

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI

Le garanzie costituzionali della pubblicità degli atti processuali e della motivazione delle decisioni nel nuovo c.p.c. brasiliano*

Sommario: 1. Principi costituzionali della pubblicità degli atti processuali e della motivazione delle decisioni. – 2. Garanzia della pubblicità degli atti processuali. – 3. Garanzia della motivazione delle decisioni. – 4. Decisione non motivata. – 5. Osservazioni conclusive.

1. – La pubblicità degli atti processuali e l'obbligo della motivazione sono consacrati, dalla moderna dottrina processualistica, all'interno della sfera dei diritti fondamentali, come dei presupposti del diritto di difesa e dell'imparzialità e indipendenza del giudice.

La pubblicità del processo costituisce un imperativo di connotazione politica, introdotto dall'ideologia liberale nei testi costituzionali contemporanei, come vero strumento di controllo dell'attività degli organi giurisdizionali.

Per questo motivo, gli specialisti, tra cui ad esempio Stalev, hanno evidenziato l'importanza di tale principio, affermando che la pubblicità si sostanzia in una «garanzia per il procedimento legale e imparziale dei tribunali, al pari della veridicità delle allegazioni delle parti e dei testimoni, dovuta all'influenza di disciplina che deriva dalla possibilità concessa al popolo di vegliare sugli atti e sui termini del processo. Allo stesso tempo, la pubblicità rivela l'aspetto pedagogico della giustizia. Nel mondo, la pubblicità è la tecnica più appropriata per ottenere una buona giustizia e uno dei migliori mezzi per giungere all'educazione giuridica del popolo»⁽¹⁾.

* Traduzione in lingua italiana a cura di Giovanni BONATO.

Il nuovo codice di procedura civile brasiliano è stato approvato con la legge 16 marzo 2015, n. 13.105, e pubblicato il giorno seguente nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione della Repubblica Federale del Brasile. Il nuovo codice entrerà in vigore un anno dopo la sua pubblicazione.

⁽¹⁾ Z. STALEV, *Fundamental Guarantees of Litigation in Civil Proceedings: A Survey of the Laws of the European People's Democracies*, in *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, org. M. CAPPELLETTI e V. VIGORITI, Milano-New York, 1973, 406. Si veda, anche, R. LAURIA TUCCI, J.R. CRUZ E

Nella stessa direzione, Couture ritiene che la pubblicità e la trasparenza degli atti processuali siano l'essenza propria di un sistema di governo democratico, rappresentando un elemento necessario per «la prossimità della Giustizia ai cittadini» ⁽²⁾.

In verità, come già affermato da Fairén Guillén, la garanzia in esame è basata sull'esigenza politica di evitare la sfiducia del popolo nell'amministrazione della giustizia, anche perché la pubblicità consiste: in un meccanismo idoneo a controllare la fallibilità umana dei giudici; in un mezzo con cui il popolo supervisiona l'attuazione del potere giudiziario; in uno strumento per promuovere l'interesse del popolo alla amministrazione della giustizia ⁽³⁾.

D'altra parte, viene sottolineato che, accanto alla pubblicità degli atti processuali è assolutamente imprescindibile che una «pronuncia giurisdizionale, destinata ad assicurare l'integrità dell'ordinamento giuridico, sia realmente fondata sulla legge; ed è necessario che tale fondamento si manifesti, affinché si possa sapere se l'impero della legge è stata realmente rispettata. Se così non fosse, la garanzia sarebbe illusoria: qualora si riconosca all'organo giudicante la facoltà di mantenere il silenzio sui motivi per i quali concede o rigetta la protezione nella forma richiesta, non si può avere nessuna certezza sul fatto che il sistema di tutela giurisdizionale stia funzionando correttamente e stia realmente svolgendo la finalità per la quale venne creato» ⁽⁴⁾.

In effetti, considerando la dimensione del significato giuridico-politico delle garanzie in questione, sorge, attualmente, la necessità di un controllo (extraprocessuale) «generalizzato» e «diffuso» sul *modus operandi* del giudice riguardo all'amministrazione della giustizia. Ciò implica, come correttamente osserva Taruffo, che: «i destinatari della motivazione non siano soltanto le parti, i loro avvocati e il giudice dell'impugnazione, ma

TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, San Paolo, 1989, p. 76, alla ricerca fatta in tale sede mi riporto, parzialmente, nel presente scritto. In tema, si veda J. PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, 1997, p. 116 ss.; e, nella letteratura brasiliana, R. J. FERREIRA DE ALMADA, *A garantia processual da publicidade*, a cura di J.R. dos Santos Bedaque e J.R. Cruz e Tucci, San Paolo, 2005, p. 86 ss.

