

Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal

N. 2 (2022)



© **MARCIAL PONS**
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
<http://www.revistasmarcialpons.es/rivitsproc/>
ISSN: 2605-5244
DOI: 10.37417/rivitsproc/n2_2022
Fotocomposición: Ene Estudio

ÍNDICE

EDITORIAL

Rosa Anna Ruggiero, <i>Prosecutorial discretion vs. mandatory prosecution. The Italian case of corporate crimes</i>	5
---	---

ARTÍCULOS

Marco Giacalone, Seyedeh Sajedeh Salehi, <i>An Empirical Study on Mediation in Civil and Commercial Disputes in Europe: The Mediation Service Providers Perspective</i>	11
Paolo Comoglio, <i>Inteligencia artificial y selección de pruebas en el proceso civil: ¿hacia un proceso más inteligente o hacia un proceso más artificial? ...</i>	55
Brian Buchhalter-Montero, <i>La discapacidad en el sistema de la jurisdicción voluntaria española: notas sobre la parte general de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria</i>	87
Lorenzo Bernardini, <i>“Assente giustificato”? L'imputato assente per «volontaria sottrazione» tra perplessità gnoseologiche e spunti sovranazionali</i>	119
Jordi Nieva Fenoll, <i>Requiem for the Burden of Proof</i>	165

PROSECUTORIAL DISCRETION VS. MANDATORY PROSECUTION. THE ITALIAN CASE OF CORPORATE CRIMES

ROSA ANNA RUGGIERO

*Associate Professor of Criminal Procedure
Tuscia University*

1. The title “Prosecutorial discretion vs. mandatory prosecution” is deliberately paradoxical. Understandably, one might not expect an Italian scholar that has to write on her juridical system to speak about “prosecutorial discretion” since it is well-known that in the Italian system, prosecution is mandatory. So, I’d like to clarify what the title means. After that, I’d like to explain when the Prosecutor has to prosecute a corporation and, before prosecution, when it is that the Prosecutor has to initiate investigations against corporations. Then I’ll discuss why the Prosecutor often decides not to investigate corporations, and I’ll describe, on the one hand, how the Prosecutor may dismiss the case after investigations, and on the other what happens when the Prosecutor decides to prosecute a corporation. Finally, I’ll outline some possible solutions.

As some may know, mandatory prosecution is a fundamental principle enshrined in the Italian Constitution intended to ensure equality of treatment among citizens and the independence of the Public Prosecutor. However, it must be said that mandatory prosecution is a “conventional lie”, as a leading Italian scholar has observed (R.E. KOSTORIS, *Obbligatorietà dell’azione penale, esigenze di deflazione e «irrelevanza del fatto»*, in AA.VV., *I nuovi binari del processo penale: tra giurisprudenza costituzionale e riforme*, Atti del Convegno dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale, Caserta-Napoli, 8-10 dicembre 1995, Giuffrè, 1996, p. 207). The huge number of offences provided for by the Italian criminal code and the subsequent plethora of criminal proceedings the prosecutors have to manage makes it impossible to prosecute every crime which may deserve to be prosecuted. Nonetheless, the overall

number of criminal proceedings for corporate crimes is still very high, while that of proceedings involving corporations as defendants is surprisingly low. In other words, there is a significant number of proceedings against individuals for corporate crimes, yet very few against corporations. It is striking because in both cases prosecution should be mandatory.

It is crucial to observe when the Prosecutor must prosecute individuals and when he or she must prosecute corporations. In the proceedings against individuals, the Prosecutor must only verify if there are grounds for prosecution. In the proceedings against corporations, the Prosecutor must ascertain if the offence is included in the list of crimes for which corporations can be prosecuted and if there are grounds for prosecution; whether the author is a senior manager or a simple employee; whether the corporation benefits from the crime; and whether the corporation has an adequate *ante-factum* compliance programme or not. In our legislation, adequate compliance programmes can exclude the corporation from liability if implemented *ante delictum*. If adequate compliance programmes are adopted *post factum*, they can still result in an attenuation of penalties.

So, corporations are not responsible for all the crimes for which individuals belonging to an organisation can be held responsible. There is a selection of crimes for which corporations can be held responsible: for instance, improper/undue receipt of funds, fraud against the State or a public entity or to obtain public funds, computer fraud against the State or a public entity; bribery, improper incitement to give or promise benefits, and misconduct in public office.

2. In Italy there is no general culture of gathering empirical data, but a few courts have started to collect and publish their statistics. And currently a group of scholars, part of which I'm a member, has promoted a research project which intends to study criminal proceedings against corporations from an empirical viewpoint.

I examined data published by the Milan Public Prosecutor's Office (https://www.procura.milano.giustizia.it/files/BRS_Procura_19-20.pdf). I chose Milan because it is the only published data available but its data is also significant because Milan is the financial centre in Italy and so enjoys a privileged vantage point. In 2020 there were 6 proceedings against corporations for fraud and 24 for bribery and other misconduct in public office. We know the number of proceedings against corporations; however, the number of proceedings against corporate managers and employees for the same crimes have never been reported (more specifically, the total number of proceedings against individuals for corporate crimes is known, but we don't know the exact number of proceedings against individuals which correlate with the same crimes for which corporations can be held criminally responsible). Nonetheless, since 2013 Milan's Public Prosecutor has highlighted the huge number of proceedings for corporate crimes and admitted that there is a significant gap between proceedings against individuals and those against cor-

porations for the same crimes (<https://www.procura.milano.giustizia.it/files/BRS-2013-definitivo-17-dic.pdf>).

