



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review



INTERNATIONAL
Scientific Indexing



Editors

Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Freddie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)

Editorial Board

Alvaro Perez-Ragone (University of Valparaiso, Chile)
Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Bruno Sassani (University of Rome, Tor Vergata, Italy)
Burkhard Hess (University of Heidelberg, Germany)
Daniel Mitidiero (Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil)
Dimitrios Tsikrikas (Universidade de Atenas, Grécia)
Dmitry Maleshin (University of Moscow, Russia)
Fernando Gascón Inchausti (University Complutense of Madrid, Spain)
Frédérique Ferrand (University of Lyon, France)
Freddie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)
Giorgio Costantino (University of Rome, Roma Tre, Italy)
Giovanni Priori Posada (Pontificia Universidade Católica del Perú)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)
Jordi Nieva-Fenoll (University of Barcelona, Spain)
José Roberto Bedaque (University of São Paulo, Brazil)
Loïc Cadiet (University of Paris, Sorbonne, France)
Marino Marinelli (University of Trento, Italy)
Michele Angelo Lupoi (University of Bologna, Italy)
Miguel Teixeira de Sousa (University of Lisbon, Portugal)
Mostefa Maouene (University Sidi bel Abbès, Algeria)
Neil Andrews (University of Cambridge, England)
Paula Costa e Silva (University of Lisbon, Portugal)
Paula Sarno Braga (Federal University of Bahia, Brazil)
Remo Caponi (University of Florence, Italy)
Rolf Stürner (University of Freiburg, Germany)
Teresa Arruda Alvim (Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brazil)

Executive Editors

Daniela Bermudes (UFES)
Felipe Batista (UFBA)
Leandro Fernandez (PE)
Marcus Seixas Souza (UFBA)
Paula Pessoa (UNB)
Ravi Peixoto (UERJ)

Reviewers (this issue)

Bernardo Lima (UFBA)
Carlos Frederico Bastos (FDV)
Carolina Meireles (UERJ)
Clarisse Frechiani Leite (USP)
Clayton Albuquerque Maranhão (UFPR)
Elie Eid (USP)
Lia Batista Cintra (UNIFESP)
Marcos Minami (URCA)
Maria Gabriela Campos (UFPE)
Robson Godinho (PUC/SP)
Thais Paschoal (UNESP)
Thiago Siqueira (UFES)
Trícia Navarro (UFES)
Vinícius Lemos (UFAC)



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

2024





FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO



ProcNet

Rede Internacional de Pesquisa sobre
Justiça Civil e Processo Contemporâneo

Rua José Peroba, 123, Costa Azul, Salvador/BA. CEP: 41.770-235.
Tel: 3205-7744

Copyright: Faculdade Baiana de Direito

Todos os direitos desta edição reservados a Faculdade Baiana de Direito e ProcNet.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor, da Faculdade Baiana de Direito e da ProcNet. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Isabella Tardin Cardoso

Professor of Latin Language and Literature at the State University of Campinas (Unicamp), Brazil.

Edilson Vitorelli

Professor of Procedural Law in the undergraduate, master's and doctoral programs at the Federal University of Minas Gerais, Brazil.

Zhao Qing

Assistant Professor at School of Law, Shanghai University (China)

Valentina Capasso

Adjunct Professor at Università degli Studi di Napoli Federico II, Italy. Joint PhD from the Università degli Studi di Napoli Federico II and Université Jean Moulin Lyon 3, France.

Andrzej Olaś

Adjunct professor of Civil Procedure at Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University in Krakow, Poland.

Pedro Domingos

Ph.D. candidate at the Faculty of Law of the University of Coimbra, Portugal. Master of Laws from the Federal University of Espírito Santo (UFES), Brazil.

Andrea Monesiglio

PhD candidate at the Faculty of Law of the University of Milano – Bicocca.

Juliana Melazzi Andrade

Prosecutor in the State of São Paulo, Brazil. Master of Laws from the Rio de Janeiro State University (UERJ).

Fernanda Rocha David

Master of Laws from the Rio de Janeiro State University (UERJ), Brazil. Lawyer.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Journal of the American College of Civil Procedure Scholars

Sumário

• 1

UM DEVIDO PROCESSO LEGAL EM ROMA ANTIGA? BREVE OLHAR SOBRE AS “CATILINÁRIAS” E “EM DEFESA DE MILÃO” 11

A due process in Rome: taking a look at The Conjuraton
of Catilina and In defense of Milan

Isabella Tardin Cardoso e Edilson Vitorelli

1. Introdução.....	13
2. O (in)devido processo na argumentação d’as <i>catilinárias</i>	18
2.1 O decreto e a lei.....	18
2.2 César e os precedentes de exceção.....	22
4. Considerações finais.....	26
Referências.....	27

• 2

THE ESSENCE AND STRUCTURE OF LITIGATION CLAIM ACKNOWLEDGEMENT 30

Zhao Qing

I. Introduction.....	30
II. Basic meaning of litigation claim acknowledgement.....	33

A.	Concept and Origin of Litigation Claim Acknowledgement.....	33
B.	Acknowledgement Features and Its Difference from Adjacent Systems.....	34
III.	The essentialism of litigation claim acknowledgement	36
A.	Procedure Law Theory	37
B.	Private Law Act Theory	40
C.	Compromise Theory	41
D.	Real Benefits from the Research on Essentialism.....	41
IV.	Establishment requirements for litigation claim acknowledgement.....	43
A.	The Defendant's Entitlement to Dispose of the Object of Acknowledgement..	44
B.	Conformance to the Requirements for Litigation Essentials	45
C.	The Intention Expressed for Acknowledgement Is Genuine.....	46
V.	Validity and manifestation of litigation claim acknowledgement.....	48
A.	German Judgment System by Acknowledgement.....	49
B.	Japanese System of Acknowledgement Notes	50
C.	Comparison and Reference: Reform of Common Judgment System of China..	50
VI.	Relief on claim acknowledgement	52
A.	Scope of Appeal	52
B.	Applicable Scope of Grounds for Retrial	53
VII.	Conclusion	55

• 3

NEW TASKS FOR ITALIAN SUPREME COURT:

PRELIMINARY REFERRAL AND EUROPEAN REVOCATION 56

Valentina Capasso

1.	Introduction.....	57
2.	The preliminary referral to the Court of Cassation: preliminary remarks.....	58
2.1.	Admissibility criteria	59
2.2.	The proceedings (before the trial judge and before the Supreme Court).....	60
2.3.	Critical remarks: effectiveness.	61
2.4.	... and legitimacy.....	62

3. The European revocation: preliminary remarks	63
3.1. Admissibility criteria	65
3.2. The proceedings (before the Court of Cassation and, possibly, before the trial judge)	68
3.3. Critical remarks: effectiveness... ..	69
3.4 ... and legitimacy.....	70
4. Concluding remarks	71
List of references	71

• 4

EMERGENCE OF THE PROCEDURAL PROTEUS TO THE SURFACE OF CIVIL JUSTICE: NAVIGATING THE SPECTRUM OF PROPORTIONALITY IN CIVIL PROCEDURE..... 75

Andrzej Ołaś

I. Setting the Scene: Proportionality as a Well-Entrenched General Principle of Law and its Emergence from Obscurity in Civil Procedure	76
II. Proportionality as a Procedural Value, a Criterion for the Axiological Assessment of Procedural Regulation and one of the Determinants of the Effectiveness of Civil Proceedings	80
III. The Principle (Test) of Proportionality: Ensuring Hierarchical Compliance in Rules Governing Civil Procedure.....	84
IV. Utilizing the Proportionality Test: Resolving Conflicts Between Key Procedural Principles and Expressed Values in Procedural Law's Interpretation and Application	87
V. Proportionality as a Persuasive Tool: Guiding Judicial Discretion in Applying the Law	90
VI. Proportionality as the Foundation of Individual Procedural Institutions	95
VII. Conclusions: Reflecting on the Current Status and Future Prospects of Proportionality in Civil Proceedings.....	97
Bibliography.....	103

• 5

OS PROTOCOLOS QUE ANTECEDEM O JULGAMENTO (PRE-ACTION PROTOCOLS) EM INGLATERRA: O USO DE MECANISMOS DE GESTÃO PROCESSUAL PRECOCE COMO FORMA DE OBTENHA MAIOR CELERIDADE, ADEQUAÇÃO E REDUÇÃO DE CUSTOS NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA CIVIL 107

Pre-action protocols in England: The use of early procedural management mechanisms as a means of achieving greater speed, adequacy, and cost reduction in the administration of civil justice.

Pedro Domingos

1. Introdução	108
2. As inovações em cooperação e justiça multiportas no CPC 2015	109
3. O Overriding Objective e o Case Management nos pre-action protocols	113
4. Breve introdução sobre os Protocolos pré-julgamento e o Processo Civil Inglês.....	116
5. Os pre-action protocols e suas practice directions.....	120
6. O controle do cumprimento das ordens que antecedem o julgamento no procedimento prévio: sanções e riscos	122
7. Ordens judiciais que antecedem o julgamento para revelação de documentos (disclosure)	123
8. O Sistema Brasileiro: Limites e Possibilidades de comparação	125
9. Conclusões.....	129
10. Referências Bibliográficas	129

• 6

PROCESSO CIVILE E GIUSTIZIA PREVISIONALE. INDAGINE ATTORNO AL PRINCIPIO DI NON ESCLUSIVITÀ 133

Civil trial and predictive justice. Investigation about the principle of non-exclusivity

Andrea Monesiglio

1. Sconfessiamo l'immaginario comune.....	134
---	-----

2. Cenni sui modelli di giustizia previsionale.....	137
3. Indagine sui risvolti dell'utilizzo di sistemi di giustizia previsionale.....	142
3.1. La giustizia previsionale è conforme all'ordinamento giuridico?.....	143
3.2. In che misura possono essere utilizzati gli strumenti di giustizia previsionale?..	147
3.2.1. Il principio di non esclusività: fondamento giuridico.....	147
3.2.2. Il principio di utilizzo ragionevole quale corollario del principio di non esclusività	150
4. La giurisprudenza amministrativa sugli algoritmi decisionali. Considerazioni per una applicazione analogica del principio di non esclusività nel processo civile	152
5. Conclusioni.....	156
Bibliografia.....	159

• 7

LITIGÂNCIA PREDATÓRIA NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO: O USO ABUSIVO DO REQUERIMENTO DE FALÊNCIA PELO CREDOR **163**

Juliana Melazzi Andrade e Fernanda Rocha David

1. Introdução	164
2. O uso abusivo do Poder Judiciário na análise econômica do processo.....	164
2.1 Litigância predatória	169
2.2. As espécies de litigância predatória.....	173
2.3. A atuação do Poder Judiciário em combate à litigância predatória.....	176
3. Litigância predatória no processo falimentar.....	178
3.1. Características gerais do processo falimentar.....	178
3.2. Requerimento abusivo de falência como forma de litigância predatória na execução	182
4. Considerações finais.....	188
5. Referências	189



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

UM DEVIDO PROCESSO LEGAL EM ROMA ANTIGA? BREVE OLHAR SOBRE AS "CATILINÁRIAS" E "EM DEFESA DE MILÃO"¹

A due process in Rome: taking a look at The Conjuraton of Catilina and In defense of Milan

Isabella Tardin Cardoso

Professor of Latin Language and Literature at the State University of Campinas (Unicamp), Brazil. Email: icardoso@unicamp.br.

Edilson Vitorelli

Professor of Procedural Law in the undergraduate, master's and doctoral programs at the Federal University of Minas Gerais, Brazil. edilsonvitorelli@gmail.com

1. INTRODUÇÃO; 2. O (IN)DEVIDO PROCESSO NA ARGUMENTAÇÃO D'AS CATILINÁRIAS; 2.1 O decreto e a lei; 2.2 César e os precedentes de exceção; 3. O rito extra ordine e o privilegium em Pro Milone; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

RESUMO: Este artigo, que apresenta os primeiros passos de nossa abordagem ao processo judicial em Roma antiga, tem como foco o modo como as normas processuais são apresentadas

1 Os autores publicam este texto como convidado do Conselho Editorial; por isso, o ensaio não passou pela dupla avaliação cega.

em discursos selecionados de Marco Túlio Cícero (106-43 a.C.). Na pesquisa, busca-se investigar em que medida e, em caso afirmativo, de que modo o conceito de devido processo — registrado *ipsis litteris* desde o séc. XIV na Inglaterra (VITORELLI 2019) e hoje consagrado como direito fundamental na Constituição Federal brasileira (art, 5º, LIV) —, seria evocável (ainda que *avant la lettre*) no derradeiro século da República romana. A primeira obra de Cícero a ser apreciada são as *Catilinárias* (*Orationes in Catilinam* I-IV, 63 a.C.), discursos consulares que levaram tanto à condenação de cidadãos romanos à pena capital, como, posteriormente, ao exílio de Cícero. Na segunda obra ciceroniana abordada, *Em defesa de Milão* (*Pro Milone*, 52 a.C.), ao atuar como advogado de defesa Cícero manifesta estranhamento quanto ao uso de ritos extraordinários no processo. Referências a esses e outros aspectos processuais nas obras da oratória ciceroniana em apreço serão brevemente cotejadas com excertos da historiografia antiga — com destaque à obra *A Conjuração de Catilina* (*Bellum Catilinae*) de Salústio (86 a.C. - 34 a.C.) e ao comentário exegético do gramático Ascânio (séc. III d.C.) ao texto de *Pro Milone*. Como resultado, quer pelas afirmações, quer pelas omissões, de um lado, a argumentação das obras ciceronianas e demais textos antigos analisados permite notar que, *mutatis mutandis*, importantes noções que hoje caracterizam o devido processo estão implicadas nos textos. Nomeadamente, havia uma expectativa de que se respeitasse a legalidade e a anterioridade da lei a ser aplicada, bem como a impessoalidade (versus o *priuilegium*) e ainda o direito ao contraditório. De outro, havia uma expectativa de que a criação de precedentes de exceção às regras processuais fosse rejeitada.

Palavras-chave: Cícero. Devido processo legal. Direito Romano.

ABSTRACT: This article, which presents the first steps of our approach to the judicial process in ancient Rome, focuses on how procedural norms are presented in selected speeches by Marcus Tullius Cicero (106-43 BC). In the research, I seek to investigate to what extent and, if so, in what way the concept of due process — registered *ipsis litteris* since the 14th century in England (VITORELLI 2019) and today enshrined as a fundamental right in the Brazilian Federal Constitution (art. 5o., LIV) — would be evoked (albeit *avant la lettre*) in the last century of the Roman Republic. The first works by Cicero to be appreciated are the *Catilinarians* (*Orationes in Catilinam* I-IV, 63 BC), consular speeches that both led to the condemnation of Roman citizens to capital punishment and, later, to Cicero's exile. In the second Ciceronian work addressed, *In defense of Milan* (*Pro Milone*, 52 BC), when acting as a defense lawyer, Cicero manifests strangeness regarding the use of extraordinary rites in the process. References to these and other procedural aspects in the works of Ciceronian oratory in question will be briefly compared with excerpts from ancient historiography — with emphasis on the work *The Conjuration of Catilina* (*Bellum Catilinae*) by Sallust (86 BC - 34 BC) and the exegetical commentary of the grammarian Ascanius (3rd century AD) to the text of *Pro Milone*. As a result, on the one hand, the arguments of Ciceronian works and other ancient texts analyzed allow us to note that, *mutatis mutandis*, important notions that today characterize due process are implied in the texts. Namely, there was an expectation that the legality and precedence of the law to be applied would be respected, as well as impersonality (versus the *priuilegium*) and even the right to adversarial proceedings. On the other hand, it was expected that the creation of exception precedents to procedural rules would be rejected.

Keywords: Cicero. Due legal process. Roman Law.

1. INTRODUÇÃO²

O tempora, o mores!

Costuma-se pensar que muitos dos direitos humanos de caráter material – como o direito à vida, por exemplo – eram ou deveriam ser assim pensados desde tempos imemoriais (a despeito de regimes como a escravidão, em que o escravo enquanto tal não era considerado como sujeito de sua humanidade). Quanto ao direito processual, porém, talvez não esteja tão claro em que medida a perspectiva de cumprimento do devido processo pode ser considerada uma invenção dos tempos modernos, como parte de suas especificidades. Até que ponto o respeito às regras do jogo processual pode ser visto também como reflexo de uma conjunção de valores ancestrais, incorporados em costumes e mesmo em legislações de outras épocas, adaptados e sistematizados modernamente em codificações e em textos constitucionais? Essas são algumas das questões de fundo que movem o presente trabalho, que se debruça sobre o assunto em amostra de textos legados de Roma antiga.

Nesse quadro, é notório que no ano 58 a.C., a carreira do célebre orador e político romano Marco Túlio Cícero (106-43 a.C.)³ foi interrompida por uma grave condenação, que o levou a um amargo exílio. O motivo para tanto datava de seu consulado: em 63 a.C., Cícero conduziu um processo que acabou por submeter à pena capital cidadãos romanos (dentre eles, notáveis como Públio Cornélio Lêntulo e Gaio Cornélio Cetego)⁴ por serem cúmplices de Lúcio Sérgio Catilina, o líder da conspiração contra a República.

Observe-se, em especial, o que, no século II de nossa era, Plutarco narra sobre o modo como se deu a condenação de Cícero. Referindo-se ao comportamento de Júlio César e Gneu Pompeu nos anos que se seguiram à punição dos conspiradores, o historiógrafo grego afirma:

César acicautou Clódio, virou Pompeu totalmente contra Cícero e ele próprio declarou em público que não lhe parecia justo nem legal que tivessem sido mortos *sem julgamento* homens como Lêntulo, Cetego e seus associados. Esta era

2 Uma versão preliminar deste texto foi apresentada em 2023 ao Programa de Pesquisa da Universidade Presbiteriana Mackenzie em publicada em seus anais de congresso de iniciação científica). Agradecemos aos professores Alexandre Aparecido de Lima e Jenifer Da Silva Moraes pela discussão do texto então exposto.

3 Para estudos recentes sobre a ampla obra oratória, retórica e filosófica de Cícero, remetemos ao capítulo sobre o autor em Gian Baggio Conte (1994, p.175-208) e a volume (de livre acesso na Internet) que editamos junto à coleção *Classica Digitalia* da Imprensa Universidade de Coimbra (CARDOSO; MARTINHO, 2018).

4 Lêntulo (*P. Cornelius Lentulus Sura*) havia ocupado vários cargos políticos, tendo sido pretor em 74 a.C. e cônsul em 71 a.C., mas foi expulso do senado por corrupção em 70 a.C. Por sua vez, Cetego (*P. Cornelius Cethegus*) é conhecido por ter sido um patrício de família outrora influente, mas que estava em decadência nos anos 70 a.C. Cf. verbetes respectivos no *Oxford Classical Dictionary* (OCD).

a acusação e por causa dela Cícero foi levado a tribunal. (Plut., *Vidas paralelas*, *Cícero*, 30.1.5, trad. Marta Várzeas, grifo nosso)

Já o historiógrafo romano Marco Veleio Patérculo (ca. 19 a.C.- ca. 31 d.C.), no que concerne à condenação de Cícero, destaca o papel do tribuno da plebe Públio Clódio Pulcher na aprovação de uma lei processual eivada de pessoalidade:

Na mesma época, Públio Clódio (...) fez promulgar durante seu tribunado uma lei proibindo que se executasse um cidadão romano *sem julgamento (indemnatum)*⁵ e prescrevendo que a quem assim houvesse agido fosse proibido dar água e fogo:⁶ nesses termos, embora não se citasse o nome de Cícero, era somente a ele, no entanto, que se visava. Dessa forma, um homem excelente, que tinha obtido da República o mérito de ter salvado a pátria, obteve como recompensa a calamidade do exílio. (Vel. Pat., *Hist.* 2.45, trad. e grifo nosso)

A falta de julgamento apropriado dos conspiradores, tal qual expressa por Plutarco e Valério Patérculo, não parece ter sido aspecto processual ignorado à época da punição dos traidores. Em sua narrativa sobre a conspiração de Catilina (*Bellum Catilinae*), Gaio Salústio Crispo (86- c. 34 a.C.), historiógrafo romano contemporâneo de Cícero, destaca a grande apreensão do próprio cônsul, que se angustiava pela incerteza acerca do que fazer após terem sido capturados tais cidadãos romanos de peso político considerável:

Porém, grande aflição e alegria o tomaram a um tempo. De fato, alegrava-se ao perceber que, revelada a conjuração, a cidade estava livre de perigo; mas, por outro lado, estava inquieto, ponderando o que deveriam fazer a cidadãos tão importantes, presos por um crime tão terrível; acreditava que era seu dever punilos, que a impunidade causaria a ruína da República. (Sal., *Bel. Cat.* XLVI, 1-2, trad. de Adriano Scatolin, 2018)

Ao comentar essa passagem de Salústio, John T. Ramsey (2007, p.179-180) afirma:

Embora Cic. estivesse armado com o *s.c.u.*, sua autoridade para punir os cidadãos romanos sem o devido processo dependia da adequação das circunstâncias em que ele exercia essa autoridade excepcional (Trad. e grifos nossos).⁷

5 Salvo outra menção, a tradução dos textos latinos aqui apresentada é de nossa autoria. Literalmente o adjetivo *indamnatus* (ou *indemnatus*) significava “not found guilty in a court of law, uncondemned” (*OLD, indemnatus*). Editores da obra de Veleio indicam uma variação nos textos transmitidos, registrando-se *indemnatum* (no manuscrito *Puteanus*), mas *damnatum* (no conjunto de manuscritos designado como *AP*), vocábulo que teria o sentido contrário: “culpado”, “condenado” (*OLD, damnatus*). Em texto datado do séc. II a.C. (Plauto, *Curc.* 694-6), o termo *indemnatus* já era associado a uma expectativa de que houvesse um julgamento, cf. Crawford (1996, p. 700).

6 Trata-se da chamada *Lex Clodia de Civibus Romanis Interemptis* (“Lei Clódia acerca da execução de cidadãos romanos”), datada de abril de 58 a.C. Cf. Crawford (1996, p. 773- 774; DYCK, 2008, p. 220-221).

7 “Although Cic. was armed with the *s.c.u.*, his authority to punish Roman citizens without due process hinged upon the appropriateness of the circumstances in which he exercised this exceptional authority”.

Abreviada como *s.c.u.*, a expressão *senatus consultum ultimum* (literalmente um “extremo decreto do senado”) é o modo como modernamente se designa esse recurso extraordinário, que consistia em, rompendo com os ritos estabelecidos, delegar a autoridade máxima ao cônsul, em situações consideradas de grande ameaça à República romana.⁸ Como veremos mais adiante, nas *Catilinárias* Cícero mesmo mencionará o episódio do ano de 121 a. C. em que tal manobra foi usada pela primeira vez em Roma (*Cat. I*, 2.4; *Cat. IV*, 2, 4-5).

Por ora, é possível notar que, ao se referir a tal medida extrema, Ramsey a associa à premissa de que, à época da conspiração de Catilina, haveria em Roma uma certa concepção de devido processo, com a qual um tal decreto, dando carta branca ao cônsul, contrastaria. Nesse mesmo sentido, a hipótese, aventada pelo estudioso - a saber, de que nem mesmo tal autorização seria suficiente para romper com os requisitos processuais normalmente esperados - reforça a ideia de devido processo.

De fato, narrativas da historiografia antiga, como as supracitadas, sugerem que, no entender de parte dos romanos, Cícero teria agido de modo tendencioso e por demais apressado, empenhando-se na sumária execução dos réus.⁹ Contudo, é de se perguntar até que ponto tal preocupação com as normas do processo é efetivamente tematizada na argumentação apresentada pelo próprio Cícero nos discursos contra Catilina, nos quais ele acusara os conspiradores e com os quais, afinal, obtivera como sanção aos traidores da pátria o sumo suplício. Uma outra questão é até que ponto tais normas processuais diriam respeito ao que se preza hoje como devido processo.

Para observar tais aspectos é preciso levar em conta que argumentos e, mais amplamente, que estratégias retóricas teriam sido empregadas pelo orador para dar conta do seu rompimento com o esperado processo em Roma antiga. A partir dessas indagações, no presente estudo observaremos mais de perto o texto das *Catilinárias* (*Orationes in Catilinam*),

Como segundo texto do *corpus* ciceroniano investigado, temos *Em defesa de Milão* (*Pro Milone*, 52 a.C.), discurso pronunciado onze anos depois das *Catilinárias*, e já numa outra fase da carreira do orador, que, apesar de ter voltado triunfante do exílio, era mantido distante dos holofotes políticos da Urbe.¹⁰ O réu era Tito Ânio Milão, cidadão romano abastado, que, enquanto tribuno da plebe, havia atuado de modo fundamental para o retorno de Cícero a Roma no ano de 57 a.C. (Vel. Pat. Hist. 2. 45). A

8 Mais especificamente, a expressão *senatus consultum ultimum*, empregada em estudos modernos, teve inspiração em texto d'A *Guerra Civil* (*Bellum Civile*, 1, 5) de Júlio César (cf. verbete no *OCD*).

9 Na referida *Vida de Cícero*, Plutarco se ocupa dos episódios da conspiração (desde *Vit. Cic.* 10.1) e menciona (a partir de *Vit. Cic.* 16.3) os discursos contra Catilina, bem como a forma como se deu a execução (*Vit. Cic.* 22.1-5). Voltaremos mais adiante ao texto salustiano, que narra com mais vagar o processo de discussão a favor e contra a aplicação da pena capital aos cidadãos romanos (Sal., *Bellum Catilinae*, XLIV-LV).

10 Para diferenças estilísticas e retóricas nos discursos pertinentes às diversas fases da oratória de Cícero, veja-se James J. May (2002); ali, sobre os discursos consulares, cf. Robert W. Cape Jr. (MAY, 2012, p. 113-158) e, para a fase após o exílio (discursos *post reditum*), Andrew M. Riggsby (MAY, 2012, p. 159-196).

causa do julgamento era que Milão tinha assassinado em plena Via Ápia o supracitado tribuno Clódio Pulcher.

Nesse discurso de defesa – considerado por muitos, desde a Antiguidade¹¹, a obra prima da oratória ciceroniana – interessa-nos inicialmente observar que, a certo ponto, o processo é tematizado pelo orador: “Com efeito, pretendia o senado que se instruíse o processo segundo as leis antigas, *embora com rito extraordinário*”¹² (*Pro Mil.*, VI, 14, trad. Marlene Borges, grifo nosso).

Aqui cabe indagar: até que ponto, em tais referências ao rito, Cícero efetivamente tematiza aspectos que se incluem na designação moderna de “devido processo”? Que outros elementos do discurso acenam para tanto? Ao propormos tal investigação nos textos de Cícero, fica claro que partilhamos com Ramsey (2007, p.179-180) da hipótese de que, em alguma medida, uma noção de devido processo *avant la lettre* pautava sua argumentação.

Com razão, ao discutir sobre o primeiro registro conhecido da expressão “due process of law” (na reedição da Carta Magna inglesa de 1354), afirma Edilson Vitorelli (2019, p. 128-129):

Se se estiver disposto a abandonar a questão da fórmula propriamente dita, para considerar o seu conteúdo, é perceptível que, desde a Antiguidade existia uma noção de que um processo era considerado necessário, ou seja, devido, para que determinado ato jurídico fosse praticado.

No excerto supracitado, lembrando que a tematização do devido processo já se dava na Grécia antiga, Vitorelli cita como exemplo o diálogo filosófico platônico *Apologia de Sócrates* (séc. IV a.C.):

Embora atualmente possa ainda haver grande desacordo sobre o modo de formular as garantias que compõem o devido processo legal, bem como sobre o que elas efetivamente significam, há considerável concordância sobre quais são os pontos cruciais para a definição de um processo devido: seus pilares são a ciência das partes acerca do processo que pode afetar seus interesses, seguindo-se o direito de que sejam ouvidas antes da decisão. (VITORELLI, 2019, p. 168)

11 Por exemplo, no século I d.C. o gramático Quintiliano (*Inst. Or.* 4, 2, 25) qualifica *Pro Milone* como a mais bela obra oratória de Cícero; no século seguinte, também o historiador Tácito (*Dial.* 37) aponta o discurso como um dos três responsáveis pela fama do orador. Antes disso, ao crermos em anedota narrada por Dião Cássio (Dio 40, 54, 3), o próprio Milão, que foi por fim condenado ao exílio, ao receber cópia do discurso que seria publicado, alegra-se pelo fato de a *oratio* não ter sido enunciada como tal no julgamento, caso contrário não estaria desfrutando dos deliciosos peixes de Marsília (atual Marselha, na costa francesa). Para uma apreciação detalhada da fortuna crítica do discurso também em tempos modernos, ver a dissertação de Mestrado de Marlene Borges (2011, p. 18-22; 2021, p. 17-18).

12 *Decernebat enim ut ueteribus legibus, tantum modo extra ordinem, quaeretur.* O texto latino de *Pro Milone* e dos comentários de Ascânio citados neste estudo segue a edição de Clark (1918, reimpressa em 1989) – a mesma empregada por Marlene Borges em sua excelente tradução (originalmente em BORGES 2011; em versão revisada, publicada em BORGES 2021).

Conforme aponta o estudioso, as partes devem participar plenamente de todas as fases do processo, que se concluirá com a decisão pública e fundamentada de um juiz imparcial. Em tempos atuais, o direito de participação e à imparcialidade são aspectos que implicam, por sua vez, o direito à ampla defesa e pressupõem o respeito a outros princípios e normas (entre outros, a licitude das provas, a fundamentação das decisões judiciais, o direito ao recurso, o direito de influir na formação da convicção do julgador).

Pergunta-se, portanto, em que medida e de que modo já eram perceptíveis, nos textos ciceronianos aqui selecionados, parâmetros hoje compreendidos como integrantes do devido processo, o qual, de modo geral, se configura na legislação de países democráticos.¹³

Embora o direito processual venha sendo objeto de apreciação nas pesquisas sobre o Direito Romano,¹⁴ normalmente os estudos atentam mais para textos que apresentem compilações de leis propriamente ditas, em grande medida datados de época posterior à República romana, como o *Corpus Iuris Civilis* compilado pelo imperador bizantino Justiniano em meados do século VI de nossa era. Em nossa abordagem aos textos de Cícero, tratamos de um período romano em que o sistema legal e jurídico-processual, por funcionar de modo menos concentrado no governante (NICOLET, 1976; LINTOTT 1999), apresentava maior vigor democrático, se comparado aos períodos subsequentes, quer no Principado, quer no Império propriamente dito, nos quais o poder era mais centralizado.¹⁵ Uma vez que a tal vigor correspondia, proporcionalmente, a necessidade de convencer os ouvintes, observaremos, antes mesmo que os “fatos”, os aspectos relativos ao processo jurídico que se ressaltem no empenho argumentativo ciceroniano.

Tem-se, portanto, uma pesquisa de cunho bibliográfico, em que a abordagem a textos antigos, voltada à percepção da História do Direito, se pauta por um caráter filológico, ou seja, considerando, por exemplo, aspectos pertinentes à transmissão manuscrita, à edição crítica, às diferentes possibilidades de tradução e interpretação do texto em apreço (CARDOSO 2020). A abordagem à bibliografia moderna, por sua vez, terá um caráter exploratório, buscando-se uma aproximação com os elementos perti-

13 Para comentários ao devido processo tal como previsto na Constituição Brasileira, veja-se, por exemplo, Moraes (2023, p. 146-148). Para um estudo de cunho comparado, ver, entre outros, Friendly (1975); Hyman (2005); Rendleman (1975); Wasserman (2004); Denti (1988).

14 Uma comparação entre o devido processo em Roma antiga e o adotado no Brasil e em países que seguem a *Civil Law* será objeto da próxima etapa de nossa investigação. Sobre o processo legal à época de Cícero, Lintott (2008) apresenta um panorama introdutório, comparando-o em especial com o de países que praticam “Common Law” na atualidade. O estudioso alerta para diversas diferenças entre os critérios modernos e antigos de distinção entre processo civil e penal. Para outros aspectos da atuação de Cícero como “advogado”, ver Powell (2008). Estudos processuais sobre Cícero tendem a privilegiar o Processo Civil. Dentre os poucos estudos em nosso país, veja-se sobre o processo civil romano, Tucci; Azevedo (2001) e, para um cotejo entre cultura processual de Roma antiga e a contemporânea, Aubert (2018).

15 Sobre a recepção da obra de Cícero na tradição jurídica da fase inicial do império, cf. Matthijs Wibier (in PLESSIS, 2016, p. 100- 122).

nentes a teorias modernas do processo que possam ser cotejados com o que, a partir do corpus em apreço, se possa apreender do contexto ciceroniano.

2. O (IN)DEVIDO PROCESSO NA ARGUMENTAÇÃO D'AS CATILINÁRIAS

Quo usque tandem abutere, Catilina, patientia nostra? (“Até quando, Catilina, você há de abusar, de nossa paciência?”, *Cat.* I, 1)¹⁶. Proferida no dia 7 ou 8 de novembro de 63 a.C., eis, sem dúvida uma das máximas da oratória ciceroniana mais citadas na atualidade. Essa interpelação, que inaugura (de modo insolitamente direto e enérgico)¹⁷ o primeiro discurso das *Catilinárias*, denota a impaciência do cônsul Cícero (e, supostamente, dos homens de bem que a escutavam) com o extremo abuso do cidadão evocado, que ameaçaria para além dos limites do suportável a ordem da República romana.

O tempora, o mores! (“ó tempos, ó costumes!”) – outra exclamação que se tornaria proverbial – coroa o anúncio do intento conspiratório de Catilina, filho da nobreza romana. Após isso, o cônsul continua: “o senado percebe estas coisas, o cônsul as vê; no entanto, esse aí vive” (*senatus haec intellegit, consul uidet: hic tamen uiuit, Cat.* I, 2-3). Como consequência, a primeira ameaça à vida do conspirador também se apresenta já nesse mesmo parágrafo, que abre o primeiro discurso, a saber:

À morte, Catilina, você deveria já ter sido conduzido há tempos, por ordem do cônsul (*iussu consulis*); contra você deveria ser revertida a desgraça que você mesmo, há muito tempo, maquina contra todos nós. (*Cat.* I, 1, 5-7)

2.1 O DECRETO E A LEI

Até que ponto Cícero estaria blefando? Com base também em outros textos antigos, inclusive ciceronianos (CRAWFORD, 1996, p. 700), assume-se que, no mínimo desde o início da República, um cônsul não teria normalmente a prerrogativa de ordenar de pronto a morte de um cidadão romano. Em casos em que tal sanção era cogitada, cabia ao cônsul exercer a *prouocatio* (OLD 3), i.e. usar de sua prerrogativa para convocar assembleias populares (*comitia*, cf. NICOLET 1976, p. 280-424) com o fim deliberar sobre a acusação e a penalidade (ver ainda LINTOTT 2008).

Isso é o que prescrevia a *Lei das doze tábuas* (datada provavelmente do século V a.C.) no dispositivo seguinte: “Com a pena capital um cidadão, <salvo se> <for> julgado pela maioria em assembleia popular, não deve ser castigado.”¹⁸

16 Para as *Catilinárias*, adotamos o texto latino editado por Andrew R. Dyck (2008), que segue de perto a edição de T. Tadeusz Maslowski (2003) indicando as divergências (DYCK, 2008, p. 21).

17 Para comparação do exórdio da primeira *Catilinária* com os de outros discursos ciceronianos, e suas paródias, ver Dyck (2008, p. 63-64).

18 *De capite ciuis, <ni> maximus comitiatus <est>, ne ferunto* (IX, 1-2, 6 ed. Crawford, 1996, p. 582). Sobre o estabelecimento do texto da *Lex duodecim tabularum* (transmitido apenas de modo indireto, i.e. por meio de sua citação ou paráfrase em textos posteriores), ver Crawford (1996, p. 555-721) e a nota seguinte.

Além dessa norma ancestral, estudiosos apontam também uma segunda: a Lei Semprônia (*Lex Sempronia*) datada de 123 a.C. De autoria de Tito Graco (político da família Semprônia), tal lei reafirmaria o teor do supracitado dispositivo das XII Tábuas (ROTONDI 1912, p. 309-310; CRAWFORD, 1996, p. 700; DYCK, 2008, p. 68). Que Cícero conhecia o teor de tais leis fica claro de passagens em que ele próprio a elas se refere, quer em outras obras (que chegam a servir de fonte para o conhecimento moderno dos dispositivos legais),¹⁹ quer em sua menção à Lei Semprônia na última das *Catilinárias* (*Cat.* IV, 5, 10; ver CRAWFORD, 1996, p. 700).

Porém, nesses discursos, tal prescrição legal não será priorizada: em lugar de cogitar que se submetesse o caso a uma assembleia popular, o orador insistirá na urgência da decisão, bem como no papel dos senadores, e, em especial, de um decreto senatorial que o autorizasse a tomar imediatamente medidas fatais contra os conspiradores. Essa estratégia se vê desde o início do primeiro discurso, quando, após evocar exemplos históricos de tal medida, o cônsul assevera que estaria de posse de um “decreto do senado veemente e grave” (*senatus consultum uehemens et graue*, *Cat.* I,1,3) contra Catilina:

Pois temos um decreto do senado daquela natureza (*senatus consultum eius modi*); no entanto, ele permanece confinado aos arquivos tal qual uma espada escondida na bainha; por esse decreto do senado, Catilina, convinha que você tivesse sido executado imediatamente. (*Cat.* I, 2, 4)

Estudiosos questionam se um decreto com tal força já estaria nas mãos de Cícero já àquela altura dos acontecimentos (DYCK, 2008, p. 71).²⁰ Interessa notar que, ainda que estivesse, o texto ciceroniano nos leva a perceber que essa autorização não era o bastante.

Como indício de que tal proposição da morte de um cidadão por decreto do senado e consequente ordem do cônsul não seria tão facilmente aceitável, está o próprio empenho retórico de Cícero em trazer, ora imagens impactantes como a acima referida, ora uma série de exemplos históricos que convencessem a audiência da probidade de tal medida. Em situações em que a pátria havia sido desrespeitada, insiste o orador, cidadãos romanos decidiram assassinar agitadores. E o fizeram quer por livre iniciativa (*Cat.* I, 3)²¹, quer por decreto do senado:

19 Para o fragmento da Lei das XII Tábuas aqui apreciado, dentre os primeiros testemunhos estão precisamente textos de Cícero, ver Crawford (1996, p. 696-703). Para a importância de Cícero como fonte para a reconstrução do texto legal da *Lei das XII Tábuas*, ver Coleman-Norton (1950-1951) e exemplos de textos ciceronianos que citamos mais adiante.

20 Cinco anos mais tarde, na assembleia que deliberou sobre a condenação de Cícero ao exílio, para a votação da *Lex Clodia*, ter-se-ia perguntado precisamente se Cícero teria ou não comparecido ao senado munido de um falso decreto (CRAWFORD, 1996, p. 773- 774).

21 “Públio Cipião, pontífice máximo, executou por conta própria (*priuatus*) Tibério Graco, quando este levemente ameaçava desestabilizar a República”, lembra o orador, e “Gaio Servílio Aala com suas próprias mãos (*manu sua*) matou o revolucionário Espúrio Mélio” (*Cat.* I, 3).

Certa vez o senado decretou (*decreuit quondam senatus uti...*) que o cônsul Lúcio Opímio tomasse providências para assegurar que nada ocorresse em detrimento da República. Não passou sequer uma noite: por meras suspeitas de rebelião foi executado Gaio Graco, homem de ilustríssimos pai, avô, antepassados; foi morto junto com seus filhos Marco Fúlvio, um consular. (*Cat. I, 2.4*)

À primeira vista temos mais um apelo à tradição, ao modelo dos antepassados contrastando com a alegada decadência moral (*o tempora, o mores...*).²² Mas a escolha dos exemplos não é nada casual: aqui Cícero evoca a crise do ano de 121 a.C., que ocorrera diante das reformas democráticas reivindicadas pelo tribuno da plebe Gaio Graco.²³ Este era irmão de Tibério Graco, autor da Lei Semprônia em 123 a.C. – precisamente o dispositivo legal que, conforme referimos, reiterava a necessidade de *prouocatio* – e cuja execução, mesmo sem decreto senatorial, acabava de ser referida em *Cat. I, 3*.

Para tentar contingenciar tal crise foi que, pela primeira vez na história de Roma, o senado prolatou um *senatus consultum ultimum*, permitindo que Lúcio Opímio, então cônsul, mandasse matar Gaio Graco.²⁴ Com o catálogo de *exempla*, tem-se, pois, mais do que uma simples afirmação dos costumes dos antepassados (*mores maiorum*): insinua-se uma origem duvidosa para a Lei de 123 a.C. e sua paradoxal falta de eficácia em situações críticas, validando-se, com isso, o atalho processual do decreto.

Ainda assim, no discurso da primeira *Catilinária*, o fato de que, mesmo para os senadores, a morte de Catilina não seria uma decisão consensual pode ser inferido de diversos outros passos, como, por exemplo:

No entanto, não há poucos nesta classe senatorial que, ou não enxergam ainda o perigo iminente, ou que fingem não o enxergar; homens que com decisões complacentes alimentaram a esperança de Catilina e, não crendo que nascia uma conspiração, corroboraram com seu crescimento; embasados na autoridade desses senadores, muitos homens (não apenas os ímprobos, como também os inexperientes), se eu me voltasse contra Catilina, diriam que eu o faço de modo cruel e tirânico. (*Cat. I, 30.4-6*)²⁵

22 Sobre a tradição como princípio do Direito Romano antigo, cf. Schulz (1936, 83-106).

23 Foi por ter apoiado a rebelião liderada por Gaio Graco que Marco Fúlvio Flaco (neto do célebre Cipião Africano por parte de mãe, cônsul em 125 a.C. e tribuno da plebe em 122 a.C.) teve tirada sua vida e a de seus filhos, conforme menciona Cícero no excerto supracitado (*Cat. I, 2, 4*, DYCK, 2008, p. 74).

24 O tema volta a ser abordado na quarta *Catilinária* (IV, 3-4, DYCK, 2008, p. 74).

25 É notável ainda que, no segundo discurso, Cícero reitera a dúvida e hesitação do senado em relação a seus avisos sobre os perigos da conspiração de Catilina (*Cat. II, 3*): “Mas quantos cidadãos vocês pensam ter havido que não acreditavam naquilo que eu denunciava? Quantos houve, que, por estupidez, não pensavam que isso seria possível, quantos que mesmo o defendiam, quantos houve que, por improbidade, o favoreceram! Mas, se eu julgasse que, submetendo Lúcio Catilina a tal castigo, afastaria de vocês qualquer perigo, já há muito tempo eu mesmo o teria submetido, ainda que me expondo não apenas ao ódio, mas também a um perigo de vida.”

Em linhas gerais, tivesse Cícero ou não o *senatus consultum*, apesar de mencionar a possibilidade de matar Catilina, o intuito imediato desse primeiro discurso não seria convencer os senadores a declarar de pronto morte ao traidor, e sim, mais diretamente, incitá-lo a sair da cidade, com o que ficaria patente a certeza das suspeitas levantadas.²⁶ De todo modo, a menção a uma futura morte de Catilina e aos precedentes históricos, bem como a referência ao *senatus consultum* extremo permitiram que essa enérgica *oratio* pavimentasse o caminho para a possibilidade de execução sumária de cidadãos romanos.

O perigo que os conspiradores representavam para a República e a correspondente ameaça à vida de seu líder se mantêm no segundo discurso contra Catilina, pronunciado no dia seguinte ao primeiro e dirigido não aos senadores, mas ao povo romano. Ali, vários dos argumentos e imagens são retomados e incrementados, novamente sem referência a uma lei específica. Embasariam a medida extrema “o costume dos antepassados, a gravidade do cargo (...) e ainda o interesse da República” (*Cat.* II, 3).

Quando, pouco menos de um mês depois, ocorre o pronunciamento da terceira das *Catilinárias*, cúmplices de Catilina tinham acabado de ser detidos, com evidências (cartas, testemunhos, confissão) de seus crimes. Nesse discurso, pronunciado no fórum romano diante do povo, Cícero menciona a recente decisão do senado: encarcerar nove cidadãos romanos que compunham o comando da conspiração. Por todo o discurso, referências a profecias divinas e ao passado mitológico e histórico romano sublinham a necessidade de que os traidores da pátria fossem exterminados.

Dois dias depois, é no quarto discurso, pronunciado (tal como a primeira das *Catilinárias*) diante do senado, que Cícero questiona sobre que destino caberia, não a Catilina (que, fora de Roma, morreria em batalha algum tempo depois, *Sal. Bel. Cat.* LIX-LXI), mas aos cúmplices que haviam sido presos. “Sobre isso, ó pais conscritos, decidam os senhores” (*Quare, patres conscriptis, consulite uobis, Cat.* IV, 3): não se faz uso, portanto, do alardeado *senatus consultum ultimum*, que ao cônsul imporia a decisão final (DYCK, 2012, p. 207). Uma vez que este poder (e responsabilidade) é colocado nas mãos dos senadores, cabe, pois, ao orador empregar sua estratégia retórica para convencê-los.²⁷

Nessa derradeira *oratio catilinaria*, o cônsul inicialmente pondera sobre os discursos pronunciados em face do senado no dia anterior: o do cônsul designado Décio Silano, a favor da morte imediata dos conspiradores, e o de Júlio César, que propunha

26 “Agora percebo: se esse homem alcançar o acampamento manliano, para onde já se dirige, ninguém será tão estúpido a ponto de não ver que uma conspiração está pronta, ninguém será tão ímprobo que não o admita” (*Cat.* I, 30).

27 Cícero insiste na necessidade de obter o aval dos senadores: “Os acontecimentos se passaram de tal modo, que precisamente aqueles que foram dados em custódia já seriam, segundo parece, condenados, sem qualquer hesitação. Mas eu decidi trazer a vocês, pais conscritos, a situação como se fosse ainda inédita, para que julguem acerca do fato, e que determinem acerca da pena” (*Cat.* IV, 5-6).

como decisão mais racional a prisão perpétua.²⁸ Cícero inicialmente elogia ambos os discursos, por sua dignidade, magnitude, e enorme seriedade (*Cat.* IV, 7). Destaca, da fala de Silano, a filiação aos costumes da Urbe (*Cat.* IV, 7). Quanto ao discurso de César, o cônsul põe em xeque o apego à legalidade:

Mas na verdade Gaio César entende que a lei Semprônia concerne a cidadãos romanos, mas quem for inimigo (*hostis*) da República não pode de modo algum ser considerado um cidadão romano; afinal, o próprio propositos da lei Semprônia foi morto, sem ordem do povo, como castigo a sua atuação contra a República. (*Cat.* IV, 8)

Observemos mais de perto como procede Cícero. Para incitar dúvida sobre a aplicabilidade da Lei Semprônia ao caso dos conspiradores, o orador elabora a princípio um jogo de palavras: *hostis*, segundo o *Oxford Latin Dictionary* (OLD), poderia ter, entre outros sentidos, tanto o de “inimigo” (OLD 2b), como o de “estrangeiro” (OLD 1) (este, sim, evidentemente, não poderia ser considerado cidadão). É nesse ponto que, não sem a paradoxal ironia, Cícero apresenta o fato de que os irmãos Graco (entre eles, o autor da lei Semprônia) teriam sido assassinados sem a consulta ao povo disposta naquela lei.

Em seguida, ainda se contrapondo ao discurso de César, Cícero não só traz mais exemplos históricos em que a morte foi a paga a crimes contra a República, como também compara, por meio de sangrenta imagem, a perspectiva de um governante nas circunstâncias de então à de um pai que se deparasse com sua família dizimada por um escravo. Nessas circunstâncias, mais um paradoxo: poupar ou dizimar o escravo, o que seria mais cruel ou mais humano?

2.2 César e os precedentes de exceção

Lancemos mais um breve olhar sobre a obra historiográfica *A Guerra de Catilina* (*Bellum Catilinae*). Diferente do que Cícero faz aparentar, no discurso direto reportado por Salústio a fala de César enfatiza não tanto a humanidade ou clemência direcionada aos traidores, e sim um outro aspecto, que interessa diretamente a nosso estudo: a questão da legalidade no procedimento empregado para a condenação de cidadão romano à morte. Mais precisamente, César enfatiza o perigo de se criar precedentes ilegais ao se agir de modo excepcional.

Após lembrar o quanto os antepassados romanos não revidaram na mesma medida os atos abomináveis dos cartaginenses durante as guerras púnicas, César teria acrescentado:

28 As falas de Silano e de César são reportadas por Salústio, de forma respectivamente indireta e direta (Sal., *Bel. Cat.* L-LI). A essas Salústio também acrescentará o discurso de Catão, que, pronunciado ao final da sessão, teria sido decisivo para o senado optar pela pena capital (Sal., *Bel. Cat.* L-LI).

De fato, se encontramos uma pena digna, de acordo com suas ações, aprovo essa proposta excepcional. Porém, se a magnitude do crime supera toda a imaginação, considero que se deve fazer uso das penas previstas pelas leis. (Sal., *Bel. Cat.* L, 7-9, trad. Adriano Scatolin)

No relato salustiano, César, ao defender que se deve seguir a legislação romana, não explicita a norma específica que teria em mente. Curiosamente, ao refutar a fala de Silano, ele menciona, não aquela Lei Semprônia ou a das XII Tábuas - que vedavam, como vimos acima, a pena capital sem a *provocatio* -, e sim a Lei Pórcia (*Lex Portia*)²⁹, que proibia impingir castigos físicos a cidadãos romanos:

Ora, pelos deuses imortais, porque você não acrescentou a sua proposta que os conspiradores primeiro sofressem castigos corporais? Será porque a lei Pórcia o proíbe? Mas as outras leis, igualmente, ordenam que não se tire a vida de cidadãos condenados, mas que se lhes conceda o exílio. (Sal., *Bel. Cat.* L, 7-9, trad. de Adriano Scatolin, levemente adaptada)

Mais adiante, a referência à origem da Lei Pórcia, entre outras leis, é apresentada por César como derivada do desenvolvimento de Roma, que passara a vedar os castigos físicos e o sumo suplício aos condenados (Sal., *Bel. Cat.*, L, 30-40). Embora pudesse parecer mais branda a prisão perpétua à morte, César descarta que sua motivação fosse uma questão de humanidade direcionada aos conspiradores. Ele enfatiza um princípio processual:

“Mas, quem criticará que se tenha tomado uma decisão contra os parricidas da República?” O tempo, os dias, a Fortuna, cujo capricho governa os povos. Receberão merecidamente o que quer que lhes aconteça; no entanto, considerai o que vós, senhores senadores, haveis de decidir contra os outros. Todos os maus precedentes nasceram de situações favoráveis. Ora, quando o poder chega a homens ignorantes ou não tão honestos, aquele precedente inusitado passa de homens dignos e idôneos a indignos e não idôneos. (Sal., *Bel. Cat.* L, 7-9, trad. de Adriano Scatolin, levemente adaptada)

O ponto de vista é ilustrado com exemplos do governo tirânico de espartanos em Atenas, e, em Roma, com o caso do massacre dos cidadãos proscritos à época de Sula. Por conseguinte, são temerárias as possíveis consequências em Roma:

É possível que em outra ocasião, sob outro cônsul, que tenha, do mesmo modo, exército sob seu poder, algo falso seja tomado por verdade. Quando, com este

29 Além do fato de que limitava o direito de *provocatio* e mesmo de infligir castigos físicos a cidadãos romanos, pouco se sabe sobre a *lex Porcia*, ou, mais precisamente sobre as três leis Pórcias, editadas no começo do século II a.C. Novamente, obras de Cícero são a principal fonte de conhecimento sobre essa norma jurídica (por exemplo, Cic. *Rab. Perd.* 12; Cic., *Rep.* 2. 31, 54; ver ainda Tito Lívio 10.9.4). Cf. *OCD*, verbete “*lex*”, “*leges Porciae*”. Ramsey (2007, p. 199) bem nota a ironia de César ao se referir a uma lei provavelmente sancionada pelos antepassados de Catão (*Marcus Porcius Cato*), político que em seguida proferiria um discurso que lhe seria contrário.

precedente, um cônsul desembainhar o gládio por decisão do senado, quem lhe estabelecerá um fim, ou quem lhe porá medida? (Sal., *Bel. Cat. L, 7-9*, trad. de Adriano Scatolin)

Não nos podemos esquecer de que o modo com que tais falas de César são apresentadas também consiste em construção retórica do autor da obra *A Guerra de Catilina*. Contudo, para nosso estudo é relevante notar que, já à época em que conviveram Cícero, Salústio e César, a argumentação deste, conforme reportada, pressupõe o respeito à legalidade processual como garantia contra o risco que a criação de precedentes excepcionais poderia trazer à República romana.

3. O rito *extra ordine* e o *privilegium* em *Pro Milone*

No ano 52 a.C., o abastado político Tito Ânio Milão assassina na Via Ápia ninguém menos que um arquinimigo de Cícero, o já referido tribuno Clódio Pulcher. Em seu exemplar discurso *Em defesa de Milão (Pro Milone)*, Cícero não nega o assassinato (confessado, aliás, pelo réu), mas procura convencer os juízes de que se tratava não de ação planejada e sim legítima defesa. A certo ponto, como parte da estratégia retórica, o orador é quem se queixa de questões processuais, na passagem que citamos agora mais amplamente:

Com efeito, pretendia o senado que se instrísse o processo segundo as leis antigas, embora com rito extraordinário (*veteribus legibus, tantum modo extra ordinem*). A proposição foi dividida a pedido de não sei quem – pois não há necessidade alguma de mencionar os escândalos de todos; assim, graças a um embargo comprado, suprimiu-se o que restava da autoridade do senado.

(*Pro Mil. 14*, trad. Marlene Borges)

Com a crítica ao comportamento de quem sugerira a mudança no rito e nas leis, aponta-se, em suma, a insegurança jurídica na condução do processo.³⁰ A questão da mudança intempestiva das leis processuais em curso é referida de modo mais detalhado pelo gramático Ascônio (séc. III d.C.), que assim se pronuncia sobre a supracitada passagem do discurso ciceroniano:

Quando essa matéria foi discutida no senado, em virtude de um decreto proposto por Marco Bíbulo, Pompeu foi nomeado cônsul pelo inter-rei Sérvio Sulpício, no quinto dia antes das calendas de março do mês intercalar, e imediatamente tomou posse do cargo. Em seguida, três dias depois, apresentou a proposta de três novas leis: duas ele promulgou através de decreto do senado; uma, sobre a violência, dizia respeito expressamente à morte ocorrida na via Ápia, ao incêndio da Cúria e ao ataque à casa do inter-rei Marco Lépidio, e a outra dizia respeito à corrupção eleitoral.

(Asc., *ad Pro Milonem*, 31, Trad. Marlene Borges)

30 Sobre a segurança jurídica como princípio do Direito Romano antigo, cf. Schulz (1936, 236-251).

Ascânio também descreve qual teria sido a mudança do rito e a reação a ela:

Tais leis tornavam as penas mais severas e o rito judiciário mais ágil. As duas leis estabeleciam que as testemunhas fossem ouvidas previamente e, em seguida, num único e mesmo dia, a defesa e a acusação deviam pronunciar seus discursos, destinando duas horas à acusação e três à defesa. Marco Célio, tribuno da plebe e defensor ardoroso de Milão, tentou vetar essas leis, alegando que elas visavam especificamente a Milão e que os julgamentos estavam sendo apressados. Como Célio atacava obstinadamente as leis, excitou com isso a tal ponto a ira de Pompeu que ele declarou que, se fosse obrigado, defenderia a República pelas armas. (Asc., *ad Pro Milonem*, 31-32, trad. de Marlene Borges)

Ora, instituir uma lei visando a um caso ou pessoa em particular constituía em *privilegium*, procedimento proibido na legislação romana desde a *Lei das Doze Tábuas* (*lex duodecim tabularum*). Isso é o que afirma o próprio Cícero em outros textos, como o *Discurso sobre sua casa* (*De domo sua*), proferido em seu retorno do exílio, em 57 a.C.:

As leis sagradas o proíbem, as leis das doze tábuas proíbem que se legisle tendo em vista homens específicos, pois isso consiste em “privilégio” (*privilegium*).³¹ (Cícero, *De Domo sua*, 43, 6)

No mesmo sentido, lê-se no diálogo filosófico ciceroniano *Sobre as leis* (*De Legibus*, 3, 44, 7), possivelmente escrito em 51 a.C.:

Então, dentre as Leis das doze tábuas, duas foram transmitidas de modo a se tornarem extremamente célebres: uma delas suprime o uso pessoal das leis (*privilegia*); outra veda que se delibere acerca da pena capital contra cidadãos, exceto se votado pela maioria em assembleia popular (*nisi maximo comitiatu*). (*Leg.*, 3, 44, 7)

O tema dos comícios e da *provocatio* foi discutido acima, ao tratarmos das *Catilinárias*. Quanto ao julgamento de Milão, nossa leitura dos excertos da Lei das XII Tábuas que condenam o *privilegium* evidencia que a defesa questiona dois aspectos fundamentais do devido processo: a imparcialidade e a anterioridade da lei. Contudo, Cícero não insiste neste ponto. Isso porque era delicada a situação com Pompeu – um dos homens mais poderosos da época e, conforme retrata Ascânio, o responsável pela proposição e aprovação do rito extraordinário. Tendo em conta o contexto, entende-se que o orador empregue o recurso retórico da *praemunitio*, isto é, coloque na boca de outros a suspeita:

Mas “Gneu Pompeu, pela sua proposta de lei, expressou seu juízo tanto sobre o fato como sobre a causa, já que propôs uma lei sobre o combate ocorrido na Via Ápia no qual Públio Clódio foi morto” (...). (*Pro Mil.* 15, trad. de Marlene Borges)

31 Vetant leges sacrae, vetant xii tabulae leges privatis hominibus inrogari; id est enim privilegium (*De Domo sua*, 43, 6). Para comentários a particularidades do texto transmitido, ver Crawford (1996, p. 699).

É assim que o hábil orador contorna o problema, respondendo ao suposto interlocutor que, com a inovação legal que acelerava o rito, Pompeu não estaria perseguindo o réu, mas sim zelando por outros aspectos processuais:

O que Pompeu propôs então? Naturalmente, que se fizesse uma investigação. O que cumpre investigar? Se o ato foi cometido? Ora, isto está claro. Por quem? Ora, é evidente! Em vista disso, Pompeu notou que, mesmo diante da confissão do ato, era possível assumir a defesa do direito. Pois se não considerasse que aquele que confessa pode ser absolvido, ao ver que confessamos, jamais teria ordenado este inquérito, e não vos teria dado para o julgamento nem esta letra salvadora, nem aquela funesta.³² Quanto a mim, parece-me que Gneu Pompeu não só nada prejudicou de mais grave contra Milão, como também estabeleceu o que convém que considereis ao julgar. Pois aquele que concedeu à confissão não o castigo, mas a possibilidade de defesa, considerou que era a causa da morte que se cumpria investigar, não a morte.

(*Pro Mil.* 15, trad. de Marlene Borges, levemente adaptada)

Com isso, além de lembrar da anterioridade da lei e da imparcialidade, o discurso *Pro Milone* explicita a expectativa que o réu teria de, mesmo diante de uma confissão, apresentar suas razões, ao ser ouvido em um processo por magistrados adequados. Temos, neste ponto, uma ênfase no direito ao contraditório, que é, como referimos em nossa introdução, um dos aspectos apontados por Vitorelli (2019) como basilares para a definição de processo legal no mundo moderno.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como resultado deste estudo, em que pesem as muitas diferenças com o mundo contemporâneo, observa-se em ambas as obras do período republicano em Roma antiga (e em historiógrafos da Antiguidade que se expressaram sobre o tema) a expectativa, ao menos por parte da audiência, de que se cumprisse um processo legal preestabelecido.

Nas *Catilinárias*, como cônsul e acusador, Cícero, contrariando a Lei das XII Tábuas e a Lei Semprônia, não consulta a assembleia popular sobre um assunto que envolvia pena de capital de cidadãos. Empenhando-se em defender num momento de ameaça à República uma prática excepcional, o orador a embasa alegadamente nos costumes romanos e na autoridade senatorial. Esta, segundo o cônsul, deveria ser exercida, quer por meio de decreto extremo (um *senatus consultum* que lhe outorgasse poderes de pena capital contra os cidadãos), quer, como aconteceu, por decisão dos senadores mesmos, por ele executada.

32 Temos aqui a alusão às letras A (de *absoluo*) e C (*condemno*) inscritas nas tábuas que os jurados recebiam para votar absolvendo ou condenando os réus (COLSON, 1959, p. 58; BORGES, 2021, p. 89).

Já no *Discurso em Defesa de Milão*, como advogado de defesa Cícero prefere elogiar o direito ao contraditório, então garantido a um réu confesso. Ali, o orador chega a mencionar sua expectativa, frustrada, de que se cumprissem as leis prévias – e alude com isso não apenas à anterioridade da lei, como também à imparcialidade, ambos princípios contrários ao estabelecimento de leis *ad hoc*, ou seja, ao *privilegium* vedado na Lei das XII Tábuas.

Vimos que a aprovação de lei visando a um indivíduo ou caso específico será aspecto processual criticado por Cícero em outras obras, como *De Legibus* e *De domo sua* (ambas fontes para a transmissão da Lei das XII Tábuas), mas também por outros autores antigos. Pudemos ver tal crítica à falta de impessoalidade nos comentários de Ascânio ao discurso jurídico *Pro Milone*, mas também, conforme vimos no início deste artigo, nos textos de Veleio Patérculo e Plutarco, historiógrafos cuja narrativa reprova a criação da *Lex Clodia* – criada e aplicada, segundo eles, para o julgamento que, tendo como réu o próprio Cícero em 58 a.C., condenou-o ao exílio pela referida falha processual que, como acima apreciamos, havia privado da vida os cúmplices de Catilina.

Assim é que podemos reconhecer que, apesar do contexto tão longínquo, do estado fragmentário das fontes de conhecimento do direito do final da República Romana e, ressalte-se, da escassez estudos voltados ao processo então vigente, nossa breve e inicial leitura de excertos da obra oratória ciceroniana pôde identificar no corpus selecionado referências à legalidade processual e à anterioridade da lei, ao contraditório e à impessoalidade, ou seja, a alguns dos mais importantes aspectos que integram a visão moderna de devido processo legal.

Com isso, por meio de um olhar atento à retórica do texto de Marco Túlio Cícero, acreditamos poder contribuir para evidenciar a importância de se considerar discursos jurídicos legados de Roma antiga como base para uma ainda necessária comparação entre a concepção e prática do devido processo legal da civilização romana e o atualmente adotado em países como o Brasil, cujo Direito notoriamente se firma no transmitido a partir daquela.

Em linhas gerais, se nos voltarmos à questão que por primeiro impulsionou o presente estudo, podemos dizer que, ao evidenciarmos tal tematização das regras do jogo processual e de seu peso **já** numa civilização que é matriz de tantos aspectos jurídicos em voga no mundo moderno, reforça-se a importância de se zelar com afinco, *mutatis mutandis*, pelos princípios que visam garantir o devido processo legal em nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

- AUBERT, E. H. O conceito romano de *iurisdictio* e a cultura processual contemporânea. In: Eduardo José da Fonseca Costa; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr; Alexandre Freire Pimentel; Venceslau Tavares Costa Filho. (Org.). *História do Processo*. 1ª. ed. São Paulo: Exegese, 2018, p. 133-183.

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm; Acesso em: 30/04/2023.
- BORGES, Marlene Lessa Vergílio. *O Pro Milone de Cícero: tradução e estudo da invenção*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo, 2011.
- BORGES, Marlene Lessa Vergílio. *Em defesa de Milão de Cícero*. Tradução, Introdução e Notas. São Paulo: Assimetria, 2021.
- CARDOSO, I. T. *Theatrum mundi: filologia e imitação*. *Classica - Revista Brasileira De Estudos Clássicos*, 33(2), p. 121–149, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.24277/classica.v33i2.942>; Acesso em: 21/04/2023.
- CARDOSO, I.T.; MARTINHO, M. (eds.) *Cícero: obra e recepção*. Coleção Classica Digitalia. Coimbra: Imprensa Universitaria, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.14195/9789892616711>. Acesso: 21/04/2023.
- CLARK, Albert C. M. *M. Tulio Ciceronis Orationes*. New York/ Toronto: Oxford U. P., [1918]¹ 1989.
- COLEMAN-NORTON, P. R. Cicero's contribution to the text of the Twelve Tables, *CJ* 46, p.51-60, p.127-34, 1950-1951.
- COLSON, E. H. *Cicero, Pro Milone*. London/ New York: MacMillan & Co Ltd./ St. Martin Press, 1959.
- CONTE, G. B. *Latin Literature – A History*. Baltimore/ London: The John Hopkins U. P., 1994.
- CRAWFORD, M. H. (ed.). *Roman statutes*. Vol. I-II. London: Institute of Classical Studies, 1996.
- DENTI, Vittorio. Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). *Processo e participação*. São Paulo: Ed. RT, 1988. p. 11-23.
- DYCK, A. R. *Cicero, Catilinarians*. 1ª. ed. Cambridge: Cambridge U. P., 2008.
- FRIENDLY, Henry. Some Kind of hearing. *University of Pennsylvania Law Review*, n. 123, p. 1267, 1975.
- GLARE, P. G. W. *Oxford Latin dictionary*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- HYMAN, Andrew T. The little word “due”. In: *Akron Law Review*, vol. 38, 2005, p. 1-51.
- LINTOTT, A. *The constitution of the Roman Republic*. Oxford: Oxford U.P., 1999.
- LINTOTT, A. The Legal procedure in Cicero's time, in POWELL, J.; PATERSON, J., *Cicero the Advocate*, Oxford, Oxford U.P., p. 61-78, 2008.
- MAY, J. M. (ed.), *Brill's Companion to Cicero: Oratory and Rhetoric*. Leiden: Brill, 2002.
- MORAES, A. de. *Direito Constitucional*. 39ª. ed. Atlas: Rio de Janeiro, 2023.
- HORNBLOWER, S. (ed.). *The Oxford Classical Dictionary*. 4. ed. Oxford: Oxford U. P., 2012.
- MASLOWSKI, T. (ed.), *Cicero, Marcus Tullius: M. Tvlli Ciceronis Scripta quae manservnt omnia 17. Orationes in L. Catilinam quattuor*. Monachii; Lipsiae: Saur, 2003.

