova civil: Parte Geral – O conceito Jurídico da Prova*. 2ª Ed. Revisada e ampliada. E-book., 2016.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *Metodologia do direito*. [Tradução de Wilson do Prado]. São Paulo: Editora Pillares, 2012.

CAPONI, REMO. *The Performance of the Italian Civil Justice System: An Empirical Assessment*. The Italian Law Journal, Vol. 2 - No. 01, 2016.

CAPONI, REMO. *Modelli europei del processo di cognizione: l'esempio tedesco*, in *Questione Giustizia*, 2006.

CARPENA, MÁRCIO LOUZADA. *Da (Des) lealdade no processo civil*. Disponível em <<http://abdpc.org.br>> Acesso em 30 de agosto de 2011.

CARRATTA, ANTONIO. *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*. Disponibile:<http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/funzione/article/view/506/503> Acesso in: 17 ottobre 2017.

CARRATTA, ANTONIO. *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*. Napoli: Jovene, 2012.

CARRATTA, ANTONIO. *La “semplificazione” dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino: Giappichelli Editore, 2012.

CARRATTA, ANTONIO. *Dovere di verità e di completezza nel processo civile*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno LXVIII, Fasc. 2-2014. Milano: Giuffrè Editore, v. 68, n. 1, 2014.

CARRATTA, ANTONIO. *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*. Disp. in: <http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/funzione/article/view/506/503>. Acesso in: 17 ottobre 2017.

- CHIARLONI, SERGIO, *Processo civile e verità*, in Quest. giustizia, 1987.
- CHIZZINI A.-FRANZ KLEIN, *La codificazione sociale e la procedura civile in Italia*, in Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi, Torino, 2013.
- CIPRIANI, FRANCESCO. *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in Riv. Dir. proc., 2003.
- CIPRIANI, FRANCESCO. *L'avvocato e la verità*, in Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. Org. Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: DPJ, 2005.
- CIPRIANI, FRANCESCO. *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, in Riv. Dir. proc., 2003.
- COMOGLIO, PAOLO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in Riv. dir. proc., 2008.
- COMOGLIO, PAOLO, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in Nuova giur. civ. comm., II, 1998.
- COMOGLIO, PAOLO. *Giustizia (Non) A Tutti I Costi. Significativo «Update» delle civil procedure rules inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile*, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.1, 2014.
- CONTE, FRANCISCO. *Sobre Contraditório como dever e Boa-fé Processual no livro Processo Constitucional coordenado pelo Ministro Fux*, Gen/Forense, 2013.
- COSTABILE, FELICE. *Storicità del Diritto Romano e Creatività Dogmatica per il Diritto Moderno*. In: Atena e Roma alle origini della democrazia moderna, (a cura di) Felice Costabile. Torino: Giappichelli Editore, 2016.
- CRAIGIE, ALEX. *What is a “managerial” judge?*, Los Angeles: At Counsel Table, 2012. Disponível em: <https://atcounselltable.wordpress.com/2012/06/06/what-is-a-managerial-judge/>. Acesso em: 5 maio 2018.
- CRESCHI SOBRINHO, ELÍCIO DE. *Dever de Veracidade das Partes no Processo Civil*. São Paulo: Jurid Vellenich, 1975.
- CRISCUOLI, GIOVANNI-SERIO, MARIO. *Nuova Introduzione allo studio del Diritto Inglese – Le Fonti*. Milano: Giuffrè Editore, 2016.
- CRUZ E TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO. *Repressão ao dolo processual: o novo art. 14 do CPC*. Revista Jurídica, v. 50, n. 292, fev. 2002.
- DE CRISTOFARO, MARCO, *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in Riv. di dir. proc. 2010.
- DONDI ANGELO-ANSANELLI VICENZO-COMOGLIO PAOLO. *Processi civili in evoluzione*, Milano: Giuffrè Editore, 2015.

DONDI, ANGELO. *Taruffo Comparatista — Uno Sguardo Originale Ai Problemi Del Processo Civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 2, 2015.