Some might observe that the Prosecutor must prosecute corporations only if he or she ascertains that the corporation benefited from the crime or that the crime was committed for the corporation's interest. Individuals might commit a crime for his/her personal advantage. Others may point out that corporations might have adequate compliance programmes and in that case, as I've observed before, they would not be held responsible. Nonetheless, what is interesting is that these statistics concern proceedings at the stage of preliminary investigations and when Prosecutors initiate investigations against corporations, it is only possible to verify if the crime is listed amongst those provided for under corporate responsibility and if the person who is alleged to have committed the crime works for that company. It is the investigations that will have to prove the corporation's interest or advantage and whether compliance programmes exist and are adequate.

So, why is there such a low number of proceedings involving corporations as defendants? Why do Prosecutors prefer not to initiate investigations against corporations? If the prosecution is mandatory, then surely the preliminary investigations are mandatory as well.

Possible answers:

a) Prosecutors don't want to deal with the added complications that criminal proceedings against corporations imply. If Prosecutors must prove corporate interest or advantage and, moreover, if they have to verify whether the compliance programme is adequate, the proceeding will take longer and will be more complex, also because Prosecutors often don't have specialised business knowledge. Consequently, they will need to appoint technical consultants.

b) Prosecutors want to protect corporations from bankruptcy: the length of trials can determine significant loss of business, e.g. restricted access to public contracts, and damage to business reputations. Especially in times of financial crisis, it could be fatal. As Brandon Garrett explained in his book, corporations are too big to jail, and to fail (B.L. GARRETT, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*, Harvard University Press, 2014).

c) There is still another possible explanation, which has a completely different reason. For some offences for which corporations can be criminally liable (for instance, fraud against the State or a public entity or to obtain public funds), Prosecutors can obtain the same results using preventive measures; which they can ask the judge for without a criminal proceeding and therefore without the guarantees of criminal proceedings. In Italy preventive measures can be applied without involving criminal proceedings, in the so-called "prevention proceeding", when the judge verifies that the defendant is simply "dangerous". There are criteria to ascertain if someone is dangerous, but they are very general and, as I anticipated, the defendant doesn't have the same guarantees that exist in criminal proceedings. I'd like to explain this point

with an example. For instance, in a leading Italian case-law, at the end of a prevention proceeding, a senior manager chosen by the Court of Milan was appointed in order to administer the company and make management reforms, because the corporation was found to be dangerous (<https://www.penalcontemporaneo.it/upload/4688-decretotribmilano27012017.pdf>). Indeed, the corporation's administration can be taken over by a commissioner, if the continuation of activity is crucial to ensuring law and order or employment needs. This is a preventive measure and at the same time, this is a typical sanction that the judge can apply at the end of a regular (and time-consuming) criminal trial. Why would the Prosecutor choose criminal proceedings if he/she can achieve the same result with the simpler prevention proceeding?

These are the possible reasons which may explain the low number of Italian criminal proceedings against corporations.

3. As already mentioned, there are other indicators of prosecutorial discretion, besides the decision not to investigate corporations. When the Prosecutor brings proceedings against a corporation, at the end of the investigations he or she has two alternatives: to ask for a trial or to dismiss the charges. In the latter case, we have the most significant difference compared to proceedings against individuals. In the proceedings against individuals, the Prosecutor can request dismissal and the judge must authorise it. In the proceedings against corporations, Prosecutors can dismiss the charges *de plano*, without judicial control. Consequently, he or she is the only *dominus* regarding the decision to prosecute.

There is still more. If on the one hand Prosecutors often decide not to initiate investigations against corporations, on the other it is worth noting that in all cases in which corporations were prosecuted, at the end of the trial they were found guilty because compliance programmes had been found inadequate. As I said before, adequate *ante factum* compliance programmes can exclude corporate liability. To date, courts have never evaluated *ante-factum* corporate compliance programmes as adequate. This is the reason why in the majority of cases for which corporations are prosecuted, they ask for a plea-bargain. As we know, in the plea-bargain the Prosecutor is the main actor because he or she can decide if the corporation can conclude the agreement and under what conditions. In Italy the corporation can conclude the agreement only if the Prosecutor decides that in that case only financial penalties (and not disqualifying ones) must be imposed. The judge holds what is usually a very brief hearing to evaluate the plea-bargaining and, generally it is approved. In addition, in Italy we don't have a register of plea-agreements and the hearing to evaluate the agreement is not public.

In conclusion, we can observe to what extent the prosecutorial discretionary powers characterise proceedings against corporations.

I think that one possible solution to limit prosecutorial discretion is to increase the judge's powers and to enhance transparency, by providing for a judicial control over the decision not to prosecute. In addition, my proposal

is to introduce probation for corporations under judicial control too, only for the first offence, only if the corporation presents a plan to modify its organization and to compensate for damages, and only if the judge evaluates it as adequate (R.A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, 2018, p. 171). In this case it is up to the judge to check if the corporation has done what it was asked to do. At the same time, the new special proceeding is likely to be more attractive than the plea-bargaining for corporations under prosecution, since probation doesn't end up in sanctions being imposed.

I realize these proposals don't solve all the problems I've mentioned. Even if we increase judicial powers, Prosecutors can continue, without any judicial control, to decide not to initiate investigations against corporations at all. Consequently, maybe the time has come to accept this discretionary prosecution *de facto* in criminal proceedings against corporations and to regulate it: the decision not to initiate investigations against corporations is a political one and so it might be right in such cases to provide for some form of accountability of prosecutors, who at present, under the Italian Constitution, are independent of any other power.