⁽²⁾ E. J. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, 1966, p. 87.

⁽³⁾ V. FAIRÉN GUILLÉN, *Un proceso actual, oral, concentrado y económico: el del Tribunal de las Aguas de Valencia*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, v. 4, Milano, 1979, p. 2.859.

⁽⁴⁾ J.C. BARBOSA MOREIRA, *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*, in *Revista brasileira de direito processual*, n. 16, 1978, p. 118.

anche l'opinione pubblica intesa sia nel suo complesso, sia come opinione del *quisque de populo*»⁽⁵⁾.

Pertanto, al pari della pubblicità degli atti processuali, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti decisori viene catalogato all'interno delle garanzie stabilite dalle Costituzioni democratiche con la finalità primordiale di assicurare la trasparenza dei rapporti delle parti dinanzi al potere statale e, in particolare, delle circostanze in cui è richiesta la tutela giurisdizionale⁽⁶⁾.

Vittorio Colesanti, con identico ragionamento, ritiene opportuno affermare che «la garanzia della motivazione rappresenta l'ultima manifestazione del contraddittorio, per ciò solo che l'obbligo posto al giudice di enunciare i motivi del suo provvedimento, si traduce nell'obbligo di tener conto dei risultati del contraddittorio, e al tempo stesso di render conto che l'*iter* formativo del provvedimento medesimo s'è svolto all'insegna della (possibile) partecipazione degli interessati»⁽⁷⁾.

Sebbene la garanzia della pubblicità degli atti e quella dell'obbligo della motivazione non siano state inserite nel catalogo dei *Diritti e Garanzie Fondamentali*, il costituente brasiliano le ha collocate all'interno delle disposizioni generali sul Potere Giudiziario. Ad ogni modo, entrambe le garanzie in discorso sono state considerate dalla vigente Costituzione Federale come delle autentiche *garanzie processuali*⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, p. 406-407.

⁽⁶⁾ M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 398; si rinvia anche al precedente studio R. LAURIA TUCCI, J.R. CRUZ E TUCCI, *Constituição de 1988 e processo*, cit., p. 77. Più recentemente, sul dovere di motivazione si veda J. NORMAND, *Le domaine du principe de motivation*, in *La motivation - Travaux de l'Association Henri Capitant*, Parigi, 2000, p. 17 ss.; A. CHIZZINI, *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVIII, Torino, 1998, p. 256 ss.; I. COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias*, Valencia, 2002, *passim*. Nella letteratura brasiliana, si vedano: M. T. GONÇALVES PERO, *A motivação da sentença civil*, San Paolo, 2001, *passim*; B. OLIVEIRA SILVA, *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*, Salvador, 2007, *passim*.

⁽⁷⁾ V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 612.

⁽⁸⁾ Art. 93, IX, della Costituzione Federale: «*Tutti i processi degli organi del potere giudiziario saranno pubblici e tutte le decisioni saranno motivate, a pena di nullità, potendo la legge, se lo richiede l'interesse pubblico, limitare la presenza, in determinati atti, alle parti e ai loro avvocati, o solamente a questi ultimi*».

2. – In un mio recente saggio sulla garanzia del contraddittorio nel Progetto di nuovo c.p.c. brasiliano, ho avuto l'occasione di affermare, senza timore di sbagliarmi, che l'elaborazione di un codice, qualunque sia il suo oggetto, costituisce un compito notevole e rilevante.

Rispetto al processo civile, Carnelutti metteva in risalto l'evidente difficoltà e richiamava l'attenzione sulla differenza tra architettura scientifica e architettura legislativa, essendo sicuro che quest'ultima non deve disprezzare i valori e i dogmi conquistati dalla scienza processualistica ⁽⁹⁾.

Non c'è il minimo dubbio che la dogmatica sia molto importante per illuminare il legislatore!

Confesso, tuttavia, che non trovo molto utile, oggi, etichettare un determinato modello processuale come «liberale» o «autoritario», «inquisitivo» o «dispositivo», ecc., poiché, è sicuro, che tali dicotomie non hanno la capacità di risolvere i problemi reali che emergono dalla *prassi forense*. A questo proposito, mi permetto di richiamare un'importante considerazione formulata da Consolo, e ripresa da Trocker, secondo la quale in epoca moderna, il processualista, relegando l'ideologia ad un piano secondario, deve sforzarsi per: a) mettere in risalto il ruolo costituzionale della giustizia e della tutela giurisdizionale all'interno della società civile moderna, in costante evoluzione; b) garantire l'effettività della tutela giurisdizionale per dare pieno riconoscimento alle situazioni giuridiche soggettive previste dalla legge; e c) offrire a tutti i cittadini gli strumenti e i meccanismi per raggiungere una giusta composizione delle liti.