DONDI A.-ANSANELLI V., *Qualche (ulteriore) rilievo su cultura del processo, comparazione e riforme*, in *Riv. trim.* 1442 -<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/235728>, 2009

DONZELLI R., *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di "case management" giudiziale*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, (a cura di) L. Lanfranchi e A. Carratta, 2005.

DIAS, RONALDO BRÊTAS DE CARVALHO. *Que é cooperação processual?*, in *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, v. 25, n. 98, abr./jun. 2017.

DIDIER, FREDIE. *Princípio da cooperação: uma apresentação*, in *Revista de processo*. São Paulo, n. 127, 2005.

DIDIER JR, FREDIE. *Os três modelos de direito processual: Inquisitivo, dispositivo e cooperativo*, in *Revista de Processo: RePro*. São Paulo, v. 36, n. 198, agosto 2011.

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A instrumentalidade do processo*, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

EPSTEIN, PAUL. *Disclosure: pulling your head out of the sand*. London: Cloisters, 2015. Disponível em: <<https://www.cloisters.com/blogs/disclosure-pulling-your-head-out-of-the-sand>>. Acesso em : 21 nov. 2018.

EAGLES, IAN. *Disclosure from material obtained from discovery*. Disponível su: <http://onlinelibrary.wiley.com/advanced/search/results?searchRowCriteria%5B0%5D.fieldName=author&start=1&resultsPerPage=20&searchRowCriteria%5B0%5D.queryString=%22Ian%20Eagles%22>, acesso il 17 ottobre 2017.

FAIRÉN GUILLÉN, VICTOR. *La humanización del proceso: lenguaje, formas, contacto ente los jueces y las partes: desde Finlândia hasta Grécia*. *Revista de Porcesso*, São Paulo, v. 6, n. 14/15, 1979.

FELIX, JUAREZ ROGÉRIO. *Verdade e mentira no processo civil*, in *O Princípio da Moralidade no Processo Civil: Um Ensaio de Teoria Geral do Direito*, São Paulo: PUCSP, 2000.

Disponível:<http://www.academus.pro.br/professor/juarezfelix/material_pdf/004.pdf>. Acesso em: out. 2017.

FERRAJOLI, LUIGI, *Deontologia giudiziaria*, <http://www.dirittoequestionipubbliche.org>

FICCARELLI, BEATRICE. *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.

FREITAS, JOSÉ MANUEL LEBRE DE (Org.). *The law of evidence in the european union: civil procedure in Europe*, Kluwer Law International, 2004.

FLEISCHACKER, SAMUEL. *Uma Breve história da justiça distributiva*. São paulo: Martins Fontes, 1ª ed, 2006.

GARAPON, ANTOINE. *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*. Milano: Raffaello Cortone Editore, 2012.

GENSLER, STEVEN S. *Judicial case management: caught in the crossfire*, in *Duke Law Journal*. Durham, v. 60, n. 3, 2010.
Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27896014>>. Acesso em: 04 out. 2017.

GIORGIANONIO, CRISTINA. *Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management*. Disponibile su: <http://www.side-isle.it/ocs/viewpaper.php?id=69&cf=1>. Acesso il 17 ottobre 2017.

GRASSO, EDUARDO. *La collaborazione nel processo civile*, in *Rivista di Diritto Processuale*. Italia, v. 21, n. 3, 1966.

GREGER, RENHARD. *Cooperação como princípio processual*, in *Revista de Processo*. São Paulo, v. 37, n. 206, 2012.
Disponível em: < <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/80214>>. Acesso em : set. 2018.

GIULIANI, ALESSANDRO. *L'ordo judicarius medioevale (riflessioni su un modello di ordine isonomico)*, Rivista di Diritto Processuale, Milano: CEDAM, 1998.

GRADI, MARCO. *L'obbligo di verità delle parti*. Torino: G Giappichelli Editore, 2018.

GRADI, MARCO. *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*. Lo Sguardo – Rivista Di Filosofia. Roma, v. 8, 2012.

GRADI, MARCO. *Il divieto di menzogna e di reticenza delle parti nel processo civile*, in Consiglio Nazionale Forense Periodico per la formazione e l'aggiornamento degli Avvocati, Futurgest Edizioni, anno III, n. 5, 2009.