AN EMPIRICAL STUDY ON MEDIATION IN CIVIL AND COMMERCIAL DISPUTES IN EUROPE: THE MEDIATION SERVICE PROVIDERS PERSPECTIVE*

Marco Giacalone**
Seyedeh Sajedeh Salehi***

ABSTRACT: This empirical study seeks to explore the application of mediation and online mediation in civil and commercial disputes from the perspective of service providers in France, Italy, and Belgium. A qualitative approach was used in investigating the effectiveness of mediation, the challenges that mediators face, including online, and its future perspective through the lens of service providers. This study aims to be suitable for policymakers, jurists, researchers, and mediation service providers.

KEYWORDS: Mediation, Online Mediation, Civil and Commercial Disputes, Mediation Service Providers, EU

SUMMARY: INTRODUCTION—1. LITERATURE REVIEW; 1.1. Mediation: Concept Definition and Application; 1.2. Online Mediation.—2. MEDIATION IN EU: PERSPECTIVES FROM FRANCE, ITALY, AND BELGIUM; 2.1. France; 2.2. Italy; 2.3. Belgium; 2.4 Conclusions on Jurisdictions.— 3. EMPIRICAL RESEARCH METHODOLOGY; 3.1. Open-ended Surveys; 3.1.1. Research Design and Data Collection; 3.1.2. Results and Analysis; 3.2. Semi-structured Expert Interviews; 3.2.1. Research Design and Data Collection; 3.2.2. Results and Analysis.—4. DISCUSSION.— ACKNOWLEDGEMENT

* This work is the result of conducting research as part of the NEMESIS project (co-funded by the EU H2020 under Grant Agreement no. 890793). The content of this paper represents the views of the authors only and is their sole responsibility. The European Commission does not accept any responsibility for use that may be made of the information it contains.

** Post-doctoral researcher at Private and Economic Law Department (PREC), Vrije Universiteit Brussel; and Marie Skłodowska-Curie fellow at Seraphin.Legal; E-mail: marco.giacalone@vub.be. (ORCID: 0000-0001-7097-4394)

*** Doctoral candidate at Private and Economic Law Department (PREC), Vrije Universiteit Brussel; E-mail: seyedeh.sajedeh.salehi@vub.be (ORCID: 0000-0001-7059-4826).

INTRODUCTION

Traditionally, disputants solve civil and commercial cases in front of courts.¹ Nevertheless, the complicated, time consuming and excessively costly procedures involved sometimes impede effective access to justice for citizens, particularly in claims with low and medium pecuniary thresholds.² The unsatisfactory administration of civil justice in some areas has pushed disputants to seek non-adversarial procedures, namely alternative dispute resolution (ADR).³ While a variety of definitions of the term ADR has been suggested⁴, this paper defines it in its broadest sense to refer to any form of dispute resolution process other than litigation.⁵ There are different types of ADR processes that are used to resolve a wide variety of disputes.⁶ Many scholars, however, argue that ‘mediation’ is the most preferable — to other ADR methods as well as to litigation — dispute resolution method because of its flexible, non-binding, informal, and economic nature.⁷ These traits have

¹ Stephen B. Goldberg, Eric D. Green, and Frank E. A. Sander, ‘ADR Problems and Prospects: Looking to the Future’ (1986) 69 *Judicature* 291.

² Pablo Cortés, ‘Using Technology and ADR Methods to Enhance Access to Justice’ (2018) 5 *IJODR* 103.

³ In the recent years, some scholars have referred to the term ‘appropriate’ instead of ‘alternative’. They have argued that the model of dispute resolution should be appropriate to the characteristics of each dispute including the nature of dispute, the parties involved, and their place of residence. See Yona Shamir ‘Alternative Dispute Resolution Approaches and Their Application .Potential Conflict to Cooperation Potential’ (UNESCO,2003); David Otieno Ngira, ‘(Re) configuring ‘Alternative Dispute Resolution’ as ‘Appropriate Dispute Resolution’: A Philosophical Reflection’ (2018) 6 (2) *Alternative Dispute Resolution* 194; Carrie Menkel-Meadow, ‘*Mediation, Arbitration and Alternative Dispute Resolution (ADR)*’ in James D. Wright (ed.), *International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences* (2nd ed., Elsevier 2015); Felix Steffek and others, *Regulating dispute resolution: ADR and access to justice at the crossroads* (Bloomsbury Publishing 2014); Susan H. Blake, Julie Browne and Susan Sime, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution* (Oxford University Press 2016).

⁴ For example, see Paul D. Carrington, ‘Civil Procedure and Alternative Dispute Resolution’ (1984) 34 *J Legal Education* 298; Richard A. Posner, ‘The Summary Jury Trial and Other Methods of Alternative Dispute Resolution: Some Cautionary Observations’ (1986) 53 *U Chi L Rev* 366; Judith Resnik, ‘Many Doors--Closing Doors--Alternative Dispute Resolution and Adjudication’ (1995) 10 *Ohio St J on Disp Resol* 211; E. Casey Lide, ‘ADR and Cyberspace: The Role of Alternative Dispute Resolution in Online Commerce, Intellectual Property and Defamation’ (1996) 12 *Ohio St J on Disp Resol* 193; Carrie Menkel-Meadow, ‘Taking the Mass Out of Mass Torts: Reflections of a Dalkon Shield Arbitrator on Alternative Dispute Resolution, Judging, Neutrality, Gender, and Process’ (1998) 31 *Loy L A L Rev* 513; Jean R. Sternlight, ‘Is Alternative Dispute Resolution Consistent with the Rule of Law - Lessons from Abroad’ (2007) 56 *DePaul L Rev* 569.