- NICOLET, C. *Le métier du citoyen dans la Rome républicaine*. Paris: N. R.F., 1976.
- PATERCULUS, VELLEIUS. *Historiarum*. ad M. Vinicium Consulem libri duo; recognovit W. S. Watt. Stuttgart; Leipzig: Teubner, 1998.
- PLESSIS, P. J. du (ed.), *Cicero's Law. Rethinking Roman Law of the Late Republic*. Edimburgo: Edimburg U. P. 2016.
- VÁRZEAS, M (trad.); PLUTARCO. *Vidas Paralelas: Demóstenes e Cícero*. Tradução do grego, introdução e notas de Marta Várzeas. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra/Centro de Estudos Clássicos e Humanísticos, 2012.
- POWELL, J.; PATERSON, J. (eds.), *Cicero the Advocate*. Oxford, Oxford U.P., 2008.
- RAMSEY, J. T., *Sallust's Bellum Catilinae*. 2º. ed. Oxford, Oxford U. P. 2007.
- RENDLEMAN, Doug. The new due process: rights and remedies. *Kentucky Law Journal*, vol. 63, p. 531-674, 1975.
- ROTONDI, G. *Leges publicae populi romani*. Milão: Società Editrice Libreria, 1912.
- SCATOLIN, A. *A Conjuração de Catilina*. São Paulo: Hedra, 2015.
- SCHULTZ, F. *Principles of Roman Law*. Transl. by Marguerite Wolff. Oxford: Clarendon Press, 1936.
- TUCCI, J. R. C.; AZEVEDO, L. C. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- VITORELLI, E. *O devido processo legal coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- WASSERMAN, Rhonda. *Procedural due process: a reference guide to the United States Constitution*. Westport: Praeger Publishers, 2004.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

2

THE ESSENCE AND STRUCTURE OF LITIGATION CLAIM ACKNOWLEDGEMENT

Zhao Qing

Assistant Professor at School of Law, Shanghai University (China)

Acknowledgement refers to the defendant's recognition of the litigation claim filed by the plaintiff during a judicial proceeding, aiming at concluding the litigation, and changing the right-duty relation between the plaintiff and the defendant from the substantial dimension. Therefore, acknowledgement has dual attributes, litigation act and substantive disposition act. The requirements of establishing the acknowledgement include: the actor of acknowledgement has the ability of litigation act or the agent has the power of agency; acknowledgement does not violate laws, public order and good customs; the object of acknowledgement belongs to the disposable matters of a party; acknowledgement conforms to the requirements for litigation essentials; the intention expressed by the actor for acknowledgement is genuine. The court makes a judgment on acknowledgement in accordance with the defendant's valid acknowledgement, with the same validity as that of a general judgment; however, there is a difference between their instrument forms. The wrong judgment on acknowledgement may be relieved through appeal or retrial; however, the grounds of relief are only limited to procedural violation or nonconformance of acknowledgement to the requirements for establishment.

I. Introduction

It is stipulated in article 51 of the Civil Procedure Law of China that the defendant may recognize the plaintiff's litigation claim. Theoretically, one party's recognition is generally called "litigation claim acknowledgement" or "claim acknowledgement". The Civil Procedure Law of China aims at settling the disputes about the civil legal relation

between equal civil subjects. The party is entitled to dispose of the interests of litigation entities. Therefore, the defendant's recognition of a litigation claim filed by the plaintiff during litigation may not only define the status of the legal relation between the parties, but also produce a legal effect of terminating the litigation, which are orientated by the principle of implementing disposition doctrine in the civil procedures. In this sense, litigation claim acknowledgement is also taken as one of the modes for the parties to independently settle the dispute.

But here is a question: there is not much about the design and regulation of this important system of civil procedures in the Civil Procedure Law of China. The Civil Procedure Law of China just skates over the matter with "the defendant may recognize or rebut a litigation claim" in the posterior section of article 51, and limits the authority of a joint litigation agent and representative to recognize a litigation claim only with a few words "must be agreed by the parties" in article 53 and paragraph 3 of article 54. Not only that, although there are also some provisions related to "litigation claim recognition" in article 89 of the Interpretation of the Supreme People's Court on the Application of the Civil Procedure Law of the People's Republic of China, paragraph 3 of article 8 in the Several Provisions of the Supreme People's Court on Evidence in Civil Procedures, item 2 of article 32 in the Certain Provisions of the Supreme People's Court on Application of Summary Procedure for Trial of Civil Cases, all of which are the restatements of legislative stipulation. Honestly speaking, the Civil Procedure Law of China has been enforced for more than a quarter century. In spite of two significant modifications, the provisions related to litigation claim acknowledgement almost have never been changed. Therefore, relevant provisions on this system seem to be very principled and rough, with nothing about its application range, establishment requirements, legal effect, relief, and other basic composition and procedure supporting conditions, not to mention systematic construction and development. Naturally, the shortage of litigation claim acknowledgement in institutional construction has caused a negative impact on its judicial practice and application. For example, judicial interpretation even took a party's "recognition of the other party's whole or partial litigation claim" as one of the matters free from proof¹, and regarded litigation claim acknowledgement as one of the contents of evidence system, confusing the relation between fact finding and the substantive law or between proof and disposition of a party.

On the other hand, Chinese scholars pay less attention to litigation claim acknowledgement system and its jurisprudence, except for a few discussions in some relevant books and papers.² After searching by entering two keywords, "claim acknowledge-

1 "The party needs not to present evidences for the following facts: (1) where one party clearly expresses recognition of case facts and litigation claim filed by the other party" provided by article 75 of Opinions of the Supreme People's Court on Certain Issues concerning the Application of the "Civil Procedure Law of the People's Republic of China" [FF (1992) 22] now has stopped and become invalid.

2 There are only two relevant monographs, see ZHANG JIAHUI, *LEGAL RESEARCH ON PARTY'S LITIGATION ACT* (China Democracy and Law Press, 2005); WANG DEXIN, *THEORETICAL RESEARCH ON ACT OF CIVIL LITIGATION* (China University of Politic Science and Law Press, 2011).

ment” and “claim recognition” in “HowNet”, the author only finds one monograph composed by Professor Chen Aiwu, Discussion on Acknowledgement of the Party in Civil Procedure (hereinafter referred to as the declarative monograph).³ This research status quo is far from the due circumscription for litigation claim system and its jurisprudence. The declarative monograph, as a piece of monograph aiming at systematic research on litigation claim acknowledgement, is composed of four parts in structure, respectively explaining and evaluating the concept, nature, validity of and current legal provisions of litigation claim acknowledgement. These contents provide some inspiration and useful reference for the writing of this paper. But what is different in significance of writing from the declarative monograph is that, this paper, as one of my staged achievements related to theoretical research on litigation act of a party, aims at discussion about relevant problems based on the essentialism of litigation claim acknowledgement. According to the author’s researches, she thinks that all problems of litigation claim acknowledgement, as one concrete embodiment of litigation act of a party, are related to its essentialism. In law and practice, litigation claim acknowledgement is regarded as a private law act or procedure law act. Due to the difference between the private law and the public law, it is very likely to draw tit-for-tat conclusions and effects in explanation or treatment of relevant problems. One-hundred-word introduction to the essentialism of litigation claim acknowledgement in the declarative monograph not only leaves enough space for this paper’s researches on this topic, but also creates an opportunity for this paper’s deeper researches on relevant problems based on the essentialism.

To sum up, litigation claim acknowledgement is one important system in the Civil Procedure Law of China, however, no due attention is paid to it in existing legislation and academic researches so that there are many perplexities in practice due to the lack of strong support for the two aspects. In view of this, this paper intends to conduct systematic researches on litigation claim acknowledgement so as to make some contributions to enriching the jurisprudence and legislation of this system. To realize the writing purpose, the second chapter of this paper summarizes the origin of litigation claim acknowledgement system and the relation among it and other relevant systems; to build a legal basis for litigation claim acknowledgement system, the third chapter of this paper sorts out, explains and evaluates the essence of this system and its relevant theories among which the essentialism is also the focus of this paper; based on this, this paper conducts researches on jurisprudence and system design of establishment requirements in the fourth chapter, validity and manifestation in the fifth chapter, and relief of litigation claim acknowledgement in the sixth chapter by using the inherent “dynamic analysis method” of the Civil Procedure Law of China in accordance with the litigation system and the concept of progressive development unity so as to facilitate the construction of systematic theory of this system.

3 Chen Aiwu, Discussion on Acknowledgement of the Party in Civil Procedure, 4 Journal of Huaiyin Teachers College (Philosophy and Social Science Edition) 450-457 (2001).

II. Basic meaning of litigation claim acknowledgement

A. Concept and Origin of Litigation Claim Acknowledgement

Litigation claim acknowledgement refers to that the defendant thinks there are grounds for the establishment of the plaintiff's litigation claim and recognizes it during the litigation. Current legislation calls it "recognition of the plaintiff's litigation claim", or "litigation claim recognition". Litigation claim acknowledgement is a compound concept developed based on litigation claim, so we may locate its context through the concept of litigation claim.

Investigated from legal system consciousness theory,⁴ the generation and development process of the civil procedure law system of China was deeply influenced by the legislations of Germany, Japan and the former Soviet Union. However, for the setting of litigation claim recognition or acknowledgement system, it should be formed by transplanting relevant litigation systems in German and Japanese legislations. This is because "claim (Anspruch)" is a legal concept put forth by German scholar Windscheid for the purpose of establishing the German Civil Code known as "rights law system" as well as a unique concept in German law, but there is no concept of claim and corresponding claim right system in the Soviet laws, not to mention litigation claim acknowledgement. The "claim" is a concept of the German law transplanted from the Japanese law at the time of civil legislation in the later Qing Dynasty of China. Due to the transplantation from the German law, the Japanese civil law and civil procedure law respectively translated Anspruch into "claim" and "claim right". Civil legislation in the later Qing Dynasty directly followed the Japanese concept translated from the German law, it also translated Anspruch in the German law into "claim" or "claim right". It should be pointed out that "claim" and "claim right" are two translations of the same concept Anspruch in the German law. In general, civil law scholars translated Anspruch into "claim right" based on the standpoint of right, while the civil procedure law scholars translated Anspruch into "claim" based on the standpoint of act. This is also the origin of using "claim right" in the civil law and "claim" in the civil procedure law to express the concept "Anspruch" during the period of the later Qing Dynasty and the Republic of China.

The existing Civil Procedure Law of China abandons "claim" and replaces it with "litigation claim", so "litigation claim recognition", as a statutory term, is the same as Anerkenntnis in the German law and Seikyu Ninntaku in the Japanese law. In the Civil Procedure Law of China and its theoretical researches, the replacement of "claim" with "litigation claim" has a significance of advancing with the times. This is because claim, as one concept in the substantive law, only refers to performance claim for the counter-

4 Chen Gang, The Great Significance of Legal System Consciousness in the Research of Civil Procedural Law, 5 Chinese Journal of Law 40 (2012).

party” to perform or not to perform a certain act”and there will be no objection against”claim”as litigation object during the period when there is only one litigation type: action of performance in both theory and judicial practice. However, after litigation types developing into action of confirmation and action of formation, it is obviously biased for”claim”to still generally refer to all types of litigation objects. It is well known that both action of confirmation and action of formation have no performance content. Therefore, claim in the Civil Procedure Law of China is different from the claim in the substantive law, and should include confirmation and formation contents. For that reason, German scholars created the concept “litigation claim” or “claim in the German civil procedure law” to make up the limitation of”claim”only taking performance as content, while Japanese scholars translated prozessualer Anspruch into Sosyuu Seikyu and continued to use it. Litigation claims are a set of confirmation claim, formation claim, performance claim and other claims in the procedure law, and still belong to legal concepts in Germany and Japan, but still follow “claim” without any change due to the consideration of legislative technique. In contrast to this, the Civil Procedure Law of China adopts “litigation claim” rather than “claim”, which is just still accustomed to using “claim” in scientific theory, and the “declarative monograph” above is such an example. Therefore, “litigation claim”used in this paper has the same meaning as that of “claim”in German and Japanese civil procedure laws. “Litigation claim recognition”, as a statutory term in the existing Civil Procedure Law, is also the same as Anerkenntnis in the German law and Seikyu Ninntaku in the Japanese law.

Anerkenntnis in the German law or Seikyu Ninntaku in the Japanese law are also translated into “acknowledgement”. Compared with “recognition”, acknowledgement is a specially- designated concept, which means that the defendant unilaterally expresses whole or partial requisition (Klagebegehren) of the court for the plaintiff’s allegation is reasonable. Recognition is a general concept, including fact recognition and litigation claim recognition which are two subordinate concepts with entirely different meanings, effects and legal regulations. From the perspective of emphasizing on the difference between litigation claim recognition and fact recognition, it is more scientific to directly call the former as acknowledgement.

B. Acknowledgement Features and Its Difference from Adjacent Systems

Main features of litigation claim acknowledgement are as follows: firstly, acknowledgement object is the plaintiff’s litigation claim or the plaintiff’s claim against the defendant and is divided into two types, acknowledgement of whole litigation claim and acknowledgement of partial litigation claim; secondly, litigation claim acknowledgement subject is the defendant, including counterclaim plaintiff with defendant litigation status as well as plaintiff and defendant of the original case in litigation with independent claim right; thirdly, after the establishment of litigation claim acknowledgement, the plaintiff shall not bear the burden of proof for the establishment of litigation claim;

fourthly, litigation claim acknowledgement has the effect of concluding the litigation, and the court should confirm the litigation claim acknowledged by the defendant by judgment and make a judgment that the plaintiff wins in terms of the litigation claim, which has a legal validity of judgment (force of judgment) on the plaintiff. Litigation claim acknowledgement has the particularity of concluding the litigation as per the defendant's act of disposition rather than the court's act of hearing, so it is theoretically regarded as one of the means for the parties to independently settle the dispute.

From the perspective of the defendant's agreeing with or recognizing the plaintiff's litigation views, although there are many similarities among admission, rights admission and litigation claim acknowledgement, it is legally necessary to strictly distinguish the natures and application ranges of the three as mentioned earlier, to avoid regarding the validity of litigation claim acknowledgement only as one of the matters free from proof in judicial practice.

Firstly, the admission in the civil law procedures refers to a party's recognition or confession of the facts unfavorable to itself, and the objects are case facts. Although both admission and litigation claim acknowledgement will impose the responsibility on the parties to provide evidence to prove the facts free from proof, the admission will not certainly produce the effect of the establishment of litigation claim. When the defendant admits that partial facts are essential for the establishment of litigation claim, the plaintiff is only responsible for providing evidence to prove the partial facts free from proof rather than all facts free from proof; even if the defendant admits all facts essential for the establishment of litigation claim, legal basis for the establishment of the plaintiff's litigation claim does not stem from the result of the defendant's acknowledgement or recognition of the above, but stems from the result concluded according to the existence of minor premise (essential facts) in judgment syllogism. Virtually, this is the result of implementing the adversary doctrine in the civil law procedures. In contrast to this, the legal basis for exempting the plaintiff from the responsibility to provide evidence to prove essential facts due to the litigation claim acknowledgement stems from disposition doctrine, the principle of the parties' disposition of rights and interests of litigation entities in the civil law procedures. That is to say, after the defendant's acknowledgement of litigation claim, the plaintiff's rights proposition and litigation claim shall be deemed as established, and it shall produce a binding force on the court to make a judgment that the plaintiff wins according to this, which is orientated by the principle of implementing disposition doctrine in the civil law procedures. If the plaintiff is still required to assume the responsibility to provide evidence to prove the facts essential for the establishment of litigation claim in this circumstance, it may be accounted for that the judge cannot regard the litigation claim as established due to the plaintiff's lack of evidence, thus violating the principle of implementing disposition doctrine. In addition, in civil law procedures, admission object is almost not restricted by law, and a party may recognize or confess any fact unfavorable to itself. However, litigation claim acknowledgement object is restricted by law. For example, as provided

by the Japanese law, when the court makes a judgment in favor of litigation claim for group relation of a joint-stock company, the judgment has external validity. Therefore, the litigation claim acknowledgement system is not applicable to such litigation.

Secondly, rights admission refers to a party's acknowledgement of rights or legal relations unfavorable to itself with respect to the premise for the establishment of litigation target. Although both rights admission object and litigation claim acknowledgement object are rights or legal relations, rights admission does not necessarily produce the effect of establishment of litigation claim. For example, as for the plaintiff's claim for returning the house based on the relations under the house leasing contract (litigation claim), the defendant admits the rights with respect to the relations thereunder, one of establishment requirements for the litigation claim, but denies other facts essential for the establishment of claim for returning the house. In this circumstance, the plaintiff's litigation claim shall not be necessarily established.

It should be noted, admission object is fact while rights admission object is right or legal relation, although both rights admission and admission have the necessity to exempt the party from proving the "admitted" object. Right admission is theoretically listed as one kind of admission because rights admission object belongs to the minor premise (essential facts) in judgment syllogism, and these essential facts may be determined by action of intermediate confirmation or rights admission.⁵

III. The essentialism of litigation claim acknowledgement

Litigation claim acknowledgement is a litigation act implemented by the defendant in litigation field. However, whether such an act belongs to private law acts or procedure law acts in attribute of the legal area is a proposition required to be discussed for the essentialism of litigation claim acknowledgement, and also a premise problem required to be faced for the construction of the legal system of litigation claim acknowledgement. This is because there is a difference between the private law and public law in essence between the substantive law and procedure law on condition of coexistence of substantive law and procedure law in the current legal system. In this background, to regard litigation claim acknowledgement as a procedure law act, it should be regulated and explained in accordance with the Civil Procedure Law of China with the nature of the public law and its jurisprudence; conversely, to regard litigation claim acknowledgement as a private law act, it should be regulated and explained in accordance with the civil substantive law with the nature of private law and its jurisprudence. It goes without saying, they are different in essentialism, and also different in construction and interpretation of litigation claim acknowledgement system, even opposite.

5 Duan Wenbo, Establishing the Interlocutory Judgment System in Our Civil Litigation, 10 Political Science and Law 144 (2009).

Chinese scholars have not conducted an in-depth research on the essentialism of litigation claim acknowledgement, most of them regard it as a simple litigation act or procedure law act, but pay less attention to its legal basis. In the declarative monograph, although it is pointed out that acknowledgement is a right with substantially significant content,⁶ there is neither in-depth discussion on how to determine the nature of such a right in attribute of the legal area nor discussion on systematic institutional theory construction as per the defined nature. Investigated from phenomenology, in the field of the civil law procedures, litigation claim acknowledgement is a litigation act with double effects, procedural effect and substantive effect, so its essentialism has been discussed for a long time. It may be said that there are many different theories being unable to decide which is right. To sum up, the representative theories are procedure law theory, substantive law theory and double nature theory.

A. Procedure Law Theory

Procedure law theory regards litigation claim acknowledgement as a simple procedure law act, and explains litigation claim acknowledgement system and its jurisprudence from the standpoint of the procedure law monism. At present, the procedure law theory is dominant in German academia. However, there are two representative theories due to the difference in methodology, which are the exclusion theory represented by Lent and the function theory represented by Baumgartel, although both of them are called procedure law theory

1. Exclusion Theory. —Based on the interpretation of article 781 of the German Civil Code, Lent, in his paper,⁷ advocates that litigation claim acknowledgement neither belongs to debt recognition deed as provided by this article nor shall be regulated and explained in accordance with the substantive law and its jurisprudence because it does not belong to private law acts. The specific elaborations mainly cover three aspects as follows:

Firstly, debt recognition and litigation claim acknowledgement are different in constitutive requirements and exercise modes, so litigation claim acknowledgement does not belong to debt recognition deed provided by article 781 of the German Civil Code. Specifically speaking, first of all, in accordance with the provisions of article 781,⁸ contracts with debt relation existence recognition as content shall be expressed as effective requirements in writing, and litigation claim acknowledgement belongs to uni-

6 Chen Aiwu, Admission in Civil Action, 23 (4) Journal of Huaiyin Teachers College 450 (2001).

7 LENT, ACKNOWLEDGMENT BY PURE MEANING OF PROCEDURE, in FOR L. ROSENGER'S BIRTHDAY MEMORIAL at 123 (Beck Press, 1949).

8 Article 781 Debt Recognition of the German Civil Code: it needs to give an intention of recognition in writing to make contracts (debts) recognize the existence of debt relationship effective, where any other mode is provided for the establishment of debt relationship recognizing its existence, it needs to adopt this mode for recognizing contracts, see DU JINGLIN & LU CHEN, ANNOTATIONS TO GERMAN CIVIL CODE, at 441-442 (Law Press, 2011).

lateral acts conducted in oral form and does not meet effective requirements for debt contract recognition. Next, debt recognition has non-reason and creative properties; litigation claim acknowledgement is the defendant's recognition of litigation claim filed by the plaintiff based on the existing creditor's rights, in other words, it is the defendant's recognition of existing debtor-creditor relationship, rather than the formation of new debtor-creditor relationship through recognition. Last, the party not only can recognize debt outside litigation, but also can recognize debt outside litigation and advocates debt recognition in litigation, however, litigation claim acknowledgement must be made in litigation.

Secondly, "recognition (Anerkennung)" in the substantive law and "recognition" used in litigation claim acknowledgement are not the same concept. Lent explained the difference of "recognition" in the two legal areas with discontinuance of action limitation as an example. Article 212 of the German Civil Code gives provisions on discontinuance of action limitation due to debt recognition, however, due to prosecution, action limitation discontinues in a lawsuit in which the defendant makes acknowledgement, so the defendant's acknowledgement will not produce the same limitation discontinuance effect as that of debt recognition. The same logic can also be verified in article 380, article 1718, article 847, article 1300 and other clauses of the German Civil Code.

Thirdly, to regard litigation claim acknowledgement as a substantive law act, when litigation target belongs to absolute rights without the nature of creditor's right or claim for confirmation or claim for formation, it is difficult to explain as per substantive jurisprudence. For example, when there is no action of negative confirmation similar to the action of confirmation in debt, it is impossible for the defendant to make acknowledgement or recognition with the significance of the substantive law (debt recognition), even acknowledgement of the plaintiff's debt without the claim for confirmation only has a significance in the procedure law rather than as per the provisions of the substantive law. Similarly, the defendant's acknowledgment of claim for formation advocated by the plaintiff is not likely to be debt recognition in the substantive law, and can only be acknowledgement in the procedure law.

To sum up, based on excluding the possibility of litigation claim acknowledgement as a private law act, Lent conclusively thinks that litigation claim acknowledgement is unlikely to have the nature of the substantive law no matter in what sense, so it should be regarded as a simple litigation act, that is a procedure law act.

2. Function Theory. —Baumgartel elaborates the essence of litigation claim acknowledgement from the standpoint of function theory in his paper *The Essence and Concept of Litigation Act of a Party in Civil Procedure*.⁹ He thought that it could not

9 BAUMGARTEL, *THE NATURE AND CONCEPTION OF LITIGATION ACTION*, at 143 (Carl Heymanns Verlag, 1957); Japanese jurist Isikawa Akira transported this thesis and serialized on *Hanrei Times* No.353-355, 357, 359, 360-

be directly concluded only based on its procedure law effect that litigation claim acknowledgement was a simple litigation act, which could be concluded only based on non-relation of procedure law effect to substantive law effect. Therefore, Baumgartel investigated the relation between the procedure law function and substantive law function of litigation claim acknowledgement. He thought litigation claim acknowledgement had the function of settling a dispute and concluding the litigation because it belonged to acts aiming to settle disputes and bringing legal order and peace. In addition, he also explained the legitimacy of such an act as follows: the defendant's acknowledgement of litigation claim advocated by the plaintiff usually stemmed from the motivation that it was indisputable to admit that the plaintiff's litigation claim was established on grounds or it was likely to make itself lose other interests thereby even if refutable. In a word, the defendant's acknowledgement of whole litigation claim of the plaintiff without argumentation is a "motivated behavior" for some reasons. Although it usually requires the court to make a judgment in line with the status of substantial legal relations to protect private rights and maintain the private law order based on the consideration of civil procedure system teleology, under the premise of not violating public interests, a party can also independently decide the legal order restoration, which is not directly related to the status of substantial legal relations predetermined by the substantive law. Therefore, based on the superior position theory of legal order restoration, Baumgartel thought that litigation claim acknowledgement did not require close relation of its procedure law function to substantive law in civil law procedures. In short, according to Baumgartel's explanation of function theory, litigation claim acknowledgement has the function of settling disputes and restoring the legal order in behavior; considering the standpoint of emphasizing a party's independent restoration of the legal order, such a function should be superior to the substantive law function. In addition, Baumgartel thought that litigation claim acknowledgement also had the function of forming a basis for judgment and the function was unrelated to the substantive law function. This is because the court should make a judgment that the defendant fails according to the defendant's acknowledgement of litigation claim in accordance with the provisions of article 307 of the German Code of Civil Procedure, without considering the status of legal relations determined by the substantive law.

Although Lent and Baumgartel differed in demonstration methods as mentioned earlier, during the cognition of essentialism. of litigation claim acknowledgement as mentioned earlier, both of them based on procedure law monism that the defendant's acknowledgement of litigation claim belonged to procedure law acts, and strongly denied the real impact of such an act on substantial legal relations. They tried to understand acknowledgement as a core defect of the procedure law theory from institutional dimension of complete segregation with the substantive law.

364, 366, 368 Uemura Akihiro, Conception of Litigation Act in Civil Litigation, 29 The Journal of the Association of Law and Economics 55 (1959).

B. Private Law Act Theory

Private law act theory regards litigation claim acknowledgement as a simple private law act in essence, and advocates to construct and interpret it according to private law theory. Early private law act theory equated litigation claim acknowledgement with debt recognition in civil law, but it has become a theory in the law history due to the interrogation by procedure law act theory put forth by Lent et al. In order to overcome the defects of traditional private law act theory and respond to the challenges of procedure law act theory, scholars also put forth new private law act theories, among which is mainly represented by Professor Ishikawa Akira, a Japanese scholar.

Professor Ishikawa's private law act theory is based on refutation against procedure act theory, or maintained through criticizing procedure act theory. There are three main arguments.¹⁰ Firstly, the substantive law is a code of conduct in the first place, and the procedure law can only form an empirical code in the second place, so we cannot institute a code of conduct unrelated to the substantive law through the procedure law, therefore, litigation claim acknowledgement is only a reflection of the status of substantial legal relations.¹¹ Secondly, the procedure law act theory proves that litigation claim acknowledgement is unrelated to the substantive law based on the pursuit of formal truth and lack of judgment system. However, under the circumstance of defendant's absence and the plaintiff's application for judgment by default, the court may deem substantial legal relations between the parties in the undisputed status, and make a judgment accordingly. Although the design of such a system is punitive in nature, it is still a reflection of the status of substantial legal relations between the parties. Therefore, the judgment by default is the same as litigation claim acknowledgement, and both of them are reflections of the status of substantial legal relations. As a result, it cannot prove that litigation claim acknowledgement is unrelated to the substantive law based on the system of judgment by default. Thirdly, according to the interpretation of procedure act theory, litigation claim acknowledgement is rights admission of litigation target, so this act belongs to procedure law acts in nature. Regarding this, Professor Ishikawa thought that it was required to consider whether interpretation and application of the substantive law were correct or not because the court needs to make a judgment according to the content of acknowledgement under the system of judgment by acknowledgement (the court makes a judgment based on litigation claim acknowledgement). But it is not so for the recognition criterion of rights admission, and only limited by not hindering the objectivity of judgment, so it is obvious that the court cannot make a judgment based on a party's rights admission. Moreover, in a public interest lawsuit where a party lacks the interpretation provided by the substantive law and applicable authority, and under the circumstances not allowing admission

10 ISIKAWA AKIRA, *RESEARCH OF LITIGATION ACTION*, at 163-168 (Sakai Syoten Press, 1975).

11 Isikawa Akira, *Legal Nature of Acknowledgment*, 13 *Journal of Civil Procedure Law*, 102 (1963).

such as litigation obviously without grounds, if the acknowledgement is equated with rights admission, acknowledgement will not be permitted, just as rights admission, clearly contrary to general theory of litigation claim acknowledgement.¹² Only after regarding acknowledgement as an entity act can the above difficulty be overcome. After criticizing procedure act theory as mentioned above, Professor Ishikawa explained the difficulty of substantive law theory, which was why claim acknowledgement would produce an effect in the procedure law. He thought that claim acknowledgement was an entity act made in litigation and confirmed by the court and its effect in the procedure law stemmed from the court's public power act. Professor Ishikawa avoided criticizing substantive law theory through this explanation.

C. Compromise Theory

Compromise theory is also called amphoterism theory, which believes claim acknowledgement has not only the features of litigation act, but also the nature of disposition act in the substantive law. Professor Takeshita Morio is the initiator of this view. Especially after Japan abandoned the system of judgment by the acknowledgement and adopted the system of acknowledgement letter,¹³ claim acknowledgement may be understood as "the defendant's statement unconditionally recognizing the plaintiff's litigation claim contains the proposition for existence (or no existence, similarly herein-after) of rights constituting the content of litigation claim and the intention of regulating legal relations between the plaintiff and the defendant, it contains the defendant's intention of initiatively making the existence of rights advocated by the plaintiff in the substantive law become legitimate", so "the plaintiff's statement advocating the existence of substantive rights in litigation is also a disposition act in the private law".¹⁴

D. Real Benefits from the Research on Essentialism

The research on essentialism is not to pursue pure theory or to be metaphysical, but to gain a legal starting point or foundation for the construction of scientific litigation claim acknowledgement system. The elementary proposition of essentialism is how to define the nature of legal area of litigation claim acknowledgement, which elicits the practical problem about how to correctly regard and treat the relation between substantive law and procedure law when we establish and explain litigation claim acknowledgement system.

12 LENT, *supra* note 7, 138.

13 It is provided by article 267 of the Civil Procedure Law of Japan that "reconciliation, waiver or acknowledgement of litigation claim shall be recorded into a document, and the record shall have equal validity of judgment". Therefore, the document recoding the defendant's acknowledgement content is called "acknowledgment document" in Japan, similar to written statement used in Chinese practice, and translated into "acknowledgement letter" in this paper.

14 KAKEKO HAJIME ET AL. *EXPLANATION OF CIVIL PROCEDURE LAW*, at 1466 (Koubundou Press, 2011).

On the one hand, as mentioned earlier, procedure law theory unilaterally emphasizes the significance of litigation claim acknowledgement in the procedure law and excludes the adjustment of litigation claim acknowledgement in the substantive law from the standpoint of application of excluding debt recognition in the substantive law or from the standpoint of functional theory of legal order peace restoration. However, according to the investigation from the standpoint of “rights existence” or “litigation on law” that the civil procedure system is to protect private rights and maintain private law order, it is necessary to make an integrated explanation of the substantive right-duty relation between the parties which is produced based on debt recognition and litigation claim acknowledgement. It is unlikely to thoroughly explain the status of legal relations about substantive rights and duties produced by litigation claim acknowledgement as well as the legitimacy and basis of the plaintiff’s obtaining of a substantive win by judgment in the substantive law without this. Especially when the defendant acknowledges the plaintiff’s rights proposition and litigation claim based on any reason beyond the facts essential for the establishment of the plaintiff’s litigation claim, if the defendant’s acknowledgement is deemed as different in nature from disposition act in the substantive law only based on the result concluded by consideration of procedure law order superiority, we need a theoretical-origin explanation about why the procedure law is superior to the substantive law in application. But from the standpoint of litigation theory of “rights existence” or “litigation on law”, civil litigation does not have the particularity of instituting substantial legal relations, and it can only determine and implement the prescribed substantial legal relations and should take current Civil Law as the basis for judgment; otherwise, it cannot realize the institutional purpose of protecting private rights and maintaining private law order. Thus, the status of substantial legal relations determined by a judgment made according to litigation claim acknowledgement not only has a significance in the procedure law, but also in the substantive law; the nature of legal area of legal norms related to litigation claim acknowledgement system is not limited to the procedure law; furthermore, we should not regard litigation claim acknowledgement as a simple litigation act.

On the other hand, if litigation claim acknowledgement is only regarded as a substantive law act unrelated to the procedure law, it is difficult to explain the origin of effect of concluding the litigation. Although Professor Ishikawa ever said that it was produced by the court’s public power act and unrelated to a party’s act, the civil litigation phenomenon tells us that the defendant obviously has the subjective intention of settling the dispute and realizing legal order peace during acknowledgement of litigation claim. Therefore, we cannot think that litigation claim acknowledgement is unrelated to the defendant’s intention of trying to conclude the litigation, and should regard it as a litigation act inseparable from the defendant’s subjective intention. In addition, Professor Ishikawa neither clearly and thoroughly explained the behavioral traits of litigation claim acknowledgement from entity act nor specifically defined litigation claim acknowledgement as a certain substantive law act from substantive law,

that is, whether such an act belonged to debt recognition, the recognition of creditor's right notice or substantial evidence deed, or all of the three above?

To sum up, the research on essentialism of claim acknowledgement is conducive to our cognition of dual attributes of litigation claim acknowledgement. Although litigation claim acknowledgement belongs to a system in procedure law and is the defendant's litigation act in the field of litigation, its function and effect are beyond the scope of the procedure law and involve the substantive law. It cannot be denied that litigation claim acknowledgement is one way for a party to dispose of substantive rights during the determination of the status of substantial legal relations, and substantive law function (norm of adjudication). Therefore, the valuation and regulation of such an act cannot be conducted unilaterally from the civil procedure law with the attribute of the public law, but should combine substantial law theory with the value of the private law. The so-called combination refers to litigation claim acknowledgement's compromise of value conflict in the substantive law and procedure law, which is, the compromise of conflict between self-regulation of private law acts and state intervention of procedure law acts. Based on the cognition of essentialism with such a significance, laws and systems related to requirements for establishment, validity and relief of litigation claim acknowledgement will be explained as follows.

IV. Establishment requirements for litigation claim acknowledgement

What is different from exclusive chapter on civil legal acts and establishment requirements in current civil law is that there are no special provisions on litigation acts and general requirements for establishment in the Civil Procedure Law of China, not to mention special provisions on requirements of establishing the litigation claim. In accordance with jurisprudence, the requirements of establishing the litigation claim acknowledgement should not only include general requirements for litigation acts, but also include special requirements because it is specific and special among litigation acts. In accordance with relevant provisions of the Civil Procedure Law of China, combined with elaborations of litigation act theory and litigation claim acknowledgement essentialism, in this paper, the author thinks that there are five requirements of establishing litigation claim acknowledgement: first, the actor of acknowledgement has the ability of litigation act or the power of litigation agency; second, the object of acknowledgement does not violate laws, public order and good customs; third, the defendant is entitled to dispose of the object of acknowledgement; fourth, the acknowledgement conforms to the requirements for litigation essentials; fifth, the intention expressed by the defendant for acknowledgement is genuine.

Among them, the first item "having the essentials in the procedure law" means that the acknowledgement requires general essentials for the establishment of litigation

act, specifically the party making the acknowledgement has the ability of litigation or the agent has corresponding power of agency, and acknowledgement does not violate laws, public order and good customs. As for the ability of litigation and power of agency, as the acknowledgement is the intention expressed by the defendant to the court with respect to recognition of the plaintiff's litigation claim for the purpose of settling the dispute and concluding the litigation, the defendant, as the expresser, certainly has the corresponding ability of litigation or power of agency. For example, article 53 of the Civil Procedure Law of China stipulates that "representative's alternation or renunciation of litigation claim or recognition of the other party's litigation claim or reconciliation must obtain consent from the represented party" and article 59 of the Civil Procedure Law of China stipulates that "litigation agent must obtain special authorization from bailor to recognize, renounce or alter litigation claim...". The requirement that acknowledgement does not violate laws, public order and good customs can be accounted for that the right advocated by the plaintiff as litigation claim should be recognized by rights system provided by current law and contain no contents violating public order or good customs. For example, it is not allowed to request the court to confirm any real right unrecognized by law or request the other party to conduct a criminal act, etc. due to the violation against mandatory provisions of law, so it is certainly not allowed to acknowledge the so-called "litigation claim" filed by the defendant; even though the content of litigation claim is recognized in form (e. g. claim for payment), if the grounds for the litigation claim violate any law, public order or good customs, the defendant is still not allowed to make acknowledgement. The essentials in the procedure law are general requirements for the establishment of acknowledgement acts and other litigation acts. The other three items need to be discussed in detail.

A. The Defendant's Entitlement to Dispose of the Object of Acknowledgement

The defendant's entitlement to dispose of the object of acknowledgement refers to that litigation claim as the object of acknowledgement is within the control of disposition principle in content. In other words, as for a lawsuit not using the principle of disposition, even if the defendant acknowledges the litigation claim, the court shall not accept it unconditionally.

It is generally accepted that the application of disposition doctrine should be limited in all kinds of civil lawsuits because litigation claims involve the interests of most people in identity relation lawsuits, that is to say, the judgment should be made based on objective facts and neither party may voluntarily restrict the determination of judge. There are no provisions on the application of acknowledgement to identity relation lawsuits in the Chinese law. However, "where a party clearly recognizes case facts stated by the other party, the other party needs not to prove these facts, but except for lawsuits involving identity relation" as provided by paragraph 1 of article 8 in the Several Provisions of the Supreme People's Court on Evidence in Civil Procedures, clearly

denying the application of admission system to identity relation lawsuits. Admission system is different from acknowledgement. But from the perspective of the effect of disposition right, compared with admission, litigation claim acknowledgement disposes of the rights of the parties more directly, and will also exert a serious adverse impact on the interests of the actor. Admission only recognizes a fact unfavorable to itself and limits the court's determination of the fact. Acknowledgement is made directly with respect to litigation claim; once the defendant makes acknowledgement, the court will have no leeway to investigate case facts, and cannot implement the objective reality requirement in an identity relation lawsuit. From this perspective, it can be assumed that it is naturally not allowed to accept litigation claim acknowledgement in identity relation lawsuits not allowing admission.

It is assumed here that it requires absolute elimination of application and necessity of litigation claim acknowledgement in identify relation lawsuits. There are two reasons: firstly, the divorce by agreement and renunciation of adoptive relation by agreement are usually recognized in China. The parties may freely renounce marital or adoptive relation, and the judgment may play a role only when the parties cannot reach a renunciation agreement, even allowing the parties to voluntarily reach a renunciation agreement during the litigation process. Secondly, procedural function of judgment in a divorce or adoptive relation renunciation lawsuit mainly lies in determination of the reality of essentials for renunciation of marital or adoptive relation through court trial; however, due to the relativization and objectivation of reasons for renunciation of marital or adoptive relation in the substantive law, the significance of determination through trial procedures has been greatly reduced. In this background, it would be inappropriate for the court to still insist on investigating functions and powers for a case where the defendant acknowledges the litigation claim.

B. Conformance to the Requirements for Litigation Essentials

Litigation essentials are the requirements for legal establishment of litigation, and are also prerequisites for the court to conduct a substantive hearing for the case.¹⁵ In a case where the defendant makes acknowledgement of litigation claim, as the judgment made by the court according to the defendant's acknowledgement of litigation claim is equal to a common civil judgment in validity, from the perspective of loyalty to judgment system, considering compromise with common judgment system, judgment made for accepting litigation claim acknowledgement should take conformance to litigation essentials as the prerequisite of litigation in principle. That is to say, where it is confirmed that the case lacks litigation essentials before the defendant makes acknowl-

15 As for the discussion about connotation and function of litigation essentials, see Zhang Weiping, *The Requirements to Commence an Action and Substantive Requirements of Judgment*, 6 *Chinese Journal of Law* (2004); Xue Shaofeng, *Discussion on the Requirements of Civil Litigation*, 12 *Forward Position* (2006).

edgement of litigation claim, the court shall judicially decide to dismiss the prosecution. However, under the circumstance that it is unclear whether litigation essentials for the case are complete when the defendant makes acknowledgement of litigation claim, there is opposition against whether to require the people's court to conduct a single hearing of litigation essentials. There are two reasons: firstly, litigation claim acknowledgement which has dual attributes, litigation act and substantive disposition act, is a party's independent settlement of a dispute, is a system recognized from the perspective of the party's interests, and is in line with the party's litigation purpose. Litigation essentials are requirements put forth to define the boundary of judicial power, distinguish the jurisdiction, ensure the eligibility of the party, and eliminate meaningless litigation from the perspective of public interests; they are regarded as the requirements for claim acknowledgement system implementing disposition doctrine, restricting the party within proceedings, and not conforming to litigation claim acknowledgement's attribute of independent settlement of a dispute;¹⁶ secondly, theoretically speaking, only under the premise of meeting the litigation essentials can the court conduct a substantive hearing for the case. The court shall first investigate the existence of litigation essentials before a substantive hearing. However, in trial practice, the existence of litigation essentials is often gradually clear along with the advancement of court trial, so most hearings conducted by the court for litigation essentials and judgment essentials of the case are carried out simultaneously.¹⁷ Only when the lack of litigation essentials is clear along with the advancement of procedure can the court deny the litigated interests and dismiss the prosecution.¹⁸ If the court suspends the substantive hearing and conducts a single hearing of litigation essentials just because the defendant makes acknowledgement of litigation claim, compared with common lawsuits without the defendant's acknowledgement, there are no enough reasons to explain why differential treatment is necessary for trial order of litigation essentials just as the defendant makes acknowledgement of litigation claim.

C. The Intention Expressed for Acknowledgement Is Genuine

Litigation claim acknowledgement is made by the defendant to the court, and shows an intention of recognizing the plaintiff's litigation content. Whether the authenticity of intention affects the valid establishment of acknowledgement should be one of topics to be discussed for essentials. Litigation act theory generally regards: a judicial proceeding is composed of a series of litigation acts in succession; if a dispute

16 SINDOU KOUJI, WHOM IS THE CIVIL PROCEDURE THEORY FOR, in KONDO UKANJI & ASAMUMA TAKESI, PROBLEMS OF CIVIL LAW, at 259ff (Hanrei Times Press, 1970).

17 Suzuki Masahiro, The Hearing Order of Litigation Essentials and Judgment Essentials, 57(4) Journal of Civil and Commercial Law 3 (1967).

18 SAKAGUCHI YUEI, LITIGATION ESSENTIAL THEORY AND REASONS OF COUNTERARGUMENT, PROBLEMS OF JUDGE LAW (II), at 244 (Yuhikaku Press, 1969)

appears due to intention defect and the act is deemed as invalid thereby, it is likely to cause delay and repetition of the judicial proceeding, prejudicial to the definition of statement to the court and the stability of proceeding, so external expression shall prevail in principle. This conclusion is also known as the principle of no consideration due to intention defect or external expression doctrine of litigation act.¹⁹ Whether the intention defect of litigation act should be relieved essentially involves the priority between substantive justice and procedural efficiency. To correct the defect of traditional external expression doctrine, there are many kinds of theories requiring relief of intention defect of litigation act in theory circle.²⁰ It is assumed here that the determination about whether the intention as establishment requirement for litigation claim is effective in Chinese civil law procedures should not only take the external expression doctrine as criterion, but also take genuine intention as requirements of establishing the litigation claim acknowledgement. The reasons are as follows.

Firstly, litigation claim acknowledgement is the defendant's self-discipline intention expressed to the court for affirming the plaintiff's litigation claim with the purpose of concluding the litigation. The court shall accept the defendant's litigation claim acknowledgement and make an affirmative judgment to support the plaintiff's litigation claim according to the above self-discipline intention. Therefore, the validity of judgment by acknowledgement depends on the defendant's self-responsibility at its own discretion rather than document records. Litigation claim acknowledgement is an act of litigation conducted by the defendant to the court, but it produces an effect of making the defendant lose substantive rights. In this sense, litigation claim acknowledgement has the same effect as act of disposition, and the same value basis as legal act governed by private right self-control theory. Therefore, there is a reasonable basis for quasi-application of the provision that "a legal act with intention defect is invalid" in civil law.

Secondly, what is different from other acts of litigation likely to appear in judicial proceedings is that the establishment of litigation claim acknowledgement will directly conclude the litigation, figuratively called as "last act of litigation" in judicial proceedings. If the act is effectively established, the proceedings come to an end; conversely, if the grounds affecting the effective establishment of litigation claim acknowledgement are found thereafter, the court only needs to deny the validity of the act, and restarts a hearing of the original case. The validity of proceedings conducted before acknowledgement will not be denied. Moreover, there are no follow-up proceedings because

19 KANEKO HAJIME, *NEW SYSTEM OF CIVIL PROCEDURE* (Revised Edition), at 213 (Sakei Syoten Press 1965); SAISOU HIDEO, *INTRODUCTION OF CIVIL PROCEDURE* (New Edition), at 237 (Yuhikaku Press, 1982); BAUMGARTEL, *supra* note 9, 115.

20 Like the theory of "act of taking effect" and "act with effect" raised by Goldschmidt, see GOLDSCHMIDT, *DYNAMIC LEGAL PROCESS*, at 465 (J. Springer, 1925); about the Constitution of Conception Theory raised by Walsmann, see WALSMANN, *THE MISTAKE IN LEGAL PROCESS*, at I (Nabu Press 1907); as to Werner's Meaning Respect Theory, see Werner, *Lacking the Willing of Litigation*, 41 *Private Journal of Public Law* by Grunhuts 378 (1915).

the litigation is concluded immediately after acknowledgement. In fact, there is no so-called repetitive proceedings. Therefore, it can be said that denying the validity of litigation claim acknowledgement due to intention defect has less effect on the stability of proceedings.

Based on these two considerations as mentioned earlier, as for acknowledgement with intention defect, it is not scientific in value selection to maintain the stability of proceedings unilaterally by sacrificing substantive justice. Therefore, it is considered here that the genuine intention expressed should be taken as one establishment requirement for acknowledgement so that the relief of acknowledgement with intention defect is recognized in legislation and practice.

Based on acknowledgement's deep concern of the party's substantive rights, and in order to ensure genuine intention of actor as far as possible, it is allowed to consider written formal requirement for acknowledgement, which is, the defendant's acknowledgement of the plaintiff's litigation claim must be made in writing. Although it is stipulated in China that the defendant's acknowledgement and its content should be recorded into facts of written judgment, it is just a written record of oral intention of the defendant and cannot play a role of restraining the actor from expressing his genuine intention. To urge the actor to express genuine intention and ensure him to be fully aware of legal effect of litigation claim acknowledgement, it is a good solution to prevent the actor from abusing relief right afterwards and request the actor to provide acknowledgement letter recording the stipulated content.

V. Validity and manifestation of litigation claim acknowledgement

The validity of litigation claim acknowledgement refers to the binding force of acknowledgement on the litigation party right after its establishment. Different validity localizations are corresponding to different validity manifestations. It is only stipulated that "the defendant may recognize or rebut a litigation claim" in the Civil Procedure Law of China. However, there is no provision on validity and carrier of litigation claim acknowledgement. In judicial practice, a Chinese court usually concludes a case where the defendant makes acknowledgement in form of judgment. There are also relevant provisions on writing method of judgment documents in normative documents issued by the Supreme People's Court such as the Specifications for Preparing Civil Judgments by the people's courts (paragraph 5, article 5) and the Styles of Civil Litigation Documents for Simplified Procedures (Interim) (style 13). According to the investigation by comparison method, Germany and Japan adopt different methods in terms of the validity of litigation claim acknowledgement, the former adopts judgment by acknowledgement while the latter adopts acknowledgement notes (acknowledgement document). As mentioned below, although both China and Germany adopt judgment for

affirming the validity of litigation claim acknowledgement, judgment by acknowledgement is regarded as a special judgment different from common judgments in the German law rather than that in the Chinese law. Next, a summary is made with respect to the similarities and differences of three forms of validity, and some suggestions are made for perfecting the system design of validity of litigation claim acknowledgement in China.

A. German Judgment System by Acknowledgement

In accordance with the provisions of article 307 of the German Code of Civil Procedure, “where a party acknowledges whole or partial claim filed by the other party in debate, the court shall make a judgment that the party fails according to the acknowledgement upon application”. In accordance with the provisions of the German law, the judgment made by the court according to the party’s acknowledgement is called as judgment by acknowledgement. Judgment by acknowledgement is just the same as final judgment before determination and has the same adjudged force as common judgment only after determination, so the party may refuse to accept it through appeal.

Judgment is a manifestation of settling a civil dispute by judicial authority. Therefore, strictly speaking, concluding the litigation by judgment does not conform to the localization of litigation claim acknowledgement as autonomic settlement of a dispute. As for adopting judgment by acknowledgement for affirming the validity of litigation claim acknowledgement, the Grounds for German Legislation explains it as follows: the provisions of article 268 (article 307 of the current German Code of Civil Procedure) are based on the consideration that creditor is still entitled to obtain a judgment with complete adjudged force even if the defendant has made claim acknowledgement. . Although there is still a doubt about whether the provisions are really necessary and whether it is not enough to protect the party’s interests by recording acknowledgement content into the notes, the draft conforms to the German law and customs in essence. Therefore, this method can be respected in these fields and thus is adopted.²¹ Accordingly, as for provisions on the validity of litigation claim acknowledgement, the German Code of Civil Procedure emphasizes protection of the plaintiff’s interests, and regards prevention of repeated litigation and formation of complete debt name as the purpose of judgment by acknowledgement. At the same time, to ensure litigation claim acknowledgement’s function of autonomic dispute settlement, as provided by the German Code of Civil Procedure, as for litigation claim acknowledged by the defendant, only after the plaintiff makes an application can the court make a judgment by acknowledgement, and the court shall not be entitled to make the above judgment without this application.

21 CARL HAHN, MATERIAL ABOUT LEGISLATION OF 1881 CIVIL PROCEDURE CODE, at 285 (Neud, 1983).

B. Japanese System of Acknowledgement Notes

The system of judgment by acknowledgement is stipulated in article 229 of the first civil procedure law issued in 1890 through transplanting the German law. The court makes a judgment that the defendant fails in the case according to the plaintiff's application after the defendant makes acknowledgement of the plaintiff's litigation claim. There are many circumstances where the plaintiff does not make an application in practice, which causes difficulty to the court in making a judgment by acknowledgement. Therefore, the system of judgment by acknowledgement was abandoned and the system of acknowledgement notes was adopted when the law was amended in 1926. As provided by article 267 of current civil procedure law of Japan, "when acknowledgement is recorded into the notes, the record has the same validity as the fixed judgment". In Japan, commonly based on this article, acknowledgement notes are taken as substitute of judgment. According to the logic that "acknowledgement notes = judgment substitute = adjudged force", it is considered that acknowledgement notes play a role of concluding the litigation from completion and produce adjudged force, shaping force and executive force, and acknowledgement can be cancelled only when there are grounds for retrial.

In terms of the form, the replacement of judgment with acknowledgement notes is more in line with the localization of claim acknowledgement system as the party's autonomic settlement of a dispute, emphasizing the decisive effect of the party's intention in litigation, and weakening the effect of functions and powers of the court. As for the effect, acknowledgement notes have the same validity as judgment by acknowledgement. In addition to those, acknowledgement notes become effective once completed, and the party may not file an appeal against it, so acknowledgement notes have the function of institutional arrangement for the first instance and last instance. It is reasonable for the function to correspond to self-responsibility produced by the party's self-discipline intention.

C. Comparison and Reference: Reform of Common Judgment System of China

Chinese civil procedure adopts common judgment for affirming the validity of litigation claim acknowledgement. Although it is the same as the German system of judgment by acknowledgement in form, there is a big difference between them in essence. Firstly, Germany conducts a differential treatment of judgment by acknowledgement and common judgment, and simplifies the preparation of judgment document to the utmost. As provided by paragraph 2 of article 313 in the German Code of Civil Procedure, "it does not need to record facts and grounds for judgment to declare judgment by default or judgment by acknowledgement or waive litigation claim. It should be shown that it is judgment by default, judgment by acknowledgement or waiver of litigation claim in judgment". Obviously, as long as the defendant's litigation claim ac-

knowledge is effectively established, judgment by acknowledgement is only a document in the name of creditor issued according to the plaintiff's application, which is a fact undisputed to the parties, so there is no practical significance for recording or not. Moreover, although it needs applicable provisions of relevant laws to determine whether acknowledgement is effectively established, judgment by acknowledgement is not made essentially in accordance with law, so it does not need to record grounds for judgment. Therefore, judgment must declare it has the special attribute of judgment by acknowledgement. In document structure and content, judgment made by the Chinese court according to litigation claim acknowledgement still adopts those of common judgment, and does not express the party's intention for autonomously settling a dispute beyond the function of judicial functions and powers in the acknowledged case, with a strong color of doctrine of functions and powers. Secondly, German judgment by acknowledgement takes the party's application as the applicable premise, and through this application, the German Code of Civil Procedure endows the plaintiff with the right to require obtaining complete creditor name and execution basis, that is to say, the plaintiff can not only request the court to make a judgment by acknowledgement but also select litigation withdrawal, which embodies the party's respect of autonomic settlement of a dispute.

Compared with the Japanese system of acknowledgement notes, first-instance judgment where people's court that recognizes litigation claim acknowledgement does not have the effect of immediately concluding the litigation, and the party may refuse to accept it and file an appeal. In accordance with the provisions of the current civil procedure law of Japan, acknowledgement notes become effective once completed. Acknowledgement notes have the validity of immediately concluding the litigation, and the party may not file an appeal against the notes, and can apply for a retrial only when there are prescribed grounds for retrial. As for this conclusion, scholars holding positive views think that the adjudged force of acknowledgement notes originates from the parties' consensus on litigation target, that is to say, as long as the acknowledgement is genuine intention expressed independently by the defendant, the actor must obey the result of the intention. However, scholars holding the opposite views offer criticisms: firstly, if it is recognized that acknowledgement notes have the adjudged force once completed, it means that no appeal can be filed for any objection against acknowledgement during the establishment process, and a retrial can be applied only when there are prescribed grounds for retrial. According to the investigation of nine categories of grounds for retrial defined by article 338 of the civil procedure law of Japan, it can be found that it is difficult to cover any objection against acknowledgement during the establishment process. Therefore, it can be said that the adjudged force of acknowledgement notes has the effect of interdicting any objection against acknowledgement during the establishment process, and it will be difficult to relieve the objection once the notes are completed. Secondly, from the history of system evolution, article 229 of the first civil procedure law issued in 1890 inherited the provisions of the German

Code of Civil Procedure, and also adopted the system of judgment by acknowledgement. However, many plaintiffs do not make this application in practice, which causes difficulty for the judgment. Therefore, judgment by acknowledgement was abandoned and acknowledgement notes were adopted for concluding the acknowledged case when the law was amended in 1926.²² Accordingly, Japan's abandoning judgment by acknowledgement and adopting acknowledgement notes aim at eliminating the difficulty of judgment caused by lack of the plaintiff's application in practice. But the negative consequences of complete interdiction of relief route caused by the change show that there is a large deviation between amendment motivation of legislator and practical effect.²³ Therefore, it deserves to reconsider whether to insist on the system.

Based on the above analysis, it is considered in this paper that two changes should be made in the litigation claim acknowledgement validity system of China from the standpoint of emphasizing acknowledgement's attribute of autonomic settlement of a dispute and strengthening the adversary system and the responsibilities of the party in litigation: firstly, the system of judgment by acknowledgement introduced to make judgment by litigation claim acknowledgement is different from common judgment made by the court through substantive hearing in content and nature; secondly, acknowledgement letter system and judgment application system are introduced to ensure that the party's intention is genuine as far as possible and strengthen the party's self-responsibility in litigation.

VI. Relief on claim acknowledgement

Under the framework of the Civil Procedure Law of China, as for a judgment made by the people's court for recognizing litigation claim acknowledgement, the party's objection proposition route is relatively clear. The application can be refused through appeal before determination by judgment, or relief is sought through retrial after determination by judgment. But it is worth noting that the particularity of a case acknowledged by the defendant makes it limited in application of grounds for relief.

A. Scope of Appeal

Usually, the appeal for a case may aim at solving problems about original judgment procedure, fact finding or law application, without any special restriction on grounds for refusing original judgment. But it is considered in this paper that the grounds for appeal of the acknowledged case are only limited to acknowledgement failure in the valid establishment. The grounds are as follows.

22 KATOU MASAHIRO, *THE REMEDIAL STRUCTURE OF CIVIL PROCEDURE*, at 63 (Yuhikaku Press, 1937).

23 MIKAZUKI AKIRA, *CIVIL PROCEDURAL LAW*, at 509-510 (Koubundou Press, 1992).

Firstly, during the hearing of a case acknowledged by the defendant, it is likely to not to put forth all evidence related to the case and questioned witnesses. It is motivated for the defendant to make acknowledgement. It is likely for the defendant to acknowledge the plaintiff's litigation claim at any time before oral argument closure. When acknowledgement is made, the evidence related to the case might not all be put forth and witnesses might not be questioned, and the defendant acknowledges the plaintiff's litigation claim even under the circumstance that the parties have not put forth evidence and questioned witnesses. The validity of judgment by acknowledgement is derived from the self-discipline intention expressed by defendant for acknowledgement rather than fact finding and law application. Even if the court conducts hearing and determination of some or even all facts during the hearing of whole case, it does not constitute the basis for the validity of judgment by acknowledgement. Therefore, any dispute about case evidence and fact question is difficult to be an effective ground for relief claim.

Secondly, although it is not applicable for the acknowledged case to correspond essential facts to legal norms so as to make a judgment based on syllogism logic of obtaining a legal effect, it is not to say that the acknowledged case does not require applicable law and the application of the acknowledged case to law should be determined in accordance with legal norms with respect to the problem about whether acknowledgement is established. In accordance with the provisions of the Specifications for Preparing Civil Judgments by the People's Courts and Styles of Civil Litigation Documents for Simplified Procedures (Interim), the case acknowledged by the defendant should indicate "the defendant recognizes plaintiff's whole litigation claim", "specific content of the plaintiffs partial litigation claim recognized by the defendant if the defendant recognizes partial litigation claim", and "the defendant's recognition of the plaintiff's litigation claim does not violate any legal provision according to the court's investigation" in facts of written judgment. Obviously, "legal provisions" here are legal provisions on the establishment of acknowledgement; combined with the above analysis of establishment requirements for acknowledgement, legal provisions here should be related to whether the actor of acknowledgement has corresponding ability of litigation or power of agency, whether acknowledgement violates the law, public order or good customs, whether the acknowledged matters belong to the disposable matters of a party, and whether the intention expressed by the actor is genuine.

B. Applicable Scope of Grounds for Retrial

As China adopts judgment for handling the acknowledged case, relief can be realized only through retrial after judgment becomes effective; there are strict conditions for the start of retrial procedure as an exceptive relief procedure, that is, there must be prescribed grounds for retrial. In this sense, the application scope of grounds for retrial determines the possibility for the acknowledged case to realize relief by retrial.

According to the above elaboration about the limitations of relief of judgment by acknowledgement, combined with 13 grounds for retrial provided by article 200 of the Civil Procedure Law of China, its applicable scope in acknowledged cases is elaborated in detail as follows.

Theoretically, the prescribed grounds for retrial are usually divided into two categories: procedural grounds and substantive grounds. Procedural illegality grounds include five kinds of circumstances: jurisdiction error, trial organization illegality or non-avoidance, person incapable of action does not arrange an agent to participate in litigation or the party which should participate in litigation does not participate in litigation not for its own reasons, deprivation of debating right, and absence in judgment without a subpoena. Although the acknowledged case is the basis for the validity of judgment according to self-discipline intention of the defendant, it is still equivalent to common lawsuits in the degree of procedure guarantee. In case of procedural violation, the party's filing a retrial will not be affected by the establishment of acknowledgement. Therefore, in addition to the circumstance of "absence in judgment without a subpoena" (because acknowledgement shall be made by the defendant or any person with power of agency) as provided by item 11 of article 179 in the Civil Procedure Law, and in case of other prescribed grounds for procedural violation, the party of original case may apply for a retrial.

Substantive grounds for retrial include five circumstances related to evidence, erroneous application of laws, omissions beyond litigation claim and revocation or change of legal documents as basis for final decision, which should be discussed respectively: first, the acknowledged case does not take effective legal documents as the basis for judgment, and no omission or excessive judgment will occur when the defendant recognizes the plaintiff's whole litigation claim, so the last two items of substantive grounds for retrial are not possible for application; second, as mentioned by the third particularity of the acknowledged case, even if the court still needs to determine whether acknowledgement is effectively established based on applicable laws in the acknowledged case, the party of original case can apply for retrial based on "erroneous application of laws"; third, the evidence that is able to determine whether to initiate retrial procedure is mainly new evidence that is not appearing in original case and able to affect the result of the case. As mentioned by the second particularity of the acknowledged case, according to the different time of acknowledgement, the stage of case's adducing evidence and questioning witnesses will vary. Before full completion of adducing evidence and questioning witnesses, certification has not been finished, case facts are unclear, and applicable laws and norms are not defined. And only after the defendant makes invalid acknowledgement can judgment be immediately made. Under this circumstance, it will be difficult to determine whether new evidence raised by retrial applicant is the evidence found newly after original trial judgment becomes effective and whether fabricated or questioned evidence belongs to "main evidence able to affect the result of the case". Similarly, it is also difficult to determine "the ba-

sic facts lacking evidence”. On the other hand, fundamental basis for judgment by acknowledgement lies in the defendant’s autonomous intention for its own rights, and it is the recognition of the party’s disposition right; if the defendant is allowed to subvert its motivation for acknowledgement based on the degree of proof, the effect of acknowledgement as autonomic settlement of a dispute will be significantly reduced, and the implementation of good faith principle will also be challenged.

To sum up, among 13 grounds for retrial provided by the Civil Procedure Law of China, only the “erroneous application of laws” and four procedural grounds can be taken as grounds for retrial of judgment by acknowledgement. In this sense, under the framework of current civil procedure law, the relief scope of the acknowledged case will be smaller than that of common lawsuits.

VII. Conclusion

As for the legal nature of acknowledgement, there has been procedure law theory, substantive law theory and double-nature theory, which are mutually contradictory. Further relation of the difference in cognition of legal nature to essentials and effect of acknowledgement affects legal regulation of acknowledgement. Acknowledgement is an act conducted by the defendant to the court through recognizing the plaintiff’s litigation claim to conclude the litigation, and is a typical act of litigation in appearance. However, the act simultaneously leads to change in substantive right-duty relation between the parties. From the integration with intention of litigation as a whole, the evaluation made on acknowledgement can be the same as that made on substantive disposition, that is, the party’s autonomic settlement of a dispute. Therefore, the research on the acknowledgement should avoid excessive emphasis on independent value of the procedure law, and watch out for the tendency of monism.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

3

NEW TASKS FOR ITALIAN SUPREME COURT: PRELIMINARY REFERRAL AND EUROPEAN REVOCATION

Valentina Capasso

Adjunct Professor at Università degli Studi di Napoli Federico II, Italy. Joint PhD from the Università degli Studi di Napoli Federico II and Université Jean Moulin Lyon 3, France.

Abstract: The recent reform of the Italian civil trial also involved the proceedings before the Court of Cassation, with several changes. Among these, the contribution focuses on the two new functions attributed to the Supreme Court (*i.e.*, that of providing an “early” interpretation of the law at the request of the judges of merit and that of examining applications for specific form of reparation brought against domestic judgments already deemed contrary to the ECHR by the Strasbourg Court), highlighting their criticalities.

Keywords: Court of Cassation – *Nomofilachia* – Preliminary Referral – *Saisine pour avis* – European Convention of Human Rights

Abbreviations

Cass. – Italian Supreme Court, *i.e.* Court of Cassation (*Corte di cassazione*)

Corte cost. – Italian Constitutional Court (*Corte costituzionale*)

c.p.a. – Italian Code of Administrative procedure (*Codice del processo amministrativo*)

c.p.c. – Italian Code of Civil procedure (*Codice di procedura civile*)

CPC – French Code of Civil procedure (*Code de procédure civile*)

c.p.p. – Italian Code of Criminal procedure (*Codice di procedura penale*)

CPP – French Code of Criminal procedure (*Code de procédure pénale*)

COJ – French Code of Judicial organization (*Code de l'organisation judiciaire*)

ECHR – European Convention on Human Rights

WBR – Dutch Code of Civil procedure (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*)

Contents

1. Introduction. 2. The preliminary referral to the Court of Cassation: preliminary remarks. 2.1. Admissibility criteria. 2.2. The proceedings (before the trial judge and before the Supreme Court). 2.3. Critical remarks: effectiveness...2.4. ... and legitimacy. 3. The European revocation: preliminary remarks. 3.1. Admissibility criteria. 3.2. The proceedings (before the Court of Cassation and, possibly, before the trial judge). 3.3. Critical remarks: effectiveness... 3.4 ... and legitimacy 4. Concluding remarks

1. INTRODUCTION

As a part of the general post-pandemic recovery plan, the Italian Government has intervened for the umpteenth time on civil trial rules, including those relating to the Supreme Court.

Actually, the reform approved by delegation Law no. 206/2021 and implemented by Legislative Decree no. 149/2022 is grafted onto a draft law (namely, the Bill A.S. 1662) which predates the Covid spread and in which there was no provision for further changes to the proceedings before the Court of Cassation¹. As a result of a series of amendments, however, such proceedings, albeit not radically reformed, underwent several capillary changes, mainly due – on the one hand – to the generalization of the telematic civil process (which has resulted in the disappearance, or at least the reshaping and redistribution, of a series of burdens previously placed on the parties), and – on the other – to the abolition of the Sixth Section (previously charged with filtering out inadmissible appeals), which has been an occasion for the consolidation of procedures.

In addition, and in apparent countertendency to the primary objective of the reform (as of all the most recent reforms), *i.e.* that of reducing the Court's workload, Decree no. 149/2022 also gave the Court of Cassation two new powers: that of issuing early principles of law at judges on the merits' request (the so-called preliminary referral, regulated by article 363-*bis* c.p.c.) and that of deciding appeals explained against those judgements which had already been declared incompatible with the ECHR by the European Court of Human Rights, in order to ensure, as far as possible, the reinstatement in specific form of the violated rights (the so-called European revocation, regulated by article 391-*quater* c.p.c.).

1 Which has already been reformed many times in recent years: see Legislative decree no. 40/2006; Law no. 59/2009; Law no. 134/2012; Law no. 197/2016.

With respect to both innovations, the Italian legislature clearly drew inspiration from homologous French solutions; but in both cases, one would say, unthinkingly.

2. THE PRELIMINARY REFERRAL TO THE COURT OF CASSATION: PRELIMINARY REMARKS

Embracing an idea that had already surfaced – only to be discarded – about 20 years ago in the course of the work of the so-called Vaccarella Commission², and most recently re-proposed by the so-called Luiso Commission, article 1, § 9, lett. g), Law no. 206/2021³, had delegated the Government to introduce the so-called preliminary referral to the Court of Cassation. In so doing, Italian legislator was declaredly inspired by the French *saisine pour avis de la Cour de cassation*⁴; but, if the admissibility conditions and the whole procedure appear to be largely borrowed from the French experience, the Italian preliminary ruling differs from that of alleged inspiration in one fundamental feature, which is also the reason for the major criticisms raised by Italian scholars: in fact, unlike the *avis* of the *Cour de cassation*, the principle of law issued by the Italian Supreme Court is binding for the judge who requested its intervention and for all those subsequently involved in the same proceedings⁵. And, as it will be stressed later in this

2 SASSANI, Bruno, *CORTE SUPREMA E JUS DICERE*, *Giurisprudenza italiana*, 2003, 822 ff.; TOMMASEO, Ferruccio, *LA RIFORMA DEL RICORSO PER CASSAZIONE: QUALI I COSTI DELLA NUOVA NOMOFILACHIA?*, *ivi*, 826 ff.; TEDOLDI, Alberto, *LA DELEGA SUL PROCEDIMENTO DI CASSAZIONE*, *Rivista di diritto processuale*, 2005, 925 ff.