Partendo da queste premesse, Consolo aggiunge (seguito da Trocker): è sempre opportuno ricordare che il processo non può perseguire un fine in se stesso. Il processo costituisce solo un mezzo e le sue regole devono adeguarsi alle necessità dei suoi destinatari, ossia, della società e, in particolare, delle parti. Anche per questo, diviene imprescindibile considerare i problemi della giustizia in forma pragmatica, elaborare e seguire le riforme processuali in base ad un approccio critico, al fine di rivelare i punti

⁽⁹⁾ F. CARNELUTTI, *Intorno al progetto preliminare del Codice di Procedura Civile*, Milano, 1937, p. 7.

concreti e le problematiche dell'esperienza giuridica ancora non risolti in modo soddisfacente. Ciò significa che gli studiosi del processo non si devono uniformare e nemmeno soddisfare con lo studio della retorica del processo e con prospettive puramente dogmatiche e astratte. A riguardo è stato correttamente affermato che quando analizziamo i problemi della giustizia civile, dobbiamo abituarci, per lo meno alcune volte, ad aguzzare l'ingegno ⁽¹⁰⁾.

A questo riguardo, deve essere rilevato che, senza dubbio, il nuovo c.p.c., fin dal progetto preliminare, non ha sottovalutato i moderni principi che emergono dalla Costituzione Federale. Al contrario, vanno messe in risalto le innumerevoli regole che nel codice sono dirette, ad ogni momento, ad assicurare il rispetto dei principi del «giusto» processo. Anche perché, in primo luogo, i fondamenti di un codice di rito devono essere orientati secondo le direttive tracciate nel testo costituzionale ⁽¹¹⁾.

E, quindi, in questo particolare ambito, devo dire che la legislazione processuale recentemente approvata merita di essere elogiata.

Per quanto riguarda la garanzia della pubblicità degli atti, si rileva, fin d'ora, che il nuovo codice – oltre a restare fedele ai classici dogmi del processo liberale, assicurando, di regola, la *pubblicità assoluta* o *esterna* ⁽¹²⁾ – introduce un notevole miglioramento rispetto al vecchio testo (ancora attualmente in vigore).

⁽¹⁰⁾ C. CONSOLO, *Dieci anni di riforme della giustizia civile (la trattazione della causa nella fase introduttiva del processo)*, in *Rassegna Forense*, 2001, p. 343-344; nelle stessa linea N. TROCKER, *Poderes del juez y derechos de las partes en el proceso civil: las enseñanzas de Calamandrei y las reformas procesales en Europa*, (traduzione spagnola di Laura Volpe, in *Teoría & derecho – Revista de Pensamiento Jurídico*, Valencia, n. 7, 2010, p. 112-113.

⁽¹¹⁾ Si veda, in questo senso, L. G. MARINONI e D. MITIDIERO, *O Projeto do CPC – críticas e propostas*, San Paolo, 2010, p. 15.

⁽¹²⁾ Il regime di *pubblicità assoluta* o *esterna* permette l'accesso agli atti processuali non solo alle parti, ma anche ad ogni individuo; al contrario, nel regime di *pubblicità ristretta* o *interna* tutti gli atti, o alcuni di essi, si realizzano solo davanti alle persone direttamente interessate e ai loro rispettivi procuratori legali, oppure alla sola presenza di questi ultimi.

Si rileva, a questo proposito, che la dottrina processualista più recente ha abbandonato l'utilizzazione (d'altronde, atecnica e del tutto inappropriata) dell'espressione «segreto di giustizia». Si preferisce, quindi, l'uso delle locuzioni «*regime di pubblicità assoluta*» e «*regime di pubblicità ristretta*». Si vedano: J.A. TOME GARCÍA, *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*, Madrid, 1987, p. 116; V. FAIRÉN GUILLÉN, *Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político*, in *Revista de Derecho Procesal IberoAmericana*, 1975, nn. 2-3, p. 325.

In primo luogo, ripetendo praticamente il dettato costituzionale (di cui all'art. 93, IX), l'art. 11, prima parte del nuovo codice dispone, quale norma di carattere generale, che que: *«Tutti i processi degli organi del Potere Giudiziario saranno pubblici e tutte le decisioni saranno motivate, a pena di nullità»*. L'eccezione viene indicata nel paragrafo unico del citato artigo con la seguente redazione: *«Nei casi di segreto di giustizia, può essere autorizzata la sola presenza delle parti, dei loro avvocati, del difensore pubblico e del pubblico ministero»*.