⁵ See Masood Ahmed, ‘Alternative Dispute Resolution During the Covid-19 Crisis and Beyond’ (2021) 32 *King’s Law Journal* 147.

⁶ These forms of ADR include arbitration, mediation, negotiation, ombudsman procedures, conciliation, and other types of hybrid ADR (e.g., med-arb and mini-trials). See Brian A. Pappas, ‘Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution’ (2015) 20 *Harvard Negotiation Law Review* 157; Sherry Landry, ‘Med-Arb: Mediation with a Bite and an Effective ADR Model’ (1996) 63 *Defense Counsel Journal* 263; Reba Page R and Ferederick J. Lees, ‘Roles of Participants in the Mini-Trial’ (1988) 18 *Public Contract Law Journal* 54.

⁷ Kenneth R. Feinberg, ‘Mediation - A Preferred Method of Dispute Resolution’ (1989) 16 (5) *Pepp. L. Rev.* 12; Hazel Genn, ‘What Is Civil Justice for? Reform, ADR, and Access to Justice’ (2012) 24 (1) *Yale Journal of Law & the Humanities* 397, 411; Carlos Esplugues, ‘General Report: New Developments

incentivised civil justice systems to promote the use of mediation within their dispute resolution procedures mainly to tackle the court backlogs.⁸

In Europe, the EU Parliament and the EU Council adopted Directive 2008/52/EC (the EU Mediation Directive) aiming to promote the use of mediation in certain civil and commercial matters.⁹ The EU Mediation Directive was the first joint effort in regulating mediation in the European Union.¹⁰ Today, despite a decade of implementing this legislative instrument, there is still considerable imbalance in the use of mediation in the Member States' civil justice systems.¹¹ Imbalance can be especially observed in dealing with cross-border civil and commercial matters. It can be thence concluded that the EU Mediation Directive has not succeeded in delivering its major objective of promoting the use of amicable dispute resolution methods as an alternative to adversarial proceedings.¹²

Over the past two decades, many studies have provided important information on mediation as an especially convenient method for resolving civil and commercial disputes.¹³ However, these studies remain descriptive in nature and mainly focused on mediation from the perspective of disputants. The mediation service providers' (MSPs) viewpoints — as one of the main pillars of any individual or institutional mediation¹⁴ — and practice of online mediation are understudied in the EU.

in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives' in Carlos Esplugues and Louis Marquis (eds), *New Developments in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives* (Springer International Publishing 2015), 4.

⁸ Hazel Genn, 'What Is Civil Justice for? Reform, ADR, and Access to Justice' (2012) 24 (1) *Yale Journal of Law & the Humanities* 397.

⁹ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters 2008 [32008L0052].

¹⁰ This should be, however, noted that the idea about the development and general acceptance of mediation — as part of the general ADR regime — dates to 1990s. Back then, the European Council emphasized on the significance of using alternative — to litigation — methods for settling transnational disputes particularly at cross-border level. See Elizabeth Birch, 'The Historical Background to the EU Directive on Mediation' (2006) 72 (1) *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 57.

¹¹ See Esplugues (n 7) 20; Katrin Deckert, 'Mediation in France: Legal Framework and Practical Experiences' in Hopt, Klaus J. Hopt and Felix Steffek (eds) *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective* (Oxford University Press 2012).

¹² Giuseppe De Palo, 'A Ten-Year-Long 'EU Mediation Paradox': When an EU Directive Needs to Be More ...Directive' (European Parliament Briefing 2018) 1.

¹³ For example, see Pablo Cortés, 'Can I Afford Not to Mediate - Mandatory Online Mediation for European Consumers: Legal Constraints and Policy Issues' (2008) 35 *Rutgers Computer & Tech LJ* 1; Cortés, Pablo Cortés & Arno R. Lodder, 'Consumer Dispute Resolution Goes Online: Reflections on the Evolution of European Law for Out-of-Court Redress' (2014) 21 *Maastricht J Eur & Comp L* 14; Jacobs CA, 'Facilitative Mediation - A Good Option' (2002) 22 *Michigan Probate & Estate Planning Journal* 2; M. R. Zagidullin, 'Legal Liability in Civil and Commercial Proceedings and in Mediation Procedure' (2020) 48 *Perm U. Herald Jurid. Sci.* 388; Anna Howard, *EU Cross-Border Commercial Mediation: Listening to Disputants - Changing the Frame; Framing the Changes* (Kluwer Law International BV 2021).

¹⁴ The institutional model of mediation stands against individual practice of mediation. The institutional mediation service has been favoured by some scholars due to its cost-effectiveness, having higher degree of expertise, and marketing benefits. See Noam Ebner, 'E-Mediation' in Mohamed S.

Therefore, this empirical study intends to explore the application of mediation and online mediation¹⁵ in civil and commercial disputes from the perspective of service providers in the selected Member States: France, Italy, and Belgium.¹⁶ A qualitative approach was used in investigating the effectiveness of mediation, the challenges that mediators face, including online, and its future perspective through the lens of service providers.

This study aims to be suitable for policymakers, jurists, researchers, and other mediation service providers.

The paper proceeds as follows: Section 1, the literature review, expands the discussion on the concept definition and the application of mediation and online mediation. Next, Section 2 provides a brief overview on the implementation of mediation in civil and commercial disputes in the EU, particularly in France, Italy, and Belgium. Section 3 describes the empirical research methodology — through open-ended surveys and semi-structured expert interviews — and presents the results and data analysis. Finally, Section 4 discusses the findings of the empirical study.