3 For a commentary on the provision of the delegation Law (and for further references), see CAPASSO, Valentina, *IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI CASSAZIONE E IL « VINCOLO » DI TROPPO*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2022, 587 ff. On article 363-bis c.p.c. see, among others, COMASTRI, Michele Andrea, *LA PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVA INNANZI ALLA CORTE DI CASSAZIONE*, in CECCHIELLA, Claudio (a cura di), *IL PROCESSO CIVILE DOPO LA RIFORMA. D.LGS. 10 OTTOBRE 2022, N. 149*, Bologna, Zanichelli, 2023, 141 ff.; CARRATA, Antonio, *LE RIFORME DEL PROCESSO CIVILE*, Torino, Giappichelli, 2023, 113 ff.; TISCINI, Roberta, *IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI CASSAZIONE DELL'ART. 363-BIS C.P.C. LA DISCIPLINA. LA CASISTICA*, *Giustizia Civile*, 2023, 343 ff.; BRIGUGLIO, Antonio, *ESPERIENZE APPLICATIVE DEL RINVIO PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVO EX ART. 363 BIS C.P.C. - PRIMA PUNTATA*, available at www.judicium.it, 2023; *Id.*, *ESPERIENZE APPLICATIVE DEL RINVIO PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVO EX ART. 363 BIS C.P.C. - SECONDA PUNTATA*, *ivi*, 2023; *Id.*, *ESPERIENZE APPLICATIVE DEL RINVIO PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVO EX ART. 363 BIS C.P.C. - TERZA PUNTATA*, *ivi*, 2023.

4 Introduced by article 441-1 COJ - amended by Law No. 91-491 of May 15th, 1991 -, regulated by articles 1031-1 ff. CPC and since 2015 also extended to the interpretation of working collective agreements, French *saisine* had long since attracted the interest of Italian legal literature: see SILVESTRI, Caterina, *LA SAISINE POUR AVIS DELLA COUR DE CASSATION*, *Rivista di diritto civile*, 1998, I, 495 ff.; SILVESTRI, Elisabetta, *IL PARERE PREVENTIVO DELLE CORTI SUPREME*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993, 873 ff.; NORMAND, Jacques, *LA RICHIESTA DI PARERE ALLA CORTE DI CASSAZIONE*, *Rivista di diritto processuale*, 1998, 127 ff.; GIORDANO, Rosaria, *LA «SAISINE POUR AVIS» ALLA COUR DE CASSATION*, *ivi*, 2005, 109 ff.

5 In this respect, then, the mechanism appears more similar to the Dutch *Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad* envisaged by articles 392 ff. WBR (see article 394, § 1, which states that, unless the answer to the question given by the *Hoge Raad* is no longer necessary to decide on the claim or request, the trial judge has to «tak[e] its ruling into account»).

It should be noted, however, that even the *Prejudiciële vragen* was, in turn, inspired by the French experience, of which the Danish legislator was well aware: cf. *Versterking van de cassatierechtspraak. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad*, Den Haag, februari 2008, 51 note 86, where the limited use of the

paper, while the *advisory* function of the Supreme Courts, where admitted⁶, may well escape the guarantees of jurisdiction, the same cannot be said when – as in the present case – the mechanism devised by law is intrinsically *adjudicative*.

2.1. Admissibility criteria

Clearly drawing inspiration from the criteria established by the French legislature for the admissibility of *saisine pour avis*, article 363-bis, §§ 1 and 2, c.p.c. states that the question submitted to the Supreme Court must – cumulatively – be i) of pure law, ii) necessary to the (even partial) definition of the dispute, iii) new (that is: not yet decided by the Court of Cassation)⁷, iv) difficult to resolve (because susceptible to give rise to multiple interpretations, to be indicated in the order issued by the trial judge) and v) susceptible to arise in several proceedings (so-called seriality)⁸.

The catalog just sketched does not reproduce one of the characters identified by the delegation Law, namely that of the «particular importance» of the question; but, as it has already been noted, such a suppression seems to be «more apparent and formal than real», because the said requirement ends up coinciding either with seriality, or with the difficulty of the question⁹; and, on the other hand, it seems reasonable to expect that the Court, in checking whether the abovementioned requirements are met, will draw from the principles it has already elaborated in the field of the so-called principle of law in the interest of the law under article 363 c.p.c.¹⁰

saisine, especially in criminal matters, is reported. In the Netherlands, by contrast, the preliminary referral has met with some success: cf. KRANS, Bart, *THE DUTCH PRELIMINARY RULING PROCEDURE: QUESTIONS FROM LOWER COURTS TO THE DUTCH SUPREME COURT*, Lecture at Complutense Universidad, Madrid, 20 June 2023.

6 For some examples, see PASSANANTE, Luca, *IL PRECEDENTE IMPOSSIBILE*, Torino, Giappichelli, 2018, 94 ff.

7 If the issue has already been dealt with by the Court of Cassation, even once, it is not new for the purposes of article 363-bis c.p.c. (SCARSELLI, Giuliano, *NOTE SUL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI CASSAZIONE DI UNA QUESTIONE DI DIRITTO DA PARTE DEL GIUDICE DI MERITO*, available at www.giustiziainsieme.it, 2021, § 7). On the contrary, it is irrelevant that even a plurality of trial judges have already ruled on the point. Indeed, it has been pointed out that the very existence of divergent interpretations makes the Supreme Court's intervention appropriate (SALVATO, Luigi, *VERSO LA RIFORMA DEL PROCESSO TRIBUTARIO: IL "RINVIO PREGIUDIZIALE" ED IL RICORSO DEL P.G. NELL'INTERESSE DELLA LEGGE*, available at www.giustiziainsieme.it, 2021, § 3.1). The remark, however reasonable, ends up in conflict with the purpose of the referral, which aims to *prevent* interpretive contrasts, not to *resolve* those that have already occurred (CAPPONI, Bruno, *È OPPORTUNO ATTRIBUIRE NUOVI COMPITI ALLA CORTE DI CASSAZIONE?*, available at www.giustiziainsieme.it, 2021).

It is worth noting that, in order not to be new, the issue must have been *decided* (by the Supreme Court): any *obiter dicta* are therefore irrelevant.

8 Since the assessment of this requirement is largely discretionary, it has already been pointed out that evaluations of judicial policy are likely to influence the First President's decision of admissibility or inadmissibility: see BRIGUGLIO, Antonio, *IL RINVIO PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVO ALLA CORTE DI CASSAZIONE*, available at www.judicium.it, 2022, § 4.

9 BRIGUGLIO, Antonio, *supra* note 8.

10 SALVATO, Luigi, *supra* note 7, § 3.1.

According to article 363 c.p.c., when the parties have not appealed within the time limits prescribed by law or have waived their right to do so, or when the decision is not susceptible to be appealed before the Court

2.2. The proceedings (before the trial judge and before the Supreme Court)

Once the parties heard on the appropriateness of the preliminary referral, the trial judge who still wants to make use of this option shall issue an order¹¹, which results in the automatic stay of the proceedings before him or her. The stay, however, does not prevent the taking of urgent acts¹² and of evidence concerning matters which are not related to the one submitted to the Court of Cassation (article 363-*bis*, § 2, c.p.c.): this may happen, for instance, when more than one cause of action is at stake, and the prior intervention of the Supreme Court is only essential to deal with one of them.

The order, which must give an account of the fulfillment of the requirements provided for by article 363-*bis*, §§ 1 and 2, c.p.c. (and, in particular, of the existence of a plurality of interpretive possibilities), is communicated to the parties and transmitted to the Court of Cassation, to be subjected to an initial examination by its First President, who has to rule on its admissibility within 90 days: indeed, the lack of even only one of the abovementioned requirements would entail the inadmissibility of the referral. Moreover, according to some Scholars¹³, the First President should also issue a decree of inadmissibility when the trial judge has failed to provoke cross-examination on the matter being referred.

By contrast, if all conditions are met and the *audi et alteram partem* principle has been respected, the First President will assign the matter to the competent Chamber, which – once acquired the Public Prosecutor's indictment and the parties' pleadings, to be filed within the time limit referred to in article 378 c.p.c. – will issue its decision, always in public hearing (article 363, § 4, c.p.c.); the judgement will then be immediately communicated to the trial judge by the clerk's office, so that the proceedings can resume its course before him or her.

of Cassation, the Public Prosecutor at the Court of Cassation may ask the Court to set forth in the interest of the law the principle of law with which the trial court should have complied. The principle of law may also be pronounced by the Court of its own motion, when the appeal brought by the parties is declared inadmissible, if the Court finds that the appeal involves a question of special importance. In any case, the Court's *dictum* has no effect on the decision of the trial court. This instrument also finds a correspondent in the French tradition: it is the so-called *pourvoi dans l'intérêt de la loi* (see article 17 Law n° 67-523 of July 3rd, 1967 and articles 639-1 ff. CPC).

11 The expression, as already explained elsewhere (CAPASSO, Valentina, *supra* note 3, 593 s.) refers to civil and tax judges, not also to special judges (*i.e.*, administrative and accounting judges). Moreover, although the provision does not set limits as to the degree of the referring trial judge, it can be ruled out that the remittal can come from the remand judge (who is already bound by the principle expressed by the Court, and unable to detect profiles overlooked by it), unless the question arises as a result of *ius superveniens*, which has thus been (physiologically) disregarded by the Supreme Court. In the sense of the exclusion also of the Appellate Court's legitimacy, see CALIFANO, Gian Paolo, *IL NUOVO GIUDIZIO DI APPELLO (DOPO LA RIFORMA DI CUI AL DECRETO LEGISLATIVO 149/2022)*, *Il Diritto processuale civile italiano e comparato*, 2023, 75 ff.

12 According to a model which is already known to the codified system: cf. articles 298 and 669-*quater* c.p.c.

13 TRISORIO LIUZZI, Giuseppe, *LA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA CIVILE: IL NUOVO ISTITUTO DEL RINVIO PREGIUDIZIALE*, available at www.judicium.it, 2021, III.

2.3. Critical remarks: effectiveness...

Doubts regarding both the success of the mechanism and its legitimacy have been raised since the aftermath of the approval of the enabling act.

As for the first profile, indeed, it is apparent that, in order for the goal pursued by the legislature to be effectively achieved, at least two conditions are necessary: first, that the intervention of the Court of Cassation be provoked by the lower Courts whenever the case actually requires it¹⁴; second, that the answer provided by the Supreme Court is capable of settling interpretative doubts.

Actually, though it is still too early to estimate the real propensity of the lower Courts to make use of the new mechanism, they seem to have welcomed the innovation, as numerous preliminary referrals have already been raised within a few months¹⁵. This, however, still says nothing about the prospective effectiveness of the institution: since the Supreme Court's *dictum* is only formally binding in the proceedings in which it is rendered¹⁶, it is apparent that the aim underlying the referral (that is, the early standardization of jurisprudence) cannot but be based on the persuasiveness of the Supreme Court reasoning¹⁷. To date, the Court has only responded to two preliminary re-

14 The same French experience, as already pointed out taken as a model by the Italian legislature, has shown a certain reluctance in the use of *saisine*: there are, in fact, about ten a year, so much so that the *Cour de cassation* itself has recently proposed expedients in order to increase the propensity of trial judges to raise preliminary references.

15 In the period between March and September 2023 alone, 23 preliminary referrals were raised.

16 Nor could it be otherwise, at least when the Constitution is unchanged (cf. article 101, § 2, Const.). Thus, beyond the cases in which the referral has been assigned to the united Sections – whose *dictum* assumes, but for the other Sections of the Supreme Court only, a “semi-binding” value (see article 374, § 3, c.p.c., which, unchanged, provides that «[s]ince the simple section considers that it does not agree with the principle of law enunciated by the united sections, it remits to the latter, by reasoned order, the decision of the cassation appeal»), the delegated legislator – bound by the delegation Law on this point – could only foresee the effects of the ruling on the proceedings in which the referral is made: according to article 363-bis, last paragraph, c.p.c., in fact, «[t]he principle of law enunciated by the Court shall be binding in the proceedings in the context of which the question was referred and, if the latter is extinguished, also in the new proceedings in which the same question is proposed between the same parties».

Unlike French *avis*, which remains non-binding even for the referring judge (see article 441-3 COJ), the pronouncement will bind, therefore, the referring judge and all subsequent ones, including the Court of Cassation, within the same proceedings; as a consequence, any change occurred in jurisprudence in the meanwhile would not be applied by the Supreme Court, possibly seized (again) in the same proceedings, (but) according to the normal *cursus impugnationis*: Scoditti, Enrico, *BREVI NOTE SUL NUOVO ISTITUTO DEL RINVIO PREGIUDIZIALE IN CASSAZIONE*, *Questione giustizia*, 3/2021, 109. It is worth noting, however, that the *Hoge Raad* – whose preliminary ruling, as already stressed, is binding for the referring judge – affirmed its own freedom from its prior ruling if, seized with an ordinary appeal in the same proceeding, the facts turn out to be different from those assumed at the time of the preliminary ruling: HR 8 februari 2013, ECLI: NL: HR: 2013: BY4889, *NJ* 2013/123 (m.nt. H.J. Snijders). In essence, using Italian categories, it would not be possible to plead violation of the law, but its false application; and nothing prevents from believing that the same applies to the Italian mechanisms.

17 In other words, the standardization of jurisprudence requires that the Court's *dictum* (which is nothing but a *precedent*) is then actually followed, and becomes, therefore, *case law*. On the difference between precedent and case law, see TARUFFO, Michele, *PRECEDENTE E GIURISPRUDENZA*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007.

referrals related to the same issue¹⁸. This, again, makes any general judgment premature; however, it is worth noting – along with the first commentators¹⁹ – that, in this very case, the Supreme Court does not seem to have sufficiently justified the chosen solution, among those put forward by the trial judges. In essence, at least in this case, the promptness of the response seems to have come at the expense of its convincingness.

2.4. ... and legitimacy

As for the preliminary referral constitutional legitimacy profiles, it has already been mentioned that they stem essentially from the adjudicative, and not advisory, function here fulfilled by the Court, which is meant to issue a principle of law that binds the referring court and all judges who (in the same or another proceeding) will be seized of the same dispute between the same parties.

It is precisely this latter circumstance that has been seen by some commentators as detrimental to article 101, § 2, Cost., stating that «[j]udges shall be subject only to the law»: as a consequence of the cogency of the Supreme Court's *dictum*, in fact, the first judge's choice to refer the question to the Supreme Court deprives all subsequent judges of the possibility of directly interpreting the law, since they are required to apply the interpretation already provided by the Court²⁰.

This criticality may *perhaps* be overcome by following the idea of those who argue for the mere preclusive nature of the question of law decided by the Court, which would be within the power of the legislature to provide for in view of the gradual pathway leading to *res judicata*²¹.

However, the same idea is not sufficient to answer all the doubts raised by article 363-*bis*: on the one hand, in fact, the discretion left to the President of the Court to choose the section responsible for deciding the preliminary referral appears contrary to the principle of the natural judge pre-established by law (article 25, § 1, Const.)²²;

18 See Cass., July 21st, 2023, no. 21874 and no. 21876.

It is worth stressing that, unlike in France, where the Cour de cassation has to respond to the *saisine* within 3 months (otherwise, the trial judge is entitled to issue his/her decision without waiting for the *avis*), article 363-*bis* does not set a time limit within which the Supreme Court is required to rule. However, it is to be expected that the Court, even if unofficially, will give some priority to preliminary referrals over ordinary cassation appeals.

19 CAPASSO, Francesco, *LE PRIME DECISIONI DELLA CASSAZIONE SU RINVIO PREGIUDIZIALE*, *Il Diritto processuale civile italiano e comparato*, 2023, 771 ff.

20 SCARSELLI, Giuliano, *supra* note 7, § 4.

21 CARRATTA, Antonio, *IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CASSAZIONE E LA DECISIONE "SOGGETTIVAMENTE COMPLESSA"*, *Giurisprudenza italiana*, 2023, 471.

22 It is true that at least one of the parameters for assigning cassation appeals to the United Sections (the occurrence of a question of particular importance: article 374, § 2, c.p.c.) already leaves a great deal of discretion to the First President. The rule, however, is designed for cases in which the dispute has already gone through two levels of jurisdiction. When the preliminary reference is ordered by the judge of first instance, by contrast, the dispute ends up being essentially decided by a judge not predetermined by law.

on the other hand, and above all, it should be considered that, since the Supreme Court is designed by the Constitution as an appellate judge²³, the Court can in no case accommodate a decision at first and sole instance²⁴: but this ends up occurring where the referral is ordered by the judge of first instance. And here, the legislature's discretion is out of play, because even the law encounters an insuperable limit, *i.e.* that of constitutional dictate.

3. THE EUROPEAN REVOCATION: PRELIMINARY REMARKS

If, as seen, the preliminary referral aims at the prospective reduction of the overall litigation, albeit at the cost of an immediate (and hopefully transient) increase in the workload of the Court of Cassation, the second novelty brought by the reform would seem to be totally unrelated to any efficiency-based logic: the introduction of the so-called European revocation, indeed, appears to be rather aimed at increasing the effectiveness of the system, since it allows to specifically restore the rights guaranteed by the European Convention on Human Rights, whose violation has been established by the Strasbourg Court.

Actually, albeit the logic of human rights protection is preponderant, the introduction of such a remedy may also serve the economic needs of a State. Indeed, it is true that, while «[t]he High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties» (article 46 § 1 ECHR), the Convention does not expressly require them to provide the reopening of domestic proceedings; but it is also common ground that such remedy is often the best, if not the only, means to achieve *restitutio in integrum*²⁵. In those same cases, then, failing such a provision, the consequence is often an automatic monetary compensation, which, on the one hand, may be unsatisfactory for the victim of the violation; on the other hand, results in a fixed (and perhaps avoidable) cost to the State.

Despite such drawbacks, however, the possibility of reopening of proceedings – if not expressly provided for by the law – can hardly be granted by ordinary Courts, since it runs up against the necessary predetermination of extraordinary appeals, which char-

23 Under article 111, § 7, Const., «[a]ppeals to the Court of Cassation in cases of violations of the law shall always be allowed against judgements and against measures affecting personal freedom issued by ordinary and special Courts».

24 CAPASSO, Valentina, *supra* note 3, 604, recalling an idea already expressed by CIPRIANI, Franco, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, Jovene, 1988 (rist.), 30 note 31. This limitation appears to be overlooked even too often: for further cases of violation of article 111 Const. in this respect, see CAPASSO, Valentina, *NULLITÀ DEGLI ATTI E OFFENSIVITÀ NECESSARIA. CONTRIBUTO ALLA DIFESA DELLA LEGALITÀ DEL PROCESSO CIVILE*, Roma, Dike, 2022, 316, note 435.

25 See COUNCIL OF EUROPE. COMMITTEE OF MINISTERS, *RECOMMENDATION NO. R (2000) 2 OF THE COMMITTEE OF MINISTERS TO MEMBER STATES ON THE RE-EXAMINATION OR REOPENING OF CERTAIN CASES AT DOMESTIC LEVEL FOLLOWING JUDGEMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*, Adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2000 at the 694th meeting of the Ministers' Deputies, available at <https://rm.coe.int/>.

acterizes every branch of procedural law, and not only in Italy²⁶. Legislature inaction, yet, has not prevented case law to try to force the limits of the law, either by way of interpretation or by resorting to the Constitutional Court. This has certainly happened in Italy, first and foremost in the field of criminal trial: here, after some unsatisfactory attempts to use already existing provisions, made by the Court of Cassation, the question has been repeatedly referred to the Constitutional Court, which, in 2011, noting that its previous admonition to the legislature²⁷ had remained unsuccessful, introduced the so-called European revision, by declaring the illegitimacy of article 630 c.p.p. in the part in which it did not provide, among the cases justifying the revision, the one of the judgment declared contrary to the Convention²⁸. As to civil and administrative proceedings, instead, any attempts to provoke an additive intervention by the Constitutional Court were unsuccessful²⁹: not so much because of the different importance of the rights at stake, but because the Court felt that it could not replace the legislature in balancing the protection of the winning party before Strasbourg Court and the one who had already obtained a favorable judgment in the domestic process, and who is not normally a party to the conventional proceedings (see article 36, § 2, ECHR).

Against this background, article 1, § 10(a), Law No. 206/2021 – unexpectedly³⁰ – authorized the Government to introduce a new ground for extraordinary revocation «in the event that the content of a judgment which has already become *res judicata* is subsequently declared by the European Court of Human Rights to be contrary in whole or in part to the Convention or to one of its protocols, and it is not possible to remove the

26 In fact, the need for a general instrument for *restitutio in integrum* has arisen in other European systems as well: initially, in criminal trials, where the tendency is certainly to let respect for the Strasbourg Court's judgment prevail over national *res judicata*; more recently, and with diversified solutions, in the civil and administrative proceedings. For example, while the German, Swiss and Spanish laws allow the revision of civil and administrative judgments contrary to the ECHR, in the United Kingdom such a possibility is not granted, since the need to protect the winning party in the domestic trial is deemed to prevail; in France the solution is still different, since the reopening of the trial has been introduced only in matters of the status of persons, and nothing is provided for with reference to administrative proceedings.

For a more extensive review of European Countries remedies and practices in both criminal and civil/administrative proceedings, see PILKOV, Kostiantyn, *REOPENING CASES FOLLOWING JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: ROOM FOR A EUROPEAN CONSENSUS?*, *Access to Justice in Eastern Europe*, 2022, 7 ff.

27 See Corte cost., April 30th, 2008, n. 129.

28 See Corte cost., April 7th, 2011, n. 113.

The Court, however, emphasized that the choice to affect article 630 c.p.p. did not imply a prejudicial option of this Court in favor of the preexisting remedy of revision, being justified only by the inexistence of other and more suitable remedies to be implemented. Hence the invitation to the legislature to exercise its discretion in the possible choice both of a different mechanism and of the limits and ways in which, if necessary, to enhance the indications of Recommendation R(2000)2 of the Committee of Ministers of the Council of Europe. Notwithstanding this, even in criminal matters the intervention of the legislature has been delayed: it was only with Legislative Decree no. 150/2022 that article 628-bis c.p.p. (which regulates the «Request for the elimination of the prejudicial effects of decisions adopted in violation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms or Additional Protocols») was introduced.

29 See Corte cost., May 26th, 2017, n. 123 and Corte cost., April 27th, 2018, n. 93.

30 The introduction of an instrument of *restitutio in integrum* to remedy ECHR violations, in fact, while suggested in the past (see Bills no. 3354 of March 22nd, 2005 and no. 3362 of March 23rd, 2005, that never materialized), had not been proposed by the Luiso Commission.

violation through protection by equivalent». The delegation Law was translated into law by means of the newly introduced article 391-*quater* c.p.c., which makes the so-called European revocation³¹ available against «decisions of ordinary judges which have become final [...] when their content has been declared by the European Court of Human Rights to be contrary to the Convention or one of its Protocols» (article 362, § 3, c.p.c.).

The evaluation of the new remedy should be tempered, however, because both of its underlying objectives (to restore human rights violations and to avoid automatic monetary compensation) appear to be only partially achievable in light of the regulations of article 391-*quater* c.p.c., given its (over)limited scope.

3.1. Admissibility criteria

The remedy may be exercised by the party who successfully applied to the European Court of Human Rights or by the Italian Public Prosecutor at the Court of Cassation (article 397, § 2, c.p.c.)³², exclusively against judgments that have become *res judicata* (articles 362, § 3, and 391-*quater*, § 1, c.p.c.)³³. The provision thus excludes both the case in which the Strasbourg Court has exceptionally admitted the appeal regardless of the rule of prior exhaustion of domestic remedies (article 35 ECHR), as well as the case provided by article 37 of the Convention (namely, the striking out of the application following the unilateral recognition of the violation by the State)³⁴.

However, the one just mentioned is not the only limitation on the scope of the remedy, which is further restricted by two additional (and cumulative) requirements: it

31 See ROMANI, Elisabetta, *IL PROCESSO AMMINISTRATIVO E L'ESECUZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: L'ISTITUTO DELLA REVOCAZIONE «CONVENZIONALE» PREFIGURATO DALLA L. 26 NOVEMBRE 2021*, n. 206, available at www.federalismi.it, 2022, n. 16, 220 ff.; GRASSI, Michele, *REVOCAZIONE DELLA SENTENZA CIVILE PER CONTRASTO CON LA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022, 919 ff.; D'ALESSANDRO, Elena, *REVOCAZIONE PER CONTRARIETÀ ALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO*, *Giurisprudenza italiana*, 2023, 479 ff.; ZUFFI, Beatrice, *CEDU E GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ: IL NUOVO RIMEDIO REVOCATORIO ESPERIBILE AI SENSI DELL'ART. 391-QUATER C.P.C.*, *Il Giusto processo civile*, 2023, 115 ff.

32 According to article 15, § 1-*bis*, Law Decree no. 113/2018, converted by Law no. 132/2018, as modified by article 15, § 4, Legislative Decree no. 149/2022, «[t]he Government Agent shall inform all parties to the trial which gave rise to the judgment of the Italian court submitted to the European Court, as well as the Public Prosecutor at the Court of Cassation, of the pendency of the proceedings brought before the European Court itself»; the provision is certainly useful, but not sufficient to ensure frequent use of the extraordinary appeal power granted to the prosecutor, who is also not expected to be notified of the EDU Court's decision.

33 The application, to be made within 60 days from the communication or, failing that, from the publication of the judgment (article 391-*quater*, § 2, c.p.c.), must be addressed in any case to the Court of Cassation, even where the decision that has become final was not issued by a first instance or an appellate judge; however, the Court, in eventually granting the appeal, will decide on the merits only if «no further findings of fact are necessary»; otherwise, the case will be sent back «to the judge who pronounced the judgment set aside» (see article 391-*quater*, § 2, which refers to Article 391-*ter*, § 2).

34 What is most striking is that both cases are instead included by article 628-*bis* c.p.p.: the latter expressly, the former implicitly (since the provision does not make the remedy subject to the condition that the judgment have already become irrevocable).

is, in fact, necessary, first, that «the violation established by the European Court [has] adversely affected a state right of the person» and, second, that «any equitable relief granted by the European Court under article 41 of the Convention [is] not [adequate] to compensate for the consequences of the violation» (article 391-*quater*, § 1, c.p.c.).

Both requirements raise perplexity.

As for the latter requirement, Scholars have already observed that the provision seems to misrepresent the meaning of article 41 ECHR, «as if in the system of the Convention the payment of equitable satisfaction in lieu of the restitutory remedy were the rule and not the exception». In fact, «following a finding of a violation of human rights protected by the ECHR, the “losing” State is obliged to take all necessary measures to remove the consequences of the wrongful act and, only residually, article 41 ECHR provides that the injured party may be granted monetary compensation to the extent that the domestic law of that State does not permit reparation. By providing for the prior verification of the unsuitability of protection by equivalent to compensate for the consequences of the tort, the Italian legislator seems, instead, to have reversed the terms of the question»³⁵.

As to the former, doubts are even greater: on the one hand, the proviso uses the expression «state right of the person», whose meaning is uncertain, since it has no equivalent in Italian Codes or legislation³⁶. In fact, the expression appears to be borrowed from the French *procédure de réexamen des décisions civiles rendue en matière d'état des personnes*³⁷, but Italian legislature seems to have overlooked that such notion is controversial in France too³⁸.

35 GRASSI, Michele, *supra* note 31, 947.

36 See UFFICIO STUDI E FORMAZIONE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA, *RELAZIONE SUGLI EFFETTI DIRETTI E SULLE IMPLICAZIONI SISTEMATICHE CHE LA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE, APPRESTATA DAL D.LGS. 10 OTTOBRE 2022, N. 149, RECA AL PROCESSO AMMINISTRATIVO*, available at www.giustizia-amministrativa.it, 2022, 48 note 70 ff., and CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *RICHIESTA DEL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA, AI SENSI DELL'ART. 10 DELLA LEGGE 24 MARZO 1958, N. 195, DI PARERE SUL TESTO DEL DECRETO LEGISLATIVO, APPROVATO DAL CONSIGLIO DEI MINISTRI NELLA RIUNIONE DEL 28 LUGLIO 2022, CONCERNENTE: “SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO RECANTE ATTUAZIONE DELLA LEGGE 26 NOVEMBRE 2021, N. 206 RECANTE DELEGA AL GOVERNO PER L'EFFICIENZA DEL PROCESSO CIVILE E PER LA REVISIONE DELLA DISCIPLINA DEGLI STRUMENTI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA ALLE CONTROVERSIE E MISURE URGENTI DI RAZIONALIZZAZIONE DEI PROCEDIMENTI IN MATERIA DI DIRITTI DELLE PERSONE E DELLE FAMIGLIE NONCHÉ IN MATERIA DI ESECUZIONE FORZATA.” (DELIBERA 21 SETTEMBRE 2022)*, available at www.csm.it, 2022, 31 ff. It is true that some Scholars (LUISO, Francesco Paolo, *IL NUOVO PROCESSO CIVILE. COMMENTARIO BREVE AGLI ARTICOLI RIFORMATI DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE*, Milano, Giuffrè, 2023, 231; D'ALESSANDRO, Elena, *supra* note 31, 481 note 16) proposed to read the expression as including all non-pecuniary rights; but such an extensive reading is questionable.

37 See articles L. 452-1 ff. COJ and articles 1031-8 ff. CPC, as introduced by Law no. 2016-1547 of November 18th, 2016 (but see also the implementing decree no. 2017-396 of March 24th, 2017). In French literature, see, at least, LE BARS, Thierry, *CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET ÉTAT DES PERSONNES : INSTAURATION D'UNE PROCÉDURE DE RÉEXAMEN DES DÉCISIONS DE JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE*, *Droit de la famille*, janv. 2017, 1 ff.; CADIET, Loïc, *LA LOI J21 ET LA COUR DE CASSATION : LA RÉFORME AVANT LA RÉFORME ?*, *Procédures* n° 2, févr. 2017, étude 3, § 9; FERRAND, Frédérique, *LE DÉCRET DU 24 MARS 2017 PORTANT DIVERSES DISPOSITIONS RELATIVES À LA COUR DE CASSATION*, *La Semaine juridique*, 2017, 702 ff., § 4

38 MELIN, François, *Action d'état – Généralités*, in *Répertoire de procédure civile*, Janvier 2023. It is true that the expression, while general, immediately seemed to be primarily aimed at resolving the issue of surrogate motherhood (CHÉNÉDÉ, François, *RÉEXAMEN D'UNE DÉCISION CIVILE APRÈS CONDAMNATION PAR LA*

On the other hand, the scope of the remedy, in addition to being ambiguous, is still too limited. In essence, the greatest criticality lies in what the article 391-*quater* c.p.c. *does not* provide for: in fact, the legislature's discretion, referred to by the Constitutional Court, could certainly be exercised when the choice between introducing or not introducing the remedy is at stake: but, once a provision is made for the reopening of proceedings in certain cases, that discretion becomes reviewable insofar as it does not provide for cases that would deserve protection similar to those selected. Now, given that the Explanatory Report accompanying the reform (p. 50) implicitly admits that the cases envisaged are not the only ones in which the compensatory remedy is inadequate (so that it is conceivable that others will be acknowledged by practice), it is already possible to identify a series of cases whose exclusion appears to be unreasonable, namely those in which a violation of *procedural rights* – starting with the right of defense – has been recognized by the European Court of Human Rights³⁹.

First of all, in fact, it is precisely as a result of an episode of conspicuous infringement of the right of defense (albeit in criminal trial) that the so-called European revision has found its way into Italian legal system⁴⁰; nor does it seem to be possible to invoke the widespread belief that differentiated (*rectius*: more intense) guarantees in criminal proceedings would in any case be justified only by reason of the particular nature of the rights at stake (*i.e.*, ultimately, by reason of the potential impact on personal freedom), in order to exclude the need for equal protection in civil proceedings. Indeed, such reasoning would not only disregard article 111, §§ 1 and 2, Const., which identifies a catalog of principles (starting with the *audi et alteram partem* one) which are applicable to all types of trials, but also neglect that the Strasbourg Court has explicitly equated civil and criminal trials in terms of the need to ensure the right of defense, even on the legal qualification of facts⁴¹.

CEDH, *AJ famille*, 2016, 595 ; CAIRE, Anne-Blandine, *Vers un réexamen des décisions civiles définitives rendues en matière d'état des personnes après une condamnation de la CEDH ?*, *Recueil Dalloz*, 2016, 2152; GOUTTENoire, Adeline, *LE STATUT SUR MESURE DES ENFANTS NÉS DE GPA À L'ÉTRANGER*, *La Semaine juridique*, 2017, 1691), so that it is not surprising that it is precisely on this matter that the Court of Review (*Cour de réexamen*) first intervened in 2018 (see *Cour de réexamen*, 16 févr. 2018, n° 001 and *Cour de réexamen*, 16 févr. 2018, n° 002). It has already been stressed, however, that the expression is so broad that «[i]t is possible to envisage a much wider field of application for this mechanism. To stick to the classic conception of personal status, the re-examination procedure could concern decisions relating to nationality, sex, alliance, filiation, or even the granting and modification of surnames and forenames. The ECHR is particularly sensitive to the possibility for each individual to establish his or her "identity". In the future, "personal status" could be assimilated to all the issues currently subsumed by the ECHR under the "right to respect for private and family life". Only property matters would then be excluded from the "re-examination" procedure»: cf. CHÉNÉDÉ, François, *supra*). As will be discussed, some Italian commentators also come to this conclusion.

39 In addition, according to ZUFFI, Beatrice, *supra* note 31, 135, such a limitation would also be unlawful because it goes beyond the provisions of the delegation Law, which did not contain any specifications concerning the subject matter of the dispute.

40 Corte cost., April 7th, 2011, n. 113.

41 ECHR Court, December 11st, 2007, *Drassich c. Italia*.

Secondly, reparation of the violation of procedural rights by monetary equivalent, although not *impossible*, is *extremely difficult*, as the experience of the Strasbourg Court itself shows⁴²; and such difficulty calls to mind the scientific elaboration on the notion of «irreparabil[ity]» of the injury which is required for the granting of the provisional measure under article 700 c.p.c.: for, as is well known, not only is the conception that preached this character with exclusive reference to the injury of non-patrimonial rights (which, moreover, certainly include procedural rights) now obsolete, but equally outdated is the idea to restrict the notion to cases of *practical impossibility* of protection by equivalent only⁴³.

Actually, these considerations do not seem to have been totally disavowed in the course of the work which led to the approval of the reform: to the contrary, it has been reported that «another case of revision had been hypothesized: the violation, ascertained by the European Court, that had decisively prejudiced the exercise of the right of defense of the party proposing the revocation», irrespective to the nature of the right at stake⁴⁴. However, the provision «did not find hospitality in the legislative decree for reasons unknown at present»; with «regrettable consequences», which are not limited to those – obvious – related to the deficit of protection thus maintained⁴⁵ and the resulting patrimonial burdens on the State, but, as it will be seen shortly, also extend to the lack of coordination with other provisions (and, in particular, those related to the protection of third parties to supranational judgment)⁴⁶.

3.2. The proceedings (before the Court of Cassation and, possibly, before the trial judge)

The application for revision, to be made within sixty days from the communication or, failing that, from the publication of the judgment (§ 2), must be addressed in any case to the Court of Cassation (which will in any case hold a public hearing), even if the national decision infringing the Convention was the one issued by a trial judge⁴⁷. How-

42 See DE SANTIS DI NICOLA, Francesco, *L'OBBLIGO DI CONFORMARSI ALLE SENTENZE DELLA CORTE EDU TRA PROBLEMATICO AMPLIAMENTO DEI MOTIVI DI REVOCAZIONE E (SOSTANZIALE) NEUTRALIZZAZIONE DEL GIUDICATO NAZIONALE NON-PENALE (II)*, *Giusto processo civile*, 2018, 1118 ff.

43 See PANZAROLA, Andrea - GIORDANO, Rosaria, SUB ART. 700, in ID., *DEI PROVVEDIMENTI D'URGENZA. ART. 700-702*, in CHIARLONI, Sergio (a cura di), *COMMENTARIO DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE*, Bologna, 2016, pp. 219 ff.

44 LUISO, Francesco Paolo, *supra* note 36, 232.

45 These remarks do not prevent from agreeing with MENGALI, Andrea, *LA REVOCAZIONE PER CONTRARIETÀ ALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO*, in CECHELLA, Claudio (ed.), *supra* note 3, 408 f., who stresses that the violation of the right of defence can be asserted through European revocation when it has been perpetrated in a case involving a person's state right: in other words, it would be an «indirect» injury to the state right. But, as it is apparent, the proposed interpretation – that the same Author defines as «extensive» – cannot be extended further, given the insurmountable obstacle constituted by the letter of the law.

46 See *infra*, § 3.3.

47 The same was already the case the event of a revocation for error of fact, governed by article 391-bis c.p.c. On the other hand, the decision (recognized as) violating to the Convention or its protocols may not be that of the Court of Appeals, but that of the Court of Cassation rejecting the cassation appeal against the former. Thus,

ever, this does not necessarily mean that the proceedings will end before the Supreme Court: the Court, in eventually granting the appeal, will decide on the merits only if «no further findings of fact are necessary» (article 391-*quater*, § 2, which recalls article 391-*ter*, § 2); otherwise, once the cassation phase exhausted, the case will be sent back «to the judge who pronounced the judgment set aside».

3.3. Critical remarks: effectiveness...

Anyway, the winning party in the revocation proceedings is not even assured of obtaining the claimed asset, albeit recognized as unduly denied in the first domestic judgment: indeed, under article 391-*quater*, last paragraph, c.p.c., the granting of the remedy shall not affect «the rights acquired by good faith third parties⁴⁸ who did not participate in the proceedings before the European Court».

Regardless of any assessment of the appropriateness of such a provision, it certainly gives rise to tricky problems of coordination with article 2652 c.c., which has been amended in order to provide for the transcriptibility of «applications for revision under article 391-*quater*» – when involving judgments subject to transcription (§ 1, no. 9-*bis*) –, and has always provided, as a general rule, that «the judgment granting the application does not affect the rights acquired by third parties in good faith on the basis of a deed transcribed or registered prior to the transcription of the application» (§ 2).

On the one hand, in fact, it seems very difficult to imagine cases in which the complained violation of a «state right of the person» could give rise to transcribable claims⁴⁹; but, as noted, the amendment of article 2652 c.c., just like the provision contained in article 391-*quater*, last paragraph, «are nothing more than what remains of the broader text that had been elaborated in the preparatory work»⁴⁹: in essence, it was the prospective opening of the remedy also to the hypothesis of right of defense violations (regardless of the object of the trial)⁵⁰ which could have justified a problem of transcriptibility of the application; since the legislature no longer provides for such a scenario, the amendment to the Civil Code remains essentially meaningless.

even such decisions may be reversed under art. 391-*quater* c.p.c.: D'ALESSANDRO, Elena, *supra* note 31, 480; LUISO, Francesco Paolo, *supra* note 36, 233 ff.; ZUFFI, Beatrice, *supra* note 31, 131, who, however, criticises both the appropriateness of the provision (which ends up submitting all revocations to the Supreme Court) and its legitimacy (since such a directive was not literally provided for in the delegation Law).

48 Notwithstanding the basic doubt as to the third parties actually targeted by the provision, which will be discussed immediately below, in the text, it has been observed – moving from the assumption that expression includes the counterparty in the domestic suit – that «where a third party, although duly informed by the Government Agent, has not applied to intervene in Strasbourg, it may be said that s/he is not in good faith [...]». Moreover, good faith will also be excluded where the third party, although invited by the President as a result of his ritually filed request to intervene, does not intervene in the conventional judgment, being unable to complain, even in that case, of any violation of the right of defence under article 24 of the Constitution»: cf. ROMANI, Elisabetta, *supra* note 31, 245.

49 D'ALESSANDRO, Elena, *supra* note 31, 481.

50 See *supra*, § 3.1.

On the other hand, neither is it certain that article 391-*quater*, last paragraph, c.p.c., and article 2652, § 2, c.c. refer to the same «third parties»: actually, there is a strong doubt that the first article – in line with the Constitutional Court’s understanding⁵¹ – refers to the counterparty to the domestic suit (whose intervention before the ECHR is not guaranteed)⁵², and the second to the latter’s successors in title; but, once again, since «the scope [...] of article 391-*quater* c.p.c. , in its final version, was [...] limited to “state rights of the person”» and «it is rare to imagine their acquisition by derivative title», it is really hard to envisage that the provision can be implemented⁵³.

3.4 ... and legitimacy

While exposing the eligibility criteria of the remedy, some profiles of irrationality of the new discipline (namely, the exclusion from the scope of the European revocation of at least a series of hypotheses deserving of *restitutio in integrum* as much as those included) have already been pointed out. Those remarks, however, do not exhaust the doubts of constitutional legitimacy raised by the new mechanisms.

Indeed, as I have already stressed elsewhere⁵⁴, the choice of the delegated legislator to introduce a new article, instead of amending article 395 c.p.c., must be considered mandatory, given that any intervention on the pre-existing article⁵⁵ would have had the effect of extending the remedy to administrative and tax proceedings as well (given the referral contained, respectively, in articles 106 c.p.a. and 64 Legislative Decree no. 546/1992); and that would have gone beyond the limits of the delegation Law. And yet, the resulting whole system – which admits the *restitutio in integrum* before civil and criminal Courts, but not before administrative and tax Courts – casts doubt on the reasonableness of the exclusions: indeed, in administrative and tax proceedings, just like in criminal proceedings, the State is the claimant’s counterparty, albeit in different articulation, both in the domestic and in the conventional process. Moreover, it is hard to see why the balancing made by the legislator with reference to the opposing interests in relation to the civil judgment should give a different result when the violation was committed as a result of tax or administrative proceedings.

51 Cf. Corte cost., May 26th, 2017, n. 123, recalling that, in proceedings before the Strasbourg Court, the intervention of the counterparty in domestic proceedings is left to the discretion of the President of the Court (see article 36, § 2, ECHR)

52 Cf. article 44, § 3(a), Rules of the European Court of Human Rights.

53 D’ALESSANDRO, Elena, *supra* note 31, 483; ZUFFI, Beatrice, *supra* note 31, 145.

54 CAPASSO, Valentina, *NOTE SUL (NUOVO?) CONTRADDITTORIO POST D.LGS. 10 OTTOBRE 2022, N. 149, TRA APPREZZABILI CONFERME E QUALCHE OCCASIONE PERDUTA, Il Diritto processuale civile italiano e comparato*, 2023, 97 note 62.

55 As already stressed by some Scholars: DE SANTIS, Angelo Danilo, *LE IMPUGNAZIONI*, in COSTANTINO, Giorgio (ed.), *LA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA CIVILE. PROSPETTIVE DI ATTUAZIONE DELLA LEGGE 26 NOVEMBRE 2021, N. 206*, Bari, Cacucci, 2022, 264, and, most recently, D’ALESSANDRO, Elena, *supra* note 31, 480. For an opposing view, see ZUFFI, Beatrice, *supra* note 31, 134.

4. CONCLUDING REMARKS

It is well known that the importation of procedural instruments is a delicate and risky operation, since a number of factors – of a structural, legal, but also socio-economic nature – can cause what works elsewhere to prove inadequate in the target Country.

With respect to the new mechanisms here examined, the first impression is that the Italian legislator has not well pondered the “degree” of imitation, which was excessive in one case (that of the European revocation, which brought, together with the limitation *ratione materiae*, the same uncertainties that it arouses in France), insufficient in another (that of the “Italian adaptation” of the *saisine pour avis*, whose original advisory value would have been better left unchanged). Whether this impression is correct, only time will tell.

VALENTINA CAPASSO

Associate Research Fellow at Università degli Studi di Napoli Federico II

LIST OF REFERENCES

- BRIGUGLIO, Antonio, *ESPERIENZE APPLICATIVE DEL RINVIO PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVO EX ART. 363 BIS C.P.C. - PRIMA PUNTATA*, available at www.judicium.it, 2023
- BRIGUGLIO, Antonio, *ESPERIENZE APPLICATIVE DEL RINVIO PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVO EX ART. 363 BIS C.P.C. - SECONDA PUNTATA*, available at www.judicium.it, 2023
- BRIGUGLIO, Antonio, *ESPERIENZE APPLICATIVE DEL RINVIO PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVO EX ART. 363 BIS C.P.C. - TERZA PUNTATA*, available at www.judicium.it, 2023.
- BRIGUGLIO, Antonio, *IL RINVIO PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVO ALLA CORTE DI CASSAZIONE*, available at www.judicium.it, 2022, § 4.
- CADIET, Loïc, *LA LOI J21 ET LA COUR DE CASSATION : LA RÉFORME AVANT LA RÉFORME ?*, *Procédures* n° 2, févr. 2017
- CAIRE, Anne-Blandine, *Vers un réexamen des décisions civiles définitives rendues en matière d'état des personnes après une condamnation de la CEDH ?*, *Recueil Dalloz*, 2016
- CALIFANO, Gian Paolo, *IL NUOVO GIUDIZIO DI APPELLO (DOPO LA RIFORMA DI CUI AL DECRETO LEGISLATIVO 149/2022)*, *Il Diritto processuale civile italiano e comparato*, 2023
- CAPASSO, Francesco, *LE PRIME DECISIONI DELLA CASSAZIONE SU RINVIO PREGIUDIZIALE*, *Il Diritto processuale civile italiano e comparato*, 2023
- CAPASSO, Valentina, *IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI CASSAZIONE E IL « VINCOLO » DI TROPPO*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2022
- CAPASSO, Valentina, *NOTE SUL (NUOVO?) CONTRADDITTORIO POST D.LGS. 10 OTTOBRE 2022, N. 149, TRA APPREZZABILI CONFERME E QUALCHE OCCASIONE PERDUTA*, *Il Diritto processuale civile italiano e comparato*, 2023

- CAPASSO, Valentina, *NULLITÀ DEGLI ATTI E OFFENSIVITÀ NECESSARIA. CONTRIBUTO ALLA DIFESA DELLA LEGALITÀ DEL PROCESSO CIVILE*, Roma, Dike, 2022
- CAPPONI, Bruno, *È OPPORTUNO ATTRIBUIRE NUOVI COMPITI ALLA CORTE DI CASSAZIONE?*, available at www.giustiziainsieme.it, 2021
- CARRATA, Antonio, *IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CASSAZIONE E LA DECISIONE “SOGGETTIVAMENTE COMPLESSA”*, *Giurisprudenza italiana*, 2023
- CARRATA, Antonio, *LE RIFORME DEL PROCESSO CIVILE*, Torino, Giappichelli, 2023
- CHÉNÉDÉ, François, *RÉEXAMEN D’UNE DÉCISION CIVILE APRÈS CONDAMNATION PAR LA CEDH, AJ famille*, 2016
- CIPRIANI, Franco, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, Jovene, 1988
- COMASTRI, Michele Andrea, *LA PREGIUDIZIALE INTERPRETATIVA INNANZI ALLA CORTE DI CASSAZIONE*, in CECHELLA, Claudio (a cura di), *IL PROCESSO CIVILE DOPO LA RIFORMA. D.LGS. 10 OTTOBRE 2022, n. 149*, Bologna, Zanichelli, 2023
- CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *RICHIESTA DEL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA, AI SENSI DELL’ART. 10 DELLA LEGGE 24 MARZO 1958, N. 195, DI PARERE SUL TESTO DEL DECRETO LEGISLATIVO, APPROVATO DAL CONSIGLIO DEI MINISTRI NELLA RIUNIONE DEL 28 LUGLIO 2022, CONCERNENTE: “SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO RECANTE ATTUAZIONE DELLA LEGGE 26 NOVEMBRE 2021, N. 206 RECANTE DELEGA AL GOVERNO PER L’EFFICIENZA DEL PROCESSO CIVILE E PER LA REVISIONE DELLA DISCIPLINA DEGLI STRUMENTI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA ALLE CONTROVERSIE E MISURE URGENTI DI RAZIONALIZZAZIONE DEI PROCEDIMENTI IN MATERIA DI DIRITTI DELLE PERSONE E DELLE FAMIGLIE NONCHÉ IN MATERIA DI ESECUZIONE FORZATA.” (DELIBERA 21 SETTEMBRE 2022)*, available at www.csm.it, 2022
- COUNCIL OF EUROPE. COMMITTEE OF MINISTERS, *RECOMMENDATION NO. R (2000) 2 OF THE COMMITTEE OF MINISTERS TO MEMBER STATES ON THE RE-EXAMINATION OR REOPENING OF CERTAIN CASES AT DOMESTIC LEVEL FOLLOWING JUDGEMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*, Adopted by the Committee of Ministers on 19 January 2000 at the 694th meeting of the Ministers’ Deputies, available at <https://rm.coe.int/>.
- D’ALESSANDRO, Elena, *REVOCAZIONE PER CONTRARIETÀ ALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO*, *Giurisprudenza italiana*, 2023
- DE SANTIS DI NICOLA, Francesco, *L’OBBLIGO DI CONFORMARSI ALLE SENTENZE DELLA CORTE EDU TRA PROBLEMATICO AMPLIAMENTO DEI MOTIVI DI REVOCAZIONE E (SOSTANZIALE) NEUTRALIZZAZIONE DEL GIUDICATO NAZIONALE NON-PENALE (II)*, *Giusto processo civile*, 2018
- DE SANTIS, Angelo Danilo, *LE IMPUGNAZIONI*, in COSTANTINO, Giorgio (ed.), *LA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA CIVILE. PROSPETTIVE DI ATTUAZIONE DELLA LEGGE 26 NOVEMBRE 2021, N. 206*, Bari, Cacucci, 2022
- FERRAND, Frédérique, *LE DÉCRET DU 24 MARS 2017 PORTANT DIVERSES DISPOSITIONS RELATIVES À LA COUR DE CASSATION*, *La Semaine juridique*, 2017
- GIORDANO, Rosaria, *LA «SAISINE POUR AVIS» ALLA COUR DE CASSATION*, *Rivista di diritto processuale*, 2005

- GOUTTENNOIRE, Adeline, *LE STATUT SUR MESURE DES ENFANTS NÉS DE GPA À L'ÉTRANGER*, *La Semaine juridique*, 2017
- GRASSI, Michele, *REVOCAZIONE DELLA SENTENZA CIVILE PER CONTRASTO CON LA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2022
- KRANS, Bart, *THE DUTCH PRELIMINARY RULING PROCEDURE: QUESTIONS FROM LOWER COURTS TO THE DUTCH SUPREME COURT*, Lecture at Complutense Universidad, Madrid, 20 June 2023.
- LE BARS, Thierry, *CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET ÉTAT DES PERSONNES : INSTAURATION D'UNE PROCÉDURE DE RÉEXAMEN DES DÉCISIONS DE JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE*, *Droit de la famille*, janv. 2017
- LUISO, Francesco Paolo, *IL NUOVO PROCESSO CIVILE. COMMENTARIO BREVE AGLI ARTICOLI RIFORMATI DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE*, Milano, Giuffrè, 2023
- MELIN, François, *Action d'état – Généralités*, in *Répertoire de procédure civile*, Janvier 2023
- MENGALI, Andrea, *LA REVOCAZIONE PER CONTRARIETÀ ALLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO*, in CECHELLA, Claudio (a cura di), *IL PROCESSO CIVILE DOPO LA RIFORMA. D.LGS. 10 OTTOBRE 2022, N. 149*, Bologna, Zanichelli, 2023
- NORMAND, Jacques, *LA RICHIESTA DI PARERE ALLA CORTE DI CASSAZIONE*, *Rivista di diritto processuale*, 1998
- PANZAROLA, Andrea - GIORDANO, Rosaria, *SUB ART. 700*, in Id., *DEI PROVVEDIMENTI D'URGENZA. ART. 700-702*, in CHIARLONI, Sergio (a cura di), *COMMENTARIO DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE*, Bologna, 2016
- PASSANANTE, Luca, *IL PRECEDENTE IMPOSSIBILE*, Torino, Giappichelli, 2018
- PILKOV, Kostiantyn, *REOPENING CASES FOLLOWING JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: ROOM FOR A EUROPEAN CONSENSUS?*, *Access to Justice in Eastern Europe*, 2022
- ROMANI, Elisabetta, *IL PROCESSO AMMINISTRATIVO E L'ESECUZIONE DELLE SENTENZE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: L'ISTITUTO DELLA REVOCAZIONE «CONVENZIONALE» PREFIGURATO DALLA L. 26 NOVEMBRE 2021, N. 206*, available at www.federalismi.it, 2022, n. 16
- SALVATO, Luigi, *VERSO LA RIFORMA DEL PROCESSO TRIBUTARIO: IL "RINVIO PREGIUDIZIALE" ED IL RICORSO DEL P.G. NELL'INTERESSE DELLA LEGGE*, available at www.giustiziainsieme.it, 2021, § 3.1
- SASSANI, Bruno, *CORTE SUPREMA E JUS DICERE*, *Giurisprudenza italiana*, 2003
- SCARSELLI, Giuliano, *NOTE SUL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI CASSAZIONE DI UNA QUESTIONE DI DIRITTO DA PARTE DEL GIUDICE DI MERITO*, available at www.giustiziainsieme.it, 5 luglio 2021
- SCODITTI, Enrico, *BREVI NOTE SUL NUOVO ISTITUTO DEL RINVIO PREGIUDIZIALE IN CASSAZIONE*, *Questione giustizia*, 3/2021
- SILVESTRI, Caterina, *LA SAISINE POUR AVIS DELLA COUR DE CASSATION*, *Rivista di diritto civile*, 1998

- SILVESTRI, Elisabetta, *IL PARERE PREVENTIVO DELLE CORTI SUPREME*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1993
- TARUFFO, Michele, *PRECEDENTE E GIURISPRUDENZA*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007
- TEDOLDI, Alberto, *LA DELEGA SUL PROCEDIMENTO DI CASSAZIONE*, *Rivista di diritto processuale*, 2005
- TISCINI, Roberta, *IL RINVIO PREGIUDIZIALE ALLA CORTE DI CASSAZIONE DELL'ART. 363-BIS C.P.C. LA DISCIPLINA. LA CASISTICA*, *Giustizia Civile*, 2023
- TOMMASEO, Ferruccio, *LA RIFORMA DEL RICORSO PER CASSAZIONE: QUALI I COSTI DELLA NUOVA NOMOFILACHIA?*, *Giurisprudenza italiana*, 2003
- TRISORIO LIUZZI, Giuseppe, *LA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA CIVILE: IL NUOVO ISTITUTO DEL RINVIO PREGIUDIZIALE*, available at www.judicium.it, 2021
- UFFICIO STUDI E FORMAZIONE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA, *RELAZIONE SUGLI EFFETTI DIRETTI E SULLE IMPLICAZIONI SISTEMATICHE CHE LA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE, APPRESTATA DAL D.LGS. 10 OTTOBRE 2022, N. 149, RECA AL PROCESSO AMMINISTRATIVO*, available at www.giustizia-amministrativa.it, 2022
- ZUFFI, Beatrice, *CEDU E GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ: IL NUOVO RIMEDIO REVOCATORIO ESPERIBILE AI SENSI DELL'ART. 391-QUATER C.P.C.*, *Il Giusto processo civile*, 2023



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

4

EMERGENCE OF THE PROCEDURAL PROTEUS TO THE SURFACE OF CIVIL JUSTICE: NAVIGATING THE SPECTRUM OF PROPORTIONALITY IN CIVIL PROCEDURE

Andrzej Olaś

Adjunct professor of Civil Procedure at Faculty of
Law and Administration, Jagiellonian University in Krakow, Poland.

Contact: andrzej.olas@uj.edu.pl

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2295-8645>

Abstract: The article delves into the concept of proportionality within civil proceedings, recognizing it as the guiding procedural principle encompassing a multifaceted nature that extends far beyond the mere efficiency in resolving civil cases. Throughout the text, the author delineates five distinct dimensions through which this principle operates within civil proceedings. Finally, the article draws conclusions regarding the present status of proportionality in civil court proceedings and its prospective trajectory amidst ongoing socio-economic changes, technological advancements, and other trends impacting both private and public law within civil proceedings.

Keywords: proportionality, guiding principles of civil procedure, fundamental rights, case-management, procedural efficiency, procedural justice.

Table of contents: I. Setting the Scene: Proportionality as a Well-Entrenched General Principle of Law and its Emergence from Obscurity in Civil Procedure. II. Proportionality as a Procedural Value, a Criterion for the Axiological Assessment of Procedural Regulation and one of the Determinants of the Effectiveness of Civil Proceedings. III. The Principle (Test) of Proportionality: Ensuring Hierarchical Compliance in Rules Governing Civil Procedure. IV. Utilizing the Proportionality

tionality Test: Resolving Conflicts Between Key Procedural Principles and Expressed Values in Procedural Law's Interpretation and Application. V. Proportionality as a Persuasive Tool: Guiding Judicial Discretion in Applying the Law. VI. Proportionality as the Foundation of Individual Procedural Institutions. VII. Conclusions: Reflecting on the Current Status and Future Prospects of Proportionality in Civil Proceedings.

I. SETTING THE SCENE: PROPORTIONALITY AS A WELL-ENTRENCHED GENERAL PRINCIPLE OF LAW AND ITS EMERGENCE FROM OBSCURITY IN CIVIL PROCEDURE

Proportionality has long been established as one of the guiding legal principles of EU law, public international law, as well as the constitutional and administrative laws of many European (and non-European) states¹. Similarly, it has also found its way into private law. Its roots can be traced back to early antiquity, with strong support in Aristotelian philosophy². Multiple connections have been broadly recognized between proportionality and basic concepts of paramount importance to contemporary legal systems of democratic states, such as the rule of law, fairness, justice, pluralism of values, and rationality³.

On the contrary, in the field of civil procedure, proportionality remains a relatively new concept with apparent, albeit still limited, recognition. Over the last two decades, its international prominence has been on the rise, notably due to the Woolf and Jackson reforms of English civil procedural law in the late 1990s and early 2000s.⁴ This trend is clearly evident in the ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure⁵, where proportionality accompanied by the principle of loyal cooperation between the

- 1 A clear indication of the remarkable ascent of the principle of proportionality, historically derived from administrative law along with the related concept of balancing legal norms and the rights and freedoms enshrined therein in constitutional law, is the growing recognition of this principle as a manifestation of the globalization of constitutional law (the emergence of global constitutionalism). Simultaneously, it is noted that this principle has become the preeminent constitutional doctrine worldwide, with the capacity to rapidly disseminate across different jurisdictions; see e.g. A.S. Sweet, J. Mathews, *Proportionality, Balancing And Global Constitutionalism*, Columbia Journal of Transnational Law 2008/47, p. 162 i n.; E. Engle, *The History of the General Principle of Proportionality: An Overview*, „The Dartmouth Law Journal“ 2012/10 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1431179 (accessed on 4.04.2024), p. 2–3; E. Nas, *Rezeption des Verhältnismäßigkeitsprinzips in der türkischen Rechtsordnung*, Berlin 2015, p. 65 et seq.; J. Saurer, *Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes*, Der Staat 2012/1, p. 3 et. seq.; M.C.-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge 2013, p. 10 et seq.; K. Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford 2012, p. 1-23., 99 et seq.
- 2 See e.g. F. Wieacker, *Geschichtliche Wurzeln...*, p. 874 et seq.; E. Engle, *The History...*, s. 3–4 i 10; A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge 2012, p. 208.
- 3 See e.g. E. Engle, *The History...*, p. 10-11; M.C. Eliya, I. Porat, *Proportionality...*, p. 13–14.
- 4 On these reforms see extensively J. Sorabji, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms: A Critical Analysis*, Cambridge 2014, *passim*.
- 5 ELI-UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. From Transnational Principles to European Rules of Civil Procedure, Oxford 2021, <https://academic.oup.com/book/41165> (accessed: 4.04.2024). Hereinafter referred to as „MERC“.

judge, the parties and their lawyers, has become one of the guiding procedural principles shaping the entire model of civil procedure proposed by those principles⁶.

The principle of proportionality, as established in the Civil Procedure Rules of 1996⁷ and adopted in MERCIP, may be perceived as integral to the so called “three-dimensional strategy of justice” or “a new theory of justice” also known as “proportionate justice”. According to the former, courts and other dispute resolution entities dealing with civil matters must not only strive to achieve the correct outcome on the substance of the dispute but must also do so within a reasonable time and with reasonable and proportionate use of resources⁸. At the core of the notion of proportionate justice is the belief that the administration of justice is a high priority public service delivered by the states to individuals and other legal entities⁹. However, this task can only be effectively executed within the limited means and resources available, necessitating effective rationing. Therefore, the principle of proportionality serves primarily as an imperative directive to ensure that the costs of court proceedings are justified relative to the nature, importance, and complexity of each case, while also fulfilling the general management duty in all proceedings with due regard for the proper administration of justice¹⁰. Recognizing that justice delayed is justice weak, relatively simple problems should be addressed using equally simple methods¹¹.

As highlighted in the literature, the principles of proportionality and loyal cooperation between the court and parties have emerged as key concepts in civil litigation over the past two decades. These principles have significantly influenced the traditional dispositional and adversarial model of the process supplemented by some inquisitorial elements, owing to the widespread adoption of influential ideas put forth by the Austrian reformer Franz Klein¹². According to C.H. van Rhee, the essence of the principle of proportionality is to maintain an appropriate balance between the procedural means employed in a given case, the significance of the claims being pursued (the subject

6 Interestingly, in the 2004 ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure the principle of proportionality was not expressly mentioned.

7 Supreme court of England and Wales County Courts the Civil Procedure Rules 1998 (1998 No. 3132 (L.17)), hereinafter referred to as “CPR”.

8 See: A. Zuckerman, *Compliance with Process Obligations and Fair Trial*, [in:] M. Andenas, N. Andrews, R. Nazzini, *The Future of Transnational Civil Litigation: English Responses to the ALI/UNIDROIT Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, London 2006, p. 134-135 and some critics from J. Sorabji, *English...*, p. 142 et seq.

9 See: J. Sorabji, *English...*, p. 2, 101, 135 et seq.; J. Sorabji, *The Road to New Street Station: fact, fiction and the overriding objective*, *European Business Law Review* 2012/1, p. 89; R. Susskind, *Online courts and the Future of Justice*, Oxford 2019, p. 73, 82.

10 This idea is derived from the overriding objective of the CPR established in its Rule 1.1 and expressly embodied in Rule 5 (2) MERCIP.

11 R. Susskind, *Online courts...*, p. 82.

12 See: C.H. Van Rhee, *Covid-19 pandemic and the Role of Orality and Writing in Civil Litigation* [in:] *Impact of the COVID-19 Pandemic on Justice Systems. Reconstruction or Erosion of Justice Systems – Case Study and Suggested Solutions*, ed. K. Gajda-Roszczyńska, Göttingen, 2023, p. 282–283.

matter of the trial), and the overall caseload burdening the court¹³. The application of this principle justifies refraining from utilizing the most optimal means based solely on specific procedural values or goals (such as the likelihood of achieving substantive truth or the fullest implementation of the principle of immediacy/directness) if doing so enhances procedural efficiency and reduces process costs. An illustrative example often cited is that of remote hearings. While remote hearings may have certain drawbacks compared to traditional in-person hearings conducted in a courtroom, their numerous advantages—particularly in terms of time and cost savings—generally outweigh these disadvantages. Given that the fundamental guarantees and procedural principles are not significantly compromised, remote hearings are positively evaluated not only in extraordinary circumstances, such as during a pandemic (where there is a need to ensure the continuity of the judicial system under social distancing measures), but also in ordinary conditions¹⁴.

A similar perspective is offered by F.G. Inchausti, who highlights the prevailing influence of English reforms and the longstanding dominance of proposals advocating for civil dispute resolution systems grounded in efficiency and proportionality paradigms¹⁵. According to these propositions, states should establish and maintain systems that facilitate dispute resolution while balancing values such as costs, duration of proceedings, and the quality of justice dispensed, resolving inherent tensions through the lens of proportionality criteria. This often entails curbing the oral nature of proceedings and striving for optimal utilization of modern digital technologies in the judiciary¹⁶. Furthermore, as the author astutely observes, the pursuit of effective proceedings within the bounds of proportionality is no longer solely the responsibility of legislators, who are expected to outline general guidelines in procedural regulations for reconciling conflicting values. Instead, ensuring the effectiveness and proportionality of civil proceedings becomes the domain of the courts, which should actively manage each proceeding to implement these values. Consequently, these assumptions necessitate a shift towards greater procedural flexibility, facilitated not only by the court's appropriate discretionary powers but also by the cooperation among parties and with the court, facilitated by the use of suitable technological tools. Consistent with these principles is the promotion of alternative dispute resolution methods, whose wider adoption helps alleviate the burden on courts, leading to more effective utilization of the judicial system where needed¹⁷.

13 C.H. Van Rhee, *Covid-19...*, s. 283.

14 C.H. Van Rhee, *Covid-19...*, s. 283.

15 F. G. Inchausti, *The impact of Covid-19 pandemic on Spanish civil justice: remote hearings as a new tool for the effectiveness of the system*, (in:) *Impact...*(supra 13), p. 201.

16 See also: C. Piché, *The 'New Normal' of Civil Procedure in Canada: Technological Efficiency over Proportionality and Accuracy of Outcomes*, (w:) *Civil Courts Coping with Covid-19*, red. B. Krans, A. Nylund, Hague 2021, p. 35 *et seq.*

17 F.G. Inchausti, *The impact...*, p. 202.

One might argue that the notion of proportionality described above can be largely equated with the concepts of procedural efficiency¹⁸ and effectiveness¹⁹, placing special emphasis on the judicious utilization of time, costs, and other resources, along with a focus on amicable dispute resolution and the appropriate application of proportionate sanctions for breaches of procedural obligations or abuse of procedural rights. Against this backdrop, in the Polish doctrine of civil procedure, proportionality has not been explicitly named or extensively discussed among the fundamental procedural principles significantly shaping the entire system of civil procedure. Its significance has been rather subtly acknowledged in the context of specific institutions directly or indirectly referencing the proportionality test or its individual elements, such as e.g. regulations governing the allocation of costs²⁰, the selection of interim protective measures granted by the court²¹, and the enforcement measures implemented by competent enforcement authorities²²; right to demand stay of excessive enforcement proceedings²³. Additionally, in separate proceedings concerning intellectual property matters introduced into Polish civil procedural law as of July 1, 2020²⁴, proportionality, understood as the proper balance of adverse party interests, has been established as a de-

18 Understood as the ability to accomplish prescribed tasks using the least amount of resources, such as time, money, and effort.