Coerentemente con queste premesse, l'art. 189 del nuovo c.p.c. stabilisce che: *«Gli atti processuali sono pubblici, tuttavia sono coperti da segreto di giustizia i processi: I – in cui lo esige l'interesse pubblico o sociale; II – vertenti su matrimonio, separazione dei corpi, divorzio, separazione, unione stabile, filiazione, alimenti e affidamento di bambini e adolescenti; III – in cui constano dati protetti dal diritto costituzionale alla riservatezza; IV – in materia di arbitrato, inclusi i processi relativi all'esecuzione della carta arbitrale, purché la riservatezza, concordata nell'arbitrato, sia provata in giudizio. § 1° Il diritto di consultare i fascicoli del processo coperti da segreto di giustizia e di chiedere copia autentica dei suoi atti é riservato alle parti e ai loro procuratori. § 2° Il terzo che dimostra di avere un interesse giuridico può richiedere al giudice una copia autentica del dispositivo della sentenza, così come dell'inventario e della divisione risultante dal divorzio o dalla separazione»*.

In linea generale, il nuovo codice, più appropriato rispetto all'attuale ordinamento giuridico, conserva la regola dell'art. 155 del vecchio testo.

A questo riguardo, è opportuno fare alcune osservazioni. Come già indicato, si rileva che l'art. 189 continua a utilizzare l'espressione anacronistica «segreto di giustizia», invece di usare un'altra formula, molto più tecnica, come quella di «regime di pubblicità ristretta».

Inoltre, molte volte accade che l'interesse a garantire la riservatezza del processo non abbia solo una connotazione «pubblica», riguardando anche un aspetto «privato» di uno o entrambi i contendenti (come, ad esempio, nei casi di errore medico, in

cui la prova prodotta in giudizio può danneggiare la dignità della persona coinvolta) ⁽¹³⁾. In base all'art. 5°, inciso X, della Costituzione, il giudice dovrà, in tali ipotesi, avvalersi del principio di proporzionalità e imporre un regime di «pubblicità ristretta» nello svolgimento del rispettivo processo. Deve essere osservato che la stessa Costituzione Federale autorizza il regime di «pubblicità ristretta» per tutelare la riservatezza delle parti ⁽¹⁴⁾.

Il legislatore ha compiuto una scelta opportuna, dando attuazione in modo espresso, all'art. 189, inciso III, del nuovo c.p.c., alla garanzia costituzionale della riservatezza/intimità delle informazioni riguardanti le parti o anche dei terzi (art. 5°, inciso XII, della Costituzione Federale). Ma, tutto ciò non basta. Ci sono anche altri dati che quando vengono rivelati provocano, in molti casi, un pregiudizio inequivoco ad uno dei contendenti, sebbene tali dati non vengano protetti dalla garanzia costituzionale in discorso. Mi riferisco, in particolare, alle azioni relative alla concorrenza, che hanno ad oggetto dati attinenti alla proprietà industriale, al segreto industriale, al registro dei clienti, ecc. Anche queste informazioni meritano, allo stesso modo, di essere oggetto di una prova prodotta in giudizio in regime di «pubblicità ristretta».

Si deve, altresì, ricordare che, oltre alle situazioni indicate nell'art. 189 (precedentemente trascritto), il nuovo c.p.c. permette anche, in via eccezionale, che innumerevoli atti processuali siano compiuti *inaudita altera parte*, come previsto da varie disposizioni, qualora l'interesse preponderante sia quello del ricorrente: la tutela giurisdizionale da lui richiesta potrebbe risultare inefficace, se l'altra parte potesse avere previa conoscenza dell'attuazione della tutela richiesta (per esempio: art. 300).

⁽¹³⁾ Si veda, anche, F. C. PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 3, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1979, p. 71, il quale sottolinea che: «... Attualmente, i rispettabili interessi dello Stato in cui non sono coinvolti alcuni servizi strategici, così come quelli degli individui (...) sono degni di tutela quanto il decoro e la moralità pubblica». Sul tema, si veda L. MONTESANO, «Pubblico» e «privato» in *norme del Codice Civile sulla tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1011 ss., pubblicato anche in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, v. 2, Milano, 1993, p. 15 ss.