1. LITERATURE REVIEW

1.2. Mediation: Concept Definition and Application

There are slight differences of opinion among scholars about the definition of ‘mediation’. However, there is general agreement that mediation refers to ‘a process in which a neutral third party facilitates negotiation among disputants to reach an agreement over a disputed subject matter, without delivering a formal decision’.¹⁷

In a similar, yet more elaborated definition, the *Centre for Effective Dispute Resolution* (CEDR)¹⁸ defines mediation as: ‘a flexible and confidential process in which a neutral third party assists the disputants to reach a consensual agreement through negotiations under the parties’ full control over the process’.¹⁹

Abdel Wahab, Ethan Katsh and Daniel Rainey (eds), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution* (Eleven International Publication 2012).

¹⁵ In this paper, the terms online mediation and e-mediation are used interchangeably.

¹⁶ These Member States were chosen based on the authors’ academic and professional ties with the MSPs in these jurisdictions.

¹⁷ See Menkel-Meadow (n 3); Steffek and others (n 3); Jethro K. Lieberman and James F. Henry, ‘Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement’ (1986) 53 *The University of Chicago Law Review* 424; Blake, Browne, and Sime (n 3).

¹⁸ CEDR is a prominent London-based dispute resolution body that specialises in ADR, and particular mediation. CEDR plays an imminent role in providing soft skills and solutions for the society to have an effective conflict management through constructive dialogues. See Centre for Effective Dispute Resolution, ‘CEDR Asia Pacific Mediation Rules’ (2010): <<http://www.cedr-asia-pacific.com/cedr/docslib/CEDR%20Asia%20Pacific%20Mediation%20Rules.pdf>> accessed 20 June 2022.

¹⁹ *ibid.*

In the European context, various definitions of mediation by prominent scholars can be found. According to the definitions provided, particularly in the context of consumer-to-business (C2B) relationships, mediation is ‘a process where a neutral third party (as the mediator) assists the consumer and the trader to reach an amicable settlement’. According to this definition, the mediator plays a significant role in facilitating the dialogues between disputants. In this respect, mediators help the parties to conduct an effective communication to identify common objectives and reach an amicable agreement. This type of mediation is known as ‘facilitative mediation’ in which the role of mediator is limited to facilitating communications. The decision-making is left to the parties involved in the process.

Another type of mediation is ‘evaluative mediation’ in which the mediator plays a more active role during the process by evaluating the subject matter of the dispute.²⁰ Most significantly, the mediator proposes settlement schemes to parties.

It is important to note that in neither the facilitative nor the evaluative form of mediation does the mediator have any authoritative decision-making power. In fact, the mediator’s efforts are concentrated on directing parties towards reconciling their competing interests through finding a mutually satisfactory resolution.²¹ This characteristic of the mediator is contrary to the function of a judge or an arbitrator during a dispute resolution process.²²

On the advantages of mediation, this process — compared to litigation — gives parties a higher degree of satisfaction and motivates more voluntary compliance with the outcome of the settlement. Nevertheless, it should be noted that in certain circumstances — e.g., failure to reach an agreement, in compliance with the outcome, or lack of a balanced bargaining power between parties — a failed mediation can increase the costs of dispute resolution.²³

In a significant study, Esplugues and Marquis (2015) investigated the notion of mediation in civil and commercial disputes in various jurisdictions across the world. They found out that the notion of mediation as a legal institution should be observed in the context of each legal system and the developed doctrinal approaches as part of a civil justice system.²⁴ In the EU, the notion of mediation in civil and commercial disputes can be considered in the light of Article 3 of the EU Mediation Directive. This Article stipulates that mediation is ‘a structured process in which two or more disputants vol-

²⁰ Evaluative mediation is more commonly used in consumer dispute resolutions. See Pablo Cortés, *The Law of Consumer Redress in an Evolving Digital Market* (2017, Cambridge University Press) 25.

²¹ *ibid* 25-7.

²² Marco Giacalone and Ronald P. Loui, ‘Dispute Resolution with Arguments over Milestones: Changing the Representation to Facilitate Changing the Focus’ (2018) *Jusletter IT*, IRIS 167.

²³ Pablo Cortés, *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution* (Oxford University Press 2016) 321.

²⁴ Esplugues (n 7) 4.

untarily attempt to resolve a dispute and reach an agreement with the assistance of a mediator'.²⁵

This definition highlights two key factors in a mediation process: that it be voluntary and structured. Although, the voluntary nature of the process refers to the willingness of parties to attempt mediation, Article 3 does not illuminate the concept of a 'structured process'.

This ambiguity may be perceived to be in contradiction with the characteristics of mediation, in particular flexibility and party control over the process. This viewpoint seems to be supported in the definitions of mediation of the CEDR²⁶ and of the *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) rules on mediation.²⁷ In neither of these instruments has mediation been referred to as a 'structured' process. In our viewpoint, it is necessary that the EU legislator clarify and redefine the concept and process of mediation to avoid any ambiguity.

1.2. Online Mediation

One of the major objectives of this empirical study is to investigate the status of using online mediation, the challenges to its application, and its future perspective in civil and commercial disputes in the EU. Thus, it is necessary to understand online mediation as part of the general Online Dispute Resolution (ODR) regime.

Starting in the early 1990s, with the evolution of ODR, Information and Communication Technology (ICT) began to play a significant role in the conduct of mediation for resolving civil and commercial matters.²⁸ Many scholars have emphasised the usefulness of online mediation and its capacity to provide opportunities for disputants to resolve conflicts in a more effective and convenient manner.²⁹ The scholars have significantly supported the view

²⁵ *ibid* 11.