19 Understood as the varying fitness for producing a desired results / achieving goals / performing prescribed tasks.

20 Pursuant to Art. 98 § 1 of the Polish Code of Civil Procedure (Act of November 17, 1964, Code of Civil Procedure (consolidated text: Journal of Laws of 2023, item 1550, as amended), hereinafter referred to as “CCP”) the losing party is obliged to reimburse the opponent, at his request, for the costs necessary for the purposeful pursuit of rights and purposeful defence (litigation costs). Article 100 CCP stipulates that if the claims are only partially granted, the costs will be mutually abolished or relatively shared. However, the court may impose on one of the parties the obligation to reimburse all costs if the opponent yielded only to an insignificant part of his demand or if the determination of the amount due to him depended on mutual calculation or the court’s assessment. Pursuant to Art. 109 § 2 CCP when deciding on the amount of litigation costs awarded to a party, the court takes into account the purposefulness of the costs incurred and the necessity of incurring them due to the nature of the case. When determining the amount of costs incurred by the party represented by a professional lawyer, the court takes into account the necessary workload of the attorney and the actions taken by him in the case, including actions taken to amicably resolve the dispute, also before filing a lawsuit, as well as the nature of the case and the attorney’s contribution to its clarification and resolution.

21 Pursuant to Art. 730¹ § 3 CCP when choosing the method of security, the court will take into account the interests of the parties or participants in the proceedings to the extent that the entitled person is provided with appropriate legal protection and the obligated party is not burdened beyond the need.

22 The creditor may indicate the method or methods of enforcement chosen by him. The enforcement authority applies the enforcement method that is least burdensome for the debtor (art. 799 § 1 sentence 3 and 4 CCP). Additionally when determining the amount of the compulsory sum of money which shall be paid by the debtor to creditor for each day of delay in the debtor’s performance of an action that another person cannot perform for him and whose performance depends solely on his will, the court will take into account the interests of the parties to such an extent as to ensure the enforceability of the obligation specified in the writ of execution and not to burden the debtor beyond the need (art. 1050¹ § 4 CCP).

23 If enforcement against one part of the debtor’s assets is obviously sufficient to satisfy the creditor, the debtor may request a stay of execution against the remaining part of the assets (art. 799 § 2 CCP).

24 See the Act of February 13, 2020 amending the Act - Code of Civil Procedure and certain other acts.

cisive criterion for the use of procedural instruments aimed at securing evidence, its disclosure, or provision, as well as the obligation to disclose information necessary to pursue a claim²⁵.

Nevertheless, a more thorough look at the issue reveals that proportionality significantly impacts contemporary Polish civil procedure in a more comprehensive and multifaceted manner than merely focusing on concepts of efficiency and effectiveness emphasized by the CPR and MERCP. Its influence extends across numerous spheres. While the scope of this article precludes exhaustive or extensive analysis of all aspects of proportionality, which may also prove relevant for other contemporary jurisdictions embracing principles of democracy and the rule of law—particularly those rooted in traditions of ancient Roman law and great codifications of the 19th century—the following paragraphs aim to provide a succinct overview. The objective is to persuade readers that proportionality in civil proceedings encompasses far more shades and shapes than one could assume at first glance. In their commentary on Rule 5 of MERCP, L. Cadiet and S. Amrani-Mekki aptly describe proportionality as a ‘protean notion,’ possessing qualities that are both ancient and contemporary, substantive and procedural²⁶. As demonstrated below, proportionality exhibits its multifaceted nature not only from a historical perspective or within the substance-procedure dichotomy, but also within the confines of modern civil procedural law.

II. PROPORTIONALITY AS A PROCEDURAL VALUE, A CRITERION FOR THE AXIOLOGICAL ASSESSMENT OF PROCEDURAL REGULATION AND ONE OF THE DETERMINANTS OF THE EFFECTIVENESS OF CIVIL PROCEEDINGS

Polish legal scholarship has rightly pointed out that legal literature generally does not deal explicitly with the axiology of the judicial process. Instead, they primarily develop various catalogs of procedural principles guiding judicial practice²⁷. This pattern also applies to civil procedural law. While institutions of substantive civil law have long been subjected to research on the axiological level, the study of civil procedural law regarding the realization and safeguarding of approved values has not received particular attention thus far. Agreeing with the view that the perception of law can never be devoid of assessing its compliance with the system of moral values accepted in a given community²⁸, and recognizing that these values should be implemented and protected, this state of affairs must be considered highly unsatisfactory.

25 Art. 479⁹⁵ applied in conjunction with arts. 479⁹⁷, 479¹⁰⁹ and 479¹¹³ CCP.

26 L. Cadiet, S. Amrani-Mekki [in:] *European Rules of Civil Procedure. A Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, A. Stalder, V. Smith, F.G. Inchausti eds., Cheltenham 2023, p. 28.

27 J. Helios, *Aspekt systemowy i aksjologiczny „procedur”*, Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji 2008/77, p. 126.

28 See e.g. B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Toruń 2004, p. 307.

Recognizing the lack of systematic research on legal values originating from sources external to procedural regulations but significantly impacting civil procedural law, the Center for Research on the Axiology of Civil Procedures (CBAPC) was established in 2019. Affiliated with the First Chair of Civil Procedure at the Faculty of Law and Administration of the University of Lodz, under the leadership of Professor Sławomir Cieślak, this center aims to intensify scientific research in this area. Its mission is to continuously evaluate the axiological justifications for existing or proposed rules governing civil proceedings, particularly during periods of heightened legislative activity that influence the evolution of the civil proceedings model in Poland²⁹. As part of a paper outlining the manifesto for the future activities of CBAPC, Sławomir Cieślak proposed a catalog of values that should be embodied by civil procedure³⁰. Drawing on insights from the theory and philosophy of law, as well as procedural law doctrine, these values serve as precise criteria for evaluating civil procedural regulations in terms of their adherence to values external to the legal framework, which are deemed essential for procedural justice. Prof. Cieślak identified proportionality, along with internal coherence and logical correctness of procedural mechanisms, as integral components of procedural rationality—one of the five fundamental criteria for assessing procedural regulations in terms of their axiological value. Proportionality, in particular, is associated with the functional alignment of procedural means with the intended objectives of civil procedure³¹.

As the author correctly highlights, the fundamental sources of procedural values safeguarded in civil proceedings encompass the provisions of the Constitution of the Republic of Poland³² and relevant international agreements binding on Poland. Of particular significance are Article 6 of the European Convention for the Protection of

29 <https://www.uni.lodz.pl/wydzialy-i-jednostki-ul/centrum-badan-nad-aksjologia-procedur-cywilnych> (access: 10.04.2024).

30 S. Cieślak, *Założenia aksjologiczne postępowania cywilnego – propozycja sformułowania kryteriów aksjologicznej oceny regulacji procesowej*, [in:] *Założenia aksjologiczne nowelizacji KPC z 4 .07. 2019 r.*, red. S. Cieślak, Łódź 2020, p. 13 *et seq.*

31 *Ibidem*, p. 25. The author considered the following to be reliable criteria for the axiological assessment of procedural regulation : (1) respect for the dignity and freedom (in terms of asserting rights or defending against the claims) of persons participating in the proceedings; (2); ensuring equality of participants – *audiatur et altera pars/audi et altera partem*; (3) procedural rationality, i.e.: (a) proportionality and functionality of the means deployed to achieve the assumed objectives, (b) internal consistency and logical correctness of procedural mechanisms, including ensuring the predictability and internal logic of procedural rules, e.g. ensuring the predictability of court decisions thanks to the full availability of the proper reasons (motives) that guided the court in making them; (4) maintaining an appropriate level of procedural formalism - as a result, predictability of procedural steps of parties to the proceedings is ensured; this level is determined by: (a) equality of participants, (b) rationality and (c) efficiency of the procedure; (5) real verifiability of procedural decisions - through the appropriate development of the system of appeals, in particular the adequate relations between the subject of the appeal and the use of specific appellate measures with different characteristics.

32 Constitution of the Republic of Poland of April 2, 1997 (Journal of Laws No. 78, item 483, as amended), hereinafter referred to as “Polish Constitution”.

Human Rights and Fundamental Freedoms³³, Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights³⁴ as well as Art. 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union³⁵. This extends to proportionality as a procedural value. According to the author, the primary source of proportionality as a procedural value lies in Article 31(3) and Article 2 of the Constitution, which establish the principle of a democratic state governed by law. Building on the insights of Italian scholar and practitioner Giuseppe Tarzia, the author emphasizes that the principle of proportionality dictates that proceedings should be conducted in a manner commensurate with their intended purpose. Furthermore, this principle permits the balancing of conflicting interests within proceedings³⁶. Conversely, the absence of proportionality in procedural regulations leads to their incommensurability—wherein the solutions adopted in procedural acts are inadequate in light of the values, objectives, and means of their implementation.

In Polish legal discourse, proportionality, understood as the adequacy of procedural costs and, more broadly, the administration of justice, is closely linked to the effectiveness of civil proceedings. Effectiveness is regarded as a crucial factor in ensuring procedural justice, which constitutes an essential component of the right to access to courts³⁷. The efficiency of proceedings is therefore fundamental to judicial processes and is indispensable for ensuring a fair trial. It is widely acknowledged that ensuring procedural effectiveness necessitates reconciling the core objective of the process—issuing a fair judgment—with the imperative to resolve cases as expeditiously as possible, without undue delay. The adage “justice delayed is justice denied” underscores the critical importance of promptly granting judicial protection. It falls upon the court to ensure that proceedings are conducted efficiently, with due respect for procedural safeguards. Achieving this requires adept application of the provisions governing civil proceedings.

Consequently, the effectiveness of civil proceedings should primarily be measured by the accuracy of court decisions (or settlements between parties), attained without unnecessary delay and at proportionate costs³⁸. In assessing the effectiveness of civil

33 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, drawn up in Rome on November 4, 1950 (Journal of Laws of 1993, item 284, as amended) hereinafter referred to as “ECHR”.

34 International Covenant on Civil and Political Rights of December 19, 1966 (Journal of Laws of 1977, No. 38, item 167, as amended) hereinafter referred to as “ICCPR”.

35 (2000/C 364/01).

36 S. Cieślak, *Założenia aksjologiczne...* (supra 20), p. 20; G. Tarzia, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano 2002, p. 5-6.

37 See in particular: E. Gapska, *Konkretyzacja stanowisk procesowych stron przed rozprawą i jej wpływ na efektywność postępowania* [in:] *Postępowanie rozpoznawcze w przyszłym Kodeksie postępowania cywilnego*, rd. K. Markiewicz, A. Torbus, Katowice 2014, p. 589 *et seq.*; K. Flaga-Gieruszyńska, *Szybkość, sprawność i efektywność postępowania cywilnego – zagadnienia podstawowe*, „Zeszyty Naukowe KUL” 2017/3, p. 14.

38 K. Flaga-Gieruszyńska, *supra* 34, p. 14 This approach seems quite close to the concept of the Italian scholar A.P. Pisani, who, as part of his draft of the new Code of Civil Procedure from 2009, included among the main procedural principles (It. *principi fondamentali dei processi giurisdizionali*) the principle of efficiency (It. *efficienza del processo civile*), the essence of which is expressed in Article 0.8 of this project is to ensure proportionate

proceedings, priority should be given to the reliability and precision of these proceedings, achieved through the prudent allocation of necessary and justified costs. It is essential to differentiate between the State Treasury's obligation to sustain the common court system, even if costs outweigh revenues from court and administrative fees, and instances of unjustified resource wastage within the justice system, such as excessive financial and organizational expenditures in minor and straightforward cases³⁹.

The significance of proportionality in civil proceedings becomes evident when considering the concept of "effective justice," which is regarded as one of the cornerstones of fair civil proceedings⁴⁰. This notion of justice encompasses achieving the objectives of proceedings and fulfilling their functions in the shortest possible time, utilizing proportionate means—financially sound and up-to-date to the broadest extent—while remaining consistent with the systemic foundations of the law and fulfilling the function of administering justice⁴¹.

Drawing from Michele Taruffo's perspective, it is emphasized that a purely economic (financial) approach to efficiency would prioritize procedural outcomes that are both swift and cost-effective, regardless of their alignment with principles of procedural justice and the fairness of judgments⁴². However, endorsing such an approach would run counter to constitutional and international requirements regarding the guarantee of the right to access to courts and other fundamental rights, which are to be upheld by the judicial system⁴³. The imperative to uphold fundamental rights and standards of a democratic rule of law necessitates the provision of procedural guarantees to parties, inevitably leading to prolonged proceedings and increased costs, both individual and societal⁴⁴. In essence, the concept of procedural efficiency and effective justice, as advocated in Polish legal doctrine following Taruffo, is intrinsically linked to proportionality. Proportionality, understood as the optimal balance between the speed and cost-effectiveness of proceedings and the fulfillment of requirements of formal and substantive justice, emerges through the process of weighing conflicting values and goals—a very essence of the notion of proportionality. This approach bears striking

use of judicial resources to resolve the dispute fairly within a reasonable time, taking into account the need to secure court resources for other matters.

39 K. Flaga-Gieruszyńska, *supra* 34, p. 15.

40 Zob. P. Pogonowski, *Efektywność filarem sprawiedliwego postępowania cywilnego*, „Polski Proces Cywilny” 2021/3, p. 357 *et seq.*; P. Pogonowski, *Efektywne postępowanie zabezpieczające jako gwarancja efektywności wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych*, „Przegląd Sądowy” 2021/1, p. 27 *et seq.*

41 P. Pogonowski, *Efektywne postępowanie...*, p. 40.

42 P. Pogonowski, *Efektywność...*, p. 360; M. Taruffo, *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation* [in: *Oralidad y escritura en el proceso civil eficiente*, ed. F. Capri, M. Ortells, Valencia 2008, p. 187.

43 P. Pogonowski, *Efektywność...*, p. 360; This problem was also understood by M. Taruffo himself, considering that a truly effective procedure is one that combines two features: it results in legal protection provided as quickly and cheaply as possible while maintaining procedural justice and fairness of the judgment; see: M. Taruffo, *Orality and writing...*, p. 187.

44 P. Pogonowski, *Efektywność...*, p. 360.

resemblance to the concept of proportional justice underpinning the Woolf/Jackson reforms of English civil procedure at the turn of the 20th and 21st centuries, suggesting a convergence of ideas across different legal contexts, cultures and traditions.

III. THE PRINCIPLE (TEST) OF PROPORTIONALITY: ENSURING HIERARCHICAL COMPLIANCE IN RULES GOVERNING CIVIL PROCEDURE

The cornerstone of Poland's legal and political transformation, initiated in the mid-1980s and reaching its apex with the adoption of the 1997 Polish Constitution, was the establishment of the principle of a democratic rule of law. This principle, deeply rooted in the concept of fundamental rights and civil liberties grounded in the inherent, inviolable, and inalienable dignity of the individual, finds its theoretical underpinnings in Polish constitutional law strongly influenced by the German notion of the rule of law (*Rechtsstaat*) and fundamental rights (*Grundrechte*), as enshrined in the Basic Law of the Federal Republic of Germany of 1949 and expounded upon in the jurisprudence of the Federal Constitutional Court established in 1951. In line with these foundational principles, the constitutional principle of proportionality (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*)—understood as the state's obligation to employ proportionate means for legally justified purposes—was integrated into the Polish legal system, including the absolute prohibition of the abuse of state power (*Übermassverbot*). The operationalization of this principle takes the form of the three-element proportionality test, utilized to evaluate the permissibility of state authorities' use of measures that restrict fundamental freedoms and rights to achieve legislative goals. Article 31, section 3 of the Polish Constitution stipulates that restrictions on the exercise of constitutional freedoms and rights may only be established by statute and must be necessary in a democratic state for reasons such as security, public order, environmental protection, public health, morals, or the freedoms and rights of others. Moreover, these limitations cannot encroach upon the essence of freedoms and rights. Similar to German constitutional law, the Polish legal system recognizes the fundamental role of the principle of proportionality in safeguarding individual freedoms and rights against encroachments by state authorities, not only in the realm of legislation but also in its application by executive bodies and courts. Beyond the legislative domain outlined in Article 31, section 3 of the Constitution of the Republic of Poland, the principle of proportionality finds its basis in Article 2, which embodies the concept of a democratic rule of law, implementing the principles of social justice.

Polish constitutional law, drawing from the jurisprudence of the German Federal Constitutional Court, has embraced the concept of the indirect horizontal effect of fundamental rights (*Mittelbare Drittwirkung*)⁴⁵. This theory posits that since fundamental

⁴⁵ See a comprehensive monograph on that subject: M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014, *passim*.

civil rights and freedoms embody the most crucial objective values of the legal system—such as human dignity, the right to life, freedom, equality, justice, and legal certainty—pervading the entire legal framework and constituting a libertarian democratic constitutional order (*Freiheitliche demokratische Grundordnung*), their scope cannot be confined solely to vertical relations (state-citizen)⁴⁶. Therefore, these overarching objective values enshrined in fundamental rights also exert influence on relationships governed by private law, serving as “fundamental interpretative guidelines for resolving disputes between private entities to fairly balance conflicting interests”⁴⁷. As the bedrock of the legal system, they also exert indirect effects in horizontal relations, that is, between citizens themselves. Consequently, the impact of the principle of proportionality as a tool for safeguarding these rights cannot be restricted to vertical relations but must extend to horizontal relations between individuals. Such a perspective almost invites the consideration of the constitutional principle of proportionality in the realm of civil procedural law. Given its fundamental purpose and function to adjudicate civil cases—primarily those pertaining to civil law relations—it serves to provide legal protection to rights and other legally protected interests governed by private law regulation (substantive civil law in the broader sense). In light of the indirect horizontal effect of fundamental rights, the principle of proportionality in civil procedural law may thus influence not only the vertical procedural relationship between the competent authority of the proceedings, acting as a manifestation of state power in administering justice, and individual parties (participants in the proceedings) but also horizontal procedural relations among the parties involved in ongoing proceedings.

The enactment of the Polish Constitution marked the constitutionalization of civil procedural law, which was previously governed by the Code of Civil Procedure (CCP) of 1964. This process entailed aligning the provisions of the CCP with the requirements outlined in the new constitution, incorporating and, in some cases, elevating standards for the protection of human rights and citizens’ rights, including the right to access to courts and a fair trial as enshrined in ECHR and ICCPR. In this transformative process, besides legislative initiatives, the Constitutional Tribunal—tasked with overseeing the compatibility of laws, regulations, local ordinances, and international agreements with

46 The judgment of January 15, 1958 in the Lüth case (I BvR 400/51, NJW 1958, p. 257.) is generally considered to be the first judgment of the Federal Constitutional Court that gave rise to the doctrine of indirect horizontal impact of fundamental rights, which stated that the fundamental rights guaranteed in the German Basic Law radiate into all areas of law, and therefore no legal provision may be interpreted in contradiction with the system of values established by these rights. Significantly, the same ruling is considered to be the beginning of the application of the proportionality test (weighting mechanism) in its currently known form; see on this topic, especially: M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar...*, p. 218 et seq.; E.H. Morawska, *Zasada proporcjonalności jako konstytucyjny element paradygmatu zasady państwa prawnego* [in:] *Minikomentarz dla Maksiprofesorów. Księga jubileuszowa profesora Leszka Garlickiego*, rd. M. Zubik, Warszawa 2017, p. 75-76 and the literature and case-law cited therein; J. Limbach, „*Promieniowanie*” konstytucji na prawo prywatne, „*Kwartalnik Prawa Prywatnego*” 1999/3, p. 408; A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009, p. 49.

47 E.H. Morawska, *Zasada proporcjonalności...*, p. 75 and the literature and case-law cited therein.

higher-ranking legal acts—played a pivotal role. Throughout the period of the Constitution’s enforcement, the Constitutional Tribunal scrutinized numerous provisions of the CCP for their constitutionality. In its assessments of procedural norms, the Constitutional Tribunal frequently employed the constitutional test of proportionality⁴⁸.

The analysis of Constitutional Tribunal jurisprudence unmistakably illustrates the significant role played by the principle of proportionality as a tool for assessing the hierarchical conformity of norms. This principle serves as a crucial mechanism for ensuring that individual components comprising the Polish system of civil procedural law adhere to constitutional standards regarding the right to access to courts. Furthermore, it facilitates the alignment of procedural norms and institutions with other fundamental rights and freedoms guaranteed in the Constitution of the Republic of Poland. These include the freedom of the individual, equality before the law and equal rights, as well as the right to appeal against first-instance court decisions in accordance with the principle of at least two instances of proceedings.

The jurisprudence of the tribunal regarding the constitutionality review of civil procedure provisions is firmly grounded on endorsing the state’s broad regulatory autonomy within civil procedural law. The tribunal maintains the stance that its role does not encompass evaluating the appropriateness of legislative solutions but rather intervenes only when the legislature exceeds the bounds of its regulatory freedom to such an extent that it results in a significant violation of constitutionally protected values. The parameters of this freedom are delineated by constitutional standards pertaining to the right to access to courts in a democratic state governed by law, alongside other constitutional principles directly or indirectly relevant to judicial justice. Furthermore, they are shaped by the rights and freedoms guaranteed by the Constitution, including those subject to protection and implementation within the civil judicial system. Given that these principles, rights, and freedoms are not inherently absolute, defining the precise scope of this freedom necessitates recourse to the constitutional test of proportionality. This test, in conjunction with other constitutional norms, delineates the boundaries of legislative authority’s regulatory autonomy within civil procedure.

48 See in particular the following judgments of the Constitutional Tribunal: of March 7, 2007, K 28/05, OTK-A 2007, No. 3, item 24 (on the violations of human dignity and personal freedom); of July 10, 2000, SK 12/99, OTK 2000, No. 5, item 143; of September 7, 2004, P 4/04, OTK-A 2004, No. 8, item 81; of January 9, 2006, SK 55/04, OTK-A 2006 No 1, item 1; of May 30, 2007, SK 68/06, OTK-A 2007, no 6, item 53; of June 26, 2007, SK 29/05, OTK-A 2007, no. 6, item 54; of May 20, 2008, P 18/07, OTK-A 2008, no. 4, item 61; of June 16, 2008, P 37/07, OTK-A 2008 No 5, item 80; of July 1, 2008, SK 40/07, OTK-A 2008, no. 6, item 101; (on the limitations of the right to a court and fair trial vs the principle of proportionality); of June 9, 2003, SK 12/03, OTK-A 2003, no. 6, item 51 (on the principle of protecting trust in the state and law it makes vis-a-vis the principle of proportionality); of November 16, 2004, P 19/03, OTK-A 2004, no. 10, item 106 (the principle of equality before the law and the right to equal treatment by public authorities and the principle of proportionality); of April 12, 2012, SK 21/11, OTK-A 2012, no. 4, item 38; of October 30, 2012, SK 20/11, OTK-A 2012, no. 9, item 110 (the right to appeal against the judgments of the court of first instance and the principle of two instances *vis-a-vis* the principle of proportionality).

From the perspective of the principle of proportionality, it's crucial to underscore the unique status held by human dignity within the framework of constitutional principles and values. Serving as the foundation for other rights and freedoms, and owing to its inherent and inalienable nature, human dignity stands as the sole constitutional freedom and right not subject to any limitations. Consequently, human dignity evades "balancing" under Article 31 section 3 of the Constitution of the Republic of Poland with other principles, values, and rights affirmed therein⁴⁹. As a result, any regulation within the realm of civil procedural law that would lead to the objectification of an individual in civil proceedings, thereby directly infringing upon their dignity, should be deemed categorically unacceptable. This holds true even if such objectification is purportedly justified by the necessity to safeguard other legal rights and values.

IV. UTILIZING THE PROPORTIONALITY TEST: RESOLVING CONFLICTS BETWEEN KEY PROCEDURAL PRINCIPLES AND EXPRESSED VALUES IN PROCEDURAL LAW'S INTERPRETATION AND APPLICATION

The concept of fundamental or guiding/formative principles of civil procedure (French: *les principes directeurs du process*), akin to the general notion of legal principles in the realms of theory and philosophy of law, remains ambiguous and subject to controversy within Polish doctrine. Given the plurality of perspectives, there appears to be little prospect of definitively resolving disputes concerning the precise meaning of this concept⁵⁰. In this paper, I reserve the term "fundamental principles of civil pro-

49 To properly understand this position, it is necessary to distinguish between a human dignity (dignity as a value) and a personal dignity understood as personality. Human dignity, according to the preamble and Article 30 of the Constitution, is a fundamental category in the legal order, natural, transcendent, and inherent to every human being by virtue of belonging to human-kind. This understanding of human dignity is inviolable and entitled to absolute protection. Therefore, it cannot be weighed against other values, which excludes the application of the principle of proportionality to it. Personal dignity, understood as a good name, honor (external aspect), and self-esteem (internal aspect), is protected under Article 47 of the Constitution as a personal right. Personal rights, in this sense, are subject to restrictions that meet the requirements of proportionality. Constitutional norms prohibiting torture, cruel, inhuman, or degrading treatment and punishment (Article 40 of the Constitution) and establishing an unconditional prohibition on forcibly subjecting people to scientific or medical experiments without freely given consent (Article 39 of the Constitution) and ensuring legal protection of life (Article 38 of the Constitution) directly protect human dignity in the personal aspect. Protection of human dignity through these prohibitions sets insurmountable limits to the application of the proportionality test. As noted in the legal doctrine, these constitutional norms must be included in the category of rules within the meaning of Robert Alexy's concept. Therefore, they are not subject to optimization—they can be implemented in full or not at all. Meanwhile, standards such as Article 47 (protection of private and family life, honor, and good name, as well as making decisions about one's personal life), Article 49 (protection of freedom and secrecy of communication), and Article 50 (inviolability of the home), which protect personal dignity, are qualified as principles. These principles, by their nature, can be implemented to a greater or lesser extent and are thus subject to a weighting mechanism - see: A. Skorupka, *Dopuszczalność dowodu sprzecznego z prawem w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2021, p. 250.

50 See however, attempts made in recent years to harmonize the understanding of the concept of guiding procedural principles in the civil procedure doctrine with the approach to the principles of law in the general

cedure” for those norms within civil procedure that wield significant influence over the prevailing procedural model. These norms impact a substantial array of procedural institutions or those of fundamental significance to the structure or dynamics of proceedings. Moreover, they serve as crucial interpretative guides in deciphering the content of procedural law norms from applicable provisions, acting as navigational aids for their proper application in procedural practice. These primary guiding principles of conduct, shaping a distinct procedural model, embody a specific conception of justice and the procedural framework in which it unfolds. They delineate the interaction between the court and the parties, reflecting the broader relationship between individuals and the state within a given legal order. Additionally, they define the interplay between private interests and the public interest⁵¹. To illustrate, if the corpus of civil procedure law were akin to a building, its rules would not only form its foundation but also be emblazoned in capital letters on the pediment, ensuring they are unmistakably acknowledged before entering this legal edifice⁵².

Despite the absence of a consensus on the catalog of primary procedural principles applicable in Polish civil procedure law, it becomes apparent that most of these principles—such as the principle of party disposition, the adversarial principle (principle of parties’ presentation), and the principle of immediacy/directness—are inherently directive in nature, consistent with the concept of legal norms articulated by Ronald Dworkin⁵³ and adapted in Robert Alexy’s theory of fundamental rights⁵⁴. They function as directives of an optimizing nature, rather than definitive rules. They instruct the addressees to execute certain actions (such as the behavior of parties and other participants in the proceedings or procedural authorities) to the greatest extent feasible, op-

legal theory: S. Cieślak, *Formalizm postępowania cywilnego*, Warszawa 2008, p. 67 *et seq.*; M. Muliński, *Zasada nieobciążania ponad potrzebę strony biernej postępowania zabezpieczającego i egzekucyjnego*, Sopot 2007, p. 29 *et seq.*; A. Kościółek, *Zasada jawności w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2018, p. 86 *et seq.*; M. Uliasz, *Zasada jawności sądowego postępowania egzekucyjnego w dobie informatyzacji*, Warszawa 2019, p. 83 *et seq.* On the notion of guiding procedural principles in the Polish doctrine: see also e.g. H. Mądrzak, *O pojmowaniu naczelných zasad postępowania cywilnego*, [in:] *Proces i prawo. Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jerzego Jodłowskiego*, ed. E. Łętowska, Warszawa 1989, p. 387; J. Gudowski, *O kilku naczelných zasadach procesu cywilnego – wczoraj, dziś, jutro* [in:] ed. A. Nowicka, *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Prof. Stanisławowi Sołtysińskiemu*, Poznań 2005, p. 1015 *et seq.*; A. Jakubecki, *Naczelne zasady postępowania cywilnego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego*, [in:] *Czterdziestolecie kodeksu postępowania cywilnego. Zjazd katedr postępowania cywilnego w Zakopanem (7–9.10.2005 r.)*, Kraków 2006, p. 350 i n.; A. Torbus, *Zarys teoretyczny zasad postępowania cywilnego* [in:] *Kodeks postępowania cywilnego z perspektywy pięćdziesięciolecia jego obowiązywania: doświadczenia i perspektywy*, ed. Ł. Błaszczak, I. Gil, E. Marszałkowska-Krześ, Sopot 2016, p. 89 *et seq.*

51 Tak: L. Cadiet, S. Amrani-Mekki [in:] A. Stalder, V. Smith, F.G. Inchausti ed., *European...*, s. 16.

52 According to G. Cornu, the guiding principles of civil procedure as an expression of the ideological, political or doctrinal concept of this procedure constitute the spirit of the code (*l'esprit du code*) and its quintessence: G. Cornu, *L'élaboration du Code de procédure civile*, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 1995/16, p. 252.

53 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard 1977, *passim*.

54 R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002, *passim*.

erating on a spectrum of “more or less” rather than a categorical “either-or” scheme. As a result, these principles may be adhered to (or conversely, breached) to varying degrees, and the partial implementation of a specific procedural principle (and thereby the procedural values they embody) often stems from the necessity to uphold other important values, the realization of which may conflict with a given principle. Furthermore, numerous classical procedural principles can be readily paired into dialectical opposites, where one serves as the antithesis of the other (e.g., the principle of orality versus the principle of writtenness, the principle of disposition versus the principle of the court acting *ex officio*, the adversarial principle versus the inquisitorial principle). Of course, there exist procedural rules that do not embody the nature of optimization directives but are instead definitive (e.g., the principle of two instances of proceedings⁵⁵), akin to rules in Dworkin and Alexy’s theory of legal norms. When doubts arise concerning the validity of norms that deviate from these principles, the classic conflict rules (*lex superior, derogat legi inferiori, lex specialis derogat legi generali; lex posteriori, derogat legi priori*) suffice for resolution.

The observation that several key primary procedural principles share a structural resemblance with the principles underlying fundamental rights, as per Robert Alexy’s theory, underscores the author’s contention regarding a stringent, bidirectional logical correlation between Alexy’s theory of principles and the principle of proportionality. According to this perspective, the theory of principles inherently implies the principle of proportionality, and vice versa. At the core of the requirement of proportionality (the principle of proportionality) lies the imperative to implement the protected principle in a manner that minimizes any adverse impact on the realization of competing principles. To assess whether this requirement is fulfilled, a three-part proportionality test is employed, aimed at balancing conflicting principles and the values they safeguard.

There appear to be no compelling reasons why the proportionality test, as developed theoretically by Robert Alexy, which has demonstrated its effectiveness in numerous constitutional, administrative, and common law courts across many European countries (and beyond), as well as in international tribunals and supranational organizations adjudicating disputes over law, cannot be successfully applied in the practice of Polish courts. This would especially hold true in cases where the resolution of specific procedural law issues necessitates the balancing of conflicting primary procedural rules.

Furthermore, the principle of proportionality can effectively guide the interpretation of procedural provisions structured as ordinary rules, by seeking and selecting an

55 Under Article 176, Section 1 of the Polish Constitution, there is an explicit guarantee that legal proceedings must consist of at least two instances, and this rule does not permit any statutory exceptions. Unlike Dworkin’s and Alexy’s principles, this norm cannot be subject to any weighting operations. In other words, the rule requiring at least two instances in legal proceedings under Polish law is binary in nature: either the proceedings consist of at least two instances and thus conform to the rule, or they must be deemed in breach of the constitutional norm.

interpretative solution optimized in accordance with the system of guiding principles. Undoubtedly, the general principle of proportionality has emerged as a cornerstone of contemporary legal thought, embodying the methodological fusion of post-positivist and neo-naturalistic conceptions of law, synthesizing elements inherent in both legal positivism and natural law⁵⁶. This development can be attributed to a shift in the prevailing paradigm of its application within the realm of legal theory and philosophy, characterized by a transition from the syllogistic model to the argumentative model, also known as the argumentative-interpretive or discursive model⁵⁷. Central to this argumentative and interpretive model is the act of balancing legal principles, which lies at its core⁵⁸. Consequently, methods of balancing rooted in the principle of proportionality have now attained the status of fundamental legal reasoning in the judicial application of law. There are no compelling reasons why civil procedural law, as a result of embracing the principle of proportionality, should remain a “lonely island” within a legal system oriented towards praxeological and axiological rationality. Hence, the principle of proportionality should inform all decisions, particularly those arising from conflicts between principles, values, and legally protected interests.

Indeed, it is a well-worn truism that the act of “weighing,” symbolized by the scales held by Themis, is deeply ingrained in the imagery of justice administration. This symbolism not only serves as a visual identifier for many institutions and entities involved in dispensing justice but also constitutes an integral component of legal culture and the collective consciousness of modern societies. There is no justification for confining the concept of proportionality, which permeates all branches of law, to the realm of mere symbolism and ornamentation within the civil justice system.

V. PROPORTIONALITY AS A PERSUASIVE TOOL: GUIDING JUDICIAL DISCRETION IN APPLYING THE LAW

The Polish Code of Civil Procedure, akin to most contemporary legal codifications governing court procedures in civil cases, encompasses numerous scenarios wherein judicial authorities are vested with discretionary powers regarding procedural conduct. This discretion entails the ability to choose among multiple permissible alternative actions, such as deciding to undertake a specific procedural step or abstaining from it, or selecting from various mutually exclusive actions or procedures⁵⁹. Depriving judges of

56 See e.g. A.S. Sweet, J. Mathews, *Proportionality...*, p. 72; E. Engle, *The History...*, p. 2..

57 B. Wojciechowski, *Model zakresu swobody interpretacyjnej prawa administracyjnego* [in:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 4, *Wykłady w prawie administracyjnym*. ed. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2015, p. 483 *et seq.*; B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność...*, p. 242. On this phenomenon see also: L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988, p. 95 *i n.*; L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2000, p. 151.

58 B. Wojciechowski, *Model zakresu...*, p. 490 *et seq.*

59 B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność...*, p. 185.

this necessary margin of discretion would render the creation of a rational model for judicial case management implausible. Such case management (*Materielle und Formelle Prozessleitung*), constituting a cornerstone of modern civil procedures, aims to combat the perennial adversary of the justice system—manifested, over centuries and across various jurisdictions, as a “three-headed hydra” comprising delays, costs, and vexation/complexity⁶⁰.

The statutory authorization for judicial discretion in court proceedings primarily stems from the imperative of expediting and economizing trials⁶¹. In pursuit of expediency, it becomes essential to grant judges a certain latitude in shaping the proceedings, especially in cases where a rigid procedural framework is neither feasible nor advisable. This discretion allows for the necessary flexibility in adapting the proceedings to the specific circumstances of each case, thereby ensuring a fair and efficient administration of justice.

It is evident that judicial discretion does not imply unfettered discretion, including arbitrary actions. Rather, it's bounded by the need to balance statutory objectives and legal principles, thus defining its limits in the judicial application of the law⁶². In this regard, the process of balancing principles and values encapsulates the essence of the proportionality principle. An important interpretative tool applicable to provisions of civil procedural law utilizing permissive language, such as “may,” involves a “weighting interpretation.” This approach, rooted in the theory and philosophy of law, as well as constitutional law dogmatics, entails weighing reasoning to discern the boundaries of permissible constraint on constitutional freedoms and rights.

Employing the proportionality test in procedural decisions grounded on judicial discretion serves as a safeguard against arbitrariness, rendering these decisions more rational. Simultaneously, its application facilitates rational and efficient oversight of such decisions, enhancing the uniformity of law application and, consequently, its predictability. The principle of proportionality, functioning as a mechanism for weighing values in civil trials, offers precise stages for its application. This enables the refinement of approaches to utilizing judicial discretion to ensure uniform law application, enhancing certainty and predictability. Judges' choices within their discretionary powers must be accompanied by convincing justifications that balance conflicting principles and legal objectives⁶³. Granting procedural authorities the necessary freedom within judicial

60 See in that regards e.g. J. Jacob, *Justice between man and man*, Current Legal Problems 1985, No 1, p. 226; M Storme, *Introductory Address*, (in:) *The Law's Delay: Essays on Undue Delay in Civil Litigation*, ed. C.H. van Rhee, Cambridge 2004, p. iv (introduction); M. Storme, *A Single Civil Procedure for Europe: A Cathedral Builders' Dream*, Ritsumeikan Law Review 2005, No 20, p. 96.

61 B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność...*, p. 185. The author observes that judicial discretion is more restricted in criminal proceedings, a reflection of the punitive nature of criminal law. This limitation is linked to the imperative to maximize legal certainty, ensuring predictability in the procedural realm.

62 B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność...*, p. 226 et seq.; *idem*, *Model zakresu...*, p. 490 et seq.

63 B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność...*, p. 290.

discretion, coupled with the principle of proportionality to rationalize its use, alongside a culture of reasoned justifications for procedural decisions, fosters the realization of seemingly conflicting values: flexibility in judicial procedures and their predictability and transparency.

A prime example of applying the principle of proportionality to practical procedural issues is the evaluation of the admissibility of so-called illicit evidence, *i.e.* obtained in violation of the law or social norms. According to Article 237 of the Code of Civil Procedure (CCP) the subject of evidence are facts that are important for resolving the case. While this regulation is subject to specific prohibitions and evidentiary privileges explicitly addressed in other CCP provisions, its plain language generally allows for the consideration of evidence obtained through illegal or unethical means—such as civil torts or even criminal offences—as long as it pertains to significant case issues and its credibility and probative value are deemed sound upon judicial assessment. Conversely, a more legalistic approach, grounded in the “fruit of the poisonous tree” doctrine rooted in common-law traditions, holds that courts, as public organs administering justice, must adhere strictly to the law in its entirety. Thus, they cannot condone or entertain evidence obtained illicitly, let alone authorize and as a result encourage their use in proceedings.

The aforementioned extreme viewpoints find reconciliation through a flexible approach grounded in the principle of proportionality⁶⁴. According to this approach, the prohibition against admitting evidence obtained in contravention of the law or societal norms (in particular the duty of good faith conduct) is inherently relative, owing to the potential conflict between legally protected values that may warrant the introduction of such evidence in court proceedings. The resolution of such conflicts necessitates the application of the three-pronged constitutional test of proportionality. This test consists of the following elements (criteria):

- 1) usefulness, appropriateness; or suitability of the measure (*Geeignetheit*) - this criterion requires that the means used must be suitable and appropriate to achieve the intended goal (fit for its purpose);
- 2) necessity or indispensability (*Notwendigkeit, Erforderlichkeit*) - this criterion stipulates that the measure must be necessary, meaning that the objective

64 This approach is taken in particular by the following scholars: K. Knoppek [in:] *System Prawa Procesowego Cywilnego*, t. 2, cz. 2, *Postępowanie procesowe przed sądem pierwszej instancji*, ed. T. Ereciński, T. Wiśniewski, Warszawa 2016; p. 108 et seq.; idem, *Wstęp do badań nad problemem dowodów uzyskanych sprzecznie z prawem w procesie cywilnym* [in:] *Problem dowodów uzyskanych sprzecznie z prawem w procesie cywilnym*, ed. K. Knoppek, Poznań 2018, p. 7 et seq.; K. Gajda-Roszczyńska, *Ograniczenia dopuszczalności dowodów nielegalnych w postępowaniu cywilnym – granica czy fundament dążenia do prawdy w postępowaniu cywilnym?*, „Polski Proces Cywilny” 2016/3, p. 393 et seq.; eadem, *Kilka uwag o dopuszczalności dowodów nielegalnych na tle prawnoporównawczym w polskim postępowaniu cywilnym*, [in:] *Sine ira et studio. Księga pamiątkowa dedykowana Sędziemu Jackowi Gudowskiemu*, ed. T. Ereciński, P. Grzegorzczak, K. Weitz, Warszawa 2016, p. 70 et seq.; A. Skorupka, *Dopuszczalność... op. cit.*, p. 245 et seq.

- cannot be achieved without it, or through alternative measures that cause less interference with protected rights, values or other legitimate interests;
- 3) proportionality in the strict sense (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne* also referred to as the adequacy or rationality of the measure of interference (*Angemessenheit, Zumutbarkeit*) - this criterion involves balancing the benefits of achieving the legally protected good against the costs of the measure's application.

Following the proportionality test, as described above, the admission of illegal evidence must be deemed necessary to establish the factual basis of the claim. This arises when the evidence pertains to facts crucial for case resolution—particularly in meeting specific substantive law requirements for the claim or the foundation for an allegation based on substantive law—and when alternative means of proving these facts are unavailable to the party⁶⁵. In essence, the chosen measure must be both useful and indispensable to achieve the objective of providing due legal protection to the parties (subjective approach), or to accomplish the objective of the legal process by correctly adjudicating the case and authoritatively determining the existence or non-existence of a specific norm in line with the actual circumstances (objective approach). Secondly, the protected interest (subjective rights or interests sought for protection in the pro-

65 For instance, one may consider a scenario where an injured employee installs a “hidden camera” in the supervisor’s office where acts of mobbing or sexual harassment occurred in circumstances excluding the presence of witnesses. Similarly, a parent seeking to limit parental authority and contact with a child may use a hidden camera to reveal acts of violence or other inappropriate behavior towards the child. As K. Knoppek astutely points out, in the first example, granting legal protection to the employee and determining whether there has been a severe violation of labor law by the director are goods with higher axiological value than condemnation for the perpetrator of the illegal recording and for the employee (plaintiff) who used the evidence obtained in this manner. Concerning the second example, the author is correct in asserting that: “It is difficult to imagine that the guardianship court in this situation would prioritize rejecting evidence obtained by a crime over discovering the truth and protecting the child’s best interests; K. Knoppek [in:] *System...*, ed. T. Ereciński, T. Wiśniewski, p. 125–126. It is also well established in case law that the admissibility of using a secretly recorded material arises when, given the circumstances of the case, the party is unable or faces excessive difficulty in proving its decisive arguments through other means of evidence. In such instances, employing evidence obtained contrary to the law or social principles becomes the sole avenue to defend the rights of the injured party in civil proceedings; see among others judgment of the Supreme Court in Poznań of January 23, 2013, I ACa 1142/12, LEX No. 1289497; judgment of the Court of Appeal in Łódź of August 12, 2016, I ACa 1653/15, LEX no. 2114020; judgment of the Court of Appeal in Katowice of November 3, 2016, III APa 32/16, LEX No. 1271921; judgment of the Court of Appeal in Łódź of June 8, 2021, III APa 3/21, LEX No. 3230518. It is important to note that the Polish Penal Code (Art. 267) penalizes specific offenses against the protection of confidential and private information, which are punishable by a fine, restriction of liberty, or imprisonment for up to two years. These offenses include: gaining access to information not intended for the accessing party by opening a closed document, connecting to a telecommunications network, or breaking or bypassing its electronic, magnetic, IT, or other special protections; unauthorized access to all or part of an IT system; unauthorized installation or use of a wiretapping device, a visual device, or any other device or software to obtain information to which the offender is not entitled. Thus, merely recording a particular event by its participant (active or passive, e.g., a passer-by) without the knowledge and consent of other participants (e.g., a principal during a conversation with an employee) does not constitute a criminal offense under Polish law. However, it may amount to a civil tort against the personal rights of the injured party if the conditions established in the relevant provisions of the Civil Code are met.

ceedings and the effective right to a fair trial), within the specific case context, must outweigh the interest sacrificed due to the admission of evidence⁶⁶. Thus, the measure used must also be strictly proportionate. As rightly noted in the literature, ‘the potential admission of illegally obtained evidence always involves the sacrifice of one good to protect another’⁶⁷. The protected interests in such cases primarily include the right of every individual to access the courts, obtain effective judicial protection, and a fair trial (Article 45(1) of the Constitution of the Republic of Poland and Article 6(1) of the ECHR), as well as, at times, the protection of the best interests of the child, the right to essential necessities, labor and social rights protection, family protection, and health protection. In considering the admission of illegally obtained evidence, the court must weigh the relationship between the aforementioned protected interests and the interests sacrificed due to the admission of such evidence. The condition for admitting evidence obtained unlawfully is that the protected interest clearly outweighs the sacrificed interest, which typically involves the exploitation of someone else’s prohibited act. Furthermore, the type of case and the nature of the claim pursued therein must also be considered when contemplating the admission of evidence obtained contrary to the law. Additionally, the pursuit of substantive truth in civil proceedings supports the admission of evidence obtained in contravention of the law.

In the aforementioned context, it is notable how the proposed solution in Polish doctrine aligns with the regulation adopted in MERPC. According to Rule 90(1) of the MERPC, evidence obtained illegally is generally excluded from proceedings, except where Rule 90(2) applies. This exception allows the court to admit illegally obtained evidence only if it is the sole means to establish crucial facts for case resolution. In exercising its discretion to admit such evidence, the court must consider the conduct of the other party or non-parties involved and the severity of the breach. As clarified in the official explanations to the MERPC, Rule 90(1) emphasizes the general inadmissibility of illegally obtained evidence, particularly when it violates the fundamental rights of a party or non-party⁶⁸. The exclusion of evidence entails that the court cannot base its decision on the evidence in question under any circumstance. Exceptions to this general rule echo the approach often employed by the European Court of Human Rights, emphasizing the protection of the right to evidence⁶⁹. These exceptions come into play when illegally obtained evidence is the sole means to establish facts necessary to meet the party’s burden of proof. However, the authors of the MERPC emphasize that exceptions outlined in Rule 90(2) should be rare. The mere legal possibility of admit-

66 For example, the welfare of a minor child in relation to the protection of privacy and home security of an inappropriately behaving parent who has been fitted with a listening device; dignity, sexual freedom and other personal rights, as well as the basic employment rights of the harassed or mobbed employee in relation to confidentiality of communication and protection of the employer’s privacy.

67 K. Knoppek [in:] *System...*, ed. T. Ereciński, T. Wiśniewski, p. 133.

68 See: ELI-UNIDROIT Model..., p. 139, Rule 90, comment 2.

69 See: ELI-UNIDROIT Model..., p. 139, Rule 90, comment 1.

ting evidence obtained unlawfully should not incentivize the violation of legal norms during evidence collection. Instead, the relative prohibition on the procedural use of such evidence should deter resorting to unlawful activities, encouraging the effective utilization of procedural instruments provided for in these rules to ensure fair, reasonable, and appropriate means of obtaining evidence and relevant information⁷⁰. The admission of unlawfully obtained evidence necessitates a meticulous balancing act, considering all pertinent issues and conflicting interests, including the right of access to evidence, the protection of fundamental rights—especially those concerning privacy, good faith, and the principle of fair play⁷¹. Within the aforementioned rules, different standards may be permissible depending on the areas of substantive law concerned, as well as the specific methods of unlawfully obtaining evidence. Notably, evidence obtained through torture⁷² or other forms of inhuman or degrading treatment should be deemed strictly inadmissible.

VI. PROPORTIONALITY AS THE FOUNDATION OF INDIVIDUAL PROCEDURAL INSTITUTIONS

The principle of proportionality, as a component of the *ratio legis* of procedural institutions, can be aptly illustrated by two Richard Susskind's witty remarks: “we should not be using a sledge- hammer to crack (or miss) a nut” and “you do not need a Rolls Royce to haul a water cart”⁷³. In Polish, the equivalent of the above sayings is the commandment “not to shoot a sparrow with a cannon”. However, this humorous analogies only partly captures the essence of the issue at hand. It is essential to recognize that if one aims to achieve desired outcomes, resorting to disproportionate measures is akin to using a revolver against a tank. Taking a culinary perspective, the key to a delectable dish lies not only in the quality of ingredients but also in their proper balance. Just as one shouldn't over-salt soup, neither should they under-season it.

Applying the aforementioned truisms to the realm of civil procedure, it becomes apparent that to effectively fulfill the objective of proceedings—namely, providing timely and equitable legal redress, conducting proceedings diligently, and avoiding disproportionate costs relative to the dispute's value or significance—it is crucial to shape the procedural framework in a manner that maximizes the realization of these values. This includes designing procedural mechanisms and institutions that facilitate the optimal implementation of these objectives, while also allowing for their proper reconciliation in the event of conflicting interests.

70 See: ELI-UNIDROIT Model..., p. 139, Rule 90, comment 5.

71 See: ELI-UNIDROIT Model..., p. 139, Rule 90, comment 3.

72 See: ELI-UNIDROIT Model..., p. 139, reguła 90, comment 4.

73 R. Susskind, *Online Courts...*, p. 82.

The analysis of Polish civil procedural law reveals numerous provisions aimed at ensuring the proportionality of proceedings. While some have been recently introduced or significantly reinforced, others are longstanding features of domestic civil procedural law. Among the new measures implemented in 2019⁷⁴ are the concept of preparatory proceedings centered around a conciliatory preparatory meeting, aimed at resolving cases without the need for a hearing and, if necessary, preparing cases for hearing⁷⁵; the court's authority to inform parties about the likely outcome based on statements and evidence, including offering interpretations of applicable legal provisions or undisputed facts⁷⁶; the acceptance of written witness testimonies as evidence⁷⁷; the admissibility of an opinion prepared at the request of a public authority in other proceedings⁷⁸; the admissibility of combination of witness and expert roles in simplified proceedings⁷⁹; the possibility of dismissing a manifestly unfounded claims in summary proceedings at a closed session without the participation of the defendant⁸⁰; and the introduction of sanctions for procedural abuse⁸¹. Significantly reinforced, particularly in terms of feasibility, are remote court hearings, including evidence collection⁸², as well as judicial discretion in simplified proceedings to replace expert opinions with the court's own assessment⁸³.

It should be noted, however, that the aforementioned changes, aligned with the principle of proportionality in proceedings, were often implemented in a disorderly and unprepared manner. There was a lack of proper dialogue with the scientific com-

74 Act of July 4, 2019 amending the Act - Code of Civil Procedure and certain other acts (Journal of Laws, item 1469, as amended).

75 Art. 205¹-205¹² CCP.

76 Art. 156¹ and art. 156² CCP.

77 Art. 271¹ CCP.

78 Art. 278¹ CCP.

79 Art. 505⁷ § 3 CCP.

80 Art. 191¹ CCP.

81 Art. 226² CCP.

82 Art. 151 § 2-9, art. 235 § 2-3, 235¹, 263¹, 284 § 3 CCP as provided for pursuant to Act of July 7, 2023 amending the Act - Code of Civil Procedure, the Act - Law on the Organization of Common Courts, the Act - Code of Criminal Procedure and certain other acts (Journal of Laws, item 1860). Previously, during the times of COVID-19 pandemic remote hearings were routinely used on the basis of episodic provisions included in the special statute Act of March 2, 2020 on special solutions related to the prevention, counteracting and combating of COVID-19, other infectious diseases and crisis situations caused by them (consolidated text: Journal of Laws of 2024, item 340, as amended). In pre-covid era, remote hearings required presence of all involved persons in the courtroom (either of the court seized or another courts assisting in conducting the remote hearing) and as such were not used at all. More on the impact of COVID-19 pandemic on the civil proceedings in Poland see: P. Rylski, *Transformation of Polish Civil Procedure in Light of Covid-19*, (in:) *Civil Courts Coping with Covid-19*, ed. B. Krams, A. Nylund, Hague 2021, p 155 et seq.; K. Markiewicz, *The role of courts in enforcing the right to fair trial in post-pandemic reality*, [in:], *Impact of the COVID-19 Pandemic on Justice Systems Reconstruction or Erosion of Justice Systems - Case Study and Suggested Solutions.*, ed. K. Gajda-Roszczyńska, Göttingen 2023, p. 47 et seq.

83 Art. 505⁷ § 1-2 CCP.

munity and legal professionals, as well as insufficient preparation of judicial staff for the new solutions. This included a shift in adjudication philosophy from passive to active judges and from a purely adversarial system to a culture of open dialogue and cooperative interaction between parties, their lawyers, and judges. Consequently, the legislative quality of the new measures was often low, leading to inadequate harmonization with existing procedural regulations⁸⁴. Additionally, there was a poor level of actual implementation, particularly evident in the marginal utilization of preparatory sessions and hearing plans, despite almost five years since the introduction of the new regulations. Furthermore, during the same period, several clearly disproportionate measures were adopted, such as the extensive expansion of closed-session adjudication in first and second instance proceedings and the limitation of collegiality in appeal proceedings. These measures aimed to streamline and expedite proceedings but did not yield significant success, and in some cases, led to worsening performance in terms of case management and duration. These challenges primarily stemmed from organizational and staffing issues and the continued high influx of new cases into the courts. Ultimately, these ill-advised or poorly-implemented changes risk compromising the core procedural principles and the values they safeguard, including the right to a fair trial and access to justice.

VII. CONCLUSIONS: REFLECTING ON THE CURRENT STATUS AND FUTURE PROSPECTS OF PROPORTIONALITY IN CIVIL PROCEEDINGS

The multitude of contexts in which proportionality influences civil proceedings and civil procedural law prompts me to reconsider my previous position that the level of integration of the idea of proportionality into the provisions of the Code of Civil Procedure has not yet reached the “critical mass” necessary for it to be acknowledged as one of the primary procedural principles⁸⁵. Advocating for a dynamic, pro-constitutional, and pro-conventional interpretation of the provisions comprising the civil procedural

84 In this context, due to the huge number of changes in domestic civil procedure over the last 25 years, and especially since 2016, the literature increasingly talks not only about decomposition and disintegration, but even destruction and collapse of the Code of Civil Procedure; see e.g. K. Weitz, *Współczesne problemy kodyfikacji prawa postępowania cywilnego*, “Forum Prawnicze” 2020/3, p. 34; J. Gudowski, *Kodeks postępowania cywilnego A.D. 2022. Esej o postmodernizmie, obskurantyzmie prawnym i niekompetencji*, [in:] *Non Omne Quod Licet Honestum Est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Katnera*, eds. S. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska, Warszawa, p. 20 et seq.; R. Kułski, *Upadek polskiego Kodeksu postępowania cywilnego*, „Monitor Prawniczy” 2023, No 8, p. 463 et seq.; A. Olaś, *Podstawa zarzutu potrącenia po nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 9.03.2023 r. jako exemplum prawnego obskurantyzmu w najnowszej praktyce polskiego prawodawcy*, „Przegląd Sądowy” 2023, No 9, p. 18 et seq.

85 See: A. Olaś, *Czy zasada proporcjonalności? Uwagi na tle wybranych zmian w KPC wprowadzonych ustawą z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019 r. poz. 1469) w świetle Modelowych Europejskich Reguł Postępowania Cywilnego ELI/UNIDROIT*, [in:] *Realizacja zasad postępowania cywilnego na tle aktualnych zmian KPC (Acta Iuridica Lebusana 2022, vol. 21)*, ed. M. Skibińska, Zielona Góra 2022, p. 135.

law system, which acknowledges the status of proportionality as a constitutional principle and a fundamental principle of European law critically important for the entire normative framework of a democratic rule of law, founded on the principles of respect for inherent human dignity, pluralistic values, and the pursuit of the common good within the boundaries set by these criteria, it should be acknowledged that the strength and breadth (multi-dimensionality) of proportionality's impact on civil procedural law are sufficient to designate it as the primary procedural principle.

In the above context, it is imperative to recognize the strong interconnections between the concept of proportionality and influential notions of justice, spanning from ancient to modern times, as well as rationality, both in pragmatic and axiological terms. Civil procedural law, designed to uphold the administration of justice and adhere to rationality, cannot concurrently flout the demands of proportionality or inadvertently foster disproportionate and abusive actions due to leniency or ineffective sanctioning of such behavior. As underscored by the Polish Constitutional Tribunal in one of its judgments, “the rule of law is premised on the legislature’s rationality, and adherence to proportionality in the legislative process is a necessary condition for fulfilling this premise. A rational legislature crafts just laws, thereby linking the principle of justice to the principle of proportionality.” In addition to this assertion, it can be inferred that the foundation of the rule of law also rests on the rationality, both praxeological and axiological, of the actions taken by other public authorities, including judicial bodies tasked with dispensing justice. Compliance with proportionality in the application of the law by these entities is a requisite for upholding this assumption. A rational court, in fulfilling its constitutional mandate to administer justice, applies the law equitably, thus reinforcing the principle that justice serves as the bedrock for the application of both substantive and procedural law.

To fortify the principle of proportionality within the doctrinal framework of civil procedural law, and potentially consider its explicit codification, especially in the context of drafting a new Code of Civil Procedure, it is essential to underscore its interconnections with active judicial management of proceedings. This approach has become prevalent in most modern legal systems, extending beyond civil law jurisdictions to encompass various common-law systems such as England and Wales, Cyprus⁸⁶, the Ca-

86 The solutions outlined in the English CPR served as a benchmark for the recent reform of civil procedural law in the Republic of Cyprus. Notably, Lord John Anthony Dyson, a former judge of the Supreme Court of the United Kingdom, led the codification committee responsible for drafting the new rules of civil procedure (Greek: Κανονισμοί Πολιτικής Δικονομίας) for Cyprus. These rules were adopted by the Cypriot Supreme Court in May 2021 and came into effect in September 2023. They fully embraced the principles of the English CPR, particularly regarding the significance of the principle of proportionality in civil proceedings. For further details on the reform of Cypriot civil procedural law, refer to N. Mouttotos, *Reform of civil procedure in Cyprus: Delivering justice in a more efficient and timely way*, „Common Law World Review” 2020/2, p. 99 *et seq.*; N. Kyriakides, *Cyprus Civil Justice System Reform: Developing a National Identity*, „The Cyprus Review” 2019/1, p. 31 *et seq.*

nadian province of Ontario⁸⁷, and Australia⁸⁸. These jurisdictions, despite historically adhering to a strictly adversarial and availability-oriented approach, have increasingly recognized the necessity of positioning the court as an active participant in the dispute resolution process. This procedural model aims to achieve reliable, fair, and efficient resolution of civil matters, thereby maintaining a delicate balance between safeguarding private interests and serving the public interest in the proper functioning of the justice system. It acknowledges the finite nature of the resources allocated to the judiciary and seeks to optimize their utilization. Central to this management approach is the attribution of primary responsibility to the court, while also emphasizing the shared responsibility of the parties and their representatives. They are expected to engage in loyal cooperation, adhering to established procedural norms and good practices. The court is empowered to employ a wide array of procedural tools and instruments, guided by judicial discretion, to ensure the proceedings' proper conduct and alignment with their intended goals.

The principle of proportionality, alongside other fundamental procedural principles shaping the fairness of proceedings and enhancing the likelihood of a just outcome, serves as a crucial guiding principle for courts exercising discretionary powers. It provides a compass for courts to tailor their decisions appropriately to the specifics of each case, including the type of dispute, the interests at stake, the socio-economic significance, the complexity of facts and law, the conduct of the parties, the anticipated costs, and the caseload burden on the court. Given the increasing prominence of active judicial management of proceedings in Polish civil procedural law, which draws inspiration from, among others, English reforms such as those initiated by Woolf and Jackson, as well as practices from arbitration, it is prudent to intentionally align individual procedural tools with the overarching principle of proportionality. By employing a weighing approach, courts can ensure the rational and effective utilization of these tools while considering their impact on conflicting procedural principles and values. Therefore, a conscious and deliberate linkage between procedural instruments and the principle of proportionality enables courts to navigate the complexities of litigation and uphold the integrity of the judicial process, ensuring that justice is served efficiently and equitably in each case.

87 Pursuant to Rule 1.04(1) of the Ontario Rules of Civil Procedure (R.R.O. 1990, Reg. 194) which constitutes part of the Courts of Justice Act 1990 (R.S.O. 1990, c. C.43), the provisions of that Act shall be liberally construed to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every civil proceeding on its merits. Pursuant to Rule 1.04 (1.1.), in applying these rules, the court shall make orders and give directions that are proportionate to the importance and complexity of the issues, and to the amount involved, in the proceeding. For more information on the principle of proportionality in Canadian civil procedural law, see: C.M. Hanycz, *More Access to Less Justice: Efficiency, Proportionality and Costs in Canadian Civil Justice Reform*, „Civil Justice Quarterly” 2008/1, p. 98 et seq.; C. Piché, *Figures, Spaces and Procedural Proportionality*, IJPL 2012/1–2, s. 145 i n.; C. Piché, *The ‘New Normal’...*, p. 36 et seq.

88 See: S. Campbell, *Proportionality in Australian civil procedures: a preliminary review*, „Journal of Judicial Administration” 2005/3, p. 144 et seq.; H. Genn, *Judging Civil Justice*, Cambridge 2010, p. 61–62.

Undoubtedly, the necessity to maintain proportionality between means and objectives in civil proceedings has been underscored by the COVID-19 pandemic and the consequential changes in civil procedural law. Many of these changes, particularly the widespread adoption of remote hearings, have become integral components of the justice system in numerous jurisdictions⁸⁹. It appears that in the “post-COVID” era, the imperative for a broad application of the principle of proportionality has not diminished but rather intensified, given the challenges and opportunities posed by the inevitable integration of modern digital advancements, such as artificial intelligence, into civil court proceedings⁹⁰. Despite advancements in science and technology aimed at resolving conflicts between values under legal protection while upholding fundamental principles and rights, no tool in jurisprudence has proven as effective and universal as the constitutional test of proportionality, reminiscent of the “age of coal and steel.” Thoughtfully designed and properly implemented regulations and organizational strategies leveraging these innovations, while adhering to the requirements of proportionality, not only align with traditional procedural norms but also enhance the efficient realization of procedural objectives and functions. At times, these principles may necessitate reinterpretation, as evidenced by the adaptation of the principle of immedia-

89 On the experience of Council of Europe member states in this area, see: A. Sanders, *Video-Hearings in Europe Before, During and After the COVID-19 Pandemic*, International Journal for Court Administration 2021, No 2, p. 1 *et seq.* (<https://doi.org/10.36745/ijca.379>, (access: 15.04.2024)). See also in this respect e.g. F.G. Inchausti, *The impact...* (supra 16), p. 199 *et seq.*; C.H. Van Rhee, *Covid-19 pandemic and the Role of Orality and Writing in Civil Litigation*, (in:) K. Gajda-Roszczyńska ed., *Impact...* op. cit., p. 284 *et seq.* These solutions have been implemented to varying degrees in many countries for years. However, the COVID-19 pandemic acted as a catalyst for their widespread adoption, presenting challenges in maintaining continuity in the justice system while upholding fundamental rights and procedural guarantees, and safeguarding the health and safety of individuals involved in judicial proceedings to prevent the spread of the SARS-CoV-2 virus. Looking back, it can be assessed that the option to conduct public hearings, including remote ones, emerged as a crucial tool in achieving these goals. The objective and universal advantages of remote hearings, regardless of pandemic-related issues, are evident in terms of streamlining and expediting proceedings, reducing costs, and minimizing the compromise to classic principles, guarantees, and procedural values such as transparency, oral nature, adversarial nature, and directness. This stands in contrast to alternative solutions like extending the written format of proceedings, resolving cases at closed sessions without a hearing, or extensive use of legal assistance in evidence-taking by designated judges or requested courts. Moreover, the relative advantages of remote hearings, such as eliminating geographical and communication barriers to accessing the court—especially for disabled and elderly individuals, facilitated by increasing internet accessibility—and reducing digital exclusion, suggest that this solution has undeniably become an integral aspect of modern civil procedure. Looking ahead, given the ongoing trend towards digitalization of public services, including the judicial system, it's foreseeable that remote hearings will become the default method of proceedings in many jurisdictions, especially for minor and simple cases. Traditional hearings, on the other hand, may remain prevalent in certain categories of civil cases, particularly those involving family and guardianship law, where physical interaction between the judge and participants could be crucial in achieving the case's objectives. In such cases, opting for traditional hearings would require justification based on weighing the values supporting this choice.

90 On the prospects and limits of using artificial intelligence in the administration of justice in civil matters in light of the standards and guarantees of fundamental rights, including standards of the right to a court and a fair trial from a European perspective, see: A. Olaś, *Looking beyond Covid-19 pandemic: does Artificial Intelligence have a role to play in preparing the justice system for the next global pandemic or similar hardship? The European perspective* [in:] *Impact of the COVID-19 Pandemic on Justice Systems Reconstruction or Erosion of Justice Systems – Case Study and Suggested Solutions*, ed. K. Gajda-Roszczyńska, Göttingen 2023, p. 249 *et seq.*

cy in light of remote proceedings. However, such reinterpretations do not compromise the essence of these principles or their underlying values.

In the foreseeable future, it's unlikely that the human element, represented by judges, will be supplanted from the core of decision-making in court proceedings, including civil cases. This human factor is intrinsically linked to judicial discretion, distinguishing human decision-making from purely algorithmic processes utilized by "robot judges" to analyze data forming the basis of their decisions (or rather recommendations, given the current acceptable advisory model for AI in court proceedings). As emphasized in Polish legal doctrine, "in the act of administering justice, it is one person who judges another person. Man is therefore the object and subject of the process. Therefore, the process of administering justice cannot be separated from the special value of humanism"⁹¹. This statement, contextualized within discussions on human dignity as a cornerstone of the fair trial concept, serves as a manifesto for the humanistic and anthropocentric approach to legal proceedings, which is deserving of full endorsement. It appears that the principle of proportionality will not only endure the ongoing fourth industrial revolution but will also see its role within the legal system, including civil justice, strengthened. This is due to the imperative of maintaining the right balance between the human element and modern technologies that support the adjudication of civil cases and resolution of legal disputes.

Weighing reasoning stemming from the constitutional principle of proportionality stands as an essential component in rationalizing all decisions, be they procedural or substantive, that involve an element of judicial discretion. Acting as an intersubjectively controllable mechanism for balancing values in civil trials, the principle of proportionality enables the development of approaches to leverage decision-making flexibility to enhance the consistency of legal application, thereby ensuring its certainty and predictability. Consequently, the deliberate application of these reasoning methods in procedural decision-making, alongside their scrutiny within the appellate system, is imperative for fostering genuinely rational and transparent proceedings grounded in an anthropocentric paradigm. Within this framework, human dignity stands as a paramount and inviolable value, setting an insurmountable boundary for any potential encroachment on individual rights and freedoms resulting from the application of the proportionality test.