GRADI, MARCO. *The Right of Access to Information and Evidence and the Duty of Truthful Disclosure of Parties in Comparative Perspective*, in *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, 2015.

GRADI, MARCO. *Omessa indicazione di fatti decisivi e violazione dell'obbligo di lealtà processuale*. Il Foro italiano, Aprile 2015, III, 198, R O M A, Società Editrice Del «Foro Italiano», 2015.

HAACK, SUSAN. *Fallibilism, Objectivity, and the New Cynicism Article*. Episteme, 48, jun. 2004.
Disponível:http://www.academia.edu/24781026/Fallibilism_Objectivity_and_the_New_Cynicism_2004_. Acesso em: 14 jul. 2018.

HEB, KATJA. *Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivil- und Arbeitsgerichtsprozess*, Saarbrücken, 2006.

HIRTZ, BERND. *Der Umgang mit der Wahrheit im Zivilprozess – Oder: Ist der Rechtsanwalt im Zivilprozess zur Wahrheit verpflichtet?* Aufsätze, n. 16, p. 780 – 783, 2016. Disponível: <http://www.anwaltsrecht.unikoeln.de/fileadmin/sites/anwaltsrecht/Aufsätze/Hirtz__AnwBl._12-06__780ff.pdf>. Acesso em 18 jun. 2018.

ILLUMINATI, GIULIO. *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, mai./ago. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.164>, 2018.

IUCHIYAMA, CELSO HIROSHI. *O dever de veracidade das partes*. *Revista Jus Navigandi*. *Teresina*, v. 12, n. 1366, mar. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9645>, 2018.

JARDIM, AFRANIO SILVA. *A Influência Norte-Americana nos Sistemas Processuais Penais Latinos*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 10. Volume 17. Número 2. Julho a Dezembro de 2016 Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. ISSN 1982-7636, 2018.

JOLOWICZ, JOHN ANTHONY. *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, in *52 Int'l & Comp. L. Q.*, 2003.

JOLOWICZ, JOHN ANTHONY *Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation*, Cambridge University Press, 2009.

KAGAN, ROBERT A. *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, Cambridge: Harvard University Press, 2003.

KANT, *Sobre um pretenso direito de mentir por amor aos homens* (Trad. di THERESA CALVET DE MAGALHÃES e FERNANDO REY PUENTE), in *Os filósofos e a mentira*, 2002.

KATZENMEIER, CHRISTIAN. *Aufklärungs-/Mitwirkungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß*. *JuristenZeitung*. Alemanha, v. 57, n. 11, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20826344>>. Acesso em: set. 2018.

KOCHEM, RONALDO. *Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação* (Kooperationsmaxime), in *Revista de Processo: RePro*. São Paulo, v. 41, n. 251, jan. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/98352>. Acesso em: set. 2018.

LANG, SONJA. *Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO*. Frankfurt: Peter Lang, 2007.

LANGBEIN, JOHN H.. *The German Advantage in Civil Procedure*. *The University of Chicago Law Review*. Volume 52, number 4, Fall 1985. Disponível su: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1530&context=fss_papers, acesso il 17 ottobre 2017.

LEBRE DE FREITAS, JOSE MANUEL, *The Law of Evidence in the European Union*. *Civil Procedure in Europe 5.*, editor. Kluwer Law International, 2004.

LEAL, STELA TANNURE. *Lealdade processual, dever de veracidade e estado social*, in *Revista Ética e Filosofia Política*. Juiz de Fora, n. 15, v. 2, 2012.

LOSANO, MARIO G. *Los grandes sistemas jurídicos*. Editorial Debate, 1982.

LUCCA, RODRIGO LAMINA DE. *O Dever de Veracidade das Partes no Direito Brasileiro*, in *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 97. São Paulo, v. 15, n. 2, 2011.

LUPOI, MICHELE ANGELO. *Sommario (Ma Non Troppo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 4, 2010.

LIEBMAN, ENRICO TÚLIO. *Manual de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, vol.1, Editora: Malheiros, 2004.