²⁶ Centre for Effective Dispute Resolution (n 18).20 June

²⁷ According to UNCITRAL rules on mediation: '... "mediation" means a process, whether referred to by the expression mediation, conciliation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons ("the mediator") to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The mediator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute.' See UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 | United Nations Commission On International Trade Law' <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation> accessed 20 June 2022.

²⁸ Ethan Katsh, 'ODR: A Look at History A Few Thoughts About the Present and Some Speculation About the Future' in Mohamed S. Abdel Wahab, Ethan Katsh and Daniel Rainey (eds), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution* (Eleven International Publication 2012).

²⁹ For example, see Bruce Leonard Beal, 'Online Mediation: Has Its Time Come' (1999) 15 Ohio State Journal on Dispute Resolution 735, 736; David A. Ruiz, 'Asserting a Comprehensive Approach for Defining Mediation Communication' (2000) 15 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 85; Sarah Rudolph Cole, Kristen M. Blankley, 'Online mediation: Where we have been, where we are now, and where we

that referring to e-mediation — as a form of online ADR — promotes access to justice for citizens and in particular for consumers.³⁰ It has also been argued that using online mediation not only reduces the cost and length of procedures, it also improves the parties' access to competent dispute resolution bodies.³¹

In conducting e-mediation, the involved parties can use a variety of basic to complex ICT means.³² These technological mediums include e-mails, audioconference, and videoconference at one end, and digital case management, digital platforms, and automated blind-bidding procedures at the other.³³

ICT plays a pivotal role in ameliorating the informality and flexibility of mediation. As a result, the parties can participate at their great convenience regardless of any physical distance.

From a global perspective, there are several models of successful online mediation service. One of the most prominent examples is the *eBay* ODR system.³⁴ *E-Bay* — in a collaboration with *SquareTrade*³⁵ — introduced a web-based dispute resolution system which allows consumers and traders to settle any sale-related dispute. To use this process, parties should primarily attempt to work out a negotiated agreement. They can use a specific tool that is designed for conducting online negotiation.³⁶ If direct negotiations fail, parties can escalate their dispute to the next level, namely online mediation. In this phase, disputants can request to be assisted by a *SquareTrade* mediator. The assigned mediator guides the parties through the web-based dispute resolution mechanism and assists them in reaching a fair and amicable settlement. *SquareTrade* pays due diligence to ensure parties are well-informed about the facilitative role of the mediator. In the *e-Bay* ODR system design, the mediator can propose a solution subject to the parties' request. The issued proposal, however, is non-binding upon the parties.³⁷

should be' (2006) 38 *U. Tol. L. Rev.* 193; Janet Rifkin, 'Online dispute resolution: theory and practice of the fourth party' (2001) 19 (1) *Conflict Resolution Quarterly* 117; Anne-Marie G. Hammond, 'How do you write "Yes"? A study on the effectiveness of online dispute resolution' (2003) 20 (20) *Conflict Resolution Quarterly* 261.

³⁰ See Steve Abernethy, 'Building large-scale online dispute resolution & Trustmark systems' (2003) Proceedings of the UNECE Forum on ODR.

³¹ Ursa Jeretina, 'Consumer online dispute resolution (ODR)-a mechanism for innovative e-governance in EU' (2018) 16 *Cent. Eur. Pub. Admin. Rev.* 45, 64.

³² Colin Rule, *Online Dispute Resolution For Business: B2B, ECommerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts* (John Wiley & Sons 2003) 46.

³³ Pablo Cortés, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union* (Taylor & Francis 2010) 145; Karolina Mania, 'Online Dispute Resolution: The Future of Justice' (2015) 1 *International Comparative Jurisprudence* 76, 79.

³⁴ 'EBay Services: Buying and Selling Tools: Dispute Resolution Overview' <<https://pages.ebay.com/services/buyandsell/disputeres.html>> accessed 20 June 2022.

³⁵ 'Allstate Protection Plans' <<https://www.squaretrade.com/>> accessed 20 June 2022.

³⁶ E-Bay (n 34).

³⁷ Louis F. Del Duca, Colin Rule, and Brian Cressman, 'Lessons and Best Practices for Designers of Fast Track, Low Value, High Volume Global E-Commerce ODR Systems' (2015) 4 *Penn St JL & Int'l Aff* 242, 270.

In the European context, e-mediation is perceived as a flexible, convenient, and cost-effective process. It is also considered as a process with the potential to provide the most appropriate resolution to C2B disputes, particularly at the cross-border level.³⁸

From the legal standpoint, the EU Mediation Directive does not explicitly recognise online mediation as a form of resolving civil and commercial matters. This approach clearly indicates that the EU legislator leaves it completely up to the Member States whether to adopt e-mediation as a valid method of dispute resolution within their respective jurisdictions.³⁹

To facilitate and improve effective access to justice for consumers, the European Commission adopted EU Regulation No 524/2013 regarding online dispute resolution for consumer disputes.⁴⁰ This legislative instrument enables consumers and businesses to submit their disputes — which arise from e-commerce transactions — to the established EU ODR Platform.⁴¹ This Platform includes a list of approved mediation service providers across the EU. Consumers and traders can submit their complaints in their preferred language and select a mediator from this list.⁴²

The launch of the EU ODR platform has raised consumers and traders' awareness of ADR methods. Nevertheless, this instrument has not made significant inroads in providing an effective access to justice for consumers. Some of its major bottlenecks include limiting the use of this instrument to disputes arising from online transactions; the lack of possibility to conduct the entire process on the Platform; insufficient technological user-friendliness, specifically for vulnerable users; as well as the lack of automatic case referral to the competent MSPs.⁴³ Nevertheless, in our viewpoint the main deficiency refers to the fact that the Platform is limited to functioning as a bridge that connects disputants to mediators.