The element of discretion inherent in judicial decisions need not be viewed as a drawback in the application of the law. On the contrary, decision-making flexibility, including the discretionary authority vested in judges, when guided by the principle of proportionality, serves to optimize the entire legal process. Indeed, "weighed reasoning naturally favors a more complete realization of legal objectives and the consideration of moral values in its application"⁹². However, ensuring legal flexibility through

91 A. Łazarska, *Rzetelny proces cywilny*, Warszawa 2012, p. 312.

92 M. Araszkiewicz, *Rozumowania prawnicze i schematy argumentacyjne w sądowym stosowaniu prawa* [in:] *Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, ed. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, Kraków 2021, p. 148.

the reinforcement of institutions reliant on judicial discretion must be coupled with the obligation to provide thorough justifications for each decision, rooted in judicial discretion⁹³. Upholding the principles of certainty and predictability in proceedings and court rulings necessitates full disclosure by the court of all factors influencing decisions on legal application. This entails transparency regarding both factual and legal foundations, encompassing not only relevant legal statutes but also the legal principles, goals, and values underpinning the decision-making process.

The argument for recognizing proportionality as the primary procedural principle is further supported by the normative and aspirational nature of legal principles. These principles not only describe “how things are” but also prescribe “how they should be,” thereby delineating the desired direction for the interpretation and application of norms in civil procedural law. Proper consideration of this aspect of proportionality in the development of civil procedural law is crucial for crafting a modern legal framework that aligns with the standards of a democratic rule of law in the mid-21st century and addresses the needs of civil society for effective legal protection through fairly conducted proceedings. This necessitates ongoing amendments to the Code of Civil Procedure and other relevant legal instruments, and ultimately, the drafting of a new civil procedural codification. Such a codification would replace the existing code, which has become outdated and distorted due to numerous, often hastily implemented changes that are sometimes underdeveloped or internally contradictory. In this regard, the “three-dimensional” strategy of justice underlying the English reforms of Woolf and Jackson presents an appealing approach. This strategy emphasizes that courts must not only strive for fair case resolution through thorough procedures but also aim to achieve this within a reasonable timeframe and with proportionate utilization of available resources and funds.

Finally, it is crucial to recognize that the effectiveness of proportionality in shaping the practice of justice in civil matters hinges not only on well-crafted provisions of civil procedural law and the organization of courts but also on broader changes in the legal culture of society, including the cultivation of a culture of due process. This sentiment resonates with the reasoning articulated by the Supreme Court of Canada in its judgment of 21 January, 2014⁹⁴, which duly noted that “(...) Our civil justice system is premised upon the value that the process of adjudication must be fair and just. This cannot be compro-

93 As highlighted by B. Wojciechowski, the requirement to justify each decision represents a fair exchange for enhancing the judge’s freedom to decide. A judge’s freedom is constrained not only by the content of applicable provisions but also by the responsibility to appropriately balance the values, principles, and objectives guiding their judgment. This balancing act must adhere to specific criteria, ensuring optimization and coherence in the weighing of reasons. In conjunction with meeting criteria for rationality, correctness, normativity, truthfulness, and justifiability, this approach not only prevents accusations of arbitrary decision-making but also guarantees objectivity, certainty, impartiality, and justice to the fullest extent achievable in resolving disputes. It ensures that court decisions are based on reasoned deliberation rather than mere chance, fostering trust in the judicial process and upholding the principles of fairness and equity; see: B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność...*, p. 308–309.

94 Hryniak v. Mauldin, 2014 SCC 7.

mised. However, undue process and protracted trials, with unnecessary expense and delay, can prevent the fair and just resolution of disputes. If the process is disproportionate to the nature of the dispute and the interests involved, then it will not achieve a fair and just result”⁹⁵. These insights serve as a fitting conclusion to this discourse.

BIBLIOGRAPHY

- R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford 2002;
- M. Araszkiewicz, *Rozumowania prawnicze i schematy argumentacyjne w sądowym stosowaniu prawa* [in:] *Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, ed. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, Kraków 2021;
- A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge 2012;
- L. Cadet, S. Amrani-Mekki [in:] *European Rules of Civil Procedure. A Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, A. Stalder, V. Smith, F.G. Inchausti eds., Cheltenham 2023;
- S. Campbell, *Proportionality in Australian civil procedures: a preliminary review*, „Journal of Judicial Administration” 2005/3;
- S. Cieślak, *Formalizm postępowania cywilnego*, Warszawa 2008;
- S. Cieślak, *Założenia aksjologiczne postępowania cywilnego – propozycja sformułowania kryteriów aksjologicznej oceny regulacji procesowej*, [in:] *Założenia aksjologiczne nowelizacji KPC z 4.07.2019 r.*, red. S. Cieślak, Łódź 2020;
- G. Cornu, *L'élaboration du Code de procédure civile*, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* 1995/16;
- R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard 1977;
- M.C. Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge 2013;
- E. Engle, *The History of the General Principle of Proportionality: An Overview*, „The Dartmouth Law Journal” 2012/10;
- K. Flaga-Gieruszyńska, *Szybkość, sprawność i efektywność postępowania cywilnego – zagadnienia podstawowe*, „Zeszyty Naukowe KUL” 2017/3;
- M. Florczak-Wątor, *Horyzontalny wymiar praw konstytucyjnych*, Kraków 2014;
- A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 2009;
- K. Gajda-Roszczyńska, *Ograniczenia dopuszczalności dowodów nielegalnych w postępowaniu cywilnym – granica czy fundament dążenia do prawdy w postępowaniu cywilnym?*, „Polski Proces Cywilny” 2016/3;
- K. Gajda-Roszczyńska, *Kilka uwag o dopuszczalności dowodów nielegalnych na tle prawno-oporównawczym w polskim postępowaniu cywilnym*, [in:] *Sine ira et studio. Księga pamiątkowa dedykowana Sędziemu Jackowi Gudowskiemu*, ed. T. Ereciński, P. Grzegorzczak, K. Weitz, Warszawa 2016;

95 <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/13427/index.do> (accessed on 1.07.2024).

- E. Gapska, *Konkretyzacja stanowisk procesowych stron przed rozprawą i jej wpływ na efektywność postępowania* [in:] *Postępowanie rozpoznawcze w przyszłym Kodeksie postępowania cywilnego*, rd. K. Markiewicz, A. Torbus, Katowice 2014;
- H. Genn, *Judging Civil Justice*, Cambridge 2010;
- J. Gudowski, *O kilku naczelnych zasadach procesu cywilnego – wczoraj, dziś, jutro* [in:] ed. A. Nowicka, *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Prof. Stanisławowi Sołtysińskiemu*, Poznań 2005;
- J. Gudowski, *Kodeks postępowania cywilnego A.D. 2022. Esej o postmodernizmie, obskurantyzmie prawnym i niekompetencji*, [in:] *Non Omne Quod Licet Honestum Est. Studia z prawa cywilnego i handlowego w 50-lecie pracy naukowej Profesora Wojciecha Jana Kattera*, eds. S. Byczko, A. Kappes, B. Kucharski, U. Promińska, Warszawa;
- C.M. Hanycz, *More Access to Less Justice: Efficiency, Proportionality and Costs in Canadian Civil Justice Reform*, „Civil Justice Quarterly” 2008/1;
- J. Helios, *Aspekt systemowy i aksjologiczny „procedur”*, Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji 2008/77;
- F.G. Inchausti, *The impact of Covid-19 pandemic on Spanish civil justice: remote hearings as a new tool for the effectiveness of the system*, (in:) *Impact of the COVID-19 Pandemic on Justice Systems Reconstruction or Erosion of Justice Systems - Case Study and Suggested Solutions*, ed. K. Gajda-Roszczyńska, Göttingen 2023;
- J. Jacob, *Justice between man and man*, Current Legal Problems 1985, No 1;
- A. Jakubecki, *Naczelne zasady postępowania cywilnego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania cywilnego*, [in:] *Czterdziestolecie kodeksu postępowania cywilnego. Zjazd katedr postępowania cywilnego w Zakopanem (7–9.10.2005 r.)*, Kraków 2006;
- K. Knoppek [in:] *System Prawa Procesowego Cywilnego*, t. 2, cz. 2, *Postępowanie procesowe przed sądem pierwszej instancji*, ed. T. Ereciński, T. Wiśniewski, Warszawa 2016;
- K. Knoppek, *Wstęp do badań nad problemem dowodów uzyskanych sprzecznie z prawem w procesie cywilnym* [in:] *Problem dowodów uzyskanych sprzecznie z prawem w procesie cywilnym*, ed. K. Knoppek, Poznań 2018’
- A. Kościółek, *Zasada jawności w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2018;
- R. Kulski, *Upadek polskiego Kodeksu postępowania cywilnego*, „Monitor Prawniczy” 2023, No 8;
- N. Kyriakides, *Cyprus Civil Justice System Reform: Developing a National Identity*, „The Cyprus Review” 2019/1;
- J. Limbach, *„Promieniowanie” konstytucji na prawo prywatne*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1999/3;
- A. Łazarska, *Rzetelny proces cywilny*, Warszawa 2012;
- K. Markiewicz, *The role of courts in enforcing the right to fair trial in post-pandemic reality*, [in:] *Impact of the COVID-19 Pandemic on Justice Systems Reconstruction or Erosion of Justice Systems - Case Study and Suggested Solutions*, ed. K. Gajda-Roszczyńska, Göttingen 2023;

- H. Mądrzak, *O pojmowaniu naczelných zasad postępowania cywilnego*, [in:] *Proces i prawo. Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Jerzego Jodłowskiego*, ed. E. Łętowska, Warszawa 1989;
- N. Mouttotos, *Reform of civil procedure in Cyprus: Delivering justice in a more efficient and timely way*, „Common Law World Review” 2020/2;
- L. Morawski, *Argumentacje, racjonalność prawa i postępowanie dowodowe*, Toruń 1988;
- L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2000;
- E.H. Morawska, *Zasada proporcjonalności jako konstytutywny element paradygmatu zasady państwa prawnego* [in:] *Minikommentarz dla Maksiprofesorów. Księga jubileuszowa profesora Leszka Garlickiego*, ed. M. Zubik, Warszawa 2017;
- K. Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford 2012;
- M. Muliński, *Zasada nieobciążania ponad potrzebę strony biernej postępowania zabezpieczającego i egzekucyjnego*, Sopot 2007;
- E. Nas, *Rezeption des Verhältnismäßigkeitsprinzips in der türkischen Rechtsordnung*, Berlin 2015;
- A. Olaś, *Czy zasada proporcjonalności? Uwagi na tle wybranych zmian w KPC wprowadzonych ustawą z 4.07.2019 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019 r. poz. 1469) w świetle Modelowych Europejskich Reguł Postępowania Cywilnego ELI/UNIDROIT*, [in:] *Realizacja zasad postępowania cywilnego na tle aktualnych zmian KPC (Acta Iuridica Lebusana 2022, vol. 21)*, ed. M. Skibińska, Zielona Góra 2022;
- A. Olaś, *Podstawa zarzutu potrącenia po nowelizacji Kodeksu postępowania cywilnego z 9.03.2023 r. jako exemplum prawnego obskurantyzmu w najnowszej praktyce polskiego prawodawcy*, „Przegląd Sądowy” 2023, No 9;
- A. Olaś, *Looking beyond Covid-19 pandemic: does Artificial Intelligence have a role to play in preparing the justice system for the next global pandemic or similar hardship? The European perspective* [w:] *Impact of the COVID-19 Pandemic on Justice Systems Reconstruction or Erosion of Justice Systems – Case Study and Suggested Solutions*, ed. K. Gajda-Roszczyńska, Göttingen 2023;
- C. Piché, *The ‘New Normal’ of Civil Procedure in Canada: Technological Efficiency over Proportionality and Accuracy of Outcomes*, (w:) *Civil Courts Coping with Covid-19*, red. B. Krans, A. Nylund, Hague 2021;
- P. Pogonowski, *Efektywność filarem sprawiedliwego postępowania cywilnego*, „Polski Proces Cywilny” 2021/3;
- P. Pogonowski, *Efektywne postępowanie zabezpieczające jako gwarancja efektywności wymiaru sprawiedliwości w sprawach cywilnych*, „Przegląd Sądowy” 2021/1;
- M. Taruffo, *Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation* [in:] *Oralidad y escritura en el proceso civil eficiente*, ed. F. Capri, M. Ortells, Valencia 2008;

- C.H. Van Rhee, *Covid-19 pandemic and the Role of Orality and Writing in Civil Litigation*, (in:) *Impact of the COVID-19 Pandemic on Justice Systems Reconstruction or Erosion of Justice Systems - Case Study and Suggested Solutions*, ed. K. Gajda-Roszczyńska, Göttingen 2023;
- P. Rylski, *Transformation of Polish Civil Procedure in Light of Covid-19*, (in:) *Civil Courts Coping with Covid-19*, ed. B. Krans, A. Nyland, Hague 2021;
- A. Sanders, *Video-Hearings in Europe Before, During and After the COVID-19 Pandemic*, *International Journal for Court Administration* 2021, No 2;
- J. Saurer, *Die Globalisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes*, *Der Staat* 2012/1, p. 3 i n.; M.C.-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge 2013;
- A. Skorupka, *Dopuszczalność dowodu sprzecznego z prawem w sądowym postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2021;
- J. Sorabji, *The Road to New Street Station: fact, fiction and the overriding objective*, *European Business Law Review* 2012/1;
- J. Sorabji, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms: A Critical Analysis*, Cambridge 2014;
- M. Storme, *Introductory Address*, (in:) *The Law's Delay: Essays on Undue Delay in Civil Litigation*, ed. C.H. van Rhee, Cambridge 2004;
- M. Storme, *A Single Civil Procedure for Europe: A Cathedral Builders' Dream*, *Ritsumeikan Law Review* 2005, No 20;
- R. Susskind, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford 2019;
- G. Tarzia, *Lineamenti del processo civile di cognizione*, Milano 2002;
- A. Torbus, *Zarys teoretyczny zasad postępowania cywilnego* [in:] *Kodeks postępowania cywilnego z perspektywy pięćdziesięciolecia jego obowiązywania: doświadczenia i perspektywy*, ed. Ł. Błaszczak, I. Gil, E. Marszałkowska-Krześ, Sopot 2016;
- M. Uliasz, *Zasada jawności sądowego postępowania egzekucyjnego w dobie informatyzacji*, Warszawa 2019;
- K. Weitz, *Współczesne problemy kodyfikacji prawa postępowania cywilnego*, "Forum Prawnicze" 2020/3;
- F. Wieacker, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung* [in:] *Festschrift für Robert Fischer*, ed. M. Lutter, W. Stimpel, H. Wiedemann, Berlin-Boston 1979;
- B. Wojciechowski, *Dyskrecjonalność sędziowska. Studium teoretycznoprawne*, Toruń 2004;
- B. Wojciechowski, *Model zakresu swobody interpretacyjnej prawa administracyjnego* [in:] *System Prawa Administracyjnego*, t. 4, *Wykłady w prawie administracyjnym*, ed. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2015;
- A. Zuckerman, *Compliance with Process Obligations and Fair Trial*, [in:] M. Andenas, N. Andrews, R. Nazzini, *The Future of Transnational Civil Litigation: English Responses to the ALI/UNIDROIT Draft Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, London 2006.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

5

OS PROTOCOLOS QUE ANTECEDEM O JULGAMENTO (PRE-ACTION PROTOCOLS) EM INGLATERRA: O USO DE MECANISMOS DE GESTÃO PROCESSUAL PRECOCE COMO FORMA DE OBTER MAIOR CELERIDADE, ADEQUAÇÃO E REDUÇÃO DE CUSTOS NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA CIVIL

Pre-action protocols in England: The use of early procedural management mechanisms as a means of achieving greater speed, adequacy, and cost reduction in the administration of civil justice.

Pedro Domingos

Ph.D. candidate at the Faculty of Law of the University of Coimbra, Portugal.
Master of Laws from the Federal University of Espírito Santo (UFES), Brazil.

RESUMO: Este artigo examina os protocolos pré-julgamento no sistema judicial inglês e sua contribuição para alcançar maior celeridade, adequação e redução de custos na justiça civil. Para tanto, analisa criticamente as inovações introduzidas pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, em especial no que se refere ao reconhecimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos (ADR) e à cooperação processual. Compara-se esses mecanismos com os *pre-action protocols* do Civil Procedure Rules (CPR) inglês. O objetivo deste estudo é apresentar uma análise crítica das vantagens e desvantagens da integração de mecanismos análogos no ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa demonstra como os protocolos pré-julgamento

funcionam enquanto filtro para a gestão precoce do caso, promovendo a negociação prévia entre as partes, delimitando pontos controvertidos, determinando quais provas serão utilizadas e incentivando soluções consensuais por meio da cooperação. Foi utilizada uma abordagem qualitativa baseada na análise documental e na revisão da literatura, com ênfase na jurisprudência, relatórios oficiais e literatura acadêmica sobre ambos os sistemas nacionais. A pesquisa adotou uma perspectiva histórico-comparativa, contrastando as inovações do CPR com as do Código de Processo Civil brasileiro de 2015.

Palavras-chave: Protocolos pré-julgamento, Gerenciamento de Casos; Objetivo Primordial; Cooperação; Proporcionalidade

ABSTRACT: This article examines pre-action protocols within the English judicial system and their contribution to achieving greater speed, adequacy, and cost reduction in civil justice. It does so through a critical analysis of the innovations introduced by the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure, regarding the recognition of alternative dispute resolution (ADR) methods and procedural cooperation. It compares these mechanisms with the pre-action protocols of the English Civil Procedure Rules (CPR). The aim of this study is to present a critical analysis of the advantages and disadvantages of integrating analogous mechanisms into the Brazilian legal framework. The research demonstrates how pre-action protocols function as filters for early case management, fostering pre-litigation negotiation between parties, delimiting disputed points, determining which evidence is going to be used, and encouraging consensual solutions through cooperation. A qualitative approach based on document analysis and a literature review was employed, with an emphasis on precedents, official reports, and academic literature on both national systems. The research adopted a historical-comparative perspective, contrasting the innovations of the CPR with those of the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure.

Keywords: Pre-action protocols, Case Management; Overriding Objective; Cooperation; Proportionality;

1. INTRODUÇÃO

O sistema de justiça civil inglês passou por uma significativa reforma com a introdução do *Civil Procedure Rules (CPR)* em 1998. Esta mudança visou abordar problemas de complexidade, custos elevados e morosidade que caracterizavam o sistema anterior. O presente artigo examina os protocolos pré-julgamento (*pre-action protocols*) implementados como parte dessa reforma, analisando como esses mecanismos contribuem para uma justiça mais eficiente e econômica.

Paralelamente, o artigo estabelece uma comparação com o sistema processual civil brasileiro, destacando as diferenças de abordagem e explorando possíveis lições que podem ser extraídas da experiência inglesa para o contexto nacional. Esta análise comparativa é particularmente relevante à luz das inovações introduzidas pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, que buscou incorporar elementos de cooperação processual e o reconhecimento de métodos alternativos de resolução de disputas, sem

contudo, alterar a marcha processual em seu objetivo final que visa o julgamento de mérito do conflito.

A pesquisa se justifica pela necessidade de buscar soluções para os desafios enfrentados pelo sistema judicial brasileiro, notadamente a morosidade processual e os altos custos associados à litigância. Ao examinar as práticas adotadas no sistema inglês, especialmente os protocolos pré-julgamento enquanto mecanismos de gestão processual precoce pelos juizes, este estudo visa contribuir para o debate sobre possíveis reformas e adaptações no sistema processual brasileiro.

2. AS INOVAÇÕES EM COOPERAÇÃO E JUSTIÇA MULTIPORTAS NO CPC 2015

O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015, trouxe significativas mudanças em relação ao modelo anterior de 1973. Enquanto o CPC/1973 era caracterizado pelo formalismo¹ e certa atitude autoritária, com restrições de acesso e exame de mérito reflexo do período militar², o novo código buscou equilibrar os poderes do juiz ao ampliar a participação das partes no procedimento por meio do reforço ao contraditório.

A teoria do formalismo-valorativo se consolidou no CPC 2015, superando a abordagem instrumentalista anterior e promovendo uma metodologia de resolução de conflitos pautada pela lógica argumentativa³. A jurisdição constitucional expandiu-se em todos os níveis, refletindo-se no processo civil⁴.

O CPC de 2015 almejou reposicionar o papel da jurisdição e do processo, priorizando as garantias procedimentais dos sujeitos por meio do efetivo contraditório, ao reconhecer o dever de influência como parte do núcleo essencial do devido processo legal e um direito processual fundamental⁵. O contraditório deixa de ser apenas garantia de resposta, para se tornar direito de influência e debate prévio à decisão do juiz⁶. A simetria entre as partes e o juiz durante o procedimento e a assimetria do papel do juiz quando exerce suas razões de decidir, estabelece nova dinâmica para a atividade jurisdicional a partir de um modelo colaborativo⁷.

1 DINAMARCO, Cândido R., *A Instrumentalidade do Processo*, 15. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2013.

2 MAZZEI, Rodrigo, Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ*, v. 12, n. 16, p. 177–204, 2014.

3 MITIDIERO, Daniel Francisco, *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.; *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 3. ed. São Paulo, SP, Brasil: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

4 BARROSO, Luís Roberto, Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo, *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, p. 05, 2010.

5 ZANETI JR, Hermes, *A Constitucionalização do Processo*, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

6 *Ibid.*

7 MITIDIERO, *Colaboração no processo civil*.

mentar suas decisões nos argumentos discutidos pelas partes (art. 10).

pada diante da não objeção do réu (art. 304) também reflete essa atitude⁸.

consensual é condição para o saneamento, instrução e julgamento de mérito pelo juiz?

atos formais que levam as partes ao tão aguardado julgamento de mérito.

ciação (mediação, arbitragem, conciliação etc.) de conflitos¹⁰, o código não as condicio-

- 8 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; HILL, Flávia Pereira, Três perspectivas da Cooperação a partir do Código de Processo Civil de 2015: Cooperação Pré-Processual, EndoProcessual e Preterprocessual, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, p. 01–08, 2022.
- 9 MARINONI, Luiz; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel, *Código de Processo Civil Comentado*, 8. ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2022.
- 10 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes, Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos, in: *Estudios de derecho procesal: en homenaje a Eduardo J. Couture*, Montevideo, Uruguay: La Ley Uruguay : IIDP, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal : AUDP, Asociación Uruguaya de Derecho Procesal “Eduardo J. Couture”, 2017, p. 415–451.2017, p. \u00\u0160{415}\u00\u08211{451}.”plainCitation”:“DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes, Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos, in: Estudios de derecho procesal: en homenaje a Eduardo J. Couture, Montevideo, Uruguay: La Ley Uruguay : IIDP, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal : AUDP, Asociación Uruguaya de Derecho Procesal “Eduardo J. Couture”, 2017, p. 415–451.”,”noteIndex”:56},citationItems":[{"id":661,"uris":["http://zotero.org/users/10655409/items/Ql6CYVUE"],”itemData":{"id":661,”type”:”chapter”, ”call-number”:”KHU2569 .E854 2017”,container-title”:”Estudios de derecho procesal: en homenaje a Eduardo J. Couture”,event-place”:”Montevideo, Uruguay”, ”ISBN”:”978-9974-731-73-8”, ”language”:”spa por”, ”page”:”415-451”,publisher”:”La Ley Uruguay : IIDP, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal :

na como requisito para haver um julgamento. Além disso, uma interpretação absoluta sobre o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 entre os operadores do direito, ao nosso ver confunde a garantia de acesso à justiça com o direito de sempre obter uma decisão judicial sobre todos os conflitos levado à jurisdição.

O Brasil iniciou tardiamente sua discussão sobre meios alternativos, reconhecendo a legitimidade das múltiplas formas privadas de negociação e as incorporando por liberalidade no processo civil sem que essas ferramentas sejam um requisito prévio que deva ser observado para considerar um caso maduro de ser julgado.

Apesar dessa disfuncionalidade normativa, a partir do CPC de 2015 a doutrina passou a se preocupar sobre o papel judicial como última *ratio*¹¹, incentivando a necessidade de uma mudança cultural das partes e dos advogados em matéria de litigância recorrente. Ocorre que o reconhecimento de uma justiça multiportas sem a aplicação de incentivos ou sanções processuais que estimulem o seu uso, acaba por ser a maior contradição dos objetivos de celeridade do CPC. Sem estímulos, apenas o princípio da cooperação processual não é suficiente para obtenção de soluções negociadas espontâneas.

A Constituição (art. 5º, inciso XXXV) garante o direito de qualquer pessoa receber uma decisão judicial final sobre seu conflito, proibindo que o juiz natural se recuse a julgar os casos levados ao seu conhecimento (art. 3º § 2º CPC, mesmo aqueles que não possuem base meritória. Para isso o CPC dividiu o julgamento entre aqueles com e sem resolução de mérito (arts. 485 e 487 do CPC).

Esse raciocínio se torna ainda mais disfuncional quando se aborda o processo coletivo, onde mesmo com a doutrina e diversas recomendações judiciárias estimulando o uso com maior intensidade de instrumentos como a conciliação e a mediação por serem mais adequados nestes conflitos, a marcha processual permanece sendo aquela onde o processo se desenvolve sobre o saneamento, audiência inicial, instrução e julgamento do caso.

E mesmo que o litígio encontre um juiz que estimule mecanismos consensuais para resolver o conflito, não há o dever de negociar por meio desses métodos alternativos de resolução de disputa (ADR), fazendo com que as negociações sirvam quase sempre para atrasar o procedimento. Ao juiz desassistido de poderes e de práticas culturais que incentive e puna os atores processuais que se utilizam da negociação apenas para protelar a sentença, sobra o caminho convencional de decidir pelo julgamento a partir da lei e de suas razões, mesmo quando se deparar com a recusa em conciliar sem justo motivo¹².

AUDP, Asociación Uruguaya de Derecho Procesal \“Eduardo J. Couture\””, publisher-place: “Montevideo, Uruguay”, source: “Library of Congress ISBN”, title: “Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos”, author: “[{“family”: “Didier Jr”, “given”: “Fredie”}], {“family”: “Zaneti Jr”, “given”: “Hermes”}], issued: {“date-parts”: [“2017”]}]”, schema: “https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}

11 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Tutela dos direitos mediante o procedimento comum*, 1. ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

12 *Ibid.*

O resultado da cooperação processual, quando muito, acaba por conseguir flexibilizar o procedimento judicial em curso, mas qualquer discussão que pretenda evitar o julgamento por meio de uma solução consensual é considerada um ato de liberalidade das partes, uma opção, e não um dever prévio ao julgamento.

Comportamentos extraprocessuais quase sempre não são vinculantes no processo e o uso da justiça multiporta se torna apenas uma faculdade. A parte que se recusar a tentativas de negociação ou vier abandonar uma negociação sem justo motivo, não sofre sanções processuais e mesmo quem se recusar realizar a audiência de conciliação prevista no artigo 334 do CPC não recebe maiores consequências.

Nesse sentido, apesar do impacto das mais diversas tradições civis sobre o processo civil brasileiro¹³, a centralidade da litigiosidade cultural no Brasil sem a existência de incentivos e sanções processuais que estimulem as alternativas de autocomposição para além da liberalidade de seu reconhecimento, impedem que o processo judicial se aproveite desses expedientes para se tornar mais célere, adequado e tempestivo.

Quais mudanças culturais são necessárias para que por meio de uma gestão precoce dos litígios, o juiz estabeleça alguns procedimentos prévios antes do saneamento que incentivem as partes a utilizarem de um dos métodos alternativos de resolução de disputa antes de avançar a marcha processual, tornando o processo mais célere? Quais mudanças dogmáticas poderiam criar incentivos, benefícios e sanções que propiciem as partes obterem um acordo antes que uma sentença de mérito seja necessária? Quais mecanismos de supervisão precoce da Corte poderiam trazer mais eficiência na resolução dos casos levados aos juizes?

Globalmente, as reformas do processo civil visam reestruturar o arcabouço normativo para atenuar a complexidade, reduzir custos e diminuir atrasos, visando equilibrar os interesses concorrentes dos litigantes com o interesse público inerente ao exercício da jurisdição. Integrar a gestão precoce e os mecanismos alternativos de resolução de conflitos aos procedimentos judiciais torna-se o meio mais adequado para aumentar a eficiência e reduzir custos, desde de que incentivados de maneira precoce pelo sistema¹⁴.

As normas processuais civis devem ser compreendidas não apenas sob a ótica dos direitos fundamentais das partes litigantes em obter uma decisão judicial, mas também levando em consideração o interesse público e o bem-estar coletivo. A administração

13 DIDIER JR, Fredie, Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo, *Revista dos Tribunais*, v. 36, n. 198, p. 213–225, 2011; ZANETI JR, *A Constitucionalização do Processo*.

14 RESNIK, Judith, Civil Processes, in: TUSHNET, Mark; CANE, Peter (Orgs.), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, [s.l.]: Oxford University Press, 2005. for less, and for different forms of process. It begins by contrasting different modes of process and by exploring the increasingly diverse paradigms of conflicts, which have prompted choices about what kind of process to provide for which kinds of disputes. Through examples from the United States, England, and Wales, the article examines aspirations for and the critiques of civil processes, which are, in turn, embedded in debates about substantive liability rules, the role of and the market for lawyers, empirical effects, and political conceptions of the utility and propriety of regulation.”; container-title: “The Oxford Handbook of Legal Studies”; ISBN: “978-0-19-924817-9”; language: “en”; note: “DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199248179.013.0033”; publisher: “Oxford University Press”; source: “DOI.org (Crossref

da justiça não deve se limitar apenas ao papel de resolvidora de conflitos se o uso do procedimento convencional representar um aumento desproporcional de custos para o sistema judiciário e para os contribuintes, tornando o processo civil complexo e a justiça tardia e ineficiente.

Refletir sobre o serviço público da justiça¹⁵ envolve compreender o impacto que o processo judicial exerce na sociedade, seus custos e a melhor forma de entregar um serviço público de qualidade. O uso de práticas negociais representadas pelos mecanismos alternativos de resolução de disputa é capaz de reduzir custos e aumentar a eficiência dos processos judiciais, desde que essas ferramentas sejam precocemente utilizadas pelas partes.

Para que essa autocomposição seja estimulada, além de encorajar a negociação, o julgamentos de mérito deve ser usados como último recurso, quando todas as outras portas não obtiverem êxito. Alterações normativas com sanções mais explícitas, assim como multas e custos processuais para os sujeitos que não se engajarem verdadeiramente com as formas de negociação disponíveis, podem acelerar as mudanças culturais necessárias, tornando a decisão de não negociar uma variável no custo estratégico da litigação civil.

A fim de se aprofundar neste tema, passaremos a discorrer sobre o modelo processual inglês e sua experiência com os *pre-action protocols* e a gestão processual precoce das Cortes de Justiça, para então comparar os mecanismos e regras processuais, seus limites e aproximações com o sistema nacional.

3. O OVERRIDING OBJECTIVE E O CASE MANAGEMENT NOS PRE-ACTION PROTOCOLS

O “*overriding objective*” (objetivo primordial) tornou-se a norma fundamental do sistema processual civil inglês (CPR 1.1). Este princípio orienta juízes e partes a buscarem uma resolução justa, rápida e proporcional entre os direitos das partes e os fins da justiça¹⁶.

15 *Ibid.* for less, and for different forms of process. It begins by contrasting different modes of process and by exploring the increasingly diverse paradigms of conflicts, which have prompted choices about what kind of process to provide for which kinds of disputes. Through examples from the United States, England, and Wales, the article examines aspirations for and the critiques of civil processes, which are, in turn, embedded in debates about substantive liability rules, the role of and the market for lawyers, empirical effects, and political conceptions of the utility and propriety of regulation.”, “container-title”: “The Oxford Handbook of Legal Studies”, “ISBN”: “978-0-19-924817-9”, “language”: “en”, “note”: “DOI: 10.1093/oxfordhb/9780199248179.013.0033”, “publisher”: “Oxford University Press”, “source”: “DOI.org (Crossref)

16 SIME, Stuart, *Inherent Jurisdiction and the Limits of Civil Procedure*, in: SIME, Stuart (Ed.), *Principles, Procedure, and Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 269–290. and the underlying theories, namely that residuary powers were vested in the High Court in England and Wales by the Judicature Acts, and that all courts have inherent powers to prevent abuse of process. It considers the ramifications of the distinction between inherent jurisdiction and inherent powers. Changes in the legal landscape since the seminal articles by Master Jacob and Professor Dockray, including the codification of civil procedure in many common law

O case management (gerenciamento de casos) é o poder-dever do juiz de conduzir ativamente o processo, incentivando a cooperação entre as partes e direcionando o caso para o método mais adequado de resolução, seja por acordo ou julgamento. O juiz pode exercer qualquer poder contido no CPR, ou ainda interpretar qualquer de suas regras à luz do objetivo primordial. Isso inclui encorajar a cooperação entre as partes, identificar precocemente as questões centrais do litígio, e decidir de maneira célere a ordem preferencial de julgamento das questões¹⁷.

O legislador estabeleceu três vias de acesso para que as causas fossem analisadas (*Small Claims Track*, *Fast Track* e *Multi-Track*) e cabe as partes durante o preenchimento dos formulários que condizem com a sua reclamação, indicar qual é o mais indicado a partir do seu tipo, complexidade, valor e natureza do caso. Ainda é preciso justificar se alguma flexibilização das regras procedimentais é necessária, e o juiz pode aceitar ou ajustar essa escolha de acordo com os poderes que o CPR lhe autoriza exercer com base na interpretação de qualquer de suas regras à luz do objetivo primordial (CPR 1.2).

A Corte pode ainda determinar a ordem de resolução das questões controvertidas, incentivar o ADR que julgue mais adequado, auxiliar as partes a chegar ao acordo parcial ou total, com a suspensão de prazos, a convocação de audiências de gestão do caso (CMC) para definir calendários e dirigir o processo de maneira precoce a fim de garantir que o julgamento seja rápido e eficiente (CPR 1.4).

Na gestão do caso, o juiz deve atuar de modo justo (CPR 1.1) e o objetivo primordial confere o exercício de uma discricionariedade condicionada ao CPR para que ele possa adequar o caso e as regras processuais a esta norma fundamental. Essa discricionariedade é condicionada porque a interpretação judicial sobre as regras processuais civis, além de terem que se justificar no objetivo primordial, se flexibilizadas, precisam de fundamentação fática e concreta a partir da lógica operativa do sistema desenvolvido pelo CPR. Essa objetividade prevalece inclusive sobre as práticas de *case law* naquilo em que os precedentes sejam incompatíveis com o código processual¹⁸.

jurisdictions, and modern understanding of the rule of law and the separation of powers, are considered. It is argued that while existing applications of the inherent jurisdiction should be retained, it is no longer acceptable for the English High Court, and equivalent courts in other jurisdictions, to generate new procedural law by resorting to the inherent jurisdiction.”; container-title: “Principles, Procedure, and Justice”; ISBN: “978-0-19-885041-0”; language: “en”; note: “DOI: 10.1093/oso/9780198850410.003.0014”; page: “269-290”; publisher: “Oxford University Press”; source: “DOI.org (Crossref

17 RHEE, C.H. van, *Case management in Europe: A modern approach to civil litigation*, *International Journal of Procedural Law*, v. 8, n. 1, p. 65–84, 2018.

18 *SIME, Inherent Jurisdiction and the Limits of Civil Procedure*. and the underlying theories, namely that residuary powers were vested in the High Court in England and Wales by the Judicature Acts, and that all courts have inherent powers to prevent abuse of process. It considers the ramifications of the distinction between inherent jurisdiction and inherent powers. Changes in the legal landscape since the seminal articles by Master Jacob and Professor Dockray, including the codification of civil procedure in many common law jurisdictions, and modern understanding of the rule of law and the separation of powers, are considered. It is argued that while existing applications of the inherent jurisdiction should be retained, it is no longer

Segundo Higgins, atuar de modo justo (CPR 1.1) implica tratar o caso de maneira proporcional, considerando: o montante envolvido, a relevância do caso, a complexidade das questões e a posição financeira das partes (CPR 1.1(2)(c))¹⁹.

Ademais, o CPR prevê o uso de regras de direcionamento e procedimentos prático, atualizados rotineiramente por técnicos do judiciário diante da modernização dos conflitos sociais. Eles fornecem orientações pormenorizadas sobre os procedimentos que devem ser observados a partir das normas do CPR para instaurar um litígio em uma Corte de Justiça.

Para Dwyer, o uso do objetivo primordial na interpretação das normas pelo juiz cria um equilíbrio entre o que o código expressamente prevê e o potencial que as direções práticas (*practice directions*) e de procedimento (*practice guides*) podem proporcionar, substituindo o uso o *case law* (jurisprudência) sobre procedimentos civis – técnica aplicada pela *common law* antes da existência do CPR²⁰.

Os poderes-deveres do juiz ganham novo significado, com a centralidade que as normas do Código de Processo Civil, na medida do possível, passam a conferir na conduta do juiz, substituindo práticas judiciais seculares do *equity* e dos precedentes que muitas vezes eram aplicadas de forma desconexa ou incompatível com o caso concreto e agora com a nova lógica processual²¹. Essa mudança representa uma revolução copernicana na forma de raciocínio dos juízes ingleses, que antes se apoiavam exclusivamente na *ratio decendi* de casos seculares para justificar o seu direcionamento.

acceptable for the English High Court, and equivalent courts in other jurisdictions, to generate new procedural law by resorting to the inherent jurisdiction.”;”container-title”:”Principles, Procedure, and Justice”;”ISBN”:”978-0-19-885041-0”;”language”:”en”;”note”:”DOI: 10.1093/oso/9780198850410.003.0014”;”page”:”269-290”;”publisher”:”Oxford University Press”;”source”:”DOI.org (Crossref

19 HIGGINS, Andrew, Keep Calm and Keep Litigating, in: HIGGINS, Andrew (Ed.), *The Civil Procedure Rules at 20*, [s.l.]: Oxford University Press, 2020, p. 26.

20 DWYER, Déirdre, What is the Meaning of CPR r 1.1(1)?, in: DWYER, Déirdre (Org.), *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, [s.l.]: Oxford University Press, 2009, p. 70.

21 ASSY, Rabeea, The Overriding Principles of Affordable and Expeditious Adjudication, in: HIGGINS, Andrew (Org.), *The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 223–234. because it produces lengthy and expensive litigation that is likely to deter many from seeking enforcement in the first place, and to distort justice by subjecting the process to economic inequalities. When affordability and expedition are prioritised, courts will be expected to ensure that litigation remains within the financial reach of litigants and that it concludes within a short time. This means that the court must avoid unaffordable spending or lengthy litigation even when these might otherwise be justified by the features of the case in question, namely its value, complexity, importance, etc. The chapter explores the potentially far-reaching consequences of treating cost and time as dimensions of justice, surveying a number of ambitious proposals that question such entrenched procedural rules as the cost shifting rule, lawyers’ freedom to charge high fees, and professional monopoly”;”container-title”:”The Civil Procedure Rules at 20”;”ISBN”:”978-0-19-886318-2”;”note”:”DOI: 10.1093/oso/9780198863182.003.0016”;”page”:”223-234”;”publisher”:”Oxford University Press”;”title”:”The Overriding Principles of Affordable and Expeditious Adjudication”;”URL”:”https://doi.org/10.1093/oso/9780198863182.003.0016”;”author”:”[”family”:”Assy”,”given”:”Rabeea”]”;”editor”:”[”family”:”Higgins”,”given”:”Andrew”]”;”accessed”:”[”date-parts”:”[”2022”,11,30]”]”;”issued”:”[”date-parts”:”[”2020”,9,28]”]”]”;”schema”:”https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json”}

Portanto, o objetivo primordial do CPR, juntamente com suas diretrizes, torna-se a bússola que justifica as adequações do CPR ao caso concreto e fundamenta aplicação da lei pela Corte. Assim, a Justiça inglesa passa a se aproximar do modelo de padrão-decisório existente nos países da Europa continental²² em direção a um modelo cooperativo e condicionado a um código unificado.

Com as mudanças, o julgamento de responsabilidade (*trial of liability*) passa a ser a última alternativa e a cooperação que se inicia desde a fase pré-julgamento se torna um dever processual. A gestão ativa e precoce da Corte, passa a ocorrer com base em direções práticas elaboradas a partir das regras do CPR e com a flexibilidade de adequação ao contexto concreto suficiente para fomentar acordos entre as partes.

4. BREVE INTRODUÇÃO SOBRE OS PROTOCOLOS PRÉ-JULGAMENTO E O PROCESSO CIVIL INGLÊS

Antes de 1998, o processo civil inglês era predominantemente regido pelas *Rules of the Supreme Court* (RSC), as *County Court Rules* (CCR), o sistema *equity* e os precedentes consuetudinários. A complexidade, a sobreposição de normas e decisões fragmentadas por precedentes históricos conferiam ao sistema uma reputação de custoso, moroso e intrincado para navegar²³. Em resposta a este desafio, *Mackay of Clashfern*, o *Lord Chancellor* da época, designou a *Lord Woolf* a tarefa de revisar as regras de processo civil vigentes nas Cortes da Inglaterra e País de Gales, emitindo um relatório preliminar com objetivos gerais para a reforma²⁴.

Em seu relatório, Lord Woolf afirmou que um renovado Código de Processo Civil deveria perseguir três metas centrais: (1) aprimorar o acesso à justiça e atenuar os custos de litígio (2) simplificar o arcabouço normativo e modernizar seus conceitos (3) eliminar distinções desnecessárias entre práticas e procedimentos dos tribunais (*Precedents and Proceedings*). O relatório também delineou oito princípios basilares que norteariam a formulação de um futuro *Civil Procedure Rules* (CPR): Justiça nos resultados, equidade no tratamento dos litigantes, custos proporcionais e procedimentos adequados, celeridade, inteligibilidade processual, responsividade às necessidades dos usuários, previsibilidade e eficiência com recursos bem geridos²⁵.

Déirdre Dwyer²⁶ afirma que a essência da reforma implementada em 1998 residia no desenvolvimento de um sistema no qual a Corte, auxiliada pelas partes, assu-

22 CRIFO, Carla, Does Procedural Mean Trans-substantive? A Historical and Normative Analysis of English Civil Procedure Rules, in: CRIFO, Carla (Ed.), *Principles, Procedure, and Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 245–268.

23 WOOLF, Lord, Access to Justice, Final Report, Overview, [1].

24 WOOLF, Lord, Access to Justice (Interim Report).

25 WOOLF, Lord, Access to Justice - Final Report.

26 DWYER, Déirdre (Org.), Introduction, in: *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 1–29.

miria a administração dos casos (*case management*), estabelecendo o procedimento mais apropriado para cada caso em particular e em prazos realistas, assegurando seu cumprimento e inaugurando a era da gestão ativa de Casos pelas Cortes Inglesas.

Lord Woolf afirmou em seu relatório que sua nova proposta de Código de Processo Civil iria partir de outra abordagem metodológica. Entre as mudanças pertinente a esse artigo, ressalta-se o objetivo de fazer com que “o processo judicial seja evitado sempre que possível”²⁷.

Para atingir este objetivo, Lord Woolf reconheceu ser necessária uma nova mentalidade sobre o papel da justiça civil e suas formas de acesso ao judiciário, que apesar de continuar sendo uma garantia, não deve se confundir com o direito de obter o julgamento de mérito em todas as ocasiões e sim de obter uma resolução justa sobre a controvérsia. Desta forma, protocolos pré-julgamento atuam como filtros para processamento das informações e adequação da causa, a fim de obter uma resposta mais célere e proporcional aos custos da justiça.

Ao reorganizar os poderes e deveres dos sujeitos processuais e modificar por completo todas as premissas de justiça civil britânica, o CPR (1998) altera o paradigma judicial, determinando que a “*English civil justice embraced pre-trial judicial management of cases progress*”. Ao transacionar para um modelo de cooperação e gestão precoce do caso, o processo civil inglês abandona um modelo adversarial puro onde o controle das alegações, produções de prova e ritmo processual era desproporcionalmente entregue as partes.

Para isso ser possível, amplos poderes condicionados foram conferidos aos juízes, que passaram a fundamentar suas decisões de gestão processual com base no objetivo primordial (*overriding objective*) do sistema, uma norma aberta que pretende adequação, proporcionalidade, redução dos custos e eficiência dos procedimentos. Por meio deste objetivo questões jurídicas passaram a ser adequadamente analisadas, com uma maior flexibilidade processual e as condutas incompatíveis, punidas por sanções e desincentivos processuais²⁸.

Nessa estrutura processual, para que o objetivo de tornar a justiça menos complexa, custosa, inacessível e tardia fosse atingido, os advogados também mudaram sua mentalidade a fim de estarem “*prepared to put aside during the pre-trial stages the adversarial attitudes of the old regime and adopt a cooperative stance with the courts and with their opponents*”.

Por meio da gestão precoce que fomente a cooperação das partes desde o início, “*a series of pre-action protocols, rolled out since the CPR, also promote the early exchange of information and ADR even before a dispute metamorphoses into litigation*”²⁹.

27 WOOLF, Access to Justice - Final Report.

28 ANDREWS, Neil, *English civil procedure: fundamentals of the new civil justice system*, Oxford: Oxford University Press, 2003.

29 TURNER, Robert, ‘Actively’: The Word that Changed the Civil Courts, in: DWYER, Déirdre (Org.), *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, [s.l.]: Oxford University Press, 2009, p. 82.

Após vinte anos de introdução do CPR, Byrne Hill e Macintosh, sob a perspectiva de sua experiência como advogados, afirmam que os protocolos que antecedem o julgamento foram introduzidos para encorajar as partes a realizarem acordos sem a necessidade de processos judiciais, partindo da premissa de que esses deveriam ser o último recurso³⁰.

Esse procedimento prévio, em linhas gerais, exige das partes a troca de correspondências e informações suficientes para que cada uma possa entender a posição jurídica da outra e buscar um acordo para o conflito sem a necessidade de um julgamento e com o menor custo possível.

De modo geral, as partes consideram que os protocolos que antecedem a ação e os direcionamentos práticos deste mecanismo tiveram sucesso e de fato auxiliaram no contorno das questões principais que envolvem o conflito, além de encorajarem um acordo prévio em razão do risco de lidar com custos mais acentuados, se não o fizerem³¹.

Essa atitude pré-julgamento seria estimulada precocemente desde o momento em que o autor informa ao tribunal haver uma pretensão contra terceiros, sugerindo desde o início qual forma de resolução alternativa disputa (ADR) seria a melhor tentativa para negociar o conflito. Cabe à Corte contribuir para que essa negociação se desenvolva, inclusive para quem não possui advogado ou meios para suportar financeiramente essas alternativas, determinando assistência legal nos centros judiciais de conciliação³².

Nesse novo modelo, exige-se que os interessados em acionar o Judiciário cumpram com os requisitos iniciais dos protocolos pré-julgamento, que visam estabelecer de forma transparente todas as informações sobre o conflito e a posição jurídica de cada uma das partes, além da demonstração dos documentos e provas que apoiam suas alegações, bem como o caminho que vislumbra resolver o litígio por meio de resolução alternativa da disputa (ADR).

Para que o sistema judiciário se torne viável, o legislador reconheceu que, antes de permitir qualquer julgamento de mérito, a administração da justiça deve ser proporcional. Isso significa adequar o conflito à via processual mais conveniente para resolver o litígio de maneira célere e eficiente, por meio de uma triagem prévia realizada por uma Corte de Justiça.

O filtro prévio estabelecido pelos protocolos que antecedem o julgamento, permite a todos os sujeitos processuais avaliarem os direitos em disputa antes da Corte adentrar em seu mérito, avaliando o risco estratégico de ir à julgamento antes de buscar uma negociação. O desdobramento dos protocolos pré-julgamento se desenvolve

30 HILL, Damien Byrne; MCINTOSH, Maura, *The Civil Procedure Rules Twenty Years On: The Practitioners' Perspective*, in: HIGGINS, Andrew (Org.), *The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 03–24.

31 *Ibid.*

32 WOOLF, *Access to Justice - Final Report*.

por meio de incidentes processuais sob a supervisão da Corte e na hipótese de um acordo infrutífero, o processo principal é retomado.

Existe uma troca de correspondências e informações suficientes para que cada uma das partes possa compreender a posição jurídica da outra. Após as partes informarem ao juiz, por meio de formulários e questionários específicos para o tipo de litígio levado ao judiciário, os detalhes do caso, a Corte sugere ou questiona se elas não deveriam se utilizar de um determinado método de Resolução Alternativa de Disputas (ADR, na sigla em inglês) visando obter uma solução consensual com menor custo processual. O julgamento é suspenso durante essas tratativas.

Enquanto as partes buscam uma solução consensual, o juiz pode se concentrar no julgamento de outras causas mais complexas, retornando sua atenção ao caso apenas quando a demora na negociação se demonstrar injustificada ou as partes não conseguirem chegar a um acordo.

Durante essas tratativas, as partes devem atuar com boa-fé e em cooperação, sujeitando-se a sanções em caso de desconformidade com esse princípio. Além disso, há grande flexibilidade para delimitar as questões controversas da negociação, separando os pontos que serão negociados por consenso daqueles pontos controversos que serão remetidos para julgamento pelo juiz³³.

Com estes protocolos, as partes devem seguir um rito específico de divulgação prévia das informações que possuem e definir com a outra parte questões como os assistentes técnicos comuns e os pontos controvertidos que pretendem instaurar. Não observar esses procedimentos prévios implica responsabilidade daquele que não atuou em conformidade. Aquele cuja conduta for reconhecida pela Corte de Justiça como uma tentativa de minar sem justo motivo as negociações iniciadas com o protocolo pode enfrentar consequências jurídicas e financeiras significativas³⁴.

Há ainda a possibilidade de se instaurar uma *Case Management Conference (CMC)* após o esgotamento das tratativas oriundas do protocolo, a fim de verificar retrospectivamente o comportamento objetivo das partes nesta etapa e avaliar a necessidade de responsabilizar comportamentos ou omissões que tenham implicado na frustração de um acordo, desde que a Corte compreenda que uma proposta razoável oferecida foi recusada sem justo motivo.

Portanto, há um cálculo de risco estratégico dos atores processuais, que antes de levar o caso a julgamento, consideram seriamente a hipótese de transacionar um acordo na fase pré-julgamento. Além dos riscos, há a vantagem adversarial que exercem ao

33 UNITED KINGDOM. Practice Direction - Pre-action Conduct and Protocols - Civil Procedure Rules. Disponível em: https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct. Acesso em: 02 de julho de 2024.

34 ANDREWS, Neil, First Instance Proceedings. 3.9. Pre-action protocols., in: *The three paths of justice: court proceedings, arbitration, and mediation in England* / Neil Andrews., Dordrecht: Springer Netherlands, 2012, v. 10, p. 64–67.

controlar os termos da transação, o que não ocorre se ela for frustrada e o juiz tenha que realizar o julgamento de mérito sobre os pontos controvertidos³⁵.

A gestão ativa do conflito por meio da Corte, estabelecendo audiências prévias desde a fase dos protocolos, é essencial para agilizar a resolução do conflito de forma precoce e para depurar os pontos controversos e questões processuais antes que se torne necessário o julgamento de mérito pelo juiz.

Susan Prince aponta dados significativos que demonstram a eficácia desses mecanismos pré-processuais. Por exemplo, entre junho de 2006 e outubro de 2008, 67% das mediações que foram encaminhadas pelos juízes ao *National Mediation Helpline* resultaram em acordos, retirando mais de 24 mil casos potenciais do sistema judicial, permitindo com que os juízes pudessem se concentrar em casos mais complexos³⁶.

Por fim, a introdução das CMC's antes e durante o litígio constitui é uma inovação procedimental. Essas conferências podem avaliar o comportamento das partes na fase pré-julgamento e a pertinência do uso de um mecanismo de ADR³⁷. Isto é, as partes não são obrigadas a transigirem ao final de um mecanismo alternativo de disputa, mas são obrigadas a buscarem de forma cooperada e com boa-fé, formas consensuais de resolverem suas pretensões antes de um julgamento de mérito pelo juiz.

5. OS PRE-ACTION PROTOCOLS E SUAS PRACTICE DIRECTIONS

As *Practice Directions* e os *Pre-Action Protocols* são diretrizes essenciais na fase preparatória ao litígio. Estes protocolos especificam como obter informações, fornecendo formulários e questionários padronizados que devem ser preenchidos e encaminhados à supervisão da Corte. O legislador remeteu ao Ministério da Justiça a responsabilidade de manter esse mecanismo atualizado conforme a evolução dos litígios são levados para gestão judiciária, através de um grupo multidisciplinar composto por juristas, juízes, consultores e técnicos do Ministério da Justiça, com ratificação pelo *Master of the Rolls*³⁸.

O *Master of the Rolls* é uma figura proeminente³⁹ na *Court of Appeal*, responsável pelo primeiro nível recursal das decisões da *High Court*. O recurso à Suprema Corte é reservado a um número limitadíssimo de casos⁴⁰.

35 PRINCE, Susan, ADR after the CPR: Have ADR Initiatives Now Assured Mediation an Integral Role in the Civil Justice System in England and Wales? in: DWYER, Déirdre (Org.), *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 326–340.

36 *Ibid.*

37 ALMEIDA, Manuel Duarte de. *A cooperação pré-ação das partes no processo civil: Estudo comparado dos protocolos pré-ação ingleses*, Dissertação, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2021.

38 DWYER (Org.), Introduction. p. 13.

39 UNITED KINGDOM, *Master of the Rolls*, disponível em: <<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judges/profile-mor/>>. acesso em: 9 dez. 2022.

40 ANDREWS, *The Three Paths of Justice*, p. 92.

Lord Wolf considera as *Practice Directions* e os *Pre-Action Protocols* essenciais na fase preparatória ao litígio. Uma vez provocado a analisar tais informações, o juiz pode demandar, por exemplo, a revelação antecipada de documentos cruciais para a continuidade do julgamento ou determinar que as partes se empenhem ativamente na busca de um consenso⁴¹.

Esses procedimentos visam não só a economia de custos, mas também a resolução de conflitos de forma mais célere, pois com as informações precoces obtidas a partir do preenchimento desses formulários, um método ADR mais indicado pode estimular as partes a negociarem, inclusive sobre a escolha de peritos comuns.

Mesmo que um acordo prévio não seja alcançado, a coleta prévia de informações é vantajosa para a condução eficiente do processo judicial subsequente, pois as questões controversas e as provas compartilhadas já estarão devidamente delimitadas. Atualmente, existem 14 protocolos específicos que abarcam uma gama de assuntos jurídicos distintos. Na ausência de um protocolo específico, as partes são obrigadas a trocar correspondências e informações, seguindo os princípios gerais de conduta pré-processual⁴².

O protocolo estabelece que o requerente deve apresentar suas reivindicações de maneira detalhada e o requerido deve responder dentro de um prazo razoável, especificando claramente os pontos de contestação e, se for o caso, as bases de uma reconvenção. A troca de informações e documentos relevantes é um passo crucial neste estágio, preparando as partes para o litígio potencial ou facilitando um acordo precoce⁴³.

O requerente deve escrever ao requerido de forma detalhada a sua reivindicação, em um documento que contenha os argumentos jurídicos que sustentam sua reclamação, um resumo dos fatos, seus pedidos e, se a reivindicação for em dinheiro, de que maneira a quantia solicitada foi calculada. O requerido deve responder em tempo razoável – 14 (quatorze) dias para casos simples e não mais de 03 (três) meses em casos complexos. Réplicas devem incluir a confirmação do recebimento da reivindicação e, se não for ela aceita, os motivos e fatos da inicial que foram contestados, bem como se essa recusa irá originar uma reconvenção de sua parte. Nessa altura, ambas as partes devem ainda informar e compartilhar entre si quais serão os documentos relevantes que embasam seus argumentos na disputa⁴⁴.

Se, apesar de cumprir com os requisitos prévios, as partes não conseguirem chegar a um acordo, elas possuem material suficiente para avaliar a força de suas reivindicações e as provas produzidas ou compartilhadas até o momento, o que permite tomar

41 WOOLF, Access to Justice - Final Report. Em seu relatório final, os protocolos e as direções práticas (*practice directions*) que antecedem o julgamento são “*set out codes of sensible practice which parties are expected to follow When They are faced with prospect of litigation in an area to which a protocol applies*”.

42 UNITED KINGDOM, Practice Direction - Pre-action Conduct and Protocols - Civil Procedure Rules.

43 *Ibid.*

44 *Ibid.*

decisões mais assertivas sobre a conveniência de prosseguir com o julgamento. A negociação pode ser retomada em qualquer momento antes do início do julgamento, permitindo que as partes reconsiderem suas posições diante das questões controversas.

6. O CONTROLE DO CUMPRIMENTO DAS ORDENS QUE ANTECEDEM O JULGAMENTO NO PROCEDIMENTO PRÉVIO: SANÇÕES E RISCOS

A eficácia do modelo cooperativo na fase pré-julgamento não repousa apenas em um imperativo moral, mas também em um imperativo comportamental sustentado por sanções em caso de não conformidade. O CPR (1.3.(2)(a)(b)) prevê penalidades para as partes que não aderirem à cooperação esperada. Essas penalidades são estabelecidas no julgamento final, com base na avaliação retrospectiva da Corte sobre a conduta das partes durante a fase inicial.

Ao identificar o descumprimento das diretrizes gerais do *pre-action protocol* (PAP) existente (CPR 44.3(5)), de uma *pre-action conduct* ou de uma *practice Direction*, a Corte pode impor o dever de pagamento de custas adversas à parte responsável por suspender as negociações e até limitar os honorários recuperáveis do autor ou do réu (CPR 35.4(1)).

As sanções aplicáveis não se devem à falta de um acordo *per se*, mas ao descumprimento dos procedimentos estipulados, como a ocultação de informações relevantes ou a recusa desproporcional de uma proposta de acordo razoável. As partes são livres para decidir não fazer acordo e prosseguir para o julgamento, contanto que demonstrem boa-fé e disposição para negociar uma resolução alternativa.

O Código de Processo Civil prevê diversas sanções, que apesar de serem aplicadas com parcimônia, acabaram por gerar uma mudança cultural⁴⁵ em razão do risco estratégico de sua incidência sobre as partes que não buscam obter soluções consensuais. Esse risco de prejuízo econômico e processual aos que descumprem o objetivo primordial é que torna o processo mais célere⁴⁶.

As partes estão conscientes sobre o risco de descumprimento do protocolo, uma vez que a falta de cooperação em seus comportamentos nesta fase, pode implicar em onerosas sanções processuais, imposição de custos mais gravosos a quem descumprir com tais deveres e de aplicação de multas com o incremento ou redução dos valores de honorários da parte vencedora ou devedora, caso a negociação fracasse e a Corte tenha que realizar um julgamento de mérito⁴⁷.

45 TURNER, Robert, 'Actively': The Word that Changed the Civil Courts, in: DWYER, Déirdre (Org.), *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 76–88.

46 PRINCE, Susan, ADR after the CPR: Have ADR Initiatives Now Assured Mediation an Integral Role in the Civil Justice System in England and Wales?, in: DWYER, Déirdre (Org.), *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, [s.l.]: Oxford University Press, 2009, p. 328.

47 SIME, Stuart, *Pre-action protocols*, in: *A practical approach to civil procedure*, sixteenth edition. Oxford: Oxford University Press, 2022, p. 46–56.

As possíveis sanções incluem: o pagamento integral ou parcial dos custos do processo pela parte infratora mesmo que ela tenha sido vencedora; uma compensação financeira à parte que atuou de forma cooperativa; e, em correções monetárias, fixar os juros a serem pagos ou recebidos⁴⁸.

7. ORDENS JUDICIAIS QUE ANTECEDEM O JULGAMENTO PARA REVELAÇÃO DE DOCUMENTOS (DISCLOSURE)

A revelação de documentos (*disclosure*) é um elemento distintivo nos sistemas de *common law*, crucial nos procedimentos pré-processuais. Esta prática visa fornecer informações abrangentes sobre as posições jurídicas das partes, permitindo-lhes avaliar riscos e estimular acordos por meio de métodos alternativos de resolução de disputas (ADR).

Antes do CPR, as ordens de revelação de documentos eram baseadas no precedente denominado “*Peruvian Guano*” (1882)⁴⁹, que permitia a ampla obtenção de documentos⁵⁰. Essa abordagem foi criticada por incentivar “*fishing expeditions*”, onde ações frívolas eram instauradas para acessar documentos confidenciais, muitas vezes levando a acordos forçados devido ao risco de exposição⁵¹.

O CPR reformulou esse sistema, exigindo motivação para solicitações de documentos (CPR 31.16(3)). O caso *Black v. Sumitomo Corporation (2002)*⁵² estabeleceu um precedente contra “*fishing expeditions*”, requerendo base substantiva para tais solicitações⁵³. Lord Woolf simplificou as regras, limitando a revelação a quatro categorias específicas de documentos⁵⁴.

O protocolo não só requer cooperação das partes para um diagnóstico preciso de suas posições, mas também permite ordens judiciais para preservação de documentos, inspeção de locais e exibição de provas⁵⁵. A regra geral (CPR 31.16(3)) estabelece critérios para aplicação de ordens de disclosure, visando resolução antecipada de conflitos ou economia processual.

48 UNITED KINGDOM, *Practice Direction - Pre-action Conduct and Protocols - Civil Procedure Rules*.

49 *Compagnie Financiere et Commerciale du Pacifique v Peruvian Guano Co.* (1882) 11 QBD 55. Disponível em: https://www.iclr.co.uk/document/1881000480/casereport_89920/html. Acesso dia 22 de janeiro de 2024.

50 SIME, Stuart, Proportionality and Search-based Disclosure, in: SIME, Stuart (Ed.), *The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 161–180.

51 ANDREWS, Neil, *The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*, Dordrecht: Springer Netherlands, 2012., p. 208.

52 Disponível em: <https://vlex.co.uk/vid/1-sumitomo-corporation-v-857524656>. Acesso dia 22 de janeiro de 2024.

53 ANDREWS, Neil, *O Moderno Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012., p. 65.

54 WOOLF, Lord, *Acess to Justice - Final Report*, chapter 12, [38].

55 ANDREWS, *O Moderno Processo Civil*, p. 207.

Ordens judiciais podem ser emitidas para preservar propriedades⁵⁶, realizar buscas e apreensões CPR 25.1(1)(h)), prevenir destruição de provas⁵⁷ ou em casos de risco potencial de destruição de documentos⁵⁸. O Tribunal pode ordenar a exibição de documentos contra réus potenciais, seguindo critérios específicos⁵⁹.

Esses mecanismos são fundamentais para a estrutura de cooperação e acordos judiciais no Reino Unido, frequentemente levando a acordos confidenciais sem admissão de culpa. O conhecimento prévio das posições das partes facilita a instrução do processo, mesmo se as partes não obtiverem acordo, sendo a prática de *disclosure* considerada vital para o êxito do processo civil inglês⁶⁰.

A abordagem para *disclosure* contra terceiros (*non-parties*) difere, seguindo a “regra da simples testemunha”⁶¹, limitando a participação de terceiros ao razoavelmente esperado e estritamente relacionado ao objeto do processo⁶². Lord Woolf, no caso *Ashworth Hospital Authority vs MGN Ltd (2002)*⁶³, defendeu a manutenção dessa limitação no CPR.

Uma exceção notável é a *Norwich Pharmacal order*⁶⁴, que permite ao juiz obrigar a revelação de informações por terceiros para determinar envolvimento em fatos relevantes ao conflito civil, útil em várias situações pré-processuais⁶⁵.

O descumprimento dessas ordens pode resultar em *Contempt of Court (JSC BTA Bank v. Solodchenko (n. 2) [2010] EWHC 2843)*⁶⁶, com sanções que variam de prisão civil a restrições pecuniárias e de locomoção. No entanto, como observa Neil Andrews⁶⁷, os juízes aplicam essas ordens com proporcionalidade e parcimônia, considerando questões de privacidade, confidencialidade e os custos envolvidos no litígio.

8. O SISTEMA BRASILEIRO: LIMITES E POSSIBILIDADES DE COMPARAÇÃO

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 introduziu elementos de cooperação processual, mas ainda mantém uma abordagem centrada no julgamento judicial como

56 UNITED KINGDOM, Senior Courts Act, session 33.

57 UNITED KINGDOM, Civil Procedure Act 1997, session 7.

58 Douglas v. Hello! Ltd [2003] EWHC 55 (Ch).

59 ANDREWS, *O Moderno Processo Civil.*, p. 208.

60 SIME, Proportionality and Search-based Disclosure., p. 165.

61 *Ibid.*

62 ANDREWS, *The Three Paths of Justice*.

63 Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020627/ash-1.htm>. Acesso dia 22 de janeiro de 2024.

64 Norwich Pharmacal Co v. Commissioners for Customs and Excise [1974] AC 133, 203, ILL, per Lord Kilbrandon. Disponível em: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2016/12/Norwich-Pharmacal-v-Customs-and-Excise-Commissioners.pdf>. Acesso dia 22 de janeiro de 2024.

65 ANDREWS, *O Moderno Processo Civil.*, p. 214.

66 Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff72860d03e7f57ea8e3c#>. Acesso dia 22 de janeiro de 2024.

67 ANDREWS, *O Moderno Processo Civil.*, p. 216-217.

principal meio de resolução de conflitos. Diferentemente do sistema inglês, o brasileiro não impõe a obrigatoriedade de protocolos prévios, nem sanções significativas para a falta de cooperação antes do julgamento.

Enquanto no Reino Unido, a legislação favoreceu a gestão processual precoce dos juízes com o objetivo de obter um procedimento célere e proporcional aos custos da justiça, no Brasil a reforma do Código de processo Civil não alterou o modelo de gestão, mas atuou visando mitigar os poderes extensivos do juiz premente ao CPC/73⁶⁸, ao dar ênfase ao direito de influência das partes sobre a conformação do procedimento, sem, entretanto, alterar a marcha processual que visa obter uma resolução final de mérito pelo juiz.

Compreendido essas diferenças de prioridades sobre as reformas processuais ocorridas em Inglaterra e País de Gales, e o papel do gerenciamento de casos precoce pelo juiz desde os protocolos pré-julgamento, passamos a discorrer sobre os limites culturais, hermenêuticos e dogmáticos da reforma processual brasileira dentro desse contexto de gestão processual prévia e a relevância dos comportamentos pré-julgamento na resolução dos litígios nacionais.

O art. 3º, § 3º do CPC, encoraja a resolução alternativa de conflitos, mas não condiciona o uso prévio de tais ferramentas para a resolução de mérito do caso, diferentemente do que determina as direções práticas do CPR inglês⁶⁹. O amplo e irrestrito acesso à justiça no Brasil, reflexo de uma antagonização ao período autoritário do golpe militar, imprimiu na Constituição Brasileira (art. 5º, inciso XXXV, CRFB) o dever funcional do judiciário para apreciar qualquer ameaça ou lesão a direitos levadas à apreciação.

Por sua vez, é comum a interpretação desta garantia como o dever de uma decisão final de mérito pelo juiz. Essa compreensão, a nosso ver, deveria ser revista para uma garantia do devido processo legal tomada em seu aspecto mais amplo.

Se optamos pela primeira interpretação, qualquer tentativa de condicionar o uso prévio de mecanismos alternativos de resolução de disputa pelas partes como requisito para o exame de mérito da causa tornaria essa ordem um comportamento institucional. Contudo, se compreendemos que entre as funções da justiça, há o dever de equilibrar os interesses das partes com o interesse público primário, passaremos a compreender que nem sempre esse caminho é o mais adequado, eficiente e de baixo custo.