D'altra parte, si noti che, secondo la decisione della sezione 4ª del Superiore Tribunale di Giustizia, relatore ministro Fernando Gonçalves, nel processo del Ricorso speciale n. 253.058-MF, è stato stabilito che: «Nei casi di persone pubbliche, l'ambito della tutela dei diritti della personalità può essere diminuito, essendo ammessa, in tesi, la divulgazione di informazioni idonee a permettere la formazione di un giudizio critico degli elettori sul carattere del candidato».

⁽¹⁴⁾ Art. 5°, LX, della Costituzione Federale: «la legge potrà limitare la pubblicità degli atti processuali solo quando lo esigano la tutela della riservatezza o l'interesse sociale».

Si aggiunga che nel capitolo relativo «*Da Audiência de Instrução e Julgamento*» («Udienza di Istruzione e Discussione»), l'art. 368 del nuovo codice, in modo incisivo (e persino ridondante), dispone che: «*L'udienza sarà pubblica, fatte salve le eccezioni legali*».

3. – D'altra parte, già per quanto riguarda il dovere di motivazione, partendo dalla regola generale scolpita nell'art. 11, precedentemente trascritto, si conclude agevolmente che, in principio, il nuovo c.p.c. non ammette che un provvedimento giurisdizionale di natura decisoria sia privo di un'adeguata motivazione.

In questo modo, l'art. 489, II, stabilisce che il modello ideale di sentenza deve contenere, tra i suoi requisiti formali, «*i motivi, nei quali il giudice analizzerà le questioni di fatto e di diritto*».

Riproducendo, pertanto, quanto disposto nell'art. 458, II, del codice del 1973, il novo c.p.c. impone il dovere di motivazione come un presupposto di validità degli atti decisorii (art. 11 e c/c. art. 489, II).

Il nuovo c.p.c., sebbene non abbia tracciato la distinzione tra i diversi tipi di provvedimenti decisorii, si preoccupa, per quanto riguarda il dovere di motivazione, più con la forma che con il contenuto, al pari di quanto previsto dal vecchio codice.

Ciò nonostante, deve intendersi che necessitano di una motivazione più semplice le decisioni interlocutorie, le sentenze di rito (che non decidono il merito della lite), gli «*acórdãos*» interlocutori⁽¹⁵⁾ e, ancora, le decisioni adottate monocraticamente che ammettono o negano prosecuzione ad un'impugnazione, senza escludere l'eccezionale possibilità per il giudice o per il tribunale di trovarsi davanti ad una situazione che impone loro una motivazione complessa.

Le sentenze e gli «*acórdãos*» definitivi (che statuiscono sul merito) devono rispettare, rigorosamente, lo schema tracciato nel richiamato art. 489 e, quindi, contenere, da un punto di vista strutturale, gli elementi essenziali imposti da questa disposizione.

⁽¹⁵⁾ Nel processo civile brasiliano, l'*acórdão* è una decisione collegiale emanata da un tribunale (art. 204 del nuovo c.p.c.).

Si deve ricordare, altresì, che ai sensi dell'art. 503 del nuovo codice: «*La pronuncia che decide totalmente o parzialmente il merito ha forza di legge nei limiti della questione principale espressamente decisa*».

Del resto, secondo un generalizzato orientamento dottrinale e giurisprudenziale, la mancanza di esteriorizzazione della *ratio decidendi* di un provvedimento giurisdizionale provoca la sua invalidità. Allo stesso modo, saranno nulle le decisioni amministrative dei tribunali qualora non siano motivate, applicando loro la comminatoria prevista nell'inciso IX dell'art. 93 della Costituzione Federale e espressamente reiterata nell'art. 11 del nuovo c.p.c., in precedenza indicato.

Risulta, ancora, importante chiarire che l'art. 10 del nuovo codice vieta, senza alcun dubbio, le decisioni «a sorpresa», disponendo che: «*Il giudice non può decidere, in nessun grado di giurisdizione, basandosi su un motivo rispetto al quale le parti non hanno avuto l'opportunità di manifestarsi, anche se si tratta di una materia sulla quale il giudice deve decidere di ufficio*».

Questa regola irrobustisce il principio del contraddittorio, assimilando la moderna esigenza di cooperazione tra i protagonisti del processo (¹⁶).

Come ha opportunamente sottolineato Daniel Mitidiero, all'interno dei quadranti di un processo strutturato sulla base della necessità della collaborazione dei protagonisti del giudizio, diviene assolutamente indispensabile che le parti abbiano la possibilità di manifestarsi su tutti gli aspetti della causa che possano servire da fondamento per la decisione, anche rispetto alle «questioni che il giudice può conoscere di ufficio» (¹⁷).