Despite these criticisms, the EU ODR Platform has great potential to function as a well-established and stand-alone ODR system. However, improvements are crucial to further develop the Platform from a mere referral point to a trustworthy and efficient ODR system. This mechanism has indeed the

³⁸ Arjan Kumar Sikri, 'Mediation: Means of Achieving Real Justice in Consumer Disputes' (2017) 5 IJCLP 1; Jie Zheng, *Online Resolution of E-Commerce Disputes: Perspectives from the European Union, the UK, and China* (Springer Nature 2020).

³⁹ Pablo Cortés, 'Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes' (2008) 17 (3) Information & Communications Technology Law 221, 227.

⁴⁰ Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes.

⁴¹ 'Online Dispute Resolution, | European Commission' <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.complaints.screeningphase>> accessed 20 June 2022.

⁴² See Marco Giacalone and Sajede Salehi, 'Online dispute resolution: the perspective of service providers' in Francesco Romeo, Marco Dall'Aglio, and Marco Giacalone (eds), *Algorithmic Conflict Resolution* (Torino G. 2019).

⁴³ Fernando Esteban de la Rosa, 'Scrutinizing Access to Justice in Consumer ODR in Cross-Border Disputes: The Achilles' Heel of the EU ODR Platform' (2017) 4 IJODR 26, 29.

potential to host the entire dispute resolution process between consumers and traders in a single forum.

There are some other examples of ODR service providers in the EU that are specifically focused on offering e-mediation for various types of disputes.⁴⁴ Within the framework of civil and commercial matters, *Youstice* and *e-POM* are the two prominent online mediation service providers.

The Slovakia-based *Youstice* was founded in 2014 with the aim of dealing with large volumes of small C2B claims which arise from online or offline purchases of goods and services. *Youstice* enables consumers and traders to experience a simple ODR process through a tiered negotiation-mediation dispute resolution model.⁴⁵ In a similar approach to *e-Bay*, parties begin the process with direct negotiation. If they fail to reach an agreement in the first phase, either party can request to advance the case to the next level, which is online mediation. The disputants can choose a mediator from the list of accredited MSPs provided by the *Youstice platform*.⁴⁶

Similarly, *e-POM* was established in the Netherlands in 2020 as a European Platform that offers e-mediation services to business parties. The eligible users are online platforms in relation with their business customers. The process begins by submitting a request for mediation to the *e-Pom* system. The applicant must provide the necessary details about the parties and the dispute and upload the relevant documents. In the next step, the requesting party must select a suitable mediator for the process. The competent professional mediators — from all EU jurisdictions — are listed on the *e-POM* platform. The chosen mediator invites the other business party to participate in the mediation process. Upon acceptance of this invitation, the process begins by the mediator holding individual and confidential videoconference sessions with each party. In the final phase, the mediator holds a joint online meeting to assist the parties to reach an amicable settlement.⁴⁷ The mediation agreement settlement that is issued by the *e-POM* accredited mediator and signed by both parties is legally binding. According to the *e-POM* website, this e-mediation service provider has achieved a 95 percent success rate in resolving disputes within a six-weeks' timeframe from start to finish.⁴⁸

⁴⁴ For example, *Uitelkaar.nl* in the Netherlands is particularly focused on providing Online mediation for family disputes. See Laura Kistemaker, 'Rechtwijzer and Uitelkaar.NL. Dutch Experiences with ODR for Divorce' (2021) 59 Family Court Review 232.

⁴⁵ Cortés (n 20) 54-5.

⁴⁶ 'MEET YOUSTICE | ODR – Online Dispute Resolution' <<http://www.odreurope.com/meet-justice>> accessed 20 June 2022.

⁴⁷ 'E-Pom' <<https://e-pom.eu/>> accessed 20 June 2022.

⁴⁸ *ibid.*

2. MEDIATION IN EU: PERSPECTIVES FROM FRANCE, ITALY, AND BELGIUM

Over the last two decades, the EU legislator has taken major policy measures in promoting the use of non-litigious methods for the resolution of civil and commercial disputes on the continent.⁴⁹ The significance of promoting the use of ADR methods is reflected in Directive 2013/11/EU on alternative dispute resolution for consumer disputes.⁵⁰ The fundamental objective of this legislation is to facilitate access to justice for consumers by encouraging the use of amicable models of dispute resolution, including mediation. It also aims at safeguarding a balanced connection between ADR and litigation. This legal instrument explicitly indicates that the Member States must take appropriate measures to enshrine consumers' rights to have access to effective ADR methods including mediation.⁵¹

At the Member State level, the national policymakers have taken relevant measures to encourage the application of mediation in civil and commercial disputes within their respective jurisdictions. These legal provisions aim for tackling the existing case backlogs and delays in delivering justice by courts on the one end and improving effective access to justice for citizens on the other. In the section that follows, we discuss the relevant regulatory measures taken by the national legislators in France, Italy, and Belgium to promote the application of mediation as part of their civil justice systems.