Ao adequar o litígio ao procedimento mais indicado para tutela tempestiva dos direitos, passamos a iniciar um caminho em que o uso de soluções consensuais prévias

68 DINAMARCO, *A Instrumentalidade do Processo*.

69 UNITED KINGDOM. Practice Direction - Pre-action Conduct and Protocols. Civil Procedure Rules, para. 8. Disponível em: https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct#6.1. Acesso em: 04 de julho de 2024.

ao julgamento se revela um desdobramento natural da garantia de acesso à justiça, sendo reservada a decisão final de mérito como último recurso, afinal, não existe justiça se tardia.

Adequar, significa adaptar o modelo de resolução estatal das controvérsias para as características do litígio, a partir de métodos que possam equilibrar tempo, custo e eficiência na administração da justiça, justificando os fins aos meios mais eficazes e consensuais para realizá-los.

Neste sentido, Pinho e Hill argumentam que a interpretação sistemática do CPC/2015 sugere uma tripla perspectiva do princípio da cooperação processual: a pré-processual, endoprocessual e preterprocessual, defendendo a existência do dever de cooperação antes mesmo que um processo formal se estabeleça⁷⁰. Ocorre que são vários os exemplos no CPC que sugerem a cooperação e o uso de meios alternativos de resolução de disputa, sem, entretanto, impor sanções ou consequências, o que torna tais soluções difíceis de se realizar na prática.

O artigo 334 do CPC demonstra bem como o legislador preferiu não tomar posição sobre a vinculação da cooperação ao dever de negociar previamente. Este artigo estabelece que o juiz ao receber a petição inicial, deve designar uma audiência de conciliação ou de mediação, sem, entretanto, impor o dever das partes de praticarem um desses dois métodos antes do julgamento, visto que basta as partes informarem seu desinteresse por escrito (art. 334, § 4º) para que essa audiência não ocorra. Além disso, muitos juízes ao interpretar cláusulas negociais aderidas pelas partes, compreendem que mesmo esses atos, são capazes de revisão judicial, podendo ser afastados durante o julgamento de mérito⁷¹.

Visando dar aderência ao que dispõe o artigo 334 do CPC, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Recomendação n. 71/2020, instituindo o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs que apesar de ser uma regulamentação louvável e com diversas semelhanças ao *National Mediation Helpline* inglês, não possui força normativa vinculante. Os Tribunais de Justiça estaduais aderiram de forma disforme a implementação local desses centros, sendo comum a ausência de conciliadores ou mediadores judiciais em muitos locais. Diante da falta de recursos humanos, diversos juízes simplesmente deixam de designar a audiência prevista no art. 334 do CPC⁷² e seguem o rito processual normal sem o uso deste instrumento.

Outra ferramenta que chama atenção e encontra semelhança com a revelação prévia de documentos que dispõe o sistema inglês (CPR 31.16) se refere ao artigo 381 do CPC/2015. Esse mecanismo é inovador ao permitir a produção antecipada de provas

70 PINHO; HILL, Três perspectivas da cooperação a partir do código de processo civil de 2015.

71 MARINO, Francisco Paulo Crescenzo, *Interpretação do negócio Jurídico*, 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

72 Exemplo de julgamento neste sentido é o despacho extraído do Processo nº 0001890-66.2016.8.08.0049, TJ/ES, Vara Única de Venda Nova do Imigrante.

de maneira autônoma, potencialmente fortalecendo argumentos para uma solução consensual anterior a um processo principal, ou ainda, influenciando eventual pedido de inversão da fase de produção de provas em um processo futuro, incrementando sua efetividade.

Nesse mecanismo, a prova é produzida autônoma e independente de um processo judicial em andamento e uma que a parte esteja em posse da prova bilateral formada, ela pode ser utilizada no futuro para embasar pedidos de tutela de evidência ou de julgamento antecipado da lide.

Apesar disso, sua utilização de forma prévia a um julgamento não é condição para que uma ação principal seja intentada e mesmo que seja essencial para o deslinde da controvérsia por um juiz, não estão previstas sanções para a parte processual que ao invés de primeiro produzir a prova de seu dano, optar pelo julgamento tradicional de mérito. Logo, o expediente ainda é pouco explorado e sua execução prévia ou em paralelo ao procedimento principal causa muitas vezes o efeito oposto ao pretendido - confusão processual e lentidão de análise.

Embora a existência de protocolos prévios à ação seja desejável, com o direcionamento das partes para cumprir com boa-fé e cooperação determinadas formas de negociação prévias ao exame de mérito de seus pedidos, existem limitações dogmáticas que impedem a vinculação de tais expedientes à uma decisão final de mérito do Poder judiciário em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, CRFB) e da falta de regulamentação sobre o alcances e limite desta norma constitucional sobre o processo civil.

Contudo, ao refletir nesta pesquisa sobre a experiência inglesa e extrair lições para o modelo brasileiro, verifica-se pelos relatórios preliminares ao CPR que a mudança de paradigma e prioridades do novo código foi intencional, a fim de criar filtros prévios ao julgamento de mérito ao mesmo tempo que em que procedimentos passaram a se tornar menos complexos, custosos e tardio. As estatísticas mostram que nesse país as taxas de acordo aumentaram e a quantidade de processos e a duração deles diminuíram, melhorando a qualidade do julgamento de mérito⁷³.

No Brasil, enquanto mudanças legislativas não ocorrem, podemos superar a rigidez do art. 5º, inciso XXXV da Constituição, se o CNJ para além de recomendações, passasse a sancionar administrativamente juízes que desconsideram o procedimento do art. 334 do CPC. Os juízes também deveriam sancionar as partes que não atuam com cooperação desde sua primeira manifestação em nome da dignidade da justiça. As sanções previstas nos artigos 77, § 2º e art. 81 do CPC poderiam ser mais aplicadas e confirmadas pelos tribunais superiores, conferindo segurança jurídica para sua aplicação pelos juízes.

73 RINCE, Susan, ADR after the CPR: Have ADR Initiatives Now Assured Mediation an Integral Role in the Civil Justice System in England and Wales? in: DWYER, Déirdre (Org.), *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 326–340

Normas do Poder Judiciário poderiam ser expedidas com direções práticas para as audiências, facilitando o julgamento de temas habituais e de conflitos em massa, permitindo que as partes fossem devidamente encaminhadas para um Centro Judiciário de Mediação antes que uma audiência de instrução e julgamento seja realizada. As sanções deveriam ser impostas aqueles que se recusarem a observarem o expediente conciliatório do art. 334 do CPC e poder-se-ia ir além, a fim de causar certas desvantagens processuais por meio da imposição de custas para a parte que se recusar a iniciar as primeiras tratativas de acordo, mas decidir fazê-lo no último momento antes de uma sentença.

A figura do juiz que atua precocemente como gestor do caso, poderia ainda se valer da interpretação do art. 8º do CPC, estimulando iniciativas negociais que desenvolva soluções proporcionais aos resultados, aos custos e à celeridade de um processo judicial. Poderia ainda, antes do primeiro despacho atuar previamente para aplicar decisões coletivas de IRDR nos casos individuais (art. 69, VI do CPC), jamais renunciar à audiência de conciliação ou mediação e aplicar as sanções já previstas quando as partes frustrarem proposta razoável de acordo com base no poder geral de cautela (art. 139, III, V, VIII do CPC).

O juiz gestor pode antecipar a fase de produção de provas, antes mesmo do saneamento processual (art. 357CPC). Pode ainda, por meio de uma decisão interlocutória inicial, determinar que as partes notifiquem uma à outra sobre a base jurídica de seus argumentos (art. 726 CPC), solicitar que definam seus assistentes técnicos e se manifestem sobre a indicação de eventual perito na audiência de saneamento, e alterar a ordem de produção dos meios de prova (art. 139, VI, CPC) se tais ajustes no procedimento se adequarem a finalidade da tutela pretendida, com base em seu poder geral de cautela (art. 297 do CPC).

A resposta das partes deveria ser guiada pelo dever de cooperação (art. 6º CPC), norma processual que objetiva aprimorar a efetividade da tutela jurisdicional. Para dar efeito a este princípio, o juiz logo em seu despacho inicial, poderia informar sobre as sanções processuais já disponíveis no CPC e alertar aos envolvidos sobre o uso que fará destas disposições em seu julgamento de mérito se as partes de furtarem a negociarem um acordo prévio sem justo motivo, podendo ainda beneficiar aqueles que transigirem em acordos, com benefício da isenção de custas processuais como previsto no art. 90, § 3º e 4º do CPC.

Outra vertente interpretativa que pode beneficiar-se da experiência inglesa é a aplicação da tutela de evidência quando houver manifesto propósito protelatório do réu ou abuso do direito de defesa, conforme o art. 311, I do CPC. Se o juiz, ao analisar os argumentos e documentos apresentados, perceber que o autor buscou resolver o conflito por todas as vias legítimas (e-mails, notificações extrajudiciais, reuniões e ligações telefônicas) e identificar que o réu é o único obstáculo à resolução do conflito, a responsabilidade poderá ser atribuída já na fase inicial. Tal atitude protelatória, diante

da boa-fé e do dever de cooperação estabelecido pelos artigos 5º e 6º do CPC, justificaria a imposição de uma sanção e ao mesmo tempo serviria como um critério de justiça à parte que detém o direito evidente.

9. CONCLUSÕES

A experiência inglesa com os protocolos pré-julgamento oferece valiosas lições para o sistema brasileiro. Embora existam barreiras culturais e constitucionais para uma adoção integral do modelo inglês, certas práticas poderiam ser adaptadas para melhorar a eficiência e a celeridade da justiça civil no Brasil. A evolução para um sistema cooperativo com consequências jurídicas para sua não conformidade e focado na resolução precoce de conflitos é uma tendência global que o Brasil não pode ignorar. Contudo, qualquer reforma nesse sentido deve ser cuidadosamente adaptada às particularidades do sistema jurídico e da cultura legal brasileira.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Manuel Duarte de. *A cooperação pré-ação das partes no processo civil: Estudo comparado dos protocolos pré-ação ingleses*. Dissertação, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2021. Disponível em: <<https://eg.uc.pt/bitstream/10316/97496/1/A%20coopera%C3%A7%C3%A3o%20pr%C3%A9-a%C3%A7%C3%A3o%20das%20partes-%20Estudo%20comparado%20dos%20protocolos%20pr%C3%A9-a%C3%A7%C3%A3o%20ingleses-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado.pdf>>.
- ANDREWS, Neil. *English civil procedure: fundamentals of the new civil justice system*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2003.
- ANDREWS, Neil. First Instance Proceedings. 3.9. Pre-action protocols. In: *The three paths of justice: court proceedings, arbitration, and mediation in England / Neil Andrews*. Dordrecht: Springer Netherlands, 2012, v. 10, p. 64–67. (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice). Disponível em: <<https://link.springer.com/book/10.1007/978-94-007-2294-1>>. Acesso em: 30 nov. 2022.
- ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Disponível em: <<https://books.google.pt/books?id=FNtRugAACAAJ>>.
- ANDREWS, Neil. *The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*. Dordrecht: Springer Netherlands, 2012. (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice). Disponível em: <<https://link.springer.com/10.1007/978-94-007-2294-1>>. Acesso em: 21 jan. 2024.
- ASSY, Rabeea. The Overriding Principles of Affordable and Expeditious Adjudication. In: HIGGINS, Andrew (Org.). *The Civil Procedure Rules at 20*. [s.l.]: Oxford University Press, 2020, p. 223–234. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780198863182.003.0016>>. Acesso em: 30 nov. 2022.

- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, p. 05, 2010. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/ojs_saj/index.php/saj/article/view/230>. Acesso em: 11 dez. 2022.
- CRIFO, Carla. Does Procedural Mean Trans-substantive? A Historical and Normative Analysis of English Civil Procedure Rules. In: CRIFO, Carla (Ed.). *Principles, Procedure, and Justice*. [s.l.]: Oxford University Press, 2020, p. 245–268. Disponível em: <<https://academic.oup.com/book/36825/chapter/321994777>>. Acesso em: 23 nov. 2022.
- DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista dos Tribunais*, v. 36, n. 198, p. 213–225, 2011. (Revista de Processo).
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. In: *Estudios de derecho procesal: en homenaje a Eduardo J. Couture*. Montevideo, Uruguay: La Ley Uruguay: IIDP, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal: AUDP, Asociación Uruguaya de Derecho Procesal “Eduardo J. Couture”, 2017, p. 415–451.
- DINAMARCO, Cândido R. *A Instrumentalidade do Processo*. 15. ed. São Paulo, SP: Malheiros Editores, 2013. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5253219/mod_resource/content/1/Cândido%20Rangel%20Dinamarco%20-%20A%20instrumentalidade%20do%20processo%20281%29.pdf>.
- DWYER, Déirdre (Org.). Introduction. In: *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. [s.l.]: Oxford University Press, 2009, p. 1–29. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199576883.003.0001>>. Acesso em: 1 dez. 2022.
- DWYER, Déirdre. What is the Meaning of CPR r 1.1(1)? In: DWYER, Déirdre (Org.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. [s.l.]: Oxford University Press, 2009, p. 64–73. Disponível em: <<https://academic.oup.com/book/4826/chapter/147141508>>. Acesso em: 23 nov. 2022.
- HIGGINS, Andrew. Keep Calm and Keep Litigating. In: HIGGINS, Andrew (Ed.). *The Civil Procedure Rules at 20*. [s.l.]: Oxford University Press, 2020, p. 25–54. Disponível em: <<https://academic.oup.com/book/33483/chapter/287775099>>. Acesso em: 23 nov. 2022.
- HILL, Damien Byrne; MCINTOSH, Maura. The Civil Procedure Rules Twenty Years On: The Practitioners’ Perspective. In: HIGGINS, Andrew (Org.). *The Civil Procedure Rules at 20*. [s.l.]: Oxford University Press, 2020, p. 03–24. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780198863182.003.0001>>. Acesso em: 30 nov. 2022.
- MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. *Interpretação do negócio Jurídico*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- MARINONI, Luiz; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Tutela dos direitos mediante o procedimento comum*. 1. ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. *Revista do Instituto de*

- Hermenêutica Jurídica: RIHJ*, v. 12, n. 16, p. 177–204, 2014. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/87403>>.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo, SP, Brasil: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/2353/Elementos_para_uma_Teoria_Comtemporanea%20.pdf>.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; HILL, Flávia Pereira. Três perspectivas da Cooperação a partir do Código de Processo Civil de 2015: Cooperação Pré-Processual, EndoProcessual e Preterprocessual. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, p. 01–08, 2022. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/66638>>. Acesso em: 12 dez. 2022.
- PRINCE, Susan. ADR after the CPR: Have ADR Initiatives Now Assured Mediation an Integral Role in the Civil Justice System in England and Wales? In: DWYER, Déirdre (Org.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. [s.l.]: Oxford University Press, 2009, p. 326–340. Disponível em: <<https://academic.oup.com/book/4826/chapter/147155118>>. Acesso em: 29 nov. 2022.
- RESNIK, Judith. Civil Processes. In: TUSHNET, Mark; CANE, Peter (Orgs.). *The Oxford Handbook of Legal Studies*. [s.l.]: Oxford University Press, 2005. Disponível em: <<https://academic.oup.com/edited-volume/28177/chapter/213073895>>. Acesso em: 9 fev. 2024.
- RHEE, C.H. van. Case management in Europe: A modern approach to civil litigation. *International Journal of Procedural Law*, v. 8, n. 1, p. 65–84, 2018. Disponível em: <<https://cris.maastrichtuniversity.nl/en/publications/case-management-in-europe-a-modern-approach-to-civil-litigation>>.
- SIME, Stuart. Inherent Jurisdiction and the Limits of Civil Procedure. In: SIME, Stuart (Ed.). *Principles, Procedure, and Justice*. [s.l.]: Oxford University Press, 2020, p. 269–290. Disponível em: <<https://academic.oup.com/book/36825/chapter/321995117>>. Acesso em: 27 nov. 2022.
- SIME, Stuart. Pre-action protocols. In: *A practical approach to civil procedure*. sixteenth edition. Oxford: Oxford University Press, 2022, p. 46–56. (A practical approach - paper).
- SIME, Stuart. Proportionality and Search-based Disclosure. In: SIME, Stuart (Ed.). *The Civil Procedure Rules at 20*. [s.l.]: Oxford University Press, 2020, p. 161–180. Disponível em: <<https://academic.oup.com/book/33483/chapter/287776992>>. Acesso em: 23 nov. 2022.
- TURNER, Robert. ‘Actively’: The Word that Changed the Civil Courts. In: DWYER, Déirdre (Org.). *The Civil Procedure Rules Ten Years On*. [s.l.]: Oxford University Press, 2009, p. 76–88. Disponível em: <<https://academic.oup.com/book/4826/chapter/147142473>>. Acesso em: 23 nov. 2022.
- UNITED KINGDOM. Civil Procedure Act 1997, session 7. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/12/section/7>>. Acesso em: 10 dez. 2022.

UNITED KINGDOM. Master of the Rolls. Disponível em: <<https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/who-are-the-judiciary/judges/profile-mor/>>. Acesso em: 9 dez. 2022.

UNITED KINGDOM. Practice Direction - Pre-action Conduct and Protocols - Civil Procedure Rules. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/pd_pre-action_conduct>. Acesso em: 9 dez. 2022.

UNITED KINGDOM. Senior Courts Act, session 33. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54/section/33>>. Acesso em: 10 dez. 2022.

WOOLF, Lord. Access to Justice - Final Report. Disponível em: <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20060214041452/http://www.dca.gov.uk/civil/final/overview.htm>>. Acesso em: 9 dez. 2022.

WOOLF, Lord. Access to Justice - Final Report, chapter 12, [38]. Disponível em: <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20060214041438/http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3b.htm#c12>>. Acesso em: 9 dez. 2022.

WOOLF, Lord. Access to Justice, Final Report, Overview, [1]. Disponível em: <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20060214041452/http://www.dca.gov.uk/civil/final/overview.htm>>. Acesso em: 9 dez. 2022.

WOOLF, Lord. Access to Justice (Interim Report). Disponível em: <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20060213222829/http://www.dca.gov.uk/civil/interfr.htm>>. Acesso em: 9 dez. 2022.

WOOLF, Lord. Access to Justice, Pre-action protocols, Section III, Procedure and Evidence, Chapter 10,6. Disponível em: <<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20060214041328/http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3a.htm#c10>>. Acesso em: 9 dez. 2022.

ZANETI JR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022. Disponível em: <<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/1440744239/a-constitucionalizacao-do-processo>>.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

6

PROCESSO CIVILE E GIUSTIZIA PREVISIONALE. INDAGINE ATTORNO AL PRINCIPIO DI NON ESCLUSIVITÀ

Civil trial and predictive justice. Investigation
about the principle of non-exclusivity

Andrea Monesiglio

PhD candidate at the Faculty of Law of
the University of Milano – Bicocca.

Riassunto: Con il presente contributo si fornisce una analisi in ordine all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale di giustizia previsionale nel processo civile. L'indagine verrà condotta sotto diversi profili. In un primo momento si valuterà la conformità di questi strumenti con l'ordinamento giuridico e, secondariamente, si verificherà in che misura essi sono utilizzabili. Infine, si analizzeranno alcune pronunce della giurisprudenza amministrativa nel tentativo di verificare se le considerazioni cui essa è giunta con riferimento all'attività della pubblica amministrazione possano trovare cittadinanza all'interno della giurisdizione civile.

Parole-chiave: Processo civile. Giustizia previsionale. Principio di non esclusività. Intelligenza artificiale

Abstract: This paper provides an analysis with regard to the use of artificial intelligence systems of predictive justice in civil trial. The investigation will be conducted from several perspectives. First, the conformity of these tools with the Italian legal system will be assessed, and second, the extent to which they are usable will be examined. Finally, some pronouncements of administrative jurisprudence will be analyzed in an attempt to verify whether the considerations it

has reached with reference to the activity of public administration can find citizenship within civil jurisdiction.

Keywords: Civil trial. Predictive justice. Principle of non-exclusivity. Artificial intelligence.

Sommario: 1. Sconfessiamo l’immaginario comune; 2. Cenni sui modelli di giustizia previsionale; 3. Indagine sui risvolti dell’utilizzo di sistemi di giustizia previsionale; 3.1. La giustizia previsionale è conforme all’ordinamento giuridico?; 3.2. In che misura possono essere utilizzati gli strumenti di giustizia previsionale?; 3.2.1. Il principio di non esclusività: fondamento giuridico; 3.2.2. Il principio di utilizzo ragionevole quale corollario del principio di non esclusività; 4. La giurisprudenza amministrativa sugli algoritmi decisionali. Considerazioni per una applicazione analogica del principio di non esclusività nel processo civile; 5. Conclusioni

1. SCONFESSIAMO L’IMMAGINARIO COMUNE

Fa parte di buona porzione dell’immaginario collettivo l’idea che gli strumenti di intelligenza artificiale coincidano con oggetti di tipo umanoide.

Difficilmente se chiedessimo al *general public* di farci un esempio di intelligenza artificiale ci verrebbe risposto che appartengono a questa categoria, per fare solo alcuni esempi, sistemi quali le *chatbot*, le reti neurali artificiali di classificazione o i sistemi di riconoscimento del volto che sbloccano i *device*. Più facilmente verrebbero in mente i protagonisti di alcuni dei racconti di Isaac Asimov¹ come gli schieramenti di androidi che ritroviamo in “*Io, robot*”.

Una tale rappresentazione dell’intelligenza artificiale, a ben vedere, è figlia dei romanzi fantascientifici che vedono impegnati gli umani a combattere contro eserciti di umanoidi.

Per il vero, il progresso tecnologico, sebbene abbia subito negli ultimi decenni un incremento esponenziale, è lontano dall’avere le competenze per replicare esattamente gli androidi dei racconti di Isaac Asimov².

1 Nei suoi racconti fantascientifici i robot erano dotati di quello che l’autore ha chiamato cervello positronico, ossia un cervello robotico simile a quello umano, funzionante tramite associazioni e non tramite calcoli matematici, in grado di obbedire alle tre leggi della robotica, anch’esse frutto dell’inventiva di Isaac Asimov. Queste sono: “1) Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del suo mancato intervento, un essere umano riceva danno; 2) Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non vadano in contrasto alla Prima Legge; 3) Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché la salvaguardia di essa non contrasti con la Prima o con la Seconda Legge”. È affascinante pensare, sebbene il termine positronico non nasca riferendosi a ciò, come questo aggettivo richiami il diritto positivo; e lo è ancora di più se poi consideriamo che, sempre nel racconto, sono state positivizzate tre norme alle quali quel cervello positronico, a seguito di un addestramento, doveva obbedire.

2 Ciò che ad oggi si avvicina loro maggiormente sono gli strumenti di intelligenza artificiale implementati sui droni utilizzati per fini militari, ossia i *Lethal Autonomous Weapon Systems* (LAWS). Sul tema si è pronunciato recentemente il Parlamento europeo con la risoluzione 2020/2013(INI) del 20 gennaio 2021 – che tra l’altro voleva essere di ausilio alla Commissione europea nell’elaborazione di una proposta legislativa – con la quale ha osservato che è necessario un quadro normativo sovranazionale che si preoccupi anche della regolamentazione legislativa degli strumenti di IA utilizzati in ambito militare. Sul punto, la medesima istituzione europea si era già espressa poco tempo prima con la risoluzione relativa ai LAWS (2018/2752(RSP)), nel cui considerando A,

Infatti, la contrapposizione tra intelligenza artificiale forte e debole mette in relazione il fantascientifico con il reale e non ha alcuna valenza se non quella di marcare un confine tra l'astratto (almeno per il momento) e il tangibile.

Con particolare riferimento al settore giudiziario da non molto tempo si sente parlare di sistemi di giustizia predittiva, dai media rappresentati – in maniera ingannatoria, sebbene per alcuni affascinante – come giudici robot. Vengono descritti come sistemi capaci di predire la soluzione che un giudice umano adotterebbe nella risoluzione di una controversia. Nulla di più sbagliato.

Sistemi del genere sono allo stato dell'arte di inverosimile realizzazione: nessun attuale sistema di intelligenza artificiale può essere paragonato ad un essere senziente (nella specie, un giudice) poiché ad oggi non si hanno le competenze tecnologiche per poter replicare nelle macchine il ragionamento e le capacità argomentative e creative del decisore umano³.

Tuttavia, sul più ampio versante del linguaggio naturale – cioè non limitato all'attività di argomentazione del giudice – merita di essere segnalato il recentissimo lancio da parte di OpenAI del software ChatGPT, il quale rappresenta un grande passo in avanti in punto di sistemi di IA (nella specie, intelligenza artificiale generativa) capaci di replicare il linguaggio e l'argomentazione umana⁴.

Inoltre, può essere fuorviante parlare di giustizia predittiva: così come l'idea dell'intelligenza artificiale umanoide, quella della giustizia predittiva dovrebbe rimanere cittadina dell'immaginario collettivo.

in relazione all'attrito in ordine all'uso di questi strumenti con i diritti umani, si legge *“che le politiche e le azioni dell'UE sono guidate dai principi dei diritti umani e del rispetto della dignità umana, dai principi della Carta delle Nazioni Unite e dal diritto internazionale; che tali principi dovrebbero essere applicati per preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale”*. La risoluzione è consultabile al seguente link https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0341_IT.html. A tal riguardo parrebbero confacenti con gli auspici del Parlamento europeo proprio le tre leggi della robotica elaborate (i.e. inventate) da Isaac Asimov. In materia si segnalano MacIntosh, Duncan. *Autonomous Weapons and the Nature of Law and Morality: How Rule-of-Law-Values Require Automation of the Rule of Law*. In Temple International & Comparative Law Journal, vol. 30, no. 1, Spring 2016, 99; Radin, Sasha. COATS, Jason. *Autonomous Weapons Systems and the Threshold of Non-International Armed Conflict*, in Temple International & Comparative Law Journal, vol. 30, no. 1, Spring 2016, 133 ss; Meier, Michael W. *Lethal Autonomous Weapons Systems (Laws): Conducting a Comprehensive Weapons Review*, in Temple International & Comparative Law Journal, vol. 30, no. 1, Spring 2016, 119.

3 Si segnalano, invece, sistemi il cui utilizzo è sicuramente più ridotto e semplice, quali, ad esempio, Doctrine.fr e JurisData Analytics (motori di ricerca utilizzati in Francia), Predictice e CaseLaw Analytics (strumenti di analisi giuridica), Luminance e HART (strumenti di analisi giuridica utilizzati nel Regno Unito), Whatson e Lex Machina (anch'essi strumenti di analisi giuridica, usati negli USA). Cfr. Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi, adottata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia in seno al Consiglio d'Europa – CEPEJ – il 3 dicembre 2018, p. 16.

4 ChatGPT è una intelligenza artificiale (nella specie, una chatbot) addestrata attraverso un approccio di deep learning e capace di generare testo. Se gli si chiede quali sono le sue modalità di funzionamento questa risponde: “Sono un modello di linguaggio allenato da OpenAI per comprendere e generare testo in diverse lingue, tra cui l'italiano. Posso rispondere a domande, generare testo originale, tradurre frasi e molto altro ancora. Come funziono? Utilizzo una tecnologia chiamata “apprendimento automatico profondo” per comprendere e generare il testo. In pratica, il mio sistema è stato allenato su grandi quantità di dati testuali per imparare a comprendere e generare il linguaggio umano in modo autonomo.”.

Ad oggi, infatti, vi è un largo ed improprio uso del termine predizione. Sotto questo profilo, si pone la necessità di una accurata scelta lessicale per impedire di evocare – o quantomeno ridurre – scenari “sentimentali” in capo a chi legge e a chi ascolta⁵.

Parlare di predizione, infatti, vorrebbe dire attribuire a queste macchine funzioni profetiche e divine che di certo non gli competono. Oltretutto, sarebbe una vera e propria contraddizione in termini, dato che, per definizione, l'algoritmo è una sequenza finita di operazioni data da un numero finito di regole che giungono ad un risultato finale. Dunque, *fil rouge* che lega i dati in input con la risposta in output è rappresentato da un ragionamento di tipo sillogistico (quindi deduttivo) che non ha nulla a che vedere con delle rappresentazioni di tipo predittivo nel senso proprio del termine, essendo queste slegate da qualsivoglia regola di inferenza logica.

È quindi bene tenere a mente che il termine predizione mal si adatta agli strumenti di giustizia “predittiva”, i quali d’ora in poi si definiranno sistemi di giustizia “previsoriale”. È infatti più corretto parlare di previsione, e non già di predizione⁶, atteso che questi strumenti non fanno altro che fornire come risposta, attraverso una elaborazione algoritmica, le probabilità di un accadimento, quest’ultimo calcolato sulla base di un set di dati – di alta qualità e adeguatamente rappresentativi⁷ – che costituisce la “base di conoscenza” della macchina.

Inoltre, il termine predizione mal si addice all’attività dell’operatore del diritto. Essa, infatti, è attività di ragionamento giuridico e la buona argomentazione è imprescindibile per una corretta applicazione della legge. Mai nessuno, giustamente, permetterebbe l’ingresso nell’attività giuridica, tantomeno in quella giurisdizionale, di fenomeni predittivi. In tale ambito le scelte giuridiche devono essere saldamente ancorate alla norma di diritto affinché sia garantito il giusto processo (art. 111 Cost.).

5 Considerazioni analoghe sono state svolte da Cons. Stato, Sez. VI n. 8472/2019, del quale si riporta un passo della decisione riferito ad alcune argomentazioni svolte nella sentenza impugnata (poi riformata): “Non può quindi ritenersi applicabile in modo indiscriminato, come si ritiene nella motivazione della sentenza di primo grado, all’attività amministrativa algoritmica, tutta la legge sul procedimento amministrativo, concepita in un’epoca nella quale l’amministrazione non era investita dalla rivoluzione tecnologica, né sono condivisibili richiami letterari, pur noti ed apprezzabili, a scenari orwelliani (da considerarsi con cautela perché la materia merita un approccio non emotivo ma capace di delineare un nuovo equilibrio, nel lavoro, fra uomo e macchina differenziato per ogni campo di attività).”.

6 Nello stesso Santagada, Filomena. *Intelligenza artificiale e processo civile*, in Il diritto nell’era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia (a cura di) Rosaria Giordano e altri, Giuffrè, 2022, 842; Luciani Massimo, La decisione giudiziaria robotica, in Nuovo Diritto Civile, III, 1, 2018; DE FELICE, Massimo. *Calcolabilità e probabilità. Per discutere di “incontrollabile soggettivismo della decisione*. In AA. VV., *Calcolabilità giuridica*, p. 54. Sul tema si veda anche Dalfino, Domenico. *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*. In *Il Foro italiano*, 2018, 385 ss; Breggia, Luciana. *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*. In *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 398.

7 Al riguardo deve essere menzionata sin da ora la Proposta di Regolamento sull’intelligenza artificiale elaborata dalla Commissione europea (anche AI Act) del 21 aprile 2021. L’art. 10 è rubricato in “Dati e governance dei dati” e prevede che i set di dati di addestramento, convalida e prova del sistema di IA (ad alto rischio) debbano essere assoggettati ad adeguate pratiche di governance e gestione dei dati.

Ecco, quindi, che già solo per questo motivo uno strumento predittivo non potrebbe mai trovare cittadinanza in ambito giuridico: diversamente, tanto varrebbe affidarsi al caso, ma il diritto “non gioca a dadi”.

2. CENNI SUI MODELLI DI GIUSTIZIA PREVISIONALE

Fatte queste considerazioni, ed ai fini di una completa trattazione del principio di non esclusività, è adesso opportuno accennare a come l'astratto modello del sistema di giustizia previsionale che si deciderà di utilizzare, sia esso un sistema esperto o un software di *machine learning*, soggiacerà pur sempre al rispetto di detto principio. Per fare ciò, però, è necessario anticipare che cosa si intende con questo concetto, il quale verrà comunque sviluppato maggiormente nel prosieguo di questo elaborato.

Immaginiamo che un giudice si avvalga di un sistema di intelligenza artificiale al fine di decidere una controversia sottoposta alla sua cognizione. In breve, il principio di non esclusività vuole che la decisione del giudice non possa essere esclusivamente rimessa al software di giustizia previsionale ma, al contrario, per le ragioni che si esporranno *infra*, va sempre garantita una riserva di umanità nella decisione finale.

Fatta questa necessaria premessa vedremo ora che l'utilizzo di un software di *machine learning* piuttosto che un sistema esperto porta con sé il diverso problema dell'imputabilità della decisione, e non già il quesito se uno o entrambi questi modelli di giustizia previsionale debbano sottostare al principio di non esclusività.

Tra i vari momenti della fase decisionale (formazione della decisione, esternalizzazione e redazione della motivazione) è qui rilevante quello della formazione. E l'atto del decidere può avvenire in ragione di parametri differenti: secondo legge, secondo il fatto, secondo i precedenti o secondo valori⁸.

8 Questa classificazione appartiene a Irti, Natalino. *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*. In *Calcolabilità giuridica*, A. Carleo (a cura di), Bologna, 2017, 20. Per delle riflessioni sull'atto di decidere, in particolare sul sillogismo giudiziale, si veda Calogero, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937. È interessante la distinzione compiuta dall'autore tra logicità formale e logicità reale poiché pare già affacciarsi sulle metriche argomentative che troveremo successivamente esposte in Perelman, Chaïm. *Lucie Olbrechts-Tyteca, Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 1958, trad. it., Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica, Torino, Einaudi, 1966. La prima (logicità formale) riguarderebbe esclusivamente l'opera di ragionamento deduttivo tra le premesse date e le conclusioni e sarebbe inidonea ad ampliare le conoscenze perché la conclusione del sillogismo non sarebbe altro che la ripetizione di quanto è già contenuto nelle premesse: la scelta di queste ultime rimarrebbe estranea alla logica sillogistica. In questo senso si pone quella dottrina processual-civilista che attribuisce al dominio delle parti la questione di fatto e al dominio del giudice esclusivamente la questione di diritto (cfr. Liebman, Enrico Tullio. Sui poteri del giudice nella questione di diritto ed in quella di fatto. In *La Corte di Cass.*, 1925, 172; CALAMANDREI, Piero. Diritto consuetudinario in Cassazione. In *Riv. dir. proc.*, 1938, II, 121; Heinitz, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 161; contra Cerino Canova, Augusto. *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in Allorio (diretto da), Commentario del codice di procedura civile, II, 1, Torino, 1980, 141, nt. 136).

La seconda (logicità reale), invece, ricomprenderebbe quell'attività che nella logica formale è esclusa, vale a dire l'attività di ricerca e determinazione delle premesse, attività che viene intesa come la grande opera che deve compiere il giudice, non dovendosi questo ridurre a una applicazione meccanica dell'atto del decidere attraverso la sola sussunzione dei fatti prospettati dalle parti nella norma giuridica. Al contrario, al giudice è

Quanto ai modelli di giustizia previsionale potrebbero essere (almeno) due quelli astrattamente utilizzabili: o un sistema esperto (chiamati anche modelli condizionali⁹), oppure un sistema di *machine learning*.

Il primo (sistema esperto) pare possa trovare utilizzo ove il parametro decisionale sia la legge. Basandosi questi sistemi su meccanismi inferenziali del tipo “*se X – allora Y*”, basterà configurare il software in maniera tale che riesca a replicare l'applicazione di una norma giuridica. Questa regola del “*se X – allora Y*” permette alla macchina di svolgere ragionamenti di tipo deduttivo: se si verifica una certa condizione X allora la macchina fornirà una specifica risposta Y¹⁰.

demandato il delicato compito di operare una scelta delle premesse in base ai valori: deve dunque compiere un giudizio assiologico.

Ad ogni modo, la concezione del giudizio come risultato meramente formale e matematico di un'operazione sillogistica – che rimanda alla teoria aristotelica del sillogismo come ideale forma di giudizio in generale – ha caratterizzato il pensiero giuridico del secolo XIX e si rinviene ancora nelle opere della prima metà del secolo XX (cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 1923; ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*, Torino, 1906). Detto pensiero fu poi criticato nel corso del secolo XX, anche da autori che in precedenza lo avevano accolto e condiviso, come Piero Calamandrei (cfr. CALAMANDREI, Piero. *La genesi logica della sentenza civile*. In *Studi di diritto proc. civ. I*, Padova, 1930; Cerino Canova, Augusto. *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in Allorio (diretto da), Commentario del codice di procedura civile, II, 1, Torino, 1980, 141, nt. 136. Più di recente si veda BOVE, Mauro. *Il sindacato della Corte di Cassazione*, Milano, 1993, p. 589; SCARSELLI, Giuliano. *Poteri del giudice e diritto delle parti*. In *Giusto proc. civ.*, 2010, 45; GROSSI, Paolo. *Il giudice civile. Un interprete?*. In *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 1135; MANDRIOLI, Cristiano. CARRATTA, Adriano. *Diritto processuale civile*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2017, 90.

Le critiche rivolte alla concezione formalistica del giudizio hanno poi trovato nutrimento nella “nuova retorica” di Chaim Perelman, per un verso, e nella logica deontica di George Henrik von Wright, per altro verso. Attraverso la “nuova retorica” la selezione delle premesse del giudizio (e del sillogismo) diviene momento saliente dell'opera del giudice, il quale si immerge nel “campo del preferibile”: la scelta delle premesse, che avviene sulla base di giudizi di valore e all'esito quindi di un'opera di bilanciamento, diventa il fulcro dell'opera di sussunzione del giudice (cfr. Perelman, Chaim. *Lucie Olbrechts-Tyteca, Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 1958, trad. it., Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica, Torino, Einaudi, 1966). In questi termini il giudicante va quindi inteso come organo improntato a effettuare giudizi assiologici per interpretare e applicare la norma giuridica attraverso giustificazioni ragionevoli e argomentazioni persuasive (cfr. anche CAIANI, Luigi. *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 1954). Ripudia invece qualsiasi forma di giudizio assiologico Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre* (1934), Dottrina pura del diritto, Mario G. Losano (a cura di), Einaudi, 2021.

Sulla logica deontica invece si vedano, a titolo esemplificativo, WRIGHT, Georg Henrik. *Deontic logic*, in *Mind*, Oxford University Press, 60, 1951; Bobbio, Norberto. *Diritto e logica*, 1962; WRIGHT, Georg Henrik. *Norm and action*, Humanities, 1963; Kalinowski, George. *Introduction à la logique juridique*, Parigi 1965; WRIGHT, Georg Henrik. *An essay in deontic logic and the general theory of action*, Amsterdam 1968; DI BERNARDO, Giuliano (a cura di). *Logica deontica e semantica*, Bologna, Il Mulino, 1977.

- 9 Alcune dottrine giuridiche li chiama anche “modelli deterministici”, con ciò volendo “evidenziare l'idoneità di questi a produrre risultati prevedibili al ricorrere di predeterminate condizioni”: così testualmente CARULLO, Gherardo. *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*. In *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2021, 431. Nello stesso senso anche OTRANTO, Piergiuseppe. *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, 7, 2021.
- 10 Questi sistemi, quanto al funzionamento, si basano sui meccanismi inferenziali, e quindi logici. Rispecchiano lo stesso grado di “purezza” così come intesa da Hans Kelsen, atteso che il loro meccanismo di inferenza non è assiologico ma logico, quindi puro e formale, scevro cioè da condizionamenti valoriali. Si basano anch'essi, infatti, su regole intese in termini di “*sollen*”, poiché sarà l'operatore umano a stabilire che data una condizione “A” allora si verificherà una conseguenza “B”; quindi, il programmatore costruirà il sistema condizionale in termini di imputazione al pari di come il legislatore costruisce l'ordinamento positivo in termini di imputazione giuridica. In argomento cfr. Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre* (1934), Dottrina pura del diritto, Mario G. Losano (a cura di), Einaudi, 2021. Per l'autore un fatto sensibilmente percepibile assume significato giuridico attraverso

Questa regola di inferenza viene applicata su ciò che è definito base di conoscenza del sistema (c.d. *knowledge base*) ed è costituita da tutte quelle informazioni inserite¹¹ all'interno dello strumento che descrivono l'ambiente nel quale esso è chiamato ad operare.

Un software di questo tipo potrebbe essere utilizzato per dare applicazione alle regole sulla giurisdizione o sulla ripartizione della competenza. Per fare alcuni esempi, se la *res in iudicium deducta* afferisce ad alcune particolari materie (art. 133 c.p.a.) la controversia apparterrà alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; se il convenuto ha la propria residenza a Milano, in applicazione del foro generale delle persone fisiche, sarà competente a conoscere della controversia l'Ufficio Giudiziario di Milano (art. 18 c.p.c.)¹².

Una volta fornita al sistema la *knowledge base* necessaria per decidere – rappresentata dalle disposizioni, appunto, in materia di giurisdizione e competenza – attraverso l'interfaccia utente il giudice potrà verificare se la controversia sottoposta alla sua cognizione sia stata radicata correttamente o se, al contrario, avrebbe dovuto essere instaurata innanzi ad un giudice differente.

Questi modelli però portano con sé un limite che discende dal loro funzionamento. Infatti, possono assolvere funzioni non eccessivamente complesse, ossia tutte quelle volte che la rappresentazione della conoscenza alla macchina non implichi un lavoro eccessivamente dispendioso in termini di tempo ed energie per il programmatore. Queste difficoltà invece si riscontrano tutte quelle volte nelle quali il software è chiamato a pronunciarsi su casi caratterizzati da un elevato numero di variabili. In queste

uno schema di qualificazione: la norma. Così come la norma attraverso di sé attribuisce significato giuridico ad un fatto che altrimenti, in assenza della norma, non avrebbe, nel sistema esperto l'operatore umano crea un sistema di imputazione attraverso l'algoritmo, il quale è teso a replicare il sistema giuridico di riferimento. L'obiettivo sarebbe quindi quello di ricreare sotto vesti informatizzate il rapporto giuridico, cioè il rapporto tra norme - non quindi il rapporto tra i fatti naturali sensibilmente percepibili – attraverso il criterio di imputazione, inteso quale rapporto ipotetico in cui un fatto (giuridico) condizionante comporta come conseguenza un fatto (anch'esso giuridico) condizionato: "se c'è A (fatto illecito) deve (soll) esserci B (sanzione)". Nell'esempio A e B sono ambedue fatti giuridici, perché così espressamente voluti (i. e. qualificati) da una norma, nel senso che è la norma che gli ha fornito rilevanza giuridica. Nel sistema esperto diverranno fatti rilevanti poiché sarà il programmatore, nell'ambito della scelta delle premesse condizionanti, a sceglierli come fatti rilevanti. Per una ricostruzione sistematica delle tesi espone in *Reine Rechtslehre*, e per una analisi dei meriti e delle contraddizioni dell'opera, si veda Luigi Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, 2016.

In rivisitazione di quanto sostenuto dallo stesso Hans Kelsen in *Reine Rechtslehre* si veda Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Norm, Teoria generale delle norme*, Mario G. Losano (a cura di). Traduzione di Mirella Torre, Einaudi, 1985.

Sull'argomentazione deduttiva, più di recente, si veda CIUNI, Roberto. FRIGERIO, Aldo. *Gli argomenti deduttivi*. In *Critical Thinking*, Canale, Ciuni, Frigerio, Tuzet (a cura di), EGEA, 2021.

11 In dottrina ci si è giustamente chiesto quali debbano essere le informazioni da inserire all'interno del software; cfr. GABELLINI, Elena. Algoritmi decisionali e processo civili: limiti e prospettive. In *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2022, 73

12 Più in generale, e non limitatamente ai sistemi esperti, per alcuni ipotetici utilizzi della giustizia predittiva nel processo civile si veda GABELLINI, Elena. Algoritmi decisionali e processo civili: limiti e prospettive. In *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2022.

ipotesi l'operatore umano, nel fornire la regola alla macchina, deve tenere conto di ogni variabile, la cui presenza o meno incide sulla risposta finale. Si capisce bene che questo tipo di operazione diventa estremamente complessa ogniquale volta le variabili rilevanti al fine di impartire la regola al software sono numericamente elevate, sicché l'intervento dell'operatore umano richiederebbe un dispendio di lavoro e di tempo eccessivo.

Il secondo (sistema di *machine learning*), invece, pare possa trovare applicazione tutte le volte in cui il sistema debba decidere secondo i precedenti¹³. Questi sistemi utilizzano algoritmi di apprendimento automatico e la loro *knowledge base* è costituita da un *training set* di dati adeguatamente rappresentativo dell'ambiente che si vuole analizzare.

Sulla base del *training set* la macchina genererà un modello, ossia estrapolerà le regole – e dunque i meccanismi inferenziali – che, dato quel set di dati, permettono di fornire quella specifica risposta. La macchina, sostanzialmente, si sostituisce al programmatore che nei sistemi esperti fornisce la regola al software. Nei sistemi di *machine learning*, infatti, è lo stesso software che, partendo dal *training set*, estrapola la regola attraverso la quale, poi, fornirà i successivi output¹⁴.

Facciamo un esempio. Immaginiamo una macchina, dotata di una telecamera, che deve riconoscere se davanti a sé si trova un cane oppure no. Al software verranno quindi fornite, quale *training set*, molteplici immagini di cani, raffigurati da diverse angolazioni e prospettive, fornendogli altresì l'informazione che in quei casi si tratta proprio di cani. Ciò che è necessario è infatti fornire alla macchina una grande quantità di imma-

13 Le stesse considerazioni sono riportate da CARULLO, Gherardo. Decisione amministrativa e intelligenza artificiale. In *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2021, 431. L'autore ritiene condivisibile quella dottrina formatasi in seno alle decisioni amministrative assunte tramite sistemi di *machine learning* che colloca il funzionamento di questi software nel fenomeno del precedente amministrativo e, quindi, li riconduce al criterio decisorio che fa applicazione della regola dello *stare decisis*. Cfr. anche Cavallo Perin, Roberto. Alberti, Isabella. *Atti e procedimenti amministrativi digitali*. In *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Roberto Cavallo Perin e Diana Urania Galetta (a cura di), Giappichelli, Torino, 2020, 123.

14 Questi sistemi poi si articolano, differenziandosi, a seconda della tipologia di apprendimento, che può essere supervisionato, non supervisionato oppure per rinforzo. Nel dare una breve rappresentazione del loro funzionamento, si parla di apprendimento supervisionato nelle ipotesi in cui si forniscono alla macchina dati in input già etichettati e con un output già predefinito, alla stessa maniera di come un bambino impara gli animali da un libro illustrato: a ogni immagine (l'input) è collegata un'etichetta (output), vale a dire il nome dell'animale. Sono esempi di *machine learning* supervisionato gli algoritmi di regressione logistica e di regressione lineare oppure quelli di classificazione.

Si parla invece di apprendimento non supervisionato con riguardo a quei software che imparano da sé a trovare somiglianze e pattern ricorrenti tra i dati che gli vengono forniti, senza che degli input venga fornita alcuna etichetta. Quanto al funzionamento possiamo paragonarli ad uno scienziato che, osservando la natura, identifica somiglianze e schemi nei fenomeni che osserva. In ambito informatico ne sono un esempio gli algoritmi di *clustering*.

Altra tipologia di apprendimento è quello per rinforzo che consiste nel fornire un feedback positivo o negativo da parte dell'operatore alla risposta della macchina al fine di validarla (se corretta) o sconsigliarla (se scorretta) affinché il software possa quindi migliorare la precisione delle risposte successive.

Per una introduzione ai sistemi di *machine learning* e una guida ai casi pratici si veda Kelleher, John D. Mac Namee, Brian. D'Arcy, Aoife. *Fundamentals of Machine Learning for Predictive Data Analytics, Algorithms, Worked Examples, and Case Studies*, 2 ed., Mit Press, 2020.

gini (più in generale, di dati) al fine di darle una più adeguata e completa rappresentazione possibile della realtà fattuale, posto che l'uomo, nella realtà, a prescindere dalla posizione (frontale, laterale, ecc) nella quale si trova l'animale è in grado di riconoscere se quello davanti a sé è un cane oppure no. La macchina, quindi, deve essere messa nelle stesse condizioni: da qui l'importanza dei c.d. *big data*.

Quello che poi i sistemi di *machine learning* fanno, sulla base dei dati di addestramento – e senza che il programmatore gli abbia fornito alcuna regola di ragionamento – è estrapolare le regole che permettono di affermare, e quindi decidere, che di fronte a sé la macchina ha un cane o un differente animale.

Una volta che il software ha individuato la regola corretta, fornita alla macchina delle diverse immagini senza dirle quale animale esse raffigurino, il software sarà in grado di verificare se si tratterà, nella specie, di un cane.

Calando questo modello nell'attività giurisdizionale si potrebbe pensare ad una macchina che, analizzando dei precedenti giurisprudenziali, è in grado di estrapolare la regola in base alla quale il giudice ha deciso in quella specifica maniera quel caso concreto. Questo con il fine di giungere a delle regole da poter applicare, decidendoli, ai casi successivi¹⁵.

Affinché ciò accada è dunque necessario fornire al sistema di IA una grande quantità di precedenti giudiziari relativi a specifiche controversie (ad esempio, in tema di impugnazione delle delibere assembleari, accertamento dell'accettazione tacita dell'eredità, responsabilità da prodotto difettoso, ecc). Di questi precedenti devono essere fornite alla macchina sia le caratteristiche del caso concreto, sia la decisione che il giudice in quel caso ha pronunciato: queste informazioni rappresentano il *training set*. Da quest'ultimo, poi, la macchina estrapolerà le regole (sottoforma di modello informatico-matematico) che legano le caratteristiche dei casi controversi (l'input) alla decisione giudiziaria (l'output). Queste regole verranno poi applicate su ulteriori e diversi dati, ossia le caratteristiche della controversia *sub iudice*, della quale, non avendola ancora, si vuole conoscere anticipatamente la decisione del giudice.

Facciamo un passo oltre. Questa distinzione tra sistemi esperti e sistemi di *machine learning* ci permette di fare una importante considerazione, la quale, tuttavia, richiederebbe una analisi più attenta che però non è possibile affrontare esaurientemente in questa sede¹⁶. Invero, ciò su cui questa distinzione si riflette è l'imputabilità della deci-

15 Un applicativo del genere è il software Prometea, in relazione al quale si veda CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades - Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia, in *Rev. Investig. Const.*, 1, 2018; CORVALÁN, Juan Gustavo. LA FEVRE CERVINI, Enzo Maria. Prometea experience. Using AI to optimize public institution, in *CERIDAP* 2, 2020.

Sul punto si segnala altresì l'ambiziosa iniziativa del Ministero della Giustizia estone con la quale si vuole implementare l'intelligenza artificiale agli *small claims*. Al riguardo, per un'analisi comparata, sia consentito rimandare a MONESIGLIO, Andrea. Paradigm shift in civil justice in light of technological innovation between the European Union, the USA and China. In *Journal of law, market and innovation*, 3, 2023 (in corso di pubblicazione).

16 Per una più ampia dissertazione sul punto si veda CARULLO, Gherardo. Decisione amministrativa e intelligenza artificiale. In *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2021, 431.

sione assunta dalla macchina, e non, invece, il principio di non esclusività. Infatti, nei sistemi condizionali la regola attraverso la quale la macchina decide è stata impartita dal programmatore e, quindi, l'output è comunque riconducibile ad un operatore umano. Il problema che qui si pone è semmai in che maniera questa imputabilità possa essere ricondotta al giudice che si avvale del sistema previsionale e non invece all'operatore informatico; questa criticità è stata definita come il problema della "esternalizzazione della funzione"¹⁷.

Assai più problematica è l'imputabilità della decisione assunta da sistemi di *machine learning*, non essendoci qui alcun operatore umano che impartisce la regola di ragionamento del software, dato che è invece quest'ultimo ad estrapolarla dal *training set*. Per tale motivo la regola decisionale è imperscrutabile e ciò dà origine al problema che in dottrina si è definito *black box*¹⁸.

Dunque, ricollegandoci alla definizione del principio di non esclusività data in precedenza, possiamo concludere che l'utilizzo di un modello di giustizia previsionale piuttosto che un altro, tra le varie questioni problematiche, pone quella relativa all'imputabilità della decisione del software, ma non anche quella relativa alla misura (quantitativa) in cui la decisione della macchina può concorrere a determinare, assieme a quella del giudice, la decisione della controversia; e si vedrà meglio *infra* che proprio in tale misura quantitativa si risolve un aspetto del principio di non esclusività.

Pertanto, le considerazioni che verranno fatte nel corso dell'elaborato varranno sia per i sistemi condizionali, sia per i software di *machine learning*.

3. INDAGINE SUI RISVOLTI DELL'UTILIZZO DI SISTEMI DI GIUSTIZIA PREVISIONALE

Venendo adesso al merito dell'indagine, in un primo momento si valuterà la compatibilità giuridica di questi strumenti con l'ordinamento, nel senso, cioè, se il loro uti-

17 CARULLO, Gherardo. Decisione amministrativa e intelligenza artificiale. In *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2021, 431.

La questione, tra l'altro, se trasliamo questi sistemi nell'ambito decisorio giurisdizionale, pare creare problemi anche con riguardo al principio di indipendenza del giudice (art. 104 Cost.), atteso che, a fronte della c.d. profezia autoavverante (la previsione che diventa decisione) che deriva dall'effetto conformativo dell'algoritmo, si paventa il rischio che l'attività delle *software house* che realizzano i sistemi di giustizia previsionale finisca per orientare (o addirittura determinare) l'attività giurisdizionale, minando dunque l'indipendenza della magistratura. Questa criticità è sollevata anche da Santagada, Filomena. *Intelligenza artificiale e processo civile*, in *Il diritto nell'era digitale*. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia (a cura di) Rosaria Giordano e altri, Giuffrè, 2022.

18 Sul punto si veda LO SAPIO, Germano. La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione. In *Federalismi*, 16, 2021; RESTA, Giorgio. Algoritmi, diritto e democrazia. In *Giustiziavivile.com*, 4, 2019; SIMONCINI, Andrea. *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*. In *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Roberto Cavallo Perin e Diana Urania Galetta (a cura di), Giappichelli, Torino, 2020 CARULLO, Gherardo. Decisione amministrativa e intelligenza artificiale. In *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2021, 431.

lizzo è ammesso dalle norme di legge o se, al contrario, è da considerarsi vietato. Successivamente, spiegato perché il loro utilizzo può considerarsi legittimo, si verificherà in che misura essi sono utilizzabili nel processo civile.

È chiaro, comunque, che sono molteplici le branche del diritto, e, quindi, le aree nelle quali ci si potrebbe avvalere di questi sistemi; dunque, per avere un quadro completo bisognerebbe vagliare l'adeguatezza dell'uso della giustizia previsionale per ogni singolo settore.

3.1. La giustizia previsionale è conforme all'ordinamento giuridico?

Prima di giungere alla verifica dell'astratta compatibilità della giustizia previsionale con il diritto positivo è possibile sollevare due considerazioni problematiche - una delle quali già accennata - senza pretesa di risoluzione: la prima attiene alle capacità tecnologiche, mentre la seconda riguarda gli aspetti etici legati al suo utilizzo.

Quanto alla prima, si è detto, le attuali capacità di programmazione non sono al momento sufficienti per poter realizzare strumenti che siano in grado di sostituirsi integralmente al ragionamento interpretativo e creativo del giudice. È da escludere quindi l'utilizzo di un sistema di IA forte, il quale presupporrebbe che la macchina fosse capace di replicare quantomeno nella stessa misura le capacità di pensiero, di ragionamento, di decisione e di creatività dell'uomo. Avvalendosi della ricostruzione delle categorie e degli approcci relativi all'intelligenza artificiale fatta da Russel e Norvig¹⁹ potremmo dire che una macchina per poter essere paragonata all'uomo debba *"thinking humanly"*²⁰, *"thinking rationally"*²¹, *"acting humanly"*²² e *"acting rationally"*²³. Riproponendo un'espressione di John von Neumann, quindi, *"If it isn't now, it will be someday"*.

Ad ogni modo, anche allorquando la problematica tecnologica sarà (forse un giorno) superata se ne porrebbe (invero, già se ne pone) un'altra. Sarebbero eticamen-

19 Russel, Stuart. NORVIG, Peter. *Artificial intelligence. A modern approach*, 4 ed., Pearson Education, 2021.

20 Ineriscono a questo approccio le definizioni di IA fornite da R. E. Bellman, in *An Introduction to Artificial Intelligence: Can Computers Think?* Boyd & Fraser Publishing Company, 1978, secondo il quale essa è *"The automation of activities that we associate with human thinking, activities such as decision-making, problem solving, learning ..."*; J. Haugeland, in *Artificial Intelligence: The Very Idea*, MIT Press, 1985, secondo il quale essa è *"The exciting new effort to make computers think ... machines with minds, in the full and literal sense."*

21 Attengono a questa categoria le definizioni di IA fornite da Eugene Charniak e McDermott in *Introduction to Artificial Intelligence*, 1985, secondo i quali l'IA è *"The study of mental faculties through the use of computational models."*; P. H. Winston, in *Artificial Intelligence*, Addison-Wesley, 1992, secondo il quale essa è *"The study of the computations that make it possible to perceive, reason, and act."*

22 Seguono questo approccio le definizioni di IA fornite da R. Kurzweil in *The Age of Intelligent Machines*, MIT Press, 1990, secondo il quale l'IA è *"The art of creating machines that perform functions that require intelligence when performed by people."*; E. Rich, K. Knight, in *Artificial Intelligence* (second edition), McGraw-Hill, 1991, secondo i quali essa attiene a *"The study of how to make computers do things at which, at the moment, people are better."*

23 Riguardano questo modello le definizioni di IA fornite da D. Poole, A. K. Mackworth e R. Goebel, in *Computational Intelligence: A logical approach*, Oxford University Press, 1998, secondo i quali *"Computational Intelligence is the study of the design of intelligent agents."*; N. J. Nilsson, in *Artificial Intelligence: A New Synthesis*, Morgan Kaufmann, 1998, secondo il quale *"AI ... is concerned with intelligent behavior in artifacts."*

te accettati sistemi di giustizia previsionale *tout court*?²⁴ La giustizia, amministrata in nome del popolo, sarebbe da quest'ultimo accolta anche ove venisse amministrata attraverso strumenti del genere? L'attribuzione di funzioni giudicanti a sistemi artificiali potrebbe cambiare radicalmente l'archetipo del sistema giudiziario, il quale – portando questa considerazione ai massimi estremi – passerebbe da una sistema di giustizia fatto da uomini per propri eguali ad una giustizia fatta da macchine per uomini.

Tale questione si è già posta in letteratura e ha trovato terreno fertile suscitando accesi dibattiti²⁵. Non è questa la sede per una ricognizione delle posizioni della dottrina sul punto; basterà qui rammentare che a fronte di orientamenti che prospettano una qualche sorta di scenario giuridico-tecnologico apocalittico²⁶ se ne pongono altri più moderati²⁷ che, nonostante non esentino la giustizia previsionale da considerazioni critiche, non fanno tuttavia presagire un futuro distopico in cui il sapere giuridico e la sua applicazione diverranno monopolio delle macchine. Nel frattempo, poi, si colloca una soluzione della “terza via”²⁸, che tra l'altro è quella fatta propria dall'AI Act²⁹.

- 24 Per uno sguardo più generale, non limitato ai sistemi di giustizia previsionale ma relativo al più ampio tema dei rapporti tra diritto, etica e intelligenza artificiale si veda Ruffolo, Ugo (a cura di). *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti e l'etica*, Milano, 2020; Alpa, Guido (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020; TAMBURRINI, G. *Etica delle macchine. Dilemmi morali per robotica e intelligenza artificiale*, Roma, 2020; DORIGO, Stefano (a cura di). *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020; IENCA, Marcello. *Intelligenza. Per una unione fra intelligenza naturale e artificiale*, Torino, 2019.
- 25 Si coglie bene il punto della questione in Santosuosso, Amedeo. Sartor, Giovanni, *La giustizia predittiva: una visione realistica*. In *Giurisprudenza italiana*, 2022. Le prime pagine del testo, compiendo una analisi attorno alle “illusioni, speranze e timori” della predizione e delle decisioni algoritmiche, offrono una efficace ricostruzione dei sentimenti che genera l'idea dell'intelligenza artificiale applicata alla giustizia.
- 26 In questo solco di idee Bichi, Roberto. *Intelligenza digitale, giurimetria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, in Ruffolo, Ugo (a cura di). *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti e l'etica*, Milano, 2020, 423; Luciani Massimo, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Nuovo Diritto Civile*, III, 1, 2018.
- 27 Si pongono in questo senso Santosuosso, Amedeo. Sartor, Giovanni, *La giustizia predittiva: una visione realistica*. In *Giurisprudenza italiana*, 2022; Bex, Floris. Prakken, Henry. *On the relevance of algorithmic decision predictors for judicial decision making*, ICAIL'21, June 21-25, 2021, Sao Paulo, Brazil, <https://doi.org/10.1145/3462757.3466069>; Tegmark, Max. *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Raffaello Cortina Editore, 2018.
- 28 Santagada, Filomena. *Intelligenza artificiale e processo civile*, in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia* (a cura di) Rosaria Giordano e altri, Giuffrè, 2022. Accolgono questa posizione mediana anche Punzi, Antonio. *Judge in the machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità nel giudicare?* in Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019; Punzi, Antonio. *Difettività e giustizia aumentata. L'esperienza giuridica e la sfida per l'umanesimo digitale*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2021; Rulli, Edoardo. *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?* In *Analisi giuridica dell'economia*, 2, 2018; cfr. anche Lettieri, Nicola. *Contro la previsione. Tre argomenti per una critica del calcolo predittivo e del suo uso in ambito giuridico*. In *Ars Interpretandi*, 1, 2021, 83, nel quale l'autore propone come paradigma quello dell'“intelligenza aumentata” – richiamando quella prospettiva risalente agli anni '60 del secolo scorso - finalizzata ad una integrazione uomo-macchina, e non invece ad una sostituzione del primo con la seconda.
- 29 COM(2021) 167 final del 21 aprile 2021, Proposta di Regolamento del parlamento europeo e del consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione.

Sotto un diverso ma interconnesso profilo bisogna altresì considerare che stiamo parlando di strumenti tecnologici che sicuramente impatteranno sulle modalità di svolgimento dell'attività del giudice (ma in realtà di qualunque operatore del diritto), e dunque non incidono solo su chi si trova ad essere sottoposto al potere giurisdizionale ma si riflettono anche su chi quel potere è chiamato a esercitarlo. Si tratta infatti di strumenti (sebbene ancora potenziali) che senza ombra di dubbio andranno ad incidere sugli equilibri di chi svolge quella piuttosto che quell'altra professione giuridica. E proprio perché si andranno ad inserire in un ambiente che è attualmente stabile produrranno come conseguenza un – almeno iniziale – turbamento delle condizioni di quell'ambiente con la necessità, dunque, che si raggiunga una successiva “omeostasi giuridica”³⁰.

Ecco allora che, al fine di meglio raggiungere un ulteriore stato di equilibrio, è doveroso mettere in moto un fenomeno di autoregolazione che faccia fronte a quel turbamento e che agisca in ottica preventiva. Detto in altri termini non bisogna farsi cogliere impreparati, atteso che non stiamo parlando di un fenomeno (quello della digitalizzazione giuridica) inverosimile, bensì di un qualcosa che è già in atto³¹.

Ad ogni buon conto, uno scenario in cui l'attività dell'operatore giuridico umano vada alla deriva rimane distante in ragione del principio di non esclusività, il quale, proprio per scongiurare i paventati eventi catastrofici, è già stato fatto proprio da taluna giurisprudenza che si è pronunciata sull'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale dei quali si è avvalsa la pubblica amministrazione in ambito decisorio (sul punto si veda meglio *infra* 4).

Problemi minori invece sembrano porsi sul piano del diritto positivo. Infatti, proprio con la Proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale del 21 aprile 2021, la Commissione europea ha delineato il perimetro giuridico della disciplina relativa all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale. Tra i vari sistemi che l'AI Act si propone di regolamentare³² alcuni sono classificati come ad alto rischio (Titolo III). Tra di essi vi ri-

30 Le Istituzioni europee sembrano essere ben consapevoli al riguardo, tant'è che la versione della Proposta di Regolamento votata dal Parlamento europeo il 14 giugno 2023 prevede all'art. 4ter misure di alfabetizzazione in materia di intelligenza artificiale.

31 Ritiene di dover giocare d'anticipo anche Comoglio, Paolo. *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*. Giappichelli, 2018, 329. Infatti, come di sovente accade in ambiti particolarmente tecnici e in costante evoluzione, l'intervento legislativo fa fatica a stare al passo con la tecnologica; motivo per cui, in un'ottica *de iure condendo*, le previsioni normative in questo ambito non dovrebbero arrestarsi allo stato dell'arte, ma dovrebbero tenere in considerazione potenziali evoluzioni future, avendo dunque cura di essere lungimiranti. Il che non è sicuramente opera facile, ma forse necessaria al fine di evitare una prematura obsolescenza normativa. Queste non sono d'altronde considerazioni sconosciute al mondo giuridico; evoca il medesimo concetto che vorrei rappresentare il discorso di Piero Calamandrei pronunciato il 4 marzo 1947 in Assemblea costituente “è un errore formulare gli articoli della Costituzione con lo sguardo fisso agli eventi vicini, agli eventi appassionanti, alle amarezze, agli urti, alle preoccupazioni elettorali dell'immediato avvenire [...]. La Costituzione deve essere presbite, deve guardare lontano, non essere miope.”

32 La Proposta di Regolamento - preannunciata in una serie di documenti programmatici della Commissione - dopo una serie di disposizioni di carattere generale (Titolo I), opera una classificazione dei sistemi di IA in ragione del grado rischio che deriva dal loro utilizzo (c.d. *based risk approach*).

entrano “i sistemi di IA destinati a essere utilizzati da un’autorità giudiziaria o da un organo amministrativo, o per loro conto, per assistere un’autorità giudiziaria o un organo amministrativo nella ricerca e nell’interpretazione dei fatti e del diritto e nell’applicazione della legge a una serie concreta di fatti o utilizzati in modo analogo nella risoluzione alternativa delle controversie” (Allegato III, punto 8, lett. a) AI Act, nella versione votata ed approvata dal Parlamento europeo il 14 giugno 2023). E, a ben vedere, la finalità dei sistemi di giustizia previsionale ai quali sopra si è accennato nel paragrafo 2 ricadono proprio nell’ambito applicativo dell’Allegato III, punto 8, lett. a). Infatti, entrambi i modelli accennati (sistema esperto e sistema di *machine learning*) assisterebbero il giudicante, nel senso che sarebbero di supporto nello svolgimento delle sue funzioni. In più, quanto ai sistemi esperti, non vi è dubbio che essi darebbero applicazione della legge a una serie concreta di fatti nella misura e nella maniera in cui la regola di diritto è stata tradotta in regola informatica (secondo la regola vista prima del “*se X allora Y*”).