È evidente che questa importante premessa non si applica nelle situazioni in cui il convenuto non è stato ancora citato. In effetti, non si intravede nessuna antinomia tra l'enunciato delle disposizioni, precedentemente richiamate, e la regola dell'art. 332 del nuovo codice di rito, che continua (al pari del vecchio codice) ad autorizzare il giudice a

(¹⁶) A questo proposito si veda C. A. ALVARO DE OLIVEIRA, *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lisboa*, vol. 44, 2003, p. 194-195.

(¹⁷) D. MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*, San Paolo, 2009, p. 136.

rigettare, in via preliminare, la domanda introduttiva del giudizio, persino prima della citazione del convenuto ⁽¹⁸⁾.

D'altra parte, sotto diverso angolo, il nuovo codice rivela un'accentuata preoccupazione in riferimento al dovere di motivazione delle sentenze in alcune precise ipotesi. Preferendo incorrere in una palese ridondanza, il legislatore ha cercato di essere incisivo e lasciare del tutto chiaro che, in determinate situazioni più delicate, il giudice deve raddoppiare il suo sforzo nel motivare i propri atti decisorii.

In questa direzione, deve essere posto in risalto quanto disposto dall'art. 373, § 1°, del nuovo c.p.c. redatto nel modo seguente: «*Nei casi previsti dalla legge o dinanzi alle specificità della causa, inerenti all'impossibilità o all'eccessiva difficoltà di adempiere all'obbligo nei termini indicati nel caput o alla maggiore facilità di ottenere la prova del fatto contrario, il giudice potrà attribuire l'onere della prova in modo diverso, purché lo faccia con decisione motivata, nel cui caso dovrà dare alla parte l'opportunità di sottrarsi all'onere che gli è stato attribuito*» ⁽¹⁹⁾.

In questo caso, ci troviamo dinanzi ad una tipica situazione in cui in una decisione interlocutoria è richiesta una motivazione più elaborata, non essendo sufficiente, in tesi, quella motivazione concisa che è, di regola, propria della categoria di questo tipo di provvedimento giurisdizionale.

Davanti a tale ipotesi, l'organo giudicante dovrà affrontare «*le specificità della causa*», indicando le ragioni che lo hanno convinto a determinare l'inversione soggettiva dell'onere della prova, come normativamente previsto agli incisi I e II dell'art. 373 del nuovo c.p.c.

⁽¹⁸⁾ È opportuno ricordare che in Brasile, nel processo civile ordinario, la domanda è portata prima alla conoscenza del giudice e solo successivamente alla conoscenza del convenuto. Ciò spiega la ragione per la quale, nei casi indicati dalla legge, il giudice può dichiarare infondata la domanda dell'attore, prima che il convenuto sia stato citato (art. 332 del nuovo c.p.c.; art. 295 del c.p.c. del 1973).

⁽¹⁹⁾ In particolare, la prima parte (il *caput*) dell'art. 373 del nuovo c.p.c. dispone che: «L'onere della prova spetta: I – all'attore, in relazione al fatto costitutivo del suo diritto; II) al convenuto, in relazione all'esistenza del fatto impeditivo, modificativo o estintivo del diritto dell'attore».

Come ricorda C. R. DINAMARCO, *Vocabulário do processo civil*, San Paolo, 2009, p. 313, il *caput* è la «testa» dell'articolo, la sua prima parte, in cui si trova la «disposizione centrale», che viene seguita da incisi e paragrafi in cui si trovano «disposizioni complementari».

Una motivazione complessa o, almeno, più elaborata, viene anche richiesta dalla regola dell'art. 298, secondo cui: «*Nella decisione che concede, nega, modifica o revoca la tutela provvisoria, il giudice motiverà il suo convincimento in modo chiaro e preciso*».

La *mens legislatoris* si intende perfettamente. In principio, accade che, in queste situazioni, il provvedimento giurisdizionale, anche se revocabile, potrà provocare conseguenze serie e immediate nella sfera dei diritti della parte contro la quale l'atto venne emanato.

4. – Inoltre, da un'altra ottica, il nuovo c.p.c. prevede un'originale e importante regola all'art. 489, § 1°, secondo cui: «*Non si considera motivata la decisione giudiziale, si tratti di una decisione interlocutoria, di una sentenza o di un acórdão, che : I – si limita ad indicare, riprodurre o parafrasare un atto normativo, senza spiegare la relazione di quest'ultimo con la causa o la questione decisa; II – utilizza concetti giuridici indeterminati, senza spiegare il motivo concreto della loro incidenza al caso [deciso]; III - invoca motivi che si presterebbero a giustificare qualsiasi altra decisione; IV – non affronta tutti gli argomenti dedotti nel processo idonei, in tesi, a invalidare la soluzione adottata dal giudice; V – si limita ad invocare un precedente o un enunciato di *súmula*, senza identificare i suoi motivi determinanti né dimostrare che il caso oggetto del giudizio si adatta a quei motivi; VI – omette di seguire un enunciato di *súmula*, giurisprudenza o precedente invocato dalla parte, senza dimostrare l'esistenza della distinzione dell'enunciato rispetto al caso oggetto del processo o il superamento dell'orientamento*»⁽²⁰⁾.