MACINTYRE, ALASDAIR. *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, São Paulo: Edições Loyola, 1991.

MANDRIOLI, CRISANTO-CARRATTA, ANTONIO. *Diritto Processuale Civile I. Nozioni Introdottrive e Disposizioni Generali*, Torino: Giappichelli Editore, 24ª edizione, 2015.

MARINARI, MARCELLO. *La riforma Jackson e la disciplina delle spese nel processo civile inglese*. Disponível su: http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-riforma-jackson-e-la-disciplina-delle-spesse-nel-processo-civile-inglese_31-05-2014.php, acesso il 17 ottobre 2017.

MARCHETTI, CLAUDIO. *Dolo revocatorio e falsa allegazione*, Libro a stampa, Milano, 1960.

MANDELLI, ALEXANDRE G.- CHAVES, CHRISTIAN F. O. *O dever de colaboração(entre e das partes) no processo civil constitucional e a efetiva prestação da tutela jurisdicional executiva: o dever fundamental do executado de nomear bens passíveis de penhora.*, in *Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional*. Brasil, v. 1, n.1, 2012. Disponível em:<<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/I%207%20dever%20de%20colaboracao.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2018.

MENDONÇA LIMA, ALCIDES DE. *O dever de verdade no Código de Processo Civil Brasileiro*, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 172, 1957.

MOLONEY, SUSAN. *A New Approach to Civil Litigation? The Implementation of The “Woolf Reforms” And Judicial Case Management*, in *Judicial Studies Institute Journal*, v. 2, n. 1, 2011.

MITIDIERO, DANIEL. *Bases para a construção de um processo civil cooperativo: O Direito Processual Civil no marco teórico do Formalismo-Valorativo*, f. Tese (Pós-graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, 2007.

MITIDIERO, DANIEL. *A colaboração como norma fundamental no processo civil*, in *Revista do Advogado*. São Paulo, v. 35, n. 126, maio 2015.

MITIDIERO, DANIEL. *Colaboração no Processo Civil Como Prêt-À-Porter? Um Convite ao Diálogo para Lenio Streck*. Revista de Processo: RePro. Porto Alegre, v. 36, n. 194, abr. 2011.

MITIDIERO, DANIEL. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, DANIEL. *Kooperation als Modell und Prinzip im Zivilprozess* :Jahrbuch des Internationalen Zivilprozessrechts. Alemanha: Carl Heymanns Verlag, 2013.

MOLONEY, SUSAN. A New Approach to Civil Litigation? The Implementation of The “Woolf Reforms” And Judicial Case Management. *Judicial Studies Institute Journal*, v. 2, n. 1, p. 98 – 109, 2011.

NAEGELI, GEORG. *Darf man in Prozess lügen. Anwaltsrecht Revue de l’avocat*, Alemanha, v. 6, n. 7, 2010.

Disponível em :<https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/awr_2010_06-07_s_292-296.pdf>. Acesso em : 18 jun. 2018.

PASSANANTE, LUCA. *Brevi note critiche sul d.d.l. delega per l’efficienza del processo civile*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc. 2, 2014.

PHILIPSBORN A., *Wahrheitspflicht, Prozessbetrug und Prozesschikane*, in *Festschrift für F. von Liszt*, Berlin, 1911, rist., Aalen, 1971.

PINHO, HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE- ALVES, TATIANA MACHADO. *A cooperação e a principiologia no Processo Civil Brasileiro: uma proposta de sistematização*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*. Rio de Janeiro, v. 15, p. 240 – 267, jan./jun., 2015.

PITT, GIOCONDA FIANCO. *Dever de veracidade no Processo Civil brasileiro e sua relação com o instituto da Discovery do processo norte-americano da common Law*, in *Prova Judiciária: Estudos sobre o novo direito probatório*, Porto Alegre, 2007.

PUTNAM, ROBERT D.-LEONARD, ROBERT- NANETTI, RAFFAELLA Y. *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Nova Jersey: Princeton University Press, 1994.

RAMOS, VITOR DE PAULA. *Ônus da Prova no Processo Civil: do ônus ao dever de provar*, Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2015.