I sistemi di *machine learning*, dal canto loro, pur non dando diretta applicazione ad una norma, applicherebbero comunque una regola che può assumere valore giuridico in ragione del fatto che essa è stata estrapolata da provvedimenti giurisdizionali che hanno fatto diretta applicazione di disposizioni di legge. In questi casi, infatti, se il software è stato correttamente addestrato, non potrà fare altro che dare applicazione di quelle stesse disposizioni utilizzate dal giudice per definire i casi analoghi precedenti.

La proposta della Commissione europea, dunque, previene proprio alcune delle preoccupazioni che sopra si sono accennate, prevedendo espressamente che tali sistemi debbano limitarsi ad “assistere” l’autorità giudiziaria. Inoltre, questo atto del legislatore europeo - dopo aver gettato lo sguardo su quanto è accaduto in altre realtà giuridiche e consapevole delle problematiche che vi sono state³³ - si pone anche l’obiettivo di dare spazio alla regolamentazione di un fenomeno che, sebbene ancora rudimentale, esiste già da anni e sta prendendo sempre più piede e suscitando l’attenzione del dibattito accademico.

E per quanto l’AI Act sia ancora al centro di un acceso dibattito dinnanzi alle istituzioni del legislatore europeo³⁴, nella prospettiva *de iure condendo* sembrano non esserci incertezze in relazione alla possibile regolamentazione dei sistemi di giustizia previsionale.

33 Faccio qui riferimento al caso Loomies Vs Winsconsin e al dibattito che ne è scaturito. In argomento, si veda l’analisi condotta dalla organizzazione no profit ProPublica disponibile al seguente link <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> e la successiva analisi condotta da Northpointe Inc. (adesso Equivant) in risposta all’analisi di ProPublica http://go.volarisgroup.com/rs/430-MBX-989/images/ProPublica_Commentary_Final_070616.pdf

34 Soltanto le Commissioni IMCO e LIBE del Parlamento europeo, con il progetto di relazione del 16 giugno 2022, hanno proposto 3313 emendamenti all’AI Act (gli emendamenti presentati possono essere ricercati nella sezione documenti delle Commissioni del Parlamento europeo alla relativa pagina istituzionale <https://www.europarl.europa.eu/committees/it/libe/documents/latest-documents>). Recentemente – il 6 dicembre 2022 - il Consiglio dell’Unione europea ha rilasciato il proprio orientamento generale sull’AI Act consultabile alla pagina istituzionale <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/>)

3.2. In che misura possono essere utilizzati gli strumenti di giustizia previsionale?

3.2.1. Il principio di non esclusività: fondamento giuridico

Quanto detto nei paragrafi precedenti permette di porsi una seconda domanda, potendone in realtà sin da ora immaginare la risposta: in che misura possono essere utilizzati i sistemi di giustizia previsionale?

Questa indagine può prendere le mosse dalle considerazioni svolte dalla giurisprudenza amministrativa³⁵ (da ultimo T.A.R. Campania n. 7003/2022), la quale si è avvalsa del principio di non esclusività per evidenziare come la pubblica amministrazione che si avvale di strumenti decisionali algoritmici debba sempre garantire una riserva di umanità nelle proprie determinazioni finali: la decisione, in buona sostanza, non deve essere rimessa esclusivamente alla macchina³⁶.

Ci si domanda se una considerazione del genere possa essere traslata anche nell'ambito della giustizia civile, vale a dire se le parti di un processo hanno il diritto di non essere giudicati se non da un giudice umano. In altri termini, ci si chiede se il principio di non esclusività – e, dunque, quella riserva di umanità – possa essere ricondotto a principio di ordine generale e trasversale.

Sotto questo profilo gli spazi di manovra mi paiono definiti dall'art. 22 GDPR e dall'Allegato III, punto 8, lett. a) AI Act: il primo vieta le decisioni integralmente automatizzate; il secondo parla di sistemi di IA destinati ad assistere un'autorità giudiziaria.

Parte della dottrina³⁷ ha da subito negato che l'art. 22 GDPR potesse giuridicamente fondare il principio di non esclusività. In particolare, si è evidenziato che lo spazio di intervento dell'uomo – nell'ambito, però, si badi bene, dell'attività della pubblica am-

35 Del principio di non esclusività ne ha fatto una prima applicazione Cons. Stato, Sez. VI n. 2270/2019 (sebbene non enunciandolo espressamente), le cui osservazioni sono state integralmente accolte e condivise dal successivo Cons. Stato, Sez. VI, nn. 8472-8474/2019 e Cons. Stato, Sez. VI n. 881/2020. I principi affermati da queste pronunce sono stati da ultimo applicati da TAR Campania n. 7003/2022. Il *fil rouge* di dette pronunce consiste nell'affermazione, dapprima, che il principio di non esclusività riveste carattere di principio generale e, dopo, nella riconduzione quanto al suo fondamento – stante la portata generale – all'art. 22 GDPR. Il tema verrà trattato più approfonditamente al paragrafo 4 dedicato ad una analisi della giurisprudenza amministrativa pronunciata su questo principio.

36 Per l'utilizzo di algoritmi decisionali da parte della pubblica amministrazione si veda Vallone, Giovanni. Il Consiglio di Stato marca la distinzione tra algoritmo, automazione ed intelligenza artificiale. In *Diritto di internet*, 1, 2022.

37 Finocchiaro, Giusella. Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali. In *Giur. it.*, 2019, 1674; Wachter, Sandra. Mittelstadt, Brent. Floridi, Luciano. Why a Right to Explanation of Automated Decision. Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation. In *International Data Privacy Law*, 7, 2, 2017, 76. Per la limitazione dell'utilizzo di sistemi di automatizzazione nell'attività della pubblica amministrazione si veda Delgado, Martín. Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?. In *Istituzioni del Federalismo*, 2019.

ministrazione – non discende dall’art. 22 GDPR, bensì dal modello stesso di pubblica amministrazione delineato dalla Costituzione agli artt. 28, 54, 97, 98 e da alcune disposizioni sovranazionali quali l’art. 41 Carta di Nizza e l’art. 6 CEDU.

È da verificare se tale affermazione – ossia che l’art. 22 GDPR non è *ex sé* sufficiente ad attribuire portata generale al principio di non esclusività – valga anche nell’ambito della giustizia civile.

Per rispondere a questo interrogativo si potrebbe cominciare ad analizzare il modello di giudice accolto dalla Costituzione e poi attuato dalla legge di rango inferiore (art. 25, comma 1, e Titolo IV Cost., nonché il Regio Decreto n. 12, 30 gennaio 1941). Tuttavia, prendere le mosse da ciò può apparire superfluo, atteso che il giudice cui fa riferimento sia la Costituzione, sia la legislazione inferiore è senza ombra di dubbio un decisore umano, atteso che quando il legislatore (tanto quello costituente, quanto quello costituito) definì lo statuto del giudice assunse a modello di riferimento proprio il decisore umano³⁸. Infatti, la questione della giustizia previsionale, che ha a che vedere con i sistemi di intelligenza artificiale, attiene ad un momento successivo alla definizione del modello del giudice accolto dall’ordinamento. Il che permette già ora di affermare che un’indagine su questo aspetto porterebbe alla lampante ed indubbia conclusione che il modello del decidente delineato dall’ordinamento è fatto sulla misura del decisore umano³⁹.

Ciò, tuttavia, ci permette di svolgere una considerazione più attenta, ossia quella per la quale da quanto appena detto non possiamo desumere nulla attorno al principio di non esclusività. Infatti, con le considerazioni fatte poco sopra si è giunti solo alla conclusione che il giudice profilato dalla legislazione costituzionale e di rango inferiore è un decisore umano. Detto altrimenti, il nostro ordinamento non ammette che le funzioni giurisdizionali siano devolute e svolte *tout court* da una macchina, ma possono (e devono) essere svolte solo da coloro i quali compongono l’ordine giudiziario. Facendo un passo oltre, ciò significa solo che l’ordinamento non ammette che un sistema di IA possa essere qualificato come organo giurisdizionale e che di conseguenza un sistema di IA non possa svolgere le funzioni proprie di tale organo.

Infatti, dire che la legge ammette solo un decisore umano per lo svolgimento delle funzioni giurisdizionali non equivale a sancire un principio di non esclusività per come sopra definito.

38 Le stesse osservazioni sono portate anche da Santagada, Filomena. *Intelligenza artificiale e processo civile*, in *Il diritto nell’era digitale*. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia (a cura di) Rosaria Giordano e altri, Giuffrè, 2022, 839 ss.

39 Basti considerare l’elencazione di cui all’art. 4 Regio Decreto n. 12, 30 gennaio 1941, ai sensi del quale “*L’ordine giudiziario è costituito dagli uditori, dai giudici di ogni grado dei tribunali e delle corti e dai magistrati del pubblico ministero*”. Già in considerazione di ciò soltanto è possibile escludere che qualsivoglia sistema di IA possa essere qualificato come organo giurisdizionale e che allo stesso possano essere attribuite funzioni tipiche di tale organo.

Detto altrimenti, se una o più disposizioni di legge impongono che a decidere debba essere il giudice umano quelle stesse norme non stanno altrettanto affermando che un sistema di IA possa decidere solo se viene fatta salva una riserva di umanità nella decisione (ed è questo, si è visto, il principio di non esclusività). Argomentando diversamente significherebbe dare un contenuto a quelle norme che profilano lo statuto del giudice che, a ben vedere, non hanno (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*).

Ed invero, tale statuto nulla dice in ordine ad una possibile ripartizione delle funzioni giurisdizionali tra decisore umano e decisore robotico, quest'ultimo non essendo preso assolutamente in considerazione né dalla normativa costituzionale, né da quella ordinaria disciplinante il potere giurisdizionale, sicché è scorretto sostenere che il principio di non esclusività discende dal modello di giudice delineato dal nostro ordinamento.

Pertanto, dalle riflessioni appena fatte – che mi pare possano essere applicate anche al modello costituzionale di pubblica amministrazione – la sola conclusione che si può trarre è quella per la quale un sistema di IA non può essere qualificato come organo giurisdizionale; e da ciò non si può legittimare l'estrapolazione di un principio secondo cui la macchina può decidere purché sia garantita una riserva di umanità.

Dunque, il fondamento del principio di non esclusività deve essere ricercato altrove. Ed è proprio nel GDPR che, a mio avviso, possiamo ritrovare, almeno sotto un profilo embrionale, quel fondamento giuridico che stiamo cercando.

Infatti, il considerando n. 71 del GDPR – che si riferisce all'art. 22 del medesimo Regolamento – enuncia che *“L'interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona [...]”*. Pare dunque che la *mens legis* del legislatore dell'art. 22 GDPR fosse proprio quella di voler impedire che un sistema di automazione potesse da solo assumere decisioni nei riguardi delle persone.

Inoltre, quasi ad anticipare le previsioni dell'AI Act, l'art. 22 GDPR, nel sancire al paragrafo 1 il divieto di *“decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato”*, pone una deroga con il successivo paragrafo 2, lett. b), facendo salvi i casi in cui la decisione *“sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento, che precisa altresì misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato”*. Come si è detto, la presumibile entrata in vigore dell'AI Act, e quindi dell'Allegato III, punto 8, lett. a) che disciplinerebbe i sistemi di giustizia previsionale, in una prospettiva *de lege ferenda*, si porrebbe quale deroga ai sensi dell'art. 22, paragrafo 2, lett. b) GDPR.

Ecco, quindi, che quella parvenza embrionale di fondamento giuridico del principio di non esclusività riconducibile all'art. 22 GDPR trova evoluzione e un ancoraggio più saldo a quest'ultima disposizione.

D'altronde, non sembra confutabile che la decisione assunta da un sistema di giustizia previsionale vada proprio ad incidere su quegli aspetti personali presi in considerazione dal legislatore dell'art. 22 GDPR, dei quali si è detto anche con riferimento al considerando n. 71 del medesimo Regolamento. In questo senso, quindi, viene attribuito quel diritto alla "riserva di umanità" a tutti i soggetti interessati che saranno destinatari della risposta, ancorché parziale, fornita dalla macchina.

Ad ogni modo, anche se la decisione del sistema di IA non fosse riconducibile all'art. 22 GDPR non pare che si pongano problemi, almeno in un prossimo futuro, dato che la decisione rimarrebbe ugualmente assoggettata al principio di non esclusività per così come (sarà) posto dall'Allegato III, punto 8, lett. a) dell'AI Act.

3.2.2. Il principio di utilizzo ragionevole quale corollario del principio di non esclusività

A questo punto si pone, però, un ulteriore interrogativo, ossia se il principio di non esclusività sia *ex sé* sufficiente ad assicurare che quell'astratta "riserva di umanità" che tale principio impone sia nella concretezza dei fatti realizzabile. In altre parole, ci si chiede quale sia il contenuto del principio di non esclusività e se esso debba essere integrato attraverso ulteriori principi.

A mio avviso esso richiede un correttivo e nel dire il perché partiamo da questa considerazione.

Il principio di non esclusività, preso singolarmente, potrebbe essere interpretato in senso restrittivo, fino ad essere eluso, venendo potenzialmente circoscritto alla mera verifica per cui il sistema di IA sia affiancato da un essere umano. Però, si capisce bene che il fatto che alla macchina si affianchi la mera presenza dell'uomo non equivale ad escluderne *ipso facto* un utilizzo improprio. D'altronde, la presenza del giudice sarà sempre necessaria, altrimenti lo strumento di IA da solo non potrebbe svolgere le sue funzioni. Considerazioni diverse porterebbero automaticamente ad affermare che sarebbe sempre rispettato il principio di non esclusività. Ma, pur essendovi sempre la presenza del decisore umano, non è detto che questa sia sufficiente a rendere effettivo detto principio in maniera tale da garantire la riserva di decisione umana nel singolo caso concreto.

Se poi volgiamo lo sguardo al percorso europeo di giuridicizzazione dell'intelligenza artificiale, ci accorgiamo che il *soft law*⁴⁰ lascia prefigurare futuri scenari caratterizza-

40 Faccio qui riferimento al percorso di sensibilizzazione dell'Unione Europea verso l'utilizzo etico di strumenti di intelligenza artificiale – e in particolare agli atti della Commissione europea – la quale, a partire dal 2018, ha dato origine a importanti iniziative al fine di creare un ecosistema di eccellenza e di fiducia. Si vedano in particolare "L'intelligenza artificiale per l'Europa" COM (2018) 237 final del 25 aprile 2018 e il relativo parere del Comitato Economico e Sociale Europeo (CESE) 2018/C 440/08; il "Piano coordinato sull'intelligenza artificiale", accompagnato dal "Piano coordinato sullo sviluppo e l'utilizzo dell'intelligenza artificiale "Made in Europe" – 2018"; il Libro Bianco sull'intelligenza artificiale in COM (2020) 65 final del 19 febbraio 2020.

ti da una qualche forma di antropocentrismo, finalizzata ad attribuire esclusivamente funzioni serventi ai sistemi di IA e, dunque, a scongiurare un rapporto uomini-macchine in cui le seconde possano pregiudicare i diritti dei primi.

Proprio per prevenire problemi del genere si dovrebbe praticare un uso ragionevole di questi strumenti: in quest'ottica si potrebbe dunque prospettare al riguardo un "principio di utilizzo ragionevole" della macchina, in applicazione del quale la misura del controllo umano debba sempre valutarsi caso per caso e mai essere dato per scontato. Si dovrebbe quindi accertare che tale controllo non si ponga mai al di sotto di una certa e apprezzabile soglia e che sia anzi sufficiente a far sì che siano scongiurate ipotesi in cui l'utilizzo di sistemi di IA siano slegati da un "controllo umano significativo"⁴¹.

Un siffatto principio andrebbe quindi a riempire di contenuto il principio di non esclusività.

Quanto alle modalità, una soluzione potrebbe essere quella di prospettare che, oltre alla verifica dell'affiancamento dell'uomo (principio di non esclusività), ne sia compiuta una ulteriore in ordine alla misura in cui il controllo umano è stato effettuato (principio di utilizzo ragionevole).

Ma in cosa consiste la verifica dell'uso ragionevole dello strumento di giustizia previsionale? Si inizi col precisare che questo piano di indagine è diverso e non va confuso con quello del controllo del giudice sull'operato della macchina, riguardando quest'ultimo l'accertamento dei fatti operato dal sistema di IA e vagliato poi dal giudice.

L'indagine attorno al principio di uso ragionevole, invece, attiene più propriamente alla misura (intesa come "quantità") dell'utilizzo del software ai fini della decisione della controversia, cioè se l'apporto partecipativo della macchina alla decisione finale sia maggiore o minore rispetto alla misura in cui il giudice ha apportato il proprio contributo intellettuale ai fini della statuizione sull'intera controversia.

La questione, quindi, può essere ricostruita in termini quantitativi e in tal maniera potrebbe essere risolta semplicemente rimettendo alla discrezionalità del singolo giudice la scelta del se utilizzare il sistema di IA. In altre parole, il giudice dovrebbe verificare che nel caso di specie egli abbia fatto un uso ragionevole del sistema di giustizia previsionale, accertandosi che il suo apporto decisionale sia maggiore rispetto

41 Per una analisi relativa al controllo umano sulla macchina si veda Ubertis, Giulio. *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*. In *D.P.C. Riv. Trim.*, 4, 2020. L'autore ritiene che "Andrebbe pertanto sancito che l'impiego della macchina in sede giurisdizionale fosse assoggettato a un controllo umano significativo rappresentato dalle seguenti imprescindibili condizioni: 1) che il suo funzionamento fosse reso pubblico e vagliato conformemente ai criteri di peer review; 2) che fosse noto il potenziale tasso di errore; 3) che adeguate spiegazioni traducano la "formula tecnica" costitutiva dell'algoritmo nella sottesa regola giuridica, così da renderla leggibile e comprensibile dal giudice, dalle parti e dai loro difensori; 4) che fosse salvaguardato il contraddittorio sulla scelta degli elementi archiviati, sui loro raggruppamenti e sulle correlazioni dei dati elaborati dall'apparato di intelligenza artificiale, particolarmente in relazione all'oggetto della controversia; 5) che la loro accettazione da parte del giudice fosse giustificata alla luce di quanto emerso in giudizio e per la quaestio facti valutato secondo il principio del libero (non: intimo) convincimento".

alla portata che la decisione della macchina ha avuto sulla decisione della lite. Ciò nel senso che spetterebbe al giudice vagliare, in un primo momento, la semplicità o complicatezza della controversia sottoposta al suo vaglio e, dopo, valutare se sia o meno il caso di avvalersi dello strumento di giustizia previsionale. Da ciò ne discenderebbe che, nel caso in cui la questione sia di semplice risoluzione - poiché non richiede molte o complesse attività di indagine - non dovrebbe ammettersi l'uso del sistema di IA, dato che, diversamente, la macchina inciderebbe significativamente sulla decisione finale. Al contrario, ove la controversia sia più complicata – poiché, ad esempio, devono essere affrontate un numero maggiore di questioni – dovrebbe ammettersi l'utilizzo dello strumento di giustizia previsionale, atteso che la sua decisione – a fronte della molteplicità di questioni da trattare – non inciderebbe in misura eccessiva sulla statuizione finale, non andando dunque distogliere il decidente dalla sua posizione di giudice naturale precostituito per legge (art. 25, comma 1 Cost.).

4. LA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA SUGLI ALGORITMI DECISIONALI. CONSIDERAZIONI PER UNA APPLICAZIONE ANALOGICA DEL PRINCIPIO DI NON ESCLUSIVITÀ NEL PROCESSO CIVILE

In questo paragrafo vediamo alcune pronunce della giurisprudenza amministrativa che hanno affrontato la questione del principio di non esclusività delle decisioni algoritmiche applicate dalla pubblica amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni decisorie⁴².

Si badi però che non si tratta di applicativi utilizzati in sede giurisdizionale amministrativa (ossia non si tratta di uno strumento come quello che sopra abbiamo definito di giustizia previsionale), ma si tratta di software utilizzati all'interno del procedimento amministrativo di cui alla L. n. 241/1990 e utilizzati dalla pubblica amministrazione con funzione decisionale al fine dell'emanazione (o meno) di quello che è stato definito il "provvedimento amministrativo informatico".

L'obiettivo di questa più limitata indagine è quello di verificare se dalle conclusioni cui è giunto questo filone giurisprudenziale in merito all'utilizzo di sistemi decisionali automatizzati possano estrapolarsi analoghi principi da applicarsi ove un sistema di IA venga utilizzato nella fase decisionale del processo civile. In altri termini, ci si chiede se quei principi affermati dalla giurisprudenza che tra poco vedremo abbiano carattere generali e, quindi, se siano applicabili anche in sede giurisdizionale civile ove in questa venga utilizzato uno strumento di giustizia previsionale.

42 Al riguardo si veda Donati, Filippo. *Intelligenza artificiale e giustizia*. In A. D'Aloia (a cura di) *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020, 248; Sassi, Silvia. *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*. In *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2019; Avanzini, Giulia. *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Napoli, 2020.

La prima applicazione del principio qui in argomento, però nella sua veste embrionale, è stata fatta da Cons. Stato, Sez. VI n. 2270/2019.

Tra le varie considerazioni che il giudice ha formulato sono due quelle rilevanti ai fini della nostra analisi e che possono essere ricondotte nella portata del principio di non esclusività.

La prima riguarda la conoscibilità dell'algoritmo, la quale – in applicazione del principio di trasparenza – impone che si conoscano gli autori della regola algoritmica, il procedimento di elaborazione e il meccanismo decisionale, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e dei dati ritenuti rilevanti ai fini della decisione automatizzata.⁴³

La seconda considerazione afferisce invece alla necessità che la regola algoritmica sia soggetta alla piena cognizione del giudice amministrativo. Questa esigenza risponde alla necessità di poter sindacare come è stato esercitato il potere da parte della pubblica amministrazione, riflettendosi in ultima istanza sull'esercizio del diritto di difesa del cittadino.

Le due considerazioni appena riportate mi pare possano valere ed essere trasposte anche sul versante della giustizia civile. Infatti, il giudice – pur avendo preso questa posizione nell'ambito di una controversia afferente alle procedure di assegnazione e di mobilità del personale scolastico⁴⁴ – ha portato a sostegno di tali considerazioni argomentazioni di portata generale e di più ampio respiro. Esse attengono infatti più in generale a tutte le procedure di decisione automatizzata che fanno applicazione di regole oggettive e standard, ossia che non coinvolgono l'impiego di discrezionalità amministrativa⁴⁵.

Ugualmente, all'interno del processo civile, si fa applicazione di regole oggettive e standard, ossia di regole astratte e valevoli *erga omnes*. E non potrebbe essere il contrario, dato che gli strumenti di giustizia previsionale non possono essere chiamati

43 Qui il giudice amministrativo fa riferimento alla problematica della c.d. *black box* (o dell'opacità della decisione automatizzata), ossia quel meccanismo in ragione del quale la decisione assunta dall'algoritmo non è autoreferenziale, nel senso che non è esplicabile – e dunque motivabile – al pari di come farebbe invece un decisore umano. In argomento si rimanda alla nota n. 19.

44 Il settore scolastico è l'ambito in relazione al quale si è registrato un copioso filone giurisprudenziale che ha affrontato la tematica delle decisioni algoritmiche. Si vedano le pronunce di T.A.R. Lazio, Sez. III-bis 3769/2017; T.A.R. Lazio, Sez. III-bis nn. 9224-9230/2018; Cons. Stato., Sez. VI n. 2270/2019; di T.A.R. Lazio, Sez. III-bis n. 6606/2019; Cons. Stato, Sez. VI nn. 8472-8474/2019; Cons. Stato, Sez. VI n. 881/2020; T.A.R. Lazio, Sez. III-bis n. 7589/2021.

45 Con riferimento all'utilizzo di procedure automatizzate da parte della pubblica amministrazione, il Cons. Stato, Sez. VI 2270/2019 ha da subito evidenziato che *“non può essere messo in discussione che un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica sia fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti”*. E d'altronde questa considerazione trova conferma sia nelle istanze dell'Unione europea (cfr. Comunicazione della Commissione europea del 26 settembre 2003 *“Il ruolo dell'e-governement per il futuro dell'Europa”*) sia, sotto il profilo del diritto positivo, nella disciplina dettata dal Codice dell'amministrazione digitale (D. lgs. 7 marzo 2005, n. 82 e successive modificazioni).

a svolgere giudizi di valore o nei quali sia direttamente coinvolta la discrezionalità del giudice.

Inoltre, si consideri che il canone della conoscibilità della regola applicata si esige senza ombra di dubbio anche nell'ambito della giustizia civile. E ciò in ragione di quelle disposizioni - costituzionali e non – che impongono al giudice l'obbligo di motivare i propri provvedimenti (artt. 111 Cost., 132, n. 4 c.p.c., 118 disp. att. c.p.c.). Prescindere da ciò significherebbe emettere un provvedimento che nasce viziato sotto il profilo motivazionale, e in quanto tale sicuramente censurabile in sede impugnatoria.

Si pensi, facendo un esempio, ad un giudice chiamato a decidere avvalendosi di un sistema di giustizia previsionale sulla richiesta di mantenimento di un coniuge a favore dell'altro formulata in sede di separazione giudiziale. Ancorché non si tratti dell'esercizio di un potere pubblicistico per come inteso con riferimento alla disciplina della L. n. 241/1990, ciò non toglie che le esigenze difensive della parte destinataria del provvedimento giurisdizionale comportino la necessità di conoscere il funzionamento del software utilizzato dal giudice per poi censurare il provvedimento adottato ove si voglia contestare l'erroneità o l'ingiustizia della risposta fornita dalla macchina.

Un secondo e rilevante ordine di pronunce del giudice amministrativo è quello di Cons. Stato, Sez. VI nn. 8472-8473-8474/2019, le quali si inseriscono nello stesso solco della decisione appena esaminata, fornendo però ulteriori considerazioni in ordine alla conoscibilità dell'algoritmo, e trattando poi le questioni relative all'imputazione ed alla responsabilità della decisione automatizzata. In queste pronunce il Consiglio di Stato per la prima volta afferma in modo esplicito il principio di non esclusività.

Quanto alla conoscibilità viene affermato che ad essa non può ostare la riservatezza invocata dalle software house, posto ponendo i loro software al servizio del potere autoritativo della pubblica amministrazione ne accettano le relative conseguenze in punto di trasparenza⁴⁶.

È per il vero un'affermazione importante che si può ritenere di portata generale, ancorché riferita soltanto a quelle ipotesi nelle quali il software viene messo a disposizione di una pubblica amministrazione, e quindi di un potere pubblicistico. Il giudice, a monte della decisione, ha necessariamente effettuato un bilanciamento di fondamentali interessi, il quale ha avuto ad oggetto quantomeno il diritto di difesa e le garanzie partecipative di cui alla L. n. 241/1990, da un lato, e il diritto della proprietà industriale⁴⁷ dell'algoritmo, dall'altro.

In quest'ottica è condivisibile l'esito cui è giunto il giudice amministrativo che, vedendo contrapposti due differenti diritti a tutela di esigenze diverse, l'una economica,

⁴⁶ Cons. Stato, Sez. VI n. 8472/2019, paragrafo 13.1.

⁴⁷ Si tratta di un aspetto spesso invocato dalle società che sviluppano software per evitare che venga esplicitata la regola algoritmica posta a fondamento del meccanismo decisionale e che, di conseguenza, da ciò possa scaturire un pregiudizio agli interessi economici attraverso l'utilizzo dell'algoritmo – ormai noto – da parte della concorrenza.

l'altra difensiva, ha fatto ben prevalere quest'ultima. Tuttavia, non essendo forse questa conclusione scontata, atteso che si tratta pur sempre di due esigenze che trovano copertura costituzionale (art. 24 Cost., diritto di difesa; art. 42 Cost., diritto di proprietà) quell'affermazione avrebbe dovuto essere maggiormente argomentata in vista di una maggiore delucidazione e dell'affermazione di un principio di diritto di ordine generale.

Quanto alle considerazioni che più qui ci interessano, ossia quelle sul principio di non esclusività, il giudice amministrativo giunge alla sua affermazione ragionando sulle questioni dell'imputabilità e della responsabilità che discendono da una decisione integralmente automatizzata, svolgendo al riguardo anche delle considerazioni attinenti alla Carta della Robotica⁴⁸, nonché richiamando il noto caso americano Loomies vs Wisconsin.

Sul punto il Consiglio di Stato prende le mosse dall'art. 22, comma 1 GDPR, sostenendo che proprio in ragione di questa disposizione si rende necessario individuare un centro di imputazione e di responsabilità, che sia in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall'algoritmo. Ed in proposito – usando le stesse parole del giudice – *“deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (human in the loop), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano”*.

Ecco che, pur inserendosi questa decisione nello stesso solco di Cons. Stato, Sez. VI n. 2270/2019, le argomentazioni di questo precedente vengono arricchite, ad opera, parrebbe, di un giudice più attento alle nuove esigenze che via via si stanno affermando; e queste esigenze stanno nascendo in ragione del fatto che anche il diritto sta acquisendo una natura multisettoriale⁴⁹, nel senso che se prima la sua applicazione era esclusivamente opera intellettuale, ad oggi pare non essere più così (anche se ciò, al momento, avviene in settori estremamente limitati), dovendo tenere conto di quella che è stata definita “rivoluzione 4.0”⁵⁰.

Tirando le fila del discorso possiamo sostenere dunque che le ragioni per le quali si necessita dell'intervento umano nei processi decisionali automatizzati (principio di non esclusività) sono le medesime a prescindere che questi riguardino l'attività procedimentale amministrativa o la diversa attività giurisdizionale, riguardando la necessità

48 Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica.

49 Al riguardo Frosini, Tommaso Edoardo. L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale. In *BioLaw*, 1, 2022 scrive: *“Si assiste, a seguito dell'affermarsi della tecnologia, a un nuovo modo di essere del diritto e, conseguentemente, a un processo di metamorfosi della figura del giurista come umanista in quella del giurista tecnologico. Il cui compito è quello di farsi interprete delle trasformazioni che si stanno verificando nella società sulla base dello sviluppo della tecnologia, e dell'impatto che questa sta avendo sul diritto, sui diritti”*.

50 Sul tema si veda Galetta, Diana Urania. Corvalán, Juan Gustavo. Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto. In *Federalismi*, 3, 2019.

di garantire sempre un concreto esercizio del diritto di difesa (art. 24 Cost.). La conoscibilità e la comprensibilità sono infatti preordinate a fare in modo che la decisione della macchina sia motivabile, al fine di permettere al destinatario del provvedimento (sia quello informatico, sia quello giurisdizionale) di poter prendere posizione su di esso ed esercitare le proprie difese. Dunque, a prescindere dalla sede nella quale ci si avvale dello strumento di intelligenza artificiale (se nell'ambito di un procedimento amministrativo ai sensi della L. n. 241/1990 o se nell'ambito di un procedimento dinanzi all'autorità giurisdizionale), sono sempre le esigenze difensive del soggetto destinatario del provvedimento (amministrativo o giurisdizionale) a determinare la necessità che la regola algoritmica sia conoscibile. La natura del procedimento, quindi, non può essere giustificato motivo per una differente applicazione della regola per la quale al cittadino non può essere precluso di conoscere le modalità (anche se automatizzate) con le quali è stata in concreto assunta una decisione destinata a ripercuotersi sulla sua sfera giuridica, dato che le esigenze difensive nascono (e sono tutelate) tanto nella sede procedimentale amministrativa, quanto in quella giurisdizionale.

Ciò che risulta parzialmente diverso è che questa difesa si estrinseca attraverso modalità differenti, nel senso che, mentre l'accesso alla tutela giurisdizionale civile avviene (di regola) attraverso domanda di parte (principio della domanda), nell'ambito dei procedimenti amministrativi questa si esercita, prima, attraverso gli istituti di partecipazione di cui alla L. n. 241/1990 e, poi, in sede giurisdizionale amministrativa. Ma, ad ogni modo, restano ferme le esigenze difensive tanto nel procedimento amministrativo, quanto in ogni sede giurisdizionale (artt. 24 e 111 Cost.).

5. CONCLUSIONI

Siamo ormai all'interno di quella che si è accennato essere la rivoluzione 4.0. Questa interessa sicuramente, come si è visto, la pubblica amministrazione e non c'è motivo per escludere che la sua dirompenza involgerà in un prossimo futuro anche l'attività giurisdizionale.

È opportuno quindi domandarsi e riflettere se anche l'utilizzo di processi decisionali automatizzati possa concorrere alla realizzazione di quel perseguito efficientamento della giustizia⁵¹. In questi termini possiamo intendere quei numerosi applicativi nati in altri ordinamenti europei, tra i quali si menzionano i software Ross Intelligence e Case Crunch nel Regno Unito, la banca dati Arianne e le piattaforme Predictice e Case Law Study in Francia⁵² e i già menzionati Doctine.fr, JurisData Analytics, Predictice e

51 La risposta pare essere positiva, al punto che il legislatore europeo ha ritenuto di dover fornire una regolamentazione giuridica degli strumenti di IA che assistono l'autorità giudiziaria (Allegato III, punto 8, lett. a) AI Act).

52 Per una analisi più approfondita di questi applicativi di veda Pasceri, Giovanni, *La predittività delle decisioni. La funzione giurisdizionale e la responsabilità delle parti nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2022, 117.

CaseLaw Analytics, Luminance, HART, Watson e Lex Machina. Conosciamo inoltre gli applicativi LSI-R (*level of service inventory-revised*) e PSA (*public safety assessment*). Il primo viene usato per determinare la percentuale (quindi una misura probabilistica) del tasso di recidiva. Il secondo, invece, oltre a calcolare il rischio di recidiva, ha come ulteriori funzioni quelle di calcolare (sempre in misura percentuale) il pericolo di fuga e la capacità di pagare la somma determinata dal giudice a titolo di cauzione.

Inoltre, la strumentazione digitale non è sconosciuta neppure al settore privato, essendo utilizzata anche da alcuni studi legali ed uffici legali di certe aziende. Si pensi al riguardo ai software LegalZoom⁵³, Rocket Lawyer⁵⁴, Kyra⁵⁵, P.I.A.⁵⁶, nonché la banca dati *open source* Docracy⁵⁷.

Per quel che riguarda gli strumenti di giustizia previsionale, mi pare che l'enunciazione del principio di non esclusività ed il relativo corollario del principio di utilizzo ragionevole nella maniera e misura esposte in questo elaborato sia doverosa. Quella che ho prospettato è infatti una tesi garantistica che tiene fermi, poiché ineludibili, i basilari principi costituzionali in tema processuale. Con l'affermazione di quei principi nella maniera vista sopra sarebbero infatti rispettati il principio del giudice naturale precostituito per legge e, di conseguenza, anche l'imputabilità della decisione della controversia al giudice (art. 25 Cost.). Sarebbe rispettato l'obbligo motivazionale del provvedimento giurisdizionale poiché nessuna funzione argomentativa verrebbe devoluta alla macchina, rimanendo questo esclusivo compito del giudicante dopo che si è avvalso del sistema di giustizia previsionale e dopo aver vagliato la correttezza dell'output del software, superando quindi il problema della *black box* (art. 111, comma 6 Cost.). Sarebbero rispettate le esigenze di tutela in sede impugnatoria affinché sia possibile contestare l'errato o l'ingiusto utilizzo del sistema di giustizia previsionale (art. 24 Cost.). Infine, la decisione, nel caso in cui il giudice si avvalga di sistemi di *machine learning*, non dareb-

53 <https://www.legalzoom.com/country/it>

54 <https://www.rocketlawyer.com/>

55 <https://kirasystems.com/>

56 Per una analisi della metodologia P.I.A. (privacy impact assessment) si veda Vemou, Konstantina and Karyda, Maria, *An Evaluation Framework for Privacy Impact Assessment Methods*, 2018. MCIS 2018 Proceedings. 5.

57 Per una descrizione di questi applicativi si veda sempre Giovanni Pasceri, Giovanni, *La predittività delle decisioni. La funzione giurisdizionale e la responsabilità delle parti nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2022, 117.

Va comunque sottolineato che, mentre questi ultimi applicativi del settore privato, sebbene si inseriscano sempre nel campo della digitalizzazione dell'attività giuridica, nulla hanno a che vedere con l'attività previsionale, i software quali Compass, LSI-R e PSA, invece, svolgono quella funzione di c.d. *predictive sentencing*, ossia quell'attività che ad inizio di questo elaborato si è scritto che è preferibile chiamare attività previsionale, e non predittiva.

Ad ogni modo il funzionamento avviene sempre attraverso una stima probabilistica di un accadimento che interessa il caso concreto sottoposto al giudice (c.d. *evidence based practise*) e viene effettuata sulla base di un numero significativo di precedenti dai quali viene estrapolata una certa regola (che può essere il ripetersi di una condotta, come nel caso di previsione del tasso di recidiva, o di verifica di un evento a determinate condizioni).

be vita al fenomeno dello *stare decisis* ma, con il vaglio che il giudice deve compiere sulla risposta del software, si garantirebbe la conformità della decisione a legge.

Ci si rende però conto che la prospettata formulazione del principio di non esclusività e del suo correttivo impedirebbe quella che forse è la più immediata idea applicativa di un sistema di giustizia previsionale, vale a dire il suo utilizzo nell'ambito degli *small claims*.

Credo però si possa convenire sul fatto che anche ove le liti dovessero presentare un particolare grado di semplicità ciò non è ragione che giustifica l'abbandono dei più basilari principi che rendono giusto un processo, pena un illegittimo trattamento diseguale delle richieste di giustizia.

Tenendo fermo quanto finora detto, pensando ad alcuni applicativi che potrebbero in un prossimo futuro trovare applicazione si potrebbero immaginare software adoperati per la decisione di questioni seriali e di semplice risoluzione che rappresentino però una porzione della controversia devoluta alla cognizione del giudice. Al riguardo credo che si prestino bene per una prima fase di sperimentazione applicativi utilizzati per la risoluzione di alcune delle questioni preliminari di rito, come la verifica in ordine alla sussistenza della giurisdizione e della competenza, ossia di un software che decida secondo legge⁵⁸. Più complicata, invece, la risoluzione di questioni come la determinazione della pregiudizialità o dipendenza di una questione rispetto ad un'altra. La difficoltà che si incontra per la programmazione di un applicativo decisionale di questo genere insorge dalla stessa difficoltà di far comprendere alla macchina qual è il campo semantico della locuzione "questione pregiudiziale o dipendente". Mentre, infatti, per la risoluzione delle questioni relative alla giurisdizione o alla competenza va fatta applicazione di regole di inferenza deduttive che tutto sommato non paiono di difficile realizzazione (ad esempio, se il convenuto ha la residenza a Torino allora sarà competente, assumiamo, il Tribunale di Torino ai sensi dell'art. 18 cpc; se la causa è relativa a diritti reali su beni immobili allora sarà competente il giudice del luogo in cui è ubicato l'immobile ai sensi dell'art. 21 cpc; e così via), quando invece l'applicativo deve comprendere enunciati (giuridici e non) dal significato ambiguo la programmazione del software è decisamente più complessa.

Torna quindi in conclusione una considerazione fatta in apertura, ossia quella per la quale le applicazioni di intelligenza artificiale c.d. forte appartengono a scenari futuribili, dovendo dunque limitarci – almeno per il momento – nel focalizzare l'attenzione su applicativi di *machine learning* di portata ben più limitata.

58 Si tratterebbe quindi di un applicativo che andrebbe anche a ridurre i rischi di incompatibilità costituzionale, i quali si è sostenuto che potrebbero essere evitati optando proprio per un uso di tipo logico e non statistico degli algoritmi (quindi, avvalendosi di software che decidano secondo legge e non secondo precedenti). In tal senso Viola. Interpretazione della legge con modelli matematici, Processo, a.d.r., giustizia predittiva, Milano, 2018.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA, Guido (a cura di). *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020
- AVANZINI, Giulia. Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità, Napoli, 2020.
- BEX, Floris. PRAKKEN, Henry. *On the relevance of algorithmic decision predictors for judicial decision making*, ICAIL'21, June 21-25, 2021
- BICHI, Roberto. *Intelligenza digitale, giurmetria, giustizia predittiva e algoritmo decisorio. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 423
- BOBBIO, Norberto. *Diritto e logica*, 1962
- BOVE, Mauro. *Il sindacato della Corte di Cassazione*, Milano, 1993, p. 589
- BREGGIA, Luciana. Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti. In *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 2019, 398
- CAIANI, Luigi. *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 1954
- CALAMANDREI, Piero. Diritto consuetudinario in Cassazione. In *Riv. dir. proc.*, 1938, II, 121
- CALAMANDREI, Piero. *La genesi logica della sentenza civile*. In *Studi di diritto proc. civ. I*, Padova, 1930
- CALOGERO, Guido. *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937
- CARULLO, Gherardo. Decisione amministrativa e intelligenza artificiale. In *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2021, 431
- CAVALLO PERIN, Roberto. ALBERTI, Isabella. *Atti e procedimenti amministrativi digitali*. In *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Roberto Cavallo Perin e Diana Urania Galletta (a cura di), Giappichelli, Torino, 2020
- CERINO CANOVA, Augusto. *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in Allorio (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, 1, Torino, 1980, 141, nt. 136
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 1923
- CIUNI, Roberto. FRIGERIO, Aldo. *Gli argomenti deduttivi*. In *Critical Thinking*, Canale, Ciuni, Frigerio, Tuzet (a cura di), EGEA, 2021
- COMOGLIO, Paolo. *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*. Giappichelli, 2018, 329
- CORVALÁN, Juan Gustavo. *Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades - Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia*, in *Rev. Investig. Const.*, 1, 2018
- CORVALÁN, Juan Gustavo. LA FEVRE CERVINI, Enzo Maria. *Prometea experience. Using AI to optimize public institution*, in *CERIDAP 2*, 2020

- DALFINO, Domenico. Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività. In *Il Foro italiano*, 2018, 385 ss
- DE FELICE, Massimo. *Calcolabilità e probabilità. Per discutere di “incontrollabile soggettivismo della decisione*. In AA. VV., *Calcolabilità giuridica*, p. 54
- DELGADO, Martìn. Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?. In *Istituzioni del Federalismo*, 2019
- DI BERNARDO, Giuliano (a cura di). *Logica deontica e semantica*, Bologna, Il Mulino, 1977
- DONATI, Filippo. *Intelligenza artificiale e giustizia*. In A. D’Aloia (a cura di) *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020, 248
- DORIGO, Stefano (a cura di). *Il ragionamento giuridico nell’era dell’intelligenza artificiale*, Pisa, 2020
- FINOCCHIARO, Giusella. Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali. In *Giur. it.*, 2019, 1674
- FROSINI, Tommaso Edoardo. L’orizzonte giuridico dell’intelligenza artificiale. In *BioLaw*, 1, 2022
- GABELLINI, Elena. Algoritmi decisionali e processo civili: limiti e prospettive. In *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1, 2022, 73
- GALETTA, Diana Urania. CORVALÁN, Juan Gustavo. Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto. In *Federalismi*, 3, 2019
- GROSSI, Paolo. Il giudice civile. Un interprete?. In *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 1135;
- HEINITZ, Ernesto. *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 161
- IENCA, Marcello. *Intelligenza. Per una unione fra intelligenza naturale e artificiale*, Torino, 2019
- IRTI, Natalino. *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*. In *Calcolabilità giuridica*, A. Carleo (a cura di), Bologna, 2017, 20
- KALINOWSKI, George. *Introduction à la logique juridique*, Parigi 1965
- KELLEHER, John D. MAC NAMEE, Brian. D’ARCY, Aoife. *Fundamentals of Machine Learning for Predictive Data Analytics, Algorithms, Worked Examples, and Case Studies*, 2 ed., Mit Press, 2020
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre* (1934), Dottrina pura del diritto, Mario G. Losano (a cura di), Einaudi, 2021
- LETTIERI, Nicola. Contro la previsione. Tre argomenti per una critica del calcolo predittivo e del suo uso in ambito giuridico. In *Ars Interpretandi*, 1, 2021, 83
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Sui poteri del giudice nella questione di diritto ed in quella di fatto. In *La Corte di Cass.*, 1925, 172

- LO SAPIO, Germano. La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche quale garanzia di buona amministrazione. In *Federalismi*, 16, 2021
- LUCIANI Massimo, La decisione giudiziaria robotica, in *Nuovo Diritto Civile*, III, 1, 2018
- MACINTOSH, Duncan. *Autonomous Weapons and the Nature of Law and Morality: How Rule-of-Law-Values Require Automation of the Rule of Law*. In *Temple International & Comparative Law Journal*, vol. 30, no. 1, Spring 2016, 99
- MANDRIOLI, Cristiano. CARRATTA, Adriano. *Diritto processuale civile*, Vol. I, Giappichelli, Torino, 2017, 90
- MEIER, Michael W. *Lethal Autonomous Weapons Systems (Laws): Conducting a Comprehensive Weapons Review*, in *Temple International & Comparative Law Journal*, vol. 30, no. 1, Spring 2016, 119
- MONESIGLIO, Andrea. Paradigm shift in civil justice in light of technological innovation between the European Union, the USA and China. In *Journal of law, market and innovation*, 3, 2023 (in corso di pubblicazione)
- OTRANTO, Piergiuseppe. *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, 7, 2021
- PASCHERI, Giovanni, *La predittività delle decisioni. La funzione giurisdizionale e la responsabilità delle parti nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2022, 117
- PERELMAN, Chaïm. *Lucie Olbrechts-Tyteca, Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 1958, trad. it., Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica, Torino, Einaudi, 1966
- PUNZI, Antonio. Difettività e giustizia aumentata. L'esperienza giuridica e la sfida per l'umanesimo digitale, in *Ars Interpretandi*, 1, 2021
- PUNZI, Antonio. *Judge in the machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità nel giudicare?* in Carleo (a cura di), *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019
- RADIN, Sasha. COATS, Jason. *Autonomous Weapons Systems and the Threshold of Non-International Armed Conflict*, in *Temple International & Comparative Law Journal*, vol. 30, no. 1, Spring 2016, 133 ss
- RESTA, Giorgio. Algoritmi, diritto e democrazia. In *Giustiziavivale.com*, 4, 2019
- ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*, Torino, 1906
- RUFFOLO, Ugo (a cura di). *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti e l'etica*, Milano, 2020
- RULLI, Edoardo. Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi? In *Analisi giuridica dell'economia*, 2, 2018
- RUSSEL, Stuart. NORVIG, Peter. *Artificial intelligence. A modern approach*, 4 ed., Pearson Education, 2021
- SANTAGADA, Filomena. *Intelligenza artificiale e processo civile*, in *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia* (a cura di) Rosaria Giordano e altri, Giuffrè, 2022

- Santosuosso, Amedeo. Sartor, Giovanni, *La giustizia predittiva: una visione realistica*. In *Giurisprudenza italiana*, 2022
- Sassi, Silvia. Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità. In *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2019
- SCARSELLI, Giuliano. Poteri del giudice e diritto delle parti. In *Giusto proc. civ.*, 2010, 45
- SIMONCINI, Andrea. *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*. In *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Roberto Cavallo Perin e Diana Urania Galetta (a cura di), Giappichelli, Torino, 2020
- TAMBURRINI, G. *Etica delle macchine. Dilemmi morali per robotica e intelligenza artificiale*, Roma, 2020
- Tegmark, Max. *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Raffaello Cortina Editore, 2018
- Ubertis, Giulio. Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo. In *D.P.C. Riv. Trim.*, 4, 2020
- Vallone, Giovanni. Il Consiglio di Stato marca la distinzione tra algoritmo, automazione ed intelligenza artificiale. In *Diritto di internet*, 1, 2022
- Wachter, Sandra. Mittelstadt, Brent. Floridi, Luciano. Why a Right to Explanation of Automated Decision. Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation. In *International Data Privacy Law*, 7, 2, 2017, 76
- WRIGHT, Georg Henrik. *An essay in deontic logic and the general theory of action*, Amsterdam 1968
- WRIGHT, Georg Henrik. *Deontic logic*, in *Mind*, Oxford University Press, 60, 1951
- WRIGHT, Georg Henrik. *Norm and action*, Humanities, 1963



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

7

LITIGÂNCIA PREDATÓRIA NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO: O USO ABUSIVO DO REQUERIMENTO DE FALÊNCIA PELO CREDOR

Juliana Melazzi Andrade

Prosecutor in the State of São Paulo, Brazil.
Master of Laws from the Rio de Janeiro State University (UERJ).
julianamelazzi.a@gmail.com

Fernanda Rocha David

Master of Laws from the Rio de Janeiro State
University (UERJ), Brazil. Lawyer.
fernandarochadavid@gmail.com

Resumo: O termo *litigância predatória* vem ganhando notoriedade em razão do início do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do Tema 1.198 dos Recursos Especiais Repetitivos. Na maior parte das vezes, contudo, a abordagem do tema envolve condutas abusivas ou fraudulentas praticadas pelas partes ou seus advogados no processo de conhecimento e nas demandas de massa, ignorando que o fenômeno também pode ocorrer em outras fases processuais e independentemente do número de processos ajuizados. O presente artigo, assim, pretende conferir um novo enfoque para a *litigância predatória*, abordando a sua ocorrência também nos processos de execução, em especial, o requerimento abusivo de falência pelo credor.

Abstract: The term *predatory litigation* has been gaining notoriety since the Superior Court of Justice started the judgment of the Multiple Special Appeals Theme 1,198. Usually, however, *predatory litigation* is addressed as something that involves the practice of abusive or fraudulent actions by the parties or their lawyers in the cognitive proceedings and mass litigation, ignoring that the phenomenon can also occur in other procedural phases and regardless of the number of filed lawsuits. This article, therefore, aims to give a new focus to *predatory litigation*, addressing its occurrence also in enforcement proceedings, especially, the predatory request for bankruptcy by creditors.

Palavras-chave: Execução civil – Litigância predatória – Falência – Requerimento abusivo.

Keywords: Enforcement Civil Proceeding – Predatory Litigation – Bankruptcy – Predatory Request.

Sumário: 1. Introdução. 2. O uso abusivo do Poder Judiciário na análise econômica do processo. 2.1. Litigância predatória. 2.2. As espécies de litigância predatória. 2.3. A atuação do Poder Judiciário em combate à litigância predatória. 3. Litigância predatória no processo falimentar. 3.1. Características gerais do processo falimentar. 3.2. Requerimento abusivo de falência como forma de litigância predatória na execução. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, tem crescido a utilização de termos como litigância predatória, *sham litigation*, assédio processual, litigância frívola, dentre outros. Esses termos se somam às já conhecidas expressões litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da justiça. Apesar de não se confundirem, os termos possuem um denominador comum: a prática de condutas prejudiciais à instauração e/ou ao trâmite regular de um processo judicial, seja para a uma das partes, seja para o Poder Judiciário, com consequências negativas para a toda a sociedade.

Verifica-se, contudo, que, enquanto a litigância de má-fé e o ato atentatório à dignidade da justiça são legalmente previstos tanto em relação ao processo de conhecimento, quanto ao processo de execução, o tema da litigância predatória tem recebido destaque apenas quando se trata da fase de conhecimento. Assim, é necessário refletir sobre a ocorrência desse fenômeno também nos processos de execução.

Nesse sentido, este artigo pretende abordar a litigância predatória nos processos de execução sob um prisma específico: o uso abusivo do requerimento de falência de um devedor.

2. O USO ABUSIVO DO PODER JUDICIÁRIO NA ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO

Oriunda do direito privado, a função limitadora da boa-fé objetiva tem como finalidade coibir o exercício abusivo e desproporcional de direitos, com o intuito de evitar

o desequilíbrio entre os contratantes. Assim, as figuras “exceção dolosa” e do “abuso de direito” atuam como parâmetros delimitadores decorrentes desta função da boa-fé objetiva. Enquanto a exceção dolosa visa a sancionar condutas em que o exercício do direito tenha sido realizado com o intuito, não de preservar legítimos interesses, mas, sim, de prejudicar a parte contrária⁵⁹, o abuso de direito busca compatibilizar os interesses do seu titular ao exercê-lo com os interesses dos demais contratantes que serão atingidos pelo exercício daquele direito⁶⁰, estando previsto no art. 187 do Código Civil.

Adotando uma concepção objetiva, o ordenamento jurídico brasileiro reputa como abusivo o exercício de direitos sem respeito à sua finalidade econômica, social e moral⁶¹, bem como à boa-fé e aos bons costumes⁶². Com efeito, o abuso de direito não se restringe a direitos subjetivos, alcançando a abusividade no exercício de posições jurídicas, liberdades, faculdades, ou direitos potestativos⁶³. Por se tratar de um ato ilícito, a consequência do abuso de direito é a responsabilidade civil do indivíduo que praticou a conduta danosa.⁶⁴

59 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 4, tomo 1, p. 126.

60 “Os direitos subjetivos não são tutelados pela ordem jurídica com atenção apenas aos interesses do titular. Evidentemente, esses interesses não são desconsiderados, visto representarem a razão de ser da atribuição dos direitos subjetivos. É na compatibilização dos interesses do titular do direito subjetivo com os dos demais sujeitos com que interage e a própria comunidade que se encontra o limite ditado pela finalidade econômica ou social dele” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 2, p. 271).

61 “(...) a despeito das críticas que sofreu, desenvolveu-se a teoria do abuso de direito pelos países de tradição jurídica romanística. Passou a apresentar, em sua trajetória evolutiva, duas formulações distintas. De um lado, a concepção designada subjetiva, que reputa abusivo o exercício do direito com a intenção única de provocar danos a outras pessoas, sem proveito ao titular. Essa concepção está mais próxima da figura do ato emulativo do direito romano. De outro, a designada objetiva, que não se ocupa das intenções do sujeito e considera ilícito o exercício do direito sem a observância de sua finalidade econômica e social ou da moral” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 1, p. 322).

62 “Este vetor limitativo dos direitos é, dos três indicados pela lei, o de menor importância. Os bons costumes correspondem às condutas que, pela expectativa geralmente nutrida pelas pessoas, serão observadas em determinadas situações” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 2, p. 273).

63 “Quando o artigo 187 do Código Civil se refere à palavra “direito”, abrange não apenas os direitos subjetivos como também outras situações que impliquem poderes, liberdades e faculdades, incluindo-se aí os direitos potestativos” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, vol. 4, p. 184-185). É importante destacar que Menezes Cordeiro traz ainda outra classificação para o exercício desequilibrado de direitos: (i) o exercício danoso inútil; (ii) as situações abarcadas pelo *dolo agit qui petit quod statim redditurus est*; e (iii) a desproporcionalidade entre a vantagem auferida e o sacrifício imposto (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 853).

64 “Ele se enquadra indiscutivelmente entre os atos ilícitos. Disso decorre, entre outras implicações, a responsabilidade civil do titular do direito abusivamente exercido pelos danos a que deu causa. Em decorrência da classificação do abuso de direito como ato ilícito, considera-se a culpa inerente à extrapolação dos limites de seu exercício. Transgredir os fins econômicos ou sociais de um direito, a boa-fé ou os bons costumes é conduta culposa que importa a obrigação de indenizar eventuais danos decorrentes” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 2, p. 274). No mesmo sentido: “Concluímos, portanto, que o titular de prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo. Nessa situação, o ato é contrário

Enquanto cláusula geral, a boa-fé objetiva também incide no campo processual, atuando como norma finalística que impõe aos sujeitos do processo um dever de proceder conforme a moral e a ética. Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral afirma que a preocupação com a ética no processo é especialmente importante em razão da existência de um conflito, o qual faz com que as partes busquem, constantemente, a prevalência de suas posições, como estratégia de atuação e defesa. Contudo, esse cenário litigioso não pode justificar a prevalência dessas posições a qualquer custo, fazendo do processo um lugar de disputa desleal e desregrada. Como afirma o autor, “se participar é garantido, a prática de atos processuais deve ser ética; ainda que na defesa de interesses privados, mas em harmonia com os objetivos estatais da jurisdição”⁶⁵. É precisamente isso que autoriza a repressão às condutas de litigância de má-fé e aos atos atentatórios à dignidade da justiça.

O uso abusivo do Poder Judiciário ou litigância abusiva no Brasil se manifesta de diversas formas. As mais conhecidas delas são a litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da justiça, mencionadas expressamente pelo legislador, como se verifica dos arts. 77, §§1º e 2º, 79 a 81, 96, 142, 161, 246, §1º-C, 334, §8º, 536, §3º, 772, II, 774, 777 e 903, §6º do CPC.

A litigância de má-fé é exemplificada no art. 80 do CPC, segundo o qual litiga de má-fé aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidente manifestamente infundado; ou interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. A consequência será a condenação pelo juiz, de ofício ou a requerimento, ao pagamento de multa em favor da parte contrária, 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 (art. 81 do CPC).

O ato atentatório à dignidade da justiça estará configurado quando as partes, seus procuradores e todos aqueles que de qualquer forma participem do processo não cumprirem com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, ou criar embaraços à sua efetivação; ou quando praticarem inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso (art. 77, IV e VI, §1º, do CPC). A consequência, nesse caso, será a fixação de multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta, em favor do ente público a que pertence o tribunal (art. 77, §§ 2º a 7º, do CPC).

ao direito e ocasiona responsabilidade do agente pelos danos causados” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 207).

65 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 212.

Assim, a litigância de má-fé volta-se à conduta do autor, réu ou interveniente, impondo-os o pagamento de multa, além de ter que indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou (art. 81 do CPC). Por outro lado, no ato atentatório à dignidade da justiça, o legislador previu a responsabilização da parte, do advogado e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo, mas deverá haver o pagamento de multa em favor do Estado, e não da parte contrária. Entretanto, no caso dos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, o CPC não prevê o pagamento de multa, mas eventual responsabilidade disciplinar a ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria (art. 77, § 6º, do CPC).

Nos últimos anos, contudo, começaram a surgir outras expressões relacionadas ao uso abusivo do Poder Judiciário: litigância predatória, litigância frívola, litigância fraudulenta, litigância temerária, *sham litigation*, assédio processual, *spam* processual, dentre outras.

Qualquer que seja o termo empregado, fato é que as causas de litigância abusiva não são tão difíceis de visualizar. Como ressaltado por Gustavo Osna, o que fomenta a prática dos abusos na realidade judiciária brasileira é o fato de o nosso sistema processual civil estimular uma litigância de baixo risco ou até mesmo de risco zero, em que o litigante tem pouco ou nada a perder. Esse é o caso (i) dos juizados especiais, em que se demanda sem o pagamento de custas ou honorários, com a ressalva da fase recursal, facilitando a instauração de demandas sem fundamento; (ii) da assistência judiciária gratuita, muitas vezes concedida de forma irrestrita; (iii) das ações coletivas, cujo autor é dispensado das despesas processuais; e (iv) dos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁶⁶ de que são descabidos honorários sucumbenciais no âmbito do incidente de desconconsideração de personalidade jurídica e que a fixação de indenização por danos morais abaixo do valor requerido não configura sucumbência recíproca. Em todos esses casos, o autor do processo litiga sem maiores riscos, pois, em caso de derrota, não sofrerá qualquer tipo de penalização. Invariavelmente, a parte se sente à vontade para formular pedidos dissociados de uma análise acurada das reais chances de êxito, tanto à luz do direito aplicável, quanto da qualidade das provas produzidas.⁶⁷

Sob este prisma, é evidente que a litigância abusiva *lato sensu* está intimamente relacionada à análise econômica do direito,⁶⁸ que assume como premissa elementar

66 STJ, AgInt no AgInt no AgInt nos EDcl no REsp n. 1.960.634/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 28/4/2023; STJ, REsp n. 1.812.929/DF, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 28/9/2023; STJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, REsp 1.837.386/SP, DJe 23/08/2022; STJ, REsp n. 1.845.536/SC, relatora Ministra Nancy Andrigli, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 9/6/2020.

67 OSNA, Gustavo. Três notas sobre a litigância predatória (ou, o abuso do direito de ação). *Revista de Processo*, vol. 342, ago./2023, p. 55-70.

68 Afirma-se que a análise econômica do direito processual foi aplicada durante a elaboração do novo Código de Processo Civil de 2015, considerando as disposições normativas relacionadas a custas processuais, conformação

a ideia de que as pessoas são maximizadoras racionais de seus próprios interesses.⁶⁹ Nessa esteira, a análise econômica do processo parte da premissa de que os sujeitos processuais tomam decisões a partir de cálculos racionais, ainda que intuitivos, sobre os custos e benefícios associados à determinada alternativa que lhes é oferecida.⁷⁰ Quando aquele que pretende ajuizar uma ação judicial sabe do seu baixo custo (ou até mesmo custo inexistente), reduz-se também o temor das consequências negativas que podem advir do ajuizamento. Disso decorre que há muito mais incentivos para propor ações judiciais, ainda que infundadas ou descabidas, pois se sabe de antemão que os riscos econômicos serão ínfimos ou até mesmo nulos.

Nos casos de ações ajuizadas para iludir ou constranger a parte contrária, mas cujo mérito não é robusto à luz do direito aplicável ou do acervo probatório, o ajuizamento é socialmente desejável quando há um custo diminuto, exatamente o que ocorre quando se consegue o benefício da gratuidade de justiça. Pela perspectiva da economia comportamental, uma forma de inibir esse comportamento seria a possibilidade de o autor ter que ressarcir os custos de litigância do adversário, o que atrai o fenômeno da aversão a perdas.⁷¹

Vale dizer que a decisão pelo ajuizamento da ação não é apenas da parte, sendo também do advogado. A parte ajuizará a ação sempre que o resultado esperado com o processo superar os seus custos projetados, mas muitas vezes lhe falta o conhecimento necessário para tal análise, pelo que busca a palavra final do advogado. O advogado não paga custas ou taxas para ajuizar a ação e, a depender do contrato de honorários firmado com a parte, pode receber por esse ato. Além disso, o advogado fará jus aos honorários sucumbenciais em caso de vitória, de modo que sua expectativa de recebimento está, em tese, alinhada com as possibilidades de vitória da parte autora.⁷²

Desse modo, a previsão legislativa de consequências jurídicas para a litigância de má-fé e para o ato atentatório à dignidade da justiça no processo civil tem como ob-

aos precedentes judiciais, sucumbência recursal, repressão à litigância de má-fé e julgamento antecipado do mérito (DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia; FERREIRA, Rafael D'Ávila Matias. Análise econômica do direito, demandas frívolas e custo processual. *Revista CNJ*, v. 7, n. 2, jul.-dez./2023, p. 74).

69 GALDINO, Flavio. Introdução à análise econômica do processo civil (I): Os métodos alternativos de solução de controvérsias. *Quaestio Iuris*, v. 1, n. 1, 2005, p. 176.

70 SILVA, Jorge Luis da Costa. Fatores determinantes e instrumentos de dissuasão da litigância frívola. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 14, vol. 21, n. 1, jan.-abr./2020, p. 169.

71 FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 97-99. Uma outra forma de inibir esses comportamentos mencionada pelos autores é a exigência de um depósito prévio, ressarcível ao autor quando verificado judicialmente que a demanda não é frívola – o que aqui podemos abordar como demanda abusiva *lato sensu*. Aquele que pretender o ajuizamento de uma demanda abusiva jamais ajuizará a ação se houver o risco de perder o valor de um depósito suficientemente alto, enquanto aquele que pretender uma demanda legítima não seria desestimulado, pois poderia recuperar a quantia depositada ao final do processo (p. 101-102).

72 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 325-335.

jetivo tolher comportamentos abusivos no processo. Entretanto, há também outras espécies de comportamentos abusivos que devem ser coibidos, seja da parte, seja do advogado⁷³.

2.1 Litigância predatória

Dentre as expressões relacionadas ao uso abuso do Poder Judiciário, mais recentemente, o termo *litigância predatória* vem ganhando notoriedade, por ser objeto do Recurso Especial nº 2.021.665/MS, recentemente afetado pelo STJ, sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 1.036 do CPC), cuja origem é um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas instaurado no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJ/MS) – Tema 1.198 do STJ.

No caso em discussão, a autora, pessoa física, ajuizou ação em face de instituição financeira pretendendo a declaração de inexistência de um contrato de empréstimo com desconto no seu benefício previdenciário, a repetição em dobro dos valores descontados indevidamente e indenização pelos danos morais sofridos. O magistrado de primeiro grau determinou que ela emendasse a petição inicial para apresentação de documentos complementares, especificamente extratos bancários da conta em que recebe o benefício previdenciário, comprovante de residência e procuração atualizada, tudo sob pena de indeferimento da inicial. Para assim decidir, o órgão julgador considerou (i) o expressivo número de ações discutindo descontos em benefício previdenciário na Comarca, (ii) que inúmeras dessas demandas foram julgadas improcedentes em razão da regular contratação e disponibilização de valores, (iii) os deveres do art. 77 do CPC e, por fim, (iv) a necessidade de equacionar o acesso à justiça e os princípios da boa-fé e cooperação (art. 5º e 6º, CPC).

Como a determinação foi descumprida, o processo foi extinto na forma do art. 485, I, do CPC. Na sequência, a autora, representada pelo mesmo advogado, apelou, alegando que os documentos requisitados não seriam exigíveis. Foi, então, instaurado IRDR, em decorrência da existência de dezenas de milhares de feitos idênticos, com a fixação da seguinte tese: “[o] juiz, com base no poder geral de cautela, nos casos de ações com fundado receio de prática de litigância predatória, pode exigir que a parte autora

73 Sobre a atuação do advogado e os limites do mandato judicial: “O abuso do direito de demandar traduz-se na pretensão obsessiva de postular contra tudo e contra todos. (...) Ao advogado são dadas condições para o exercício profissional. No entanto, essas não podem se tornar excessivas, sob pena de converter-se em abuso. Os poderes concedidos ao advogado, derivam do mandato judicial, cuja procuração, com a cláusula ad judicium, habilita o advogado a praticar todos os atos judiciais (art. 70, § 3.º da Lei 4.215). Portanto, os limites do mandato judicial permitem ao advogado o livre exercício profissional, considerando-se então a responsabilidade derivada do mandato, porque bem acentuou Jorge Americano, os efeitos danosos das práticas do advogado recaem sobre o patrimônio do cliente (Do Abuso do Direito no exercício da demanda, 2.ª ed., p. 57). Por isso, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil prevê série de penalidades, dentre as quais, as relativas ao abuso de direito do advogado”. (ROSAS, Roberto. Abuso de direito e dano processual. *Revista de Processo*, vol. 32, out-dez. 1983, p. 28-38).

apresente documentos atualizados, tais como procuração, declarações de pobreza e de residência, bem como cópias do contrato e dos extratos bancários, considerados indispensáveis à propositura da ação, sob pena de indeferimento da petição inicial, nos termos do art. 330, IV, do Código de Processo Civil”⁷⁴.