Preoccupato ancora una volta con il dettato costituzionale del dovere di motivazione, il nuovo c.p.c., in forma persino pedagogica, indica i vizi più comuni che compromettono la validità dell'atto decisorio.

Se di fatto, la disposizione, precedentemente riportata, sarà osservata in maniera rigorosa, accadrà che facilmente innumerevoli provvedimenti giurisdizionali, compresi

⁽²⁰⁾ La *súmula* è un enunciato sintetico della giurisprudenza di un tribunale che riflette una parte di decisioni adottate reiteratamente su un determinato punto di diritto, così quasi testualmente C. R. DINAMARCO, *Vocabulário*, cit., p. 272-273. Si veda J.R. CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial como fonte de direito*, San Paolo, 2004, p. 257 ss.

quelli del Superiore Tribunale di Giustizia, saranno «bocciati», poiché, come evidenzia la prassi, si riportano o semplicemente trascrivono il sommario di precedenti, come motivazione!

Quando entrerà in vigore il nuovo c.p.c., saranno colpite da irrimediabile nullità quelle decisioni adottate in base al seguente modello: « (...) Si tratta di un ricorso speciale nel quale si allega la violazione di disposizioni di legge federale e dissidio giurisprudenziale. Il ricorso non soddisfa le condizioni di ammissibilità. Quanto all'allegata violazione delle disposizioni indicate, si osserva che non è stato dimostrato che questa sia verificata, in quanto nella sentenza impugnata furono rispettate le regole legali per la risoluzione delle questioni di fatto e di diritto della controversia, indicando le premesse sulle quali la decisione si fonda. Inoltre, la sentenza, nel decidere nella forma censurata [dalla parte], ha giudicato conformemente al convincimento formatosi in seno all'organo giudicante dinanzi alle prove e alle circostanze fattuali proprie del processo *sub judice*; è certo che, in questo modo, i motivi dell'impugnazione tendono al riesame di tali elementi. L'impugnazione, tuttavia, non può perseguire questo obiettivo, secondo quanto disposto dalla *súmula* 7 del Superiore Tribunale di Giustizia, che è sufficiente ad impedire la prosecuzione del ricorso, sia in relazione all'ipotesi prevista nella lettera a, sia rispetto a quella prevista nella lettera c della previsione costituzionale. Visto quanto esposto, nego prosecuzione al ricorso speciale» ⁽²¹⁾.

Tuttavia, enti esponenziali, quali l'Associazione Nazionale dei Magistrati della Giustizia del Lavoro (*Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho* — Anamatra), l'Associazione dei Magistrati Brasiliani (*Associação dos Magistrados Brasileiros* — AMB) e l'Associazione dei Giudici Federali del Brasile (*Associação dos Juízes Federais do Brasil* — Ajufe) si sono manifestate in senso contrario all'approvazione (*sanção*) da parte del Presidente della Repubblica della disposizione in esame ⁽²²⁾. In risposta alle critiche ricevute da una parte della dottrina, a Anamatra ha divulgato una nota

⁽²¹⁾ La locuzione «previsione costituzionale», di cui al testo, si riferisce in tal caso all'art. 105, inciso III, della Costituzione Federale.

⁽²²⁾ Nel sistema costituzionale brasiliano, la «sanzione presidenziale» è l'atto con il quale il Presidente della Repubblica approva un progetto di legge (art. 66 Cost.).

che sintetizza nel modo seguente il suo dissenso rispetto ai nuovi doveri di motivazione che saranno imposti ai magistrati. Secondo tale associazione, l'entrata in vigore della norma comprometterebbe l'indipendenza funzionale dei giudici, pregiudicherebbe la ragionevole durata del processo, limiterebbe la portata della disposizione di cui all'art. 93, IX, della Costituzione Federale, farebbe diventare vincolanti *súmulas*, tesi e orientamenti giurisprudenziali; tutto ciò potrebbe essere previsto solo dalla Costituzione.