2.1. France

In France, the first fundamental efforts to regulate civil and commercial mediation refer to the enactment of the Law no. 95-125 in 1995.⁵² Through the adoption of this legislation, the mediation rules were officially introduced into France's Code of Civil Procedure (CCP). In 2011, the EU Mediation Directive of 2008 was transposed into the national laws of the country.⁵³ This transposition led to major — and gradual — modifications in the national

⁴⁹ Christopher Hodges, 'Unlocking Justice and Markets: The Promise of Consumer ADR' in Joachim Zekoll and others (eds), *Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution* (Brill Nijhoff 2014) 364.

⁵⁰ Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR).

⁵¹ Marta Poblet and Graham Ross, 'ODR in Europe' in Mohamed Abdel Wahab, Ethan Katsh and Daniel Rainey (eds), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice* (2nd ed, Eleven Intl. Publishing 2021).

⁵² Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGISCTA000024808651>> accessed 20 June 2022.

⁵³ Through Ordinance n°2011-1540 of November 16th, 2011 on reform of civil justice system <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000024804839/>> accessed 20 June 2022.

legal framework for mediation. The major objective was to maintain a harmonious balance between litigation and ADR mechanisms.⁵⁴

In France, mediation is optional in most areas of law. Nevertheless, in the recent efforts to reform the civil justice system, as of January 2020 mediation is mandatory in certain types of disputes.⁵⁵ As the result, in small claims with a monetary threshold of 5,000 euros, and some neighbourhood disputes⁵⁶, the parties are required to attempt mediation prior to going to court.

With respect to the definition of mediation under the French legal framework, Article 21 of Law no. 95-125 states that mediation is '*any structured process by which two or more parties attempt to reach an agreement for the amicable resolution of their disputes, with the assistance of a third party, the mediator, selected by them or appointed, with their agreement, by the judge hearing the dispute.*'⁵⁷ Accordingly, mediation is considered as a 'structured' process. As we have already discussed in Section 1, from our standpoint considering mediation as a 'structured' process may be in contradiction with its main features including flexibility and party control over the process. Against this backdrop, as a possible response to this criticism one may argue that this definition merely encompasses judicial or court-annexed mediation. Therefore, it excludes the contractual form of mediation which is based on the parties' free will without any judicial intervention.⁵⁸

It is critical to note that under the French CCP, there are two forms of mediation: contractual and judicial. Contractual or conventional mediation — which is stipulated within Articles 1530 to 1535 of the French CCP — refers to a fully voluntary process that parties conduct to settle their dispute without referring to a court.⁵⁹ In contrast, judicial mediation — as provided for in Article 131-1 to 131-15 of the French CCP⁶⁰ — is directly connected to the

⁵⁴ Hatanaka Asako Wechs, 'Optimising Mediation for Intellectual Property Law — Perspectives from EU, French and UK Law' (2018) 49 (4) *IIC — International Review of Intellectual Property and Competition Law* 384, 392.

⁵⁵ Under LOI no 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice <<https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000036830320/>> accessed 20 June 2022.

⁵⁶ Including disputes that arise from *nuisance, boundary issues, easements, plantations, hedges or pruning, tree maintenance, ditch cleaning, and so forth*. See LOI no 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice <<https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000036830320/>> accessed 20 June 2022.

⁵⁷ In France, there is no particular legislative framework to regulate the role and functions of mediators in civil and commercial disputes, nor any statutory system or regulatory body for accreditation of mediators in civil and commercial matters (except for family law cases and consumer disputes). Despite this, Law no. 2016-1547 of November 2016 on the modernisation of the French justice system stipulates that each court of appeal can publish a list of mediators in various civil and commercial matters for the information of the judges.

⁵⁸ Irina Nainodina, 'Court-annexed and Contractual Mediation in France' (2015) 4 *Russian Journal of Comparative Law* 140.

⁵⁹ See French CCP at <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000025181124/#LEGISCTA000025181172> accessed 20 June 2022.

⁶⁰ *ibid.* at <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006117226/#LEGISCTA0000030360395> accessed 20 June 2022.

court-order which mandates that the parties attempt mediation. To enforce a mediation settlement in France⁶¹, both parties, or one with the consent of the other, can apply to the competent court for homologation of this agreement.⁶²

As regards the status of applying civil and commercial mediation in France, the recent regulatory developments demonstrate the French legislator's tendency towards promoting the use of this ADR mechanism. Nevertheless, some critics have questioned the lack of sufficient distinction between mediation and conciliation under the French CCP. In response to this criticism, scholars have taken two different standpoints. While the first approach considers mediation and conciliation as the same processes, the other perceives them as two distinct forms of ADR. In this sense, it is indispensable that the French legislator should draw a clear legal distinction between these two ADR models, most importantly to avoid any procedural uncertainties.⁶³

2.2. Italy

In Italy, Legislative Decree no. 28/2010 transposed the EU Mediation Directive into the national law of the country.⁶⁴ This was the first general regulation of civil and commercial mediation introduced to the country civil justice system. This legislation contemplated four different forms of mediation: voluntary mediation that can be envisioned and implemented at any stage of the dispute; judicial mediation where the judge — upon evaluation of the case — proposes that the parties attempt mediation; contractual mediation in which the parties are bound by virtue of a statutory clause; and finally, obligatory mediation.⁶⁵ The most significant characteristic of this new law was the establishment of mandatory non-judicial mediation for a wide array of civil and commercial matters. Accordingly, the first and final stages of the mediation process are mandatory as a pre-condition to begin with judicial proceedings. This mandate reveals the strong motivation of the legislator to provide an effective solution to the huge case backlogs in the national courts.⁶⁶

Mandatory mediation was declared unconstitutional, and the Italian Constitutional Court revoked it