O que se verificou, na verdade, é que a questão já vinha sendo percebida no Estado do Mato Grosso do Sul, uma vez que o Centro de Inteligência da Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (CIJEMS), ao apurar a ocorrência de litigância predatória, constatou graves indícios de fraudes processuais. Segundo a Nota Técnica nº 1/2022, do CIJEMS,⁷⁵ de janeiro 2015 a agosto de 2021, do total de 64.037 processos ajuizados cujo objeto é empréstimo consignado, quase 54% do total se encontra sob o patrocínio dos mesmos seis advogados ou sociedade de advocacia, totalizando 34.471 processos. Um dos advogados lidera, atuando em 43,6% ou 27.924 demandas.

De um total de 300 processos analisados, em todos a petição inicial desenvolveu narrativa hipotética, relatando que a parte autora não se recorda se celebrou o empréstimo cuja declaração de inexistência é postulada; além disso, em todos os casos analisados, a inicial não foi instruída com extrato bancário do período do empréstimo questionado. Em 99% dos processos, requereu-se na petição inicial a dispensa da audiência de conciliação. Em 47% da amostra, a petição inicial veio acompanhada de reclamação na plataforma *consumidor.gov*, mas em praticamente todos o cadastro da parte autora na referida plataforma foi preenchido com indicação do endereço e do telefone fixo do escritório do advogado, como se fossem da própria parte autora. Em razão disso, em quase 60% dos casos, as instituições financeiras se recusaram a exibir o contrato, sob a alegação de que não conseguiram contato direto com o consumidor para confirmar a reclamação administrativa.

Em relação às procurações, ressaltou-se que, em 25% da amostra, a parte autora era analfabeta, sendo que quase 97% dos autores pessoas idosas; e em todos os casos a procuração é redigida em termos genéricos, sem indicar a pessoa em face da qual a ação deverá ser proposta, tampouco a pretensão a ser deduzida em juízo. Em quase 90% dos processos mapeados, os autores auferiam benefício do INSS no valor de até 1 salário-mínimo e quase 70% dos demandantes tinha histórico de consignação do INSS com mais de 20 empréstimos na situação de ativos e encerrados. Ademais, todos os processos tramitaram em varas cíveis, e não nos Juizados Especiais, ao passo que o benefício da gratuidade da justiça foi concedido na totalidade dos casos. Em apenas 18% dos processos a parte demandante compareceu pessoalmente à audiência de conciliação. Por fim, em 80% dos casos os pedidos foram julgados improcedentes, com a condenação da parte autora por litigância de má-fé.

74 TJMS. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0801887-54.2021.8.12.0029, Naviraí, Seção Especial - Cível, relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j. em 30/05/2022.

75 Disponível em: <https://portal.tj.tjrj.jus.br/documents/93577919/225363000/3.1_Anexo_Nota_Tecnica_01-2022-CI-TJMS.pdf/>. Acesso em 27 jan. 2023.

A partir dessas e de outras constatações, a Nota Técnica nº 1/2022 do CJIEMS, apesar de não conceituar de forma clara a litigância predatória, acaba por defini-la, tratando como “um padrão de atuação profissional do advogado da parte autora que, à primeira vista, faz uso abusivo do Poder Judiciário em larga escala”. Destacou-se que o Estatuto da OAB dispõe ser infração disciplinar comportar-se como agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber, e angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros, conforme artigo 34, III e IV, da Lei nº 8.906/94. Ainda, o Código de Ética e Disciplina da OAB prevê como deveres do advogado (i) estimular a conciliação, (ii) prevenir, sempre que possível, a instauração de litígios e (iii) desaconselhar lides temerárias (art. 2º, VI e VII) – o que, nitidamente, vai de encontro à postura adotada por esse grupo de advogados que patrocina os processos mapeados. Nesse sentido, considerando-se que ingressar com ações sem prévia diligência que permita analisar a viabilidade jurídica da pretensão já é litigância de má-fé (artigo 80, V, do CPC), destacou-se que esse abuso “passa a ser mais grave quando o ingresso é de lotes imensos de ações”.

Também o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 127/2022, que define em seu art. 2º a judicialização predatória como “o ajuizamento em massa em território nacional de ações com pedido e causa de pedir semelhantes em face de uma pessoa ou de um grupo específico de pessoas, a fim de inibir a plena liberdade de expressão”⁷⁶.

Comentando o caso, Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição e Carolina Uzeda definem a litigância predatória como aquela voltada a destruir a parte contrária, “articulada com um objetivo obscuro, invisível na superfície: causar dano ao réu”. Na litigância predatória, o autor não quer simplesmente sair vencedor ou resolver um problema, mas pretende prejudicar a parte contrária, causando-lhe um mal global, o que pode ser feito por meio de uma demanda individual única ou por meio de várias ações, distribuídas coordenadamente.⁷⁷

Um segundo sentido apresentado pelas autoras seriam as “situações em que não se pretende fazer mal ao réu, mas, enriquecer à custa dele de uma maneira não legítima”, de modo que não se pretende destruir a vítima, mas obter uma vantagem ile-

76 Há também em trâmite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 90/2021 que versa sobre a demanda “opressiva”, a conceituando como “o ajuizamento de ações diversas com a mesma causa de pedir, pelo mesmo autor ou por diversos autores que tenham entre si identidade de qualquer espécie, contra a mesma pessoa, com o intuito de prejudicá-la ou lhe causar dificuldade de exercício do direito de defesa ou que propicie deslocamentos entre comarcas ou regiões distintas em razão de fato comum às demandas” (art. 1º, caput). O PL, contudo, é criticado doutrinariamente pela utilização de termos abertos, como a previsão no art. 1º, §1º de que o ajuizamento de demanda opressiva “caracteriza abuso de direito e torna certo o dever de reparação do dano causado ao demandado”, sem explicitar o que é “tornar certo o dever de reparação do dano”, e o que isso difere do regime geral de responsabilização (TEMER, Sofia. Ações coordenadas, ‘demandas opressivas’ e ‘litigância predatória’. *Jota*, disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acoes-coordenadas-demandas-opressivas-e-litigancia-predatoria-29052022>>. Acesso em 16 fev. 2024).

77 ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; UZEDA, Carolina. Litigância predatória: um sério prejuízo à advocacia e ao acesso à justiça. *Migalhas*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/questao-de-direito/396509/litigancia-predatoria-serio-prejuizo-a-advocacia-e-acesso-a-justica>>. Acesso em 27 jan. 2023.

gítima, que não seria considerada devida, caso não houvesse o abuso de direito. Essa segunda definição se encaixaria no caso a ser analisado pelo STJ, em que os consumidores muitas vezes sequer sabem da existência dos processos, tampouco contrataram os advogados e, principalmente, nem mesmo receberão desses advogados as indenizações que venham a ter arbitradas em seu favor. Ou seja, o advogado utiliza da parte como um meio para a consecução de um objetivo ilícito.⁷⁸

A litigância predatória, assim, *poderá* ser caracterizada pelo ajuizamento, em larga escala ou em massa, de ações judiciais temerárias, genéricas e desprovidas de provas mínimas, com o objetivo de obter vantagem econômica de grandes empresas, valendo-se da captação de clientes vulneráveis.⁷⁹ Nesses casos, além de haver litigância repetitiva (que, por si só, não é abusiva), há o objetivo de causar dano a outrem *ou* obter uma vantagem de forma não legítima.⁸⁰

Todavia, a litigância predatória não se resume às demandas de massa.⁸¹ Embora o conceito tenha surgido a partir do cenário de demandas de massa, por litigância predatória deve-se compreender toda e qualquer conduta abusiva da parte (autor ou réu) e/ou seus representantes legais na utilização do Poder Judiciário, independentemente do número de processos ajuizados e da fase processual, desde que a conduta seja capaz de causar efeitos deletérios ao sistema de Justiça e/ou ao adversário.

78 ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; UZEDA, Carolina. Litigância predatória: um sério prejuízo à advocacia e ao acesso à justiça. *Migalhas*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/questao-de-direito/396509/litigancia-predatoria-serio-prejuizo-a-advocacia-e-acesso-a-justica>>. Acesso em 27 jan. 2023.

79 “O termo ‘litigância predatória’ foi adotado para designar ações judiciais repetitivas com elementos de abusividade ou fraude, às vezes com características de litigiosidade artificial ou frívola. Os casos mais comuns são voltados a empresas de consumo de massa, como varejistas” (TEIXEIRA, Fernando. Promoção de disputas judiciais falsas por advogados se multiplicam. *Valor Econômico*. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/12/11/promocao-de-disputas-judiciais-falsas-por-advogados-se-multiplica.ghtml>. Acesso em 27 dez. 2023).

80 Litigantes repetitivos (*repeat players*) são aqueles que atuam repetidamente em processos similares e, em razão disso, por recorrerem com mais frequência às cortes judiciais, possuem vantagens estratégicas com relação àqueles que recorrem ao sistema de justiça apenas ocasionalmente (os *one-shotters* ou litigantes ocasionais). Assim, os litigantes repetitivos participam ou preveem participação em litígios em série, possuem baixas “parcelas de interesse” no resultado de cada caso e possuem os recursos necessários para perseguir seus interesses em longo prazo (ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do judiciário. *Revista de Processo*, vol. 263, jan./2017, p. 233-255; COSTA, Susana Henriques da; SILVA, Marcos Rolim da. Litigantes repetitivos e modulação no controle de constitucionalidade. *Revista de Estudos Constitucionais*, v. 2, n. 1, jan.-jun./2022, p. 185-223).

81 No mesmo sentido: “Ainda sobre a quantidade de processos, é possível questionar a definição de litigância predatória que deixa de fora a hipótese em que apenas uma ou algumas demandas são ajuizadas, sem fundamento, com finalidade exclusiva de prejudicar o demandado ou de obter vantagem ilegítima. É comum que a sucessividade de ações não chegue a configurar um “ajuizamento em massa”. Por essas razões, a grande quantidade de ações com causa de pedir e pedido semelhantes, embora seja uma preocupação válida do Judiciário, e, especialmente, seja a hipótese em que a tecnologia e a estatística podem contribuir, não deve ser critério que define a litigância como predatória. Sua característica distintiva está no *desvio de finalidade* do ato de demandar, uma forma de utilização do processo para buscar efeitos que não lhe são próprios ou para burlar os efeitos que lhe são próprios” (LINO, Daniela Bermudes. Nota sobre litigância predatória (abuso do direito de demandar). *Boletim Revista dos Tribunais Online*, vol. 38, abr./2023).

Em realidade, parece possível afirmar que o termo *litigância predatória* é um gênero, do qual decorrem, como espécies, hipóteses específicas de uso abusivo do Poder Judiciário, tais como: litigância frívola, litigância fraudulenta, litigância temerária, litigância protelatória, *sham litigation*, assédio processual, *spam* processual, dentre outros. Nesse sentido, passa-se a tratar de algumas dessas espécies, bem como da atuação do Poder Judiciário no combate à proliferação desses comportamentos.

2.2. As espécies de litigância predatória

Como mencionado, a litigância predatória deve ser compreendida como uma expressão mais abrangente, da qual advêm condutas específicas e particulares relacionadas ao uso abusivo do Poder Judiciário. Cabe, portanto, compreender quais são essas figuras específicas.⁸²

Uma primeira hipótese diz respeito à *litigância fraudulenta*, isto é, o ajuizamento de ações judiciais com vistas a convalidar uma fraude, como aquelas “amparadas em documentos com conteúdo de falsidade material e ideológica, com o fito de se obter pagamento de valores não devidos, por meio da via judicial”.⁸³ Fala-se em ação fraudulenta, portanto, em decorrência da utilização de documentos falsos para embasar uma determinada pretensão.

Uma segunda hipótese é chamada de *litigância temerária*, expressão que consta, inclusive, no art. 80, V, do CPC, ao prever que configura litigância de má-fé “proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo”, sendo considerado temerário “qualquer comportamento açodado e anormal com a consciência da falta de razão em assim proceder”.⁸⁴ Essa hipótese pode ser ilustrada a partir de duas situações: (i) ações de inexigibilidade de débito propostas com base em alegação de que a parte “não se recorda” da dívida ou do empréstimo recebido, apesar de não apresentar qualquer prova capaz de refutar a validade do contrato subjacente; e (ii) ações revisionais contrárias a teses firmadas em precedentes qualificados sem a invocação de distinção ou superação, o que atrai, inclusive, a aplicação do art. 332 do CPC.⁸⁵

82 É observada, neste tópico, a classificação adotada por Felipe Albertini Nani Viaro em: VIARO, Felipe Albertini Nani. Litigiosidade predatória: conceitos e casos. *Conjur*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-09/felipe-viario-litigiosidade-predatoria-conceitos-casos/#_ftn11>, acesso em 03 fev. 2024.

83 A expressão vem sendo utilizada, sobretudo, em processos criminais pelo Superior Tribunal de Justiça: STJ, AREsp 2096846, Decisão Monocrática, Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 25/08/2022; STJ, AREsp 2089861, Decisão Monocrática, Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), DJe de 15/08/2022; STJ, RHC 122647, Decisão Monocrática, Ministra Laurita Vaz, DJe de 02/02/2022; STJ, AREsp n. 1821226, Decisão Monocrática, Ministro Felix Fischer, DJe de 30/03/2021.

84 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* - Volume único. 13. ed., Salvador: JusPodivm, 2021, p. 217.

85 VIARO, Felipe Albertini Nani. Litigiosidade predatória: conceitos e casos. *Conjur*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-09/felipe-viario-litigiosidade-predatoria-conceitos-casos/#_ftn11>. Acesso em 03 fev. 2024.

A *litigância frívola*, por sua vez, manifesta-se quando os processos envolvem discussões propositadamente fragmentadas sobre questões de baixíssimo valor econômico ou social, como forma de gerar ou multiplicar ganhos. Um exemplo é o ajuizamento de ação de exibição de documentos, sem prévio pedido administrativo, com a fragmentação de pedidos, inclusive relacionados a um mesmo contexto fático, apostando na desorganização da parte contrária e/ou fixação de honorários em cada processo.⁸⁶ De forma distinta, há autores que definem demandas frívolas como aquelas “com baixíssima probabilidade de êxito, carentes de base jurídica ou de mérito legal”, do que seria exemplo a ação declaratória de inexistência de relação jurídica cuja assinatura, após perícia, mostra-se comprovadamente realizada pelo autor.⁸⁷

Há, ainda, a *litigância protelatória*, expressão que também é utilizada no Código de Processo Civil, mas para indicar ser ato de litigância de má-fé interpor “recurso com intuito manifestamente protelatório” (art. 80, VII, do CPC). A expressão litigância protelatória, na verdade, tem sem sentido bastante intuitivo no ajuizamento de uma ação com a intenção de protelar determinada consequência jurídica previsível. Esse é o caso de uma ação que visa a postergar o cumprimento da ordem judicial emanada em outra ação judicial.⁸⁸ Ou, ainda, quando a parte, ao invés de cumprir sua obrigação de pagar o devido, ajuíza uma ação sem fundamento sólido para retardar esse cumprimento.⁸⁹ Vale dizer que a litigância predatória também pode ser verificada na fase recursal, quando a parte insiste na interposição de recursos infundáveis a despeito de serem muito remotas as chances de reforma do julgado.

A doutrina do *sham litigation* ou *litigância abusiva anticompetitiva* vem sendo mencionada nas decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), como sendo o ato de litigar judicialmente, administrativamente ou em foro particular contra determinado concorrente, de forma predatória ou fraudulenta e com a produção de efeitos anticompetitivos, com o objetivo precípuo de prejudicar a concorrência em benefício próprio. A jurisprudência do CADE vem se pautando, sobretudo, em

86 VIARO, Felipe Albertini Nani. Litigiosidade predatória: conceitos e casos. *Conjur*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-09/felipe-viario-litigiosidade-predatoria-conceitos-casos/#_ftn11>. Acesso em 03 fev. 2024.

87 PIGNANELI, Guilherme. *Análise econômica da litigância: uma busca pelo efetivo acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 139. No mesmo sentido: P’NG, Ivan Paak Liang. Strategic behavior in suit, settlement, and trial. *The Bell Journal of Economics*, vol. 14, n. 2, 1983, p. 548; KATZ, Avery. The effect of frivolous lawsuits on the settlement of litigation. *International Review of Law and Economics*, 1990, n. 10, p. 3. Convém destacar a definição de Robert G. Bone: “A suit is frivolous (1) when a plaintiff files knowing facts that establish complete (or virtually complete) absence of merit as an objective matter on the legal theories alleged, or (2) when a plaintiff files without conducting a reasonable investigation which, if conducted, would place the suit in prong (1)” (BONE, Robert G. Modeling frivolous suits. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 145, n. 519, 1997, p. 533).

88 STJ, AREsp n. 2.206.987, Decisão Monocrática, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/10/2022.

89 STJ, AREsp n. 2.118.618, Decisão Monocrática, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 02/08/2022.

casos bastante conhecidos na jurisprudência norte-americana⁹⁰. Inclusive, utiliza-se o termo litigância predatória para se referir aos casos em que um agente comercial repetidamente ajuíza ações com pouco fundamento para atrasar determinados negócios empresariais e desencorajar potenciais competidores.⁹¹⁻⁹² Segundo a Nota Técnica nº 42/2023/CGAA4/SGA1/SG/CADE, a *sham litigation* é consubstanciada no exercício abusivo do direito de petição, com a finalidade de impor prejuízos ao ambiente concorrencial.⁹³

Merece destaque, ainda, o termo *assédio processual*, utilizado no julgamento do Recurso Especial nº 1.817.845/MS⁹⁴ pelo STJ, no qual os recorrentes sustentaram o assédio processual em razão do ajuizamento de quase dez ações judiciais pelos recorridos, com a evidente intenção de procrastinar a ação de divisão de terras proposta previamente pelos recorrentes. Segundo afirmado pelos recorrentes e autores da ação

90 Embora não seja o objetivo deste trabalho desenvolver a fundo o tema, cumpre ressaltar que o *sham litigation* surgiu como exceção à chamada doutrina *Noerr-Pennington*, segundo a qual a legislação antitruste não poderia impedir o direito de petição, conforme casos *Eastern Railroad Presidents' Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* e *United Mine Workers of America v. Pennington*). Pelo *sham litigation*, não seria admitido que o direito de petição fosse utilizado para lesionar a livre concorrência. Para tanto, no caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures* foi criado um teste de duas partes, ou seja, é necessário que, em primeiro lugar, a ação seja objetivamente infundada, de modo que nenhum litigante razoável poderia realisticamente esperar o sucesso e, em segundo lugar, que as razões para essa ação ocultem “uma tentativa de interferir nas relações comerciais de um concorrente”. Em *USS-POSCO Indus. v. Contra Costa County Bldg. & Constr. Trades Council*, foi criado outro teste, que entendeu ser necessário verificar, não uma única demanda, mas diversas ações judiciais, devendo ser analisado se o propósito era prejudicar os concorrentes por meio de elevação de seus custos.

91 “Therefore, litigation among competitors is more likely to be predatory when: 1) The plaintiff is a dominant firm or conspiracy. 2) The defendant is a recent or potential entrant or a competitor. 3) The effect of the plaintiff’s action is to prevent or delay entry or expansion by the defendant, or cause exit. These characteristics will be used in the empirical investigation of sham litigation cases. It is now time, however, to examine the economics of litigation and its implications for non price predation strategies” (KLEIN, Christopher C. *The Economics of Sham Litigation*: theory, cases, and policy. Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission. Estados Unidos da América: Federal Trade Commission, Bureau of Economics, 1989, p. 14).

92 Em síntese, o autor vale-se da esfera judicial, administrativa ou particular para propor ações sem qualquer fundamento, com intenção oculta de prejudicar negócios alheios, sendo necessário demonstrar (i) que a ação proposta é totalmente carecedora de embasamento, sendo certo que nenhum litigante razoável poderia, de forma realista, esperar que sua pretensão fosse deferida, (ii) que essa ação tenha como objetivo tentar interferir, de forma fraudulenta, diretamente nas relações empresariais do concorrente, e (iii) que os meios empregados podem restringir a concorrência ou induzir o Estado a erro, especificamente quando as ações são ancoradas em bases enganosas. Nesse sentido, consultar, com explicações bastante didáticas sobre o assunto: CADE, Processo Administrativo 08012.000778/2011-52, relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 08/06/2016; CADE, Recurso Voluntário 08700.005885/2023-52, relator Conselheiro Gustavo Augusto, j. em 19/10/2023.

93 Embora o *sham litigation* não figure expressamente como conduta tipificada no rol exemplificativo do art. 36, §3º, da Lei nº 12.529/2011 (que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), o CADE já reconheceu em diversos casos que o abuso do direito de petição com fins anticompetitivos, em âmbito judicial ou administrativo, pode constituir infração à ordem econômica, passível de enquadramento nos incisos I, II, III e IV do art. 36 da lei nº 12.529/2011. Trata-se de compatibilizar os direitos constitucionais fundamentais de petição e de acesso ao Poder Judiciário com os princípios da ordem econômica e financeira e da livre concorrência (Processo nº 08700.003110/2023-42).

94 STJ, REsp 1817845/MS, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, relatora p/ acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 10/10/2019.

de divisão de terras, o ajuizamento das diversas ações configuraria assédio processual, dolo, má-fé, obstruções e procrastinações indevidas, considerando que já havia sido proferida sentença na ação de divisão, determinando a restituição do terreno aos recorrentes, o que apenas ocorreu anos depois em decorrência dessas diversas ações judiciais ajuizadas pelos recorridos. Assim, em ação indenizatória própria, requereram o pagamento de indenização pelo assédio processual, com fundamento no art. 159 do Código Civil de 1916 e nos arts. 166, 186, 187, 927, 942, 943, 944, *caput*, 952, 1.201, *caput*, 1.202 e 1.203, todos do Código Civil de 2002.

Como bem analisado pelo STJ, em remissão à figura do abuso do direito, os deveres da boa-fé, da ética e da probidade também devem ser observados no processo. É possível que a conduta ardilosa seja camuflada pela alegação de que a parte se vale dos princípios do acesso à justiça, devido processo legal e a ampla defesa, quando, na verdade, há o uso abusivo de direitos fundamentais na propositura de ações ou instauração incidentes temerários ou mesmo na interposição de recursos, manejados com o único objetivo de veicular pretensões ou defesas frívolas, aptas a tornar o processo um *simulacro de processo*.

Sob esse prisma, no caso em concreto, entendeu-se que o fato de os requeridos terem demorado 16 anos para cumprir a sentença de procedência proferida nos autos da ação de divisão e restituir o terreno aos recorrentes, autores da ação de divisão, já representou uma primeira manifestação de violação à boa-fé. E, ainda, o fato de, às vésperas da tardia restituição de área, 16 anos após a sentença, os recorridos terem ajuizado, sucessivamente, quatro novas ações judiciais em um intervalo de apenas três meses, sem qualquer fundamento relevante, apenas confirma o abuso processual. O assédio processual, assim, foi o termo empregado pelo STJ para descrever o ajuizamento de diversas ações para obstar o exercício de um direito reconhecido em uma outra ação transitada em julgado.

Por fim, e não menos relevante, merece destaque o *spam* processual, expressão que foi utilizada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) em comparação ao que ocorre, corriqueiramente, no envio exagerado de mensagens eletrônicas. Ao adotar essa expressão, o TJ/SP qualificou como reprovável o manejo de petições sem prévio exame dos autos, gerando injustificável movimentação processual sem propósito específico, em claro prejuízo ao trâmite processual. Trata-se, normalmente, de pedidos desconexos com o histórico processual, protocolados sem o exame necessário dos autos processuais.⁹⁵

2.3. A atuação do Poder Judiciário em combate à litigância predatória

Em todas as hipóteses vistas no tópico anterior, é possível apontar ao menos dois prejuízos em comum. Primeiro, é manifesto o prejuízo ao sistema de Justiça, na medida em que esses processos movimentam a máquina judiciária, consumindo recursos huma-

95 TJSP, processo nº 1101250-65.2014.8.26.0100, 26ª Vara Cível, Juiz de Direito Felipe Albertini Nani Viaro, 27/10/2021.

nos e financeiros. Em segundo lugar, são igualmente evidentes os efeitos deletérios para a parte contrária, que é submetida a uma lide temerária, cuja tramitação irá lhe exigir o dispêndio de tempo e recursos, além da possibilidade de gerar desgastes psicológicos.

A questão é que esses prejuízos, além de outros verificados em cada uma das hipóteses específicas de litigância predatória ora abordadas, podem e devem ser evitados a partir da adoção de medidas pelo próprio Poder Judiciário como forma de combater a proliferação de comportamentos processuais abusivos, sem que isso configure violação ao direito fundamental de acesso à justiça. Diversas medidas já se encontram previstas na própria lei processual, a exemplo da possibilidade de penalização da litigância de má-fé (art. 79 a 81 do CPC), do reconhecimento da prática de ato simulado pelas partes (art. 142 do CPC) e do não conhecimento de recursos protelatórios (art. 1.026, § 4º do CPC).

Indo além, o STJ, especificamente no âmbito do Tema 1.198, acima mencionado, pode estar a caminho de fixar uma tese que reforça o poder geral de cautela dos magistrados para adotar outras medidas que tenham como objetivo combater a litigância predatória. Após longos debates em audiência pública realizada em outubro de 2023, o STJ iniciou, em 21 de fevereiro de 2024, o julgamento do Tema 1.198, oportunidade em que o Ministro Relator Moura Ribeiro anunciou seu voto. Inicialmente, o Ministro diferenciou a *litigância de massa* (alto número de ações similares distribuídas, que decorre simplesmente da massificação das relações sociais) do fenômeno da *litigância predatória*, que, como já visto ao longo do presente estudo, envolve o uso abusivo do direito de ação (não necessariamente por meio de vários processos), estando presente ou não o requisito da repetitividade.

Nesse sentido, o Ministro Moura Ribeiro posicionou-se pela possibilidade de os magistrados adotarem medidas com o objetivo de assegurar o regular trâmite processual, em atenção aos princípios da duração razoável do processo, da proteção do consumidor, da cooperação e da primazia do julgamento de mérito. Entendeu-se que, diante de uma suspeita, por parte do magistrado, de que há irregularidades no ajuizamento do processo, seria possível, de ofício, em prol da proteção do sistema de Justiça, exigir a apresentação de documentos complementares. Por certo, a hipótese exige que o magistrado aja com razoabilidade, sob pena de criar óbices não previstos em lei, capazes de turbar o direito de ação e o acesso à justiça. Não por outra razão, o Ministro Relator pontuou em seu voto que essas exigências devem ser devidamente controladas, mediante a prolação de decisões fundamentadas.

Desse modo, parece possível afirmar que o STJ caminha no sentido de dar uma resposta eficaz à sociedade, que depende de um Poder Judiciário eficiente e protegido da atuação fraudulenta e abusiva de uma parte, ainda que pequena, dos jurisdicionados e seus advogados.⁹⁶

96 Na sequência do voto do Ministro Relator, o Ministro Humberto Martins requereu vista dos autos, pontuando que o tema poderia demandar, também, a adoção de medidas administrativas, além de judiciais, razão pela qual estudaria o tema de forma mais aprofundada com vistas a definir orientações conjuntas sobre a matéria.

3. LITIGÂNCIA PREDATÓRIA NO PROCESSO FALIMENTAR

No momento, em razão do julgamento do Tema 1.198 pelo STJ, fato é que a compreensão da expressão litigância predatória está bastante focada no manejo de ações fraudulentas em fase de conhecimento, desprovidas de evidências mínimas capazes de lastrear as pretensões deduzidas e, conseqüentemente, fundamentar o exercício de direito de ação. Contudo, conforme indicamos no tópico 2.1, a litigância predatória independe da fase processual, desde que a conduta tenha como objetivo e seja capaz de causar efeitos deletérios ao sistema de Justiça e/ou ao adversário. Isso pode se dar ao dificultar o direito de defesa do adversário, protelar o desfecho da ação judicial para evitar o resultado que lhe seja desfavorável, pressionar a parte contrária a celebrar um acordo, dentre outros.

Por evidente, é bastante intuitiva a possibilidade de o devedor, nutrido da intenção de se esquivar do pagamento de uma condenação, se comportar de forma abusiva na fase de execução. Embora pareça mais incomum, também é possível vislumbrar comportamento igualmente reprovável por parte do credor. É o que ocorre, precisamente, nos requerimentos abusivos de falência do devedor empresário, consoante se passa a demonstrar.

3.1. Características gerais do processo falimentar

Inicialmente, cumpre abordar, de forma breve, as características gerais do processo de falência, regulamentado pela Lei nº 11.101/2005.

Por diversas razões, a atividade empresarial pode entrar em crise de natureza econômica, financeira ou patrimonial⁹⁷. A inaptidão econômica para adimplir os débitos nas datas de vencimento é denominada *insolvabilidade*; um estado de impossibilidade de adimplemento que interessa à generalidade de credores do devedor⁹⁸, indo além da impontualidade de uma obrigação específica para se caracterizar como um estado de desequilíbrio. Tal inaptidão pode decorrer tanto de uma insuficiência de ativos (estado clássico de *insolvência*), como da falta ocasional de liquidez imediata (por exemplo, capital imobilizado ou de difícil disposição)⁹⁹.

O recurso chegou a ser reincluído na pauta de 19.06.2024, mas seu julgamento foi adiado. Até a conclusão do presente trabalho, aguarda-se a retomada do julgamento.

97 A crise econômica pode ter origem na retração do negócio por causas alheias à vontade do gestor, como, por exemplo, o desuso de um insumo que leve à queda das vendas. Na crise financeira, a seu turno, há um descompasso entre a receita e a despesa, no qual aquela se torna, ainda que temporariamente, insuficiente para fazer frente aos compromissos assumidos. A crise patrimonial certamente é a mais grave de todas as crises, caracterizando-se pela existência de um passivo que supera o valor do ativo (SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 30).

98 Conforme definido no art. 1º da Lei nº 11.101/2005, o termo “devedor” refere-se ao empresário e à sociedade empresária, seja ela limitada ou anônima.

99 Conforme clássica lição de Fabio Konder Comparato, insolvente seria aquele que não solve as suas obrigações, mas nem todo inadimplemento caracteriza insolvência, já que o devedor pode ter sérias razões jurídicas para

Naturalmente, alguns caminhos são possíveis para solucionar a inaptidão econômica e variam desde a adoção de uma solução eficiente de mercado – por exemplo, a absorção da operação por outra sociedade mais saudável –, até o encerramento abrupto da sociedade com a demissão de todos os funcionários e a liquidação de ativos para pagamento das dívidas. Nas situações em que buscar uma solução mercadológica ou operacional não é simples, faz-se necessário recorrer ao Poder Judiciário para adequado tratamento da crise e proteção de todos os direitos e interesses envolvidos.

No Brasil, a Lei nº 11.101/2005 confere alguns caminhos possíveis para tratamento da insolvabilidade de devedores empresários: o requerimento de recuperação judicial, o requerimento de homologação do plano de recuperação extrajudicial e o requerimento de (auto)falência. No sistema falimentar atual, há forte preocupação de cunho econômico-social no processamento dos processos recuperacionais e falimentares, visto que o tratamento da insolvabilidade é de interesse de toda a sociedade, considerando-se a necessidade de proteção da fonte geradora de serviços, produtos, empregos e tributos, bem como de estabelecer meios confiáveis de monitoramento e solução de situações de crise. Com efeito, nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/2005, o tratamento da insolvabilidade está fundado no princípio da preservação da empresa (desde que efetivamente viável)¹⁰⁰ em cumprimento à sua função social¹⁰¹ como relevante peça da sociedade, mesmo em caso de falência¹⁰².

deixar de adimplir. Portanto, insolvente é aquele que não solve sem escusa jurídica, seja porque não quer, seja porque não pode. Já a inaptidão econômica para adimplir é denominada *insolvabilidade*, um estado de impossibilidade de adimplemento que interessa a todos os credores do devedor. Assim, é possível haver inadimplemento sem insolvência, insolvência sem insolvabilidade e insolvabilidade sem inadimplemento. Esta ocorre na hipótese de o devedor adotar medidas desesperadas com vistas a cumprir suas obrigações a despeito da inaptidão econômica. (COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito: estudo jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968. p. 46-47).

100 “O instituto da recuperação judicial, nos moldes da Lei n. 11.101/2005, vem concebido com o objetivo de promover a viabilização da superação desse estado de crise, motivado por um interesse na preservação da empresa desenvolvida pelo devedor. Enfatiza a empresa como centro de equilíbrio econômico-social, pois é fonte produtora de bens, serviços, empregos e tributos. A sua manutenção consiste em conservar o “ativo social” por ela gerado. A empresa não interessa apenas a seu titular – o empresário –, mas a diversos outros atores do palco econômico, como aos trabalhadores, aos investidores, aos fornecedores, às instituições de crédito, ao Estado, e, em suma, aos agentes econômicos em geral que com ela interagem. Por isso é que a solução para a crise da empresa deve passar por um estágio de equilíbrio dos interesses públicos, coletivos e privados que nela convivem” (CAMPINHO, Sergio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book). No mesmo sentido, COELHO, Fábio Ulhoa. O princípio da preservação da empresa na interpretação da lei de recuperação de empresas. *Revista Electrónica de Direito*, Portugal, n. 2, jun., 2014. p. 8.

101 “[...] o princípio da preservação da empresa deve ser visto ao lado do princípio da função social da empresa (derivado da função social da propriedade), que considera o fato de a atividade empresarial ser fonte produtora de bens para a sociedade como um todo, pela geração de empregos; pelo desenvolvimento da comunidade que está à sua volta; pela arrecadação de tributos; pelo respeito ao meio ambiente e aos consumidores; pela proteção ao direito dos acionistas minoritários etc.” (TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito Empresarial Sistematizado*. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 186).

102 Após a recente alteração promovida na Lei nº 11.101/2005 pela Lei nº 14.112/2020, o processo falimentar ganhou nova roupagem, indo além da execução concursal e paritária dos créditos. A nova redação do art. 75 incentiva a rápida liquidação das empresas inviáveis e a realocação de seus recursos na economia e fomenta

Por servir ao encerramento organizado da empresa que se tornou inviável, a instauração de um processo de falência e o decreto de quebra faz surgir para o devedor um novo estado jurídico (“estado ou qualidade de falido”¹⁰³), oponível a todos, modificando, profundamente, suas relações patrimoniais. Nesse sentido, aos credores cabe atuar nos limites impostos pela nova situação jurídica, cumprindo deveres e exercendo direitos previstos na legislação falimentar. Nem mesmo eventuais terceiros, que não possuem relações jurídicas prévias com o devedor, poderão alegar que ignoram o seu novo estado, sofrendo consequências caso pratiquem atos ilegais que resultem em prejuízo para a coletividade de credores.

De um modo geral, a falência tem como objetivo evitar que, diante da situação de insolvabilidade econômica do devedor, os riscos de inadimplemento sejam majorados, influenciando negativamente todo o mercado, bem como que credor(es) mais oportunistas consigam satisfazer seu(s) crédito(s) em detrimento dos demais.

O art. 94 da Lei nº 11.101/2005 prevê as 3 (três) hipóteses em que a falência do devedor pode ser decretada, especificamente quando este (i) “sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência” (impontualidade injustificada); (ii) “executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal” (execução frustrada); e (iii) pratica qualquer dos atos previstos no inciso III, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial (prática de atos falimentares).

Nessa esteira, diante do preenchimento de um desses requisitos legais, há uma presunção absoluta de que o empresário devedor não possui bens suficientes para satisfazer as suas obrigações. Essa insolvência é, portanto, de natureza jurídica, imposta quando presentes os requisitos do art. 94. Tal presunção absoluta impede até mesmo que o devedor demonstre que seus ativos são maiores que o passivo, como forma de afastar o decreto da falência, pois permitir essa demonstração não se coadunaria com a urgência necessária para tutelar os demais bens jurídicos em risco diante das situações de impontualidade injustificada, execução frustrada ou prática de atos falimentares. Dito de forma simples, verificada uma dessas situações, é a lei que impõe a decretação da falência do devedor¹⁰⁴.

o empreendedorismo por meio do célere retorno do falido à atividade econômica. É seguro afirmar, portanto, que o princípio da preservação da empresa também se manifesta na falência (SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2021, p. 401-402).

103 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*: (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945). 4. ed. atual. por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I, p. 136.

104 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2021. p. 457.

Uma vez citado, o devedor poderá, no prazo de 10 (dez) dias (art. 98), apresentar pedido de recuperação judicial (art. 95) ou contestar o pedido, apresentando todas as defesas que entender cabíveis para desconstituir a impontualidade injustificada, a execução frustrada ou a alegação da prática de atos falimentares. Vale dizer que o devedor pode, inclusive, demonstrar a irregularidade do procedimento de falência ou a falta de elementos imprescindíveis para decretação da quebra, a exemplo da falta de legitimidade ativa do requerente¹⁰⁵.

Especificamente nas hipóteses dos incisos I e II do *caput* do art. 94 da Lei nº 11.101/2005, poderá o devedor, “no prazo da contestação, depositar o valor correspondente ao total do crédito, acrescido de correção monetária, juros e honorários advocatícios, hipótese em que a falência não será decretada e, caso julgado procedente o pedido de falência, o juiz ordenará o levantamento do valor pelo autor”, conforme dispõe o parágrafo único do art. 98. Importa mencionar que esse depósito, que pode ser realizado juntamente com a defesa, não importa reconhecimento do pedido; o seu objetivo é elidir a insolvência jurídica, que é o pressuposto para decretação da falência¹⁰⁶.

Uma vez feito o depósito, o processo prossegue para definir quem poderá levantar o dinheiro, sem que isso signifique uma conversão propriamente dita em ação de cobrança. Com efeito, caso os argumentos da defesa não prosperem e a documentação apresentada pelo devedor efetivamente demonstrar a legitimidade do crédito e o preenchimento dos demais requisitos legais, ao juiz caberá (i) decretar a falência do devedor, caso não tenha sido realizado o depósito elisivo; ou (ii) julgar procedente o pedido falimentar, mas declarar elidida a falência em relação ao depósito, ordenando o levantamento pelo autor¹⁰⁷.

O art. 97 prevê os legitimados ativos para o pedido de falência, que são aqueles que possuem interesses a serem resguardados com a decretação da quebra, nos quais se incluem o próprio devedor (legitimidade ativa para o pedido de autofalência¹⁰⁸). Para o que interessa ao presente estudo, os credores do devedor possuidores de créditos que preencham os requisitos do art. 94 da Lei nº 11.101/2005 poderão requerer a falência do devedor (art. 97, IV¹⁰⁹). Inclusive, nos termos do art. 94, § 1º, na hipótese de impon-

105 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2021. p. 466.

106 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2021. p. 473.

107 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2021. p. 473.

108 SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2021. p. 468.

109 Embora o referido inciso mencione “qualquer credor”, cabe ressaltar o não cabimento do pedido de falência com base em crédito tributário, em razão do que dispõem o art. 187 do CTN e o art. 38 da Lei nº 6.830/1980 (nesse sentido: SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2021. p. 470).

tualidade injustificada (inciso I), o pedido pode ser formulado em litisconsórcio ativo, a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido. Caso sejam credores empresários, os requerentes deverão demonstrar a regularidade de seus registros (art. 97, § 1º) e, caso não possuam domicílio no Brasil, exige-se a prestação de caução relativa às custas e ao pagamento da indenização de que trata o art. 101 da Lei nº 11.101/2005 (art. 97, § 2º).

3.2. Requerimento abusivo de falência como forma de litigância predatória na execução

Por tudo que se expôs até aqui, não há dúvidas de que um requerimento de falência gera transtornos de toda a ordem para o devedor e, eventualmente, para terceiros – no caso, as pessoas físicas e jurídicas que dependem ou se relacionam com a empresa.

Uma vez apresentado o pedido, o mercado acende um alerta contra aquele empresário, que passa a representar um risco maior de inadimplemento. A partir daí, as consequências do pedido podem ser altamente deletérias: instituições financeiras passam a criar óbices à concessão de novas linhas de crédito ou à renegociação de contratos antigos, fornecedores passam a exigir maiores garantias na contratação de seus produtos ou mesmo deixam de contratar com o devedor, os empregados passam a ficar apreensivos e inseguros, em prejuízo à manutenção do bom ambiente de trabalho, em razão do aparente risco de descontinuidade da atividade, dentre outras. E, vale dizer, tais consequências perduram ao menos até que o pedido seja julgado improcedente, sendo certo que o dano à imagem do empresário pode permanecer por ainda mais tempo, exigindo a adoção de medidas para reversão desse cenário (novos custos para aquele empresário que já enfrenta uma crise econômico-financeira).

Portanto, não há dúvidas de que a mera distribuição de um pedido de falência é prejudicial ao devedor e pode, eventualmente, gerar responsabilização do requerente. Assim, conforme preceitua o art. 101 da Lei nº 11.101/2005, em caso de improcedência do pedido, com o reconhecimento de que a parte autora agiu com dolo ao requerer a falência¹¹⁰, o requerente será condenado nos próprios autos a indenizar as perdas e danos sofridos pelo devedor, sendo certo que, por meio de ação própria, eventuais terceiros prejudicados também poderão reclamar indenização dos responsáveis (art. 101, § 2º).

Por outro lado, sendo claros os indícios de insolvência do devedor, seguro afirmar que o requerimento de falência é o caminho mais adequado em quaisquer das hipó-

110 “No caso de pedido doloso, o juiz poderá, na própria sentença de denegação, condenar o requerente ao pagamento da indenização dos danos causados (Lei n. 11.101/2005 – art. 101). São exemplos de requerimento doloso: a utilização de documento falso, falsas declarações para a realização do protesto, duplicata simulada, título sabidamente inexigível. Neste caso, a condenação poderá ser feita até de ofício, em moldes similares à condenação por litigância de má-fé” (TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. v.3. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book.).

teses dos incisos do art. 94 da Lei nº 11.101/2005. A questão ganha outra roupagem especificamente na hipótese do inciso I do art. 94 (impontualidade injustificada), quando, diante da ausência de indícios concretos de insolvência ou de existência de dúvida sobre o real estado econômico-financeiro do devedor, é possível optar pela cobrança ou execução individual do crédito – caminho que, com toda certeza, é menos oneroso para o devedor, estando, portanto, em maior consonância com o art. 805 do CPC. Embora não se duvide tratar-se de um caminho mais extremo, importante pontuar que inexistente dispositivo legal que impeça o ajuizamento de uma ação de falência (desde que preenchidos os requisitos do art. 94 da Lei nº 11.101/2005), ainda que seja possível optar pelo ajuizamento de uma ação de cobrança ou execução de título extrajudicial.

Nada obstante, o STJ já decidiu por rechaçar “a prática de substituição da via judicial legalmente prevista para satisfação de pretensão creditícia (execução) pelo requerimento de falência, não admitindo que a ação falimentar sirva como instrumento de coação para cobrança de dívidas”¹¹¹, sendo certo que tal entendimento também é encontrado no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ)¹¹². Seguindo essa linha, parte da doutrina defende que há dolo ou, ao menos, abusividade no pedido de falência quando o devedor possuir patrimônio suficiente para servir eventual processo de execução. Ainda que a impontualidade no pagamento milite fortemente a seu desfavor, garantindo o exercício do direito de ação pelo credor, “tal prerrogativa não pode ser utilizada de maneira arbitrária, ao arrepio da lei, sem levar em consideração a situação fática, quando o devedor passa simplesmente por momentâneas dificuldades econômicas, e não se encontra em estado falimentar de fato”¹¹³.

Justamente por ser problemática, Sergio Campinho defende que a impontualidade injustificada não deveria, por si só, caracterizar a insolvência, sob pena de desconsiderar diversas circunstâncias igualmente relevantes – a exemplo das dificuldades passageiras enfrentadas pelos empresários, da episódica falta de liquidez, das restrições a concessões de créditos, motivadas não pela posição do empresário, mas por fatores de conjuntura econômica. Deveria ser exigível do requerente a demonstração da impos-

111 STJ, REsp 1633271/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 26/09/2017, DJe 29/09/2017. No mesmo sentido: STJ, REsp 136565/RS, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Primeira Seção, j. em 23/02/1999. No mesmo sentido há entendimento doutrinário: “A prática do foro pode mostrar litigantes afoitos que utilizam do pedido de falência como meio extremo de cobrança. Já disse que requerimento de falência no qual consta pedido para pagar em vinte e quatro horas ou nomear bens à penhora é eivado de temeridade, e, portanto, caracteriza inépcia da inicial. O que o pedido de falência deve constar é o requerimento para eventual depósito elisivo, se assim entender necessário” (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 320). No mesmo sentido: ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

112 TJRJ, Apelação Cível 0107202-96.2021.8.19.0001, relator Des. Adriano Celso Guimarães, Oitava Câmara Cível, j. em 08/11/2022; TJRJ, Apelação Cível 0118060-60.2019.8.19.0001, relator Luciano Saboia Rinaldi De Carvalho, Sétima Câmara Cível, j. em 26/01/2022.

113 SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 390.

sibilidade do devedor de satisfazer a generalidade de suas obrigações, revelando-se, com isso, a inviabilidade da manutenção da atividade¹¹⁴.

No entanto, em sentido diverso, cabe mencionar que o TJ/SP possui entendimento de que o ajuizamento da ação de falência é mero exercício regular do direito de ação, cabendo ao credor empresário “eleger a via judicial adequada para satisfação de sua pretensão de cobrança: execução individual ou falência”¹¹⁵. De fato, a matéria parece não estar pacificada, existindo, também no âmbito do STJ, acórdão pelo prosseguimento de pedido de falência em razão da desnecessidade de apresentação de indícios de insolvência da devedora. Segundo decidido no Recurso Especial nº n. 1.908.612/PR, (i) “o pressuposto para a instauração de processo de falência é a insolvência jurídica, que é caracterizada a partir de situações objetivamente apontadas pelo ordenamento jurídico”; e (ii) “há uma presunção legal de insolvência que beneficia o credor, cabendo ao devedor elidir tal presunção no curso da ação, e não ao devedor fazer prova do estado de insolvência, que é caracterizado *ex lege*”¹¹⁶.

A rigor, diferentemente do que o art. 20, parágrafo único do Decreto-Lei nº 7.661/1945, que admitia a ação indenizatória decorrente do requerimento de falência doloso, culposo ou abusivo, o art. 101 da Lei nº 11.101/2005 admite a indenização nos próprios autos unicamente na hipótese de restar comprovado o *dolo* do requerente. Tal previsão normativa parece reforçar a concepção de que, desde que atendidos os requisitos do art. 94, a via da falência pode ser adotada pelo credor no lugar da execução individual do crédito¹¹⁷.

114 CAMPINHO, Sergio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book.

115 TJSP, Apelação Cível 1004435-73.2016.8.26.0152; relator Francisco Loureiro, Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 16/01/2017. No mesmo sentido: TJSP, Apelação Cível 1000200-78.2019.8.26.0695; relator Ricardo Negrão, Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 27/02/2020; TJSP, Apelação Cível 1001813-46.2021.8.26.0572, Rel. Jorge Tosta, j. 15/08/22; TJSP, Apelação Cível 9253296-19.2008.8.26.0000, relator Beretta da Silveira, Terceira Câmara de Direito Privado, j. em 15/09/2009.

116 STJ, AgInt no REsp 1908612/PR, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 28/11/2022.

117 “Portanto, doutrina e jurisprudência anteriores, que tratavam da culpa (como p. ex., o pedido de falência com base em protesto de terceiro, não baixado, mas cuja dívida já estava paga ou de obrigação comprovadamente inexistente ou indevida) e do abuso do autor ao requerer a falência (como, p. ex., do autor que ajuíza ação de falência com propósito de cobrança, requerendo citação do devedor apenas para pagar a dívida), não mais se aplicam à nova lei. Somente se restar comprovado o dolo, única hipótese contemplada pela nova lei, é que será possível o pedido de indenização do réu, quer em defesa, quer em ação autônoma dele ou do terceiro prejudicado, já que o §2º está diretamente vinculado à redação do caput do art. 101, que só prevê indenização em caso de dolo, dispositivo, portanto, que não admite interpretação extensiva” (BALBINO, Marcia de Paoli. In CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Org.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 756).

No mesmo sentido: “Na ação de falência, a caracterização dessa improbidade processual é bastante difícil. Ainda quando se percebe que o autor utiliza o pedido de quebra como instrumento de cobrança, não se pode qualificá-lo como litigante desleal, porque nenhum dispositivo legal coíbe expressamente o uso da ação falimentar como expediente de cobrança. Para que se caracterize o chamado pedido doloso de falência, é necessário que fique bem saliente a desnecessidade de postulação tão rigorosa, seja pela óbvia aptidão do

Não obstante, consoante se discorreu ao longo do presente trabalho, estando ou não expressamente prevista a possibilidade de responsabilização do sujeito processual, fato é que o ordenamento jurídico confere aos magistrados ferramentas de controle contra a prática de comportamentos abusivos e temerários. Nesse sentido, ainda que o art. 101 da Lei nº 11.101/2005 não preveja expressamente o cabimento de indenização nos próprios autos em caso de requerimento abusivo de falência, não há qualquer impeditivo à repressão de comportamentos dessa natureza, caso fique evidente a abusividade e a malversação do instrumento falimentar, especialmente na hipótese de impontualidade do devedor.

Não por outra razão, Fabio Ulhoa Coelho, ao discorrer sobre o mencionado art. 101, não retira do devedor a possibilidade de demandar, em ação própria, a responsabilização do requerente que atuou com culpa ou abuso de direito, destacando que “age com culpa a pessoa que não faz controle adequado dos títulos de cujo pagamento recebe, e acaba ajuizando pedido de falência sob a alegação de impontualidade injustificada do devedor que, após o protesto, houvera pago integralmente a dívida”. Ou seja, esse requerente deve indenizar os prejuízos causados ao requerido, ainda que tal responsabilização não possa ser reconhecida nos mesmos autos da ação denegatória da falência¹¹⁸.

Dessa forma, ainda que os requisitos formais do inciso I do art. 94 estejam preenchidos, hipótese em que estaria, ao menos em tese, descaracterizado o dolo do requerente, é possível afirmar que, a depender do valor do crédito e de suas características (privilégios e garantias), a abusividade estará configurada em razão da desproporcionalidade entre a vantagem que se busca auferir e o sacrifício imposto à outra parte¹¹⁹. Quer dizer, um credor empresário detentor de um crédito desprovido de privilégios e garantias dificilmente obterá um resultado mais favorável no âmbito de uma execução concursal em comparação à execução individual de seu crédito, do que se conclui que o seu objetivo com o requerimento de falência não é obter a quebra do devedor, mas

devedor, seja pelo irrisório da quantia reclamada etc.” (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 277).

118 COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 15. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 371. No mesmo sentido: GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. *Recuperação e Falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 254; TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Org.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 319; TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. v.3. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book.

119 Para Menezes Cordeiro, a desproporcionalidade entre as situações jurídicas é uma das três formas do exercício desequilibrado de direitos (CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 853). No mesmo sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, vol. 4, p. 188-189. Em sentido contrário, entendendo pela impossibilidade de o magistrado investigar a motivação do credor na hipótese de os requisitos legais estarem atendidos (SCALZILLI, João P.; SPINELLI, Luis F.; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023. E-book).

sim pressioná-lo a quitar rapidamente a dívida, em clara malversação do instrumento falimentar¹²⁰.

A confirmar essa intenção indevida, cabe mencionar que, não raras as vezes, os requerimentos de falência vêm acompanhadas de pedidos de pagamento da dívida (em desacordo com o art. 99 da Lei nº 11.101/2005), o que é uma clara incongruência com a causa de pedir (insolvabilidade do devedor). A bem da verdade, o depósito do valor da dívida que fundamenta o pedido de falência é uma faculdade do devedor para elidir a quebra, não podendo ser convertido em uma exigência do autor, desconexa com os fatos narrados e fundamentos jurídicos empregados para o requerimento. Nessa hipótese, impõe-se ao magistrado o indeferimento da petição inicial, por inadequação e incompatibilidade do pedido (art. 330, I e § 1º, IV do CPC), não devendo ser permitida nem mesmo a emenda à petição inicial, porquanto já restou demonstrado o real intento do credor com a ação¹²¹. Afinal, em situações assim, não há dúvidas de que o requerimento é empregado como meio de cobrança extremo, com o objetivo de dificultar a defesa do devedor e compeli-lo a celebrar um acordo, já que o desembolso com o depósito elisivo pode ser ainda mais prejudicial à situação financeira do requerido.

A abusividade fica ainda mais evidente quando o requerimento de falência é apresentado concomitantemente à adoção de outras formas de cobrança, a exemplo da hipótese em que já existe uma execução em curso, na qual há embargos à execução ainda pendentes de julgamento definitivo. Mesmo que, nessa hipótese, seja o caso de suspender a execução para fins de cabimento do pedido de falência sob a modalidade de *execução frustrada* (art. 94, II da Lei nº 11.101/2005)¹²², ignora-se que o executado ainda pode estar discutindo o próprio débito, o que deveria, por si só, ser capaz de impedir o manejo do requerimento falimentar, apesar de, em razão da crise que o acomete, não ter sido possível garantir o juízo da execução.

De igual modo, não haverá dúvidas quanto à abusividade do requerente (podendo até mesmo configurar dolo) nas hipóteses de o pedido ser realizado de forma descuidada, sem o preenchimento de requisitos mínimos à demonstração do preenchimento

120 Nesse sentido, cabe mencionar julgado do TJ/RJ em que o processo foi extinto sem resolução do mérito em razão da desproporcionalidade entre o requerimento de falência e o valor do crédito (TJRJ, Apelação Cível 0266022-58.2017.8.19.0001, relator Sérgio Seabra Varela, Vigésima Quinta Câmara Cível, j. em 27/02/2019).

121 Sérgio Campinho também defende o indeferimento da inicial nessa hipótese (CAMPINHO, Sergio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2024. E-book).

122 “Apelação cível. Requerimento de falência com fundamento no artigo 94, inciso ii, da lei 11.101/2005. Pedido que, na dicção do §4º, do artigo 94, da lei de falências deve ser instruído com certidão expedida pelo juízo onde se processava a execução individual, atestando que esta, de fato, restou frustrada. Documento que, entretanto, não veio aos autos a despeito das diversas oportunidades concedidas à credora. Menção nos autos de que a execução individual não se encontra suspensa, pelo que não se pode falar em execução frustrada. Recurso ao qual se nega seguimento” (TJRJ, Apelação Cível 0147753-41.2009.8.19.0001, relator Heleno Ribeiro Pereira Nunes, Quinta Câmara Cível, j. em 29/10/2013). No mesmo sentido: TJSP, Apelação Cível 1056375-39.2016.8.26.0100, relator Hamid Bdine, Primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 03/04/2019; TJSP, Apelação Cível 0041511-18.2013.8.26.0100, relator Maurício Pessoa, Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 10/02/2019.

de uma das hipóteses do art. 94 da Lei nº 11.101/2005 – por exemplo, ausência de aceite nas duplicatas levadas a protesto e de prova do recebimento das mercadorias. Considerando a gravidade das consequências práticas da distribuição do requerimento e de seu eventual deferimento – não apenas para o devedor, mas principalmente para terceiros que dependem daquela atividade –, o mínimo que se espera do requerente é diligência na preparação do pedido, justificando-se o imediato indeferimento da petição inicial em caso de descumprimento das formalidades necessárias ao atendimento dos incisos do art. 94.

Como se viu no capítulo anterior, em razão do julgamento do Tema 1.198 pelo STJ, a compreensão da expressão *litigância predatória* envolve, principalmente, o manejo de ações judiciais de conhecimento fraudulentas, desprovidas de evidências mínimas capazes de lastrear as pretensões deduzidas e, conseqüentemente, fundamentar o exercício de direito de ação. Mais do que isso, defende-se no presente estudo que, por litigância predatória, deve-se compreender toda e qualquer conduta abusiva da parte (autor ou réu) e/ou seus representantes legais na utilização do Poder Judiciário, independentemente do número de processos ajuizados e da fase processual, desde que a conduta seja capaz de causar efeitos deletérios ao sistema de Justiça e/ou ao adversário e terceiros. Na intenção de obter algum benefício próprio, há verdadeira malversação do direito de ação e/ou de instrumentos processuais, ignorando-se os malefícios oriundos dessa conduta – exatamente como sói ocorrer nos requerimentos abusivos de falência.

À luz dessas considerações e a partir de uma leitura sistemática de todo o ordenamento jurídico e processual, o requerimento de falência, se abusivo, configurará litigância predatória na fase de execução, autorizando-se não apenas a reparação dos prejuízos causados ao empresário, como também a aplicação das penas de litigância de má-fé ao requerente, nos moldes dos arts. 80 e 81 do CPC¹²³. Afinal, se o devedor pode requerer a responsabilização do requerente em caso de requerimento doloso de falência (cf. art. 101 da Lei nº 11.101/2005), não parece haver dúvidas de que eventual comportamento abusivo do autor pode e deve ser reprimido pelo Poder Judiciário caso a abusividade possa ser imediatamente identificada pelo órgão julgador, evitando-se o prosseguimento de uma ação temerária¹²⁴.

123 Vale mencionar julgados do TJ/RJ mantendo a condenação do requerente nas penas de litigância de má-fé em razão de ter apresentado requerimento de falência do devedor a despeito de o juízo da execução já estar garantido por depósito ou penhora de bens (TJ/RJ, Apelação Cível 0219199-65.2013.8.19.0001, relator Guaraci de Campos Vianna, Décima Nona Câmara Cível, j. em 15/09/2015; TJ/RJ, Apelação Cível 0026195-05.2009.8.19.0001, relatora Claudia Pires dos Santos Ferreira, Sexta Câmara Cível, j. em 23/08/2011).

124 “(...) o enfoque da impontualidade adotado pelo nosso Direito positivo tem revelado o manejo abusivo do pedido de falência como instrumento sucedâneo aos meios normais de cobrança de dívida. A repercussão negativa que o requerimento de uma falência provoca sobre o crédito, gerando incertezas no mercado, revela-o como forma coercitiva e indevida de se demandar o devedor pelo pagamento de uma obrigação. Sua formulação por um habilitado advogado, acaba por, veladamente, tornar factível o intento. Se basta para ser deferida a petição inicial que o credor comprove a sua qualidade, exibindo o título falencial, e demonstre

Da mesma forma, uma vez configurada a abusividade, deve ser aplicado também ao credor/exequente o disposto no art. 772, II, do CPC, o qual prevê que, nos processos de execução, o juiz pode, em qualquer momento do processo, “advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça”. Na esteira do disposto no art. 77, VI e §1º, do CPC, configura ato atentatório à dignidade da justiça “praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso”. Outrossim, na forma do art. 774, I do CPC, considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que “frauda a execução”, o que é perfeitamente aplicável a fraudes perpetradas também pelo credor/exequente. A cobrança de multas ou de indenizações, inclusive, será promovida nos próprios autos do processo, nos termos do art. 777 do CPC.

Além disso, assumindo que, em caso de litigância predatória, a petição inicial deve ser indeferida, o juiz também poderá advertir o requerente de que a propositura de novo requerimento de falência do mesmo devedor dependerá da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito, nos termos do art. 486, I e §1º, do CPC.

A limitação do uso do requerimento de falência às reais situações de insolvência do devedor, portanto, evita a utilização indevida do Poder Judiciário. De mais a mais, contribui para uma maior estabilização da própria economia, evitando-se que um indicativo isolado de insolvência, desacompanhado da demonstração de outros sintomas, seja interpretado pelo mercado como um sinal de alerta contra os empresários, os quais, muitas vezes por circunstâncias alheias à sua vontade, podem passar por dificuldades passageiras no exercício de suas atividades.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo, procurou-se abordar o tema da litigância predatória sob a perspectiva dos processos de execução. O termo *litigância predatória* vem ganhando notoriedade em razão do início do julgamento do Tema 1.198 da sistemática dos Recursos Especiais Repetitivos do STJ. Na maior parte das vezes, contudo, a abordagem do tema envolve condutas abusivas ou fraudulentas praticadas pelas partes ou seus advogados no processo de conhecimento e nas demandas de massa, ignorando que o fenômeno também pode ocorrer em outras fases processuais e independentemente do número de processos ajuizados.

Como destacado, a litigância predatória deve ser compreendida como toda e qualquer conduta abusiva da parte (autor ou réu) e/ou seus representantes legais na utilização do Poder Judiciário, independentemente do número de processos ajuizados

a impontualidade pelo protesto, viabilizado está pela lei, ainda que de forma não intencional, o mau uso do requerimento de quebra. Por tais motivos é que se recomenda ao magistrado extrema cautela e severidade ao deferir a citação em um pedido de falência” (CAMPINHO, Sergio. Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2024. E-book).

e da fase processual, desde que a conduta seja capaz de causar efeitos deletérios ao sistema de Justiça e/ou ao adversário. Como gênero, decorrem as espécies, hipóteses específicas de uso abusivo do Poder Judiciário, tais como a litigância frívola, litigância fraudulenta, litigância temerária, litigância protelatória, *sham litigation*, assédio processual, *spam* processual, dentre outros.

Nos processos de execução, é intuitiva a possibilidade de o devedor, nutrido da intenção de se esquivar do pagamento de uma condenação, se comportar de forma abusiva, frustrando a execução. Todavia, não deve ser afastada a possibilidade de o credor/exequente se comportar de forma abusiva, o que ocorre, precisamente, em caso de apresentação de requerimento abusivo de falência do devedor empresário.

Esse é o caso, por exemplo, de um credor que, mesmo sem a presença de indícios concretos de insolvência do devedor, deixa de optar pela ação de cobrança ou execução individual do crédito para requerer a sua falência, com fundamento na impontualidade injustificada prevista no art. 94, I, da Lei nº 11.101/2005. Isso fica ainda mais evidente quando o credor formula, na própria petição inicial do requerimento, pedido de pagamento da dívida, não obstante o disposto no art. 99 da Lei nº 11.101/2005, ou quando o requerimento de falência é apresentado concomitantemente à adoção de outras formas de cobrança.

Sob este prisma, a litigância predatória na fase de execução, uma vez constatada pelo juiz, deve ensejar não apenas a possibilidade de reparação dos prejuízos causados ao empresário, conforme já autoriza o art. 101 da Lei nº 11.101/2005 em caso de comprovação do dolo, como também a fixação, até mesmo de ofício, de multa por litigância de má-fé e multa por ato atentatório à dignidade da justiça (c. arts. 80, 81 e 777 do CPC), além do indeferimento da petição inicial, com a aplicação da sanção atípica de vedação a novo requerimento de falência (cf. art. 486, I e §1º, do CPC).

5. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Recuperação de Empresa*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.
- ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; UZEDA, Carolina. Litigância predatória: um sério prejuízo à advocacia e ao acesso à justiça. *Migalhas*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/questao-de-direito/396509/litigancia-predatoria-serio-prejuizo-a-advocacia-e-acesso-a-justica>>. Acesso em 27 jan. 2023.
- ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do judiciário. *Revista de Processo*, vol. 263, jan./2017, p. 233-255.
- BALBINO, Marcia de Paoli. In CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Org.). *Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- BONE, Robert G. Modeling frivolous suits. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 145, n. 519, 1997, p. 519-605.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CAMPINHO, Sergio. *Curso de direito comercial: falência e recuperação de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 15. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 2.
- COELHO, Fábio Ulhoa. O princípio da preservação da empresa na interpretação da lei de recuperação de empresas. *Revista Electrónica de Direito*, Portugal, n. 2, jun., 2014. p. 1-11.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O seguro de crédito: estudo jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- COSTA, Susana Henriques da; SILVA, Marcos Rolim da. Litigantes repetitivos e modulação no controle de constitucionalidade. *Revista de Estudos Constitucionais*, v. 2, n. 1, jan.-jun./2022, p. 185-223.
- DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia; FERREIRA, Rafael D'Ávila Matias. Análise econômica do direito, demandas frívolas e custo processual. *Revista CNJ*, v. 7, n. 2, jul.-dez./2023, p. 64-91.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, vol. 4.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, vol. 4, tomo 1.
- GALDINO, Flavio. Introdução à análise econômica do processo civil (I): Os métodos alternativos de solução de controvérsias. *Quaestio Iuris*, v. 1, n. 1, 2005, p. 169-202.
- GOUVÊA, João Bosco Cascardo de. *Recuperação e Falência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009
- KATZ, Avery. The effect of frivolous lawsuits on the settlement of litigation. *International Review of Law and Economics*, 1990, n. 10, p. 3-27.
- KLEIN, Christopher C. *The Economics of Sham Litigation: theory, cases, and policy*. Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission. Estados Unidos da América: Federal Trade Commission, Bureau of Economics, 1989.

- LINO, Daniela Bermudes. Nota sobre litigância predatória (abuso do direito de demandar). *Boletim Revista dos Tribunais Online*, vol. 38, abr./2023.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* - Volume único. 13. ed., Salvador: JusPodivm, 2021.
- OSNA, Gustavo. Três notas sobre a litigância predatória (ou, o abuso do direito de ação). *Revista de Processo*, vol. 342, ago./2023, p. 55-70.
- PIGNANELI, Guilherme. *Análise econômica da litigância: uma busca pelo efetivo acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- P'NG, Ivan Paak Liang. Strategic behavior in suit, settlement, and trial. *The Bell Journal of Economics*, vol. 14, n. 2, 1983, p. 539-550.
- ROSAS, Roberto. Abuso de direito e dano processual. *Revista de Processo*, vol. 32, out-dez. 1983, p. 28-38.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2021.
- SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. *Recuperação judicial, extrajudicial e falência: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- SCALZILLI, João P.; SPINELLI, Luis F.; TELLECHEA, Rodrigo. *Recuperação de Empresas e Falência: Teoria e Prática na Lei 11.101/2005*. São Paulo: Almedina Brasil, 2023. E-book.
- SILVA, Jorge Luis da Costa. Fatores determinantes e instrumentos de dissuasão da litigância frívola. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 14, vol. 21, n. 1, jan.-abr./2020, p. 165-191.
- SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de Direito Falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TEIXEIRA, Fernando. Promoção de disputas judiciais falsas por advogados se multiplicam. *Valor Econômico*. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2023/12/11/promocao-de-disputas-judiciais-falsas-por-advogados-se-multiplica.ghml>. Acesso em 27 dez. 2023.
- TEIXEIRA, Tarcísio. *Direito Empresarial Sistematizado*. Saraiva: São Paulo, 2011. p. 186.
- TEMER, Sofia. Ações coordenadas, 'demandas opressivas' e 'litigância predatória. *Jota*, disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acoes-coordenadas-demandas-opressivas-e-litigancia-predatoria-29052022>>. Acesso em 16 fev. 2024.
- TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (Org.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas*. v.3. São Paulo: Saraiva, 2024. E-book.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências: (Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945)*. 4. ed. atual. por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2011.

VIARO, Felipe Albertini Nani. Litigiosidade predatória: conceitos e casos. *Conjur*, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-09/felipe-viario-litigiosidade-predatoria-conceitos-casos/#_ftn11>, acesso em 03 fev. 2024.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. 2. ed., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.