In senso analogo, il presidente dell'Associazione dei Magistrati Brasiliani, João Ricardo Costa, in un'intervista alla rivista *Consultor Jurídico*, ha affermato che imporre ai magistrati il dovere di analizzare tutte le allegazioni delle parti e motivare su di esse finirebbe per burocratizzare il processo e impedirebbe al giudice di fondarsi su motivi diversi da quelli indicati dai contendenti.

In fin dei conti, per quanto riguarda il rispetto delle garanzie individuali, il diritto di accesso alla giustizia potrà essere soddisfatto solo se, alla fine, le allegazioni delle parti saranno prese in considerazione dal giudice; e ancora per l'inestimabile contributo proveniente da decisioni giuridiche più giuste, perché più aderenti alle caratteristiche di ogni caso. Non è un'esagerazione affermare che l'art. 489, tanto criticato dalle associazioni dei magistrati, costituisca una delle principali innovazioni del nuovo c.p.c., ciò che mi porta, pertanto, a discordare da tutte le opinioni sfavorevoli alla sua entrata in vigore o che, in qualche modo, tendono a limitare la sua applicazione⁽²³⁾.

A questo riguardo, osservo che il nuovo codice ha perso anche l'opportunità per ripudiare l'assurda previsione contenuta nell'art. 252 del Regolamento Interno del Tribunale di Giustizia di San Paolo, così redatto: «*Nelle impugnazioni in generale, il relatore potrà limitarsi a ratificare i motivi della decisione impugnata, qualora, sufficientemente motivata, debba essere confermata*».

Ma non è solo questo. Prescindendo dall'imperfetta e discutibile redazione in forma indiretta del secondo inciso della richiamata disposizione, quando ricorrono concetti

⁽²³⁾ Si veda: A. PELLEGRINI GRINOVER, P. H. dos SANTOS LUCON, J. R. CRUZ E TUCCI, *Em defesa das inovações introduzidas no novo CPC*, in *Consultor Jurídico*, 14.03.2015.

(*rectius*: termini ⁽²⁴⁾) indeterminati, clausole generali e principi giuridici, è, generalmente, richiesto un ragionamento ermeneutico e assiologico dettagliato, spesso basato sulla ponderazione, per giustificare la scelta, tra le altre opzioni possibili, di quella più adatta alla situazione concreta (si ricordi il giudice Ercole nella problematica suggerita da Dworkin). A questo proposito, scrissi, alcuni anni fa, che: il «nuovo codice civile ha accolto espressamente, agli articoli 113, 421 e 422, il principio di buona fede oggettiva. Si deve, tuttavia, notare che, prima della positivizzazione di questa regola, si imponeva all'organo giudicante, che la applicava, un'estesa motivazione della sentenza, per giustificare l'adozione di un precetto non contemplato nel nostro ordinamento giuridico» ⁽²⁵⁾.

In realtà, le richiamate nuove disposizioni normative sul dovere di motivazione, inserite nel codice approvato, rafforzano l'idea secondo cui la moderna concezione del «giusto processo» non tollera nessun residuo di discrezionalità del giudice, anche perché, lontano dall'essere semplicemente «*la bouche de la loi*», il giudice proattivo dell'epoca moderna deve – per quanto possibile – adoperarsi e vigilare per l'osservanza della garanzia del «dovuto processo legale», da assicurarsi ai litiganti! ⁽²⁶⁾.

Se è così, si deve concludere che l'inserimento di queste regole – apparentemente ridondanti – preannunciano un progresso inequivoco della legislazione processualcivile.

5. – In conclusione, sintetizzando, sottolineo che la regolamentazione, prevista nel nuovo c.p.c., dei principi di pubblicità e del dovere di motivazione rappresenta un'innegabile evoluzione in relazione al precedente codice, ancora in vigore.

⁽²⁴⁾ Si veda, rispetto all'incongruenza dell'espressione, l'importante opera di M. STRECK, *Generalklausel und unbestimmter Begriff im Recht der allgemeinen Ehwirkungen*, Bonn, 1969, p. 21, che, tra l'altro, compone il titolo del suo libro.

⁽²⁵⁾ J.R. CRUZ E TUCCI, *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 290-291. Si consulti sul tema C-W. CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. A. Menezes Cordeiro, 2ª ed., Lisboa, 1996, p. 273 ss.

⁽²⁶⁾ Si veda, sotto un aspetto analogo, rispetto ai poteri del giudice J.R. dos SANTOS BEDAQUE, *Discricionariedade judicial*, in *Revista Forense*, v. 354, 2001, p. 187.

È, altresì, evidente che le regole precedentemente esaminate riceveranno un'adeguata applicazione solo quando il processo sarà condotto da giudici impegnati nel raggiungimento dell'effettività della giustizia!