REIS, PEDRO, *Dever de verdade – Direito de mentir. História do pensamento jurídico*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa. Coimbra Editora.

REN, ZHONG. *Wahrheitspflicht und Kooperationsmaxime im Zivilprozess in Deutschland, Japan und China. Saarbrücker Studien zum Privat – und Wirtschaftsrecht. Herausgegeben von Johann Paul bauer, Michael Martinek und Helmut Rüssmann*. Alemanha: Academic Research, 2013.

SCALDAFERRO, MAIKON CHAIDER. *Modernidade e pós-modernidade : considerações habermasianas*, in *Revista Urutágua*, Maringá, v. 2, n. 18, maio/ago, 2009.

SCARSELLI, GIULIANO. *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 1. Milano: Giuffrè, mar. 1998.

SILVA, CARLOS MANUEL FERREIRA DA. *O Dever de Cooperação das Partes para a Descoberta da Verdade no Processo Civil Português*, Bogotá: Universidad Libre de Colômbia, 2002.

STORME, MARCEL. *Relatório sobre o ativismo judicial*. In: *Congresso Mundial de Direito Judiciário*, Coimbra-Lisboa, 9, 1991.

SWARD, ELLEN E. *Values, Ideology, and the Evolution of the Adversary System*, in *Indiana Law Journal*, v. 64, n. 2, 1989.

TALAMINI, EDUARDO. *Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz*, Brasil: Migalhas, 2015.

Disponível:<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226236,41046cooperacao+no+novo+CPC+primeira+parte+os+deveres+do+juiz>>. Acesso em maio 2018.

TALAMINI, EDUARDO. *Ônus da prova*, Brasil: Migalhas, 2016. Disponível em : <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235364,31047-Onus+da+prova>. Acesso em: 22 set. 2018.

TARUFFO, MICHELE. *Verità Negoziata*, Italiano, in *Accordi di parte e processo*. Milano , Giuffrè, 2008, Quaderni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 8814141711 p. 69-98E. Wildermuth, *Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Düsseldorf, 1938.

THEODORO JUNIOR, HUMBERTO. *Boa-fé e processo – princípios éticos na repressão à litigância de má-fé – papel do juiz*, Disponível em <<http://abdpc.org.br>, 2009.

TOMAO, LUMA GARCIA. *Existe um suposto direito de mentir? A discussão entre Benjamin Constant e Immanuel Kant*, in *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4294, 4 abr. 2015.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33083>>. Acesso em: 16 out. 2018.

TARUFFO, MICHELE. *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*. Bari : Laterza, 2009.

TARUFFO, MICHELE. *Ideologie e Teorie della Giustizia Civile*. Ideologia e teoria da justiça. Revista de Processo | Set / 2015. DTR\2015\13194, vol. 247, 2015.

TARUFFO, MICHELE. *Il processo civile di civil Law e di common Law: aspetti fondamentali*, in *Sui Confini*, Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2002.

TARUFFO, MICHELE. *Il Processo Civile “Adversary” nell’esperienza americana*, Padova, 1979.

UZELAC, ALAN. *Truth and Efficiency in Civil Litigation Fundamental Aspects of Fact-finding and Evidence-taking in a Comparative Context*, Metro, 2012.

UZELAC, ALAN. *Reformando O Processo Civil Mediterrâneo: Existe Necessidade De Terapia De Choque?*, in Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 11. Volume 18, Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, N. 1., 2017.

ZUCKERMAN, A. A. S. *Lord Woolf's Access to Justice: Plus Ça Change*, in (1996) 59 *Modern Law Review* 77.

Disponibile su: <http://adrianzuckerman.co.uk/files/File/woolfmlr-jen.dr2.pdf>, accesso il 17 ottobre 2017.

JURA-FRAGEN. *Welche Prozessmaximen und Grundsätze gibt es im Zivilprozess?* Alemanha: Jura-Fragen, 2015. Disponível em: <<https://jura-fragen.de/prozessmaximen-grundsätze-zivilprozess/>>. Acesso em : set. 2018.

WURZER G., *Die Lüge im Prozesse*, in Z.Z.P. 48, 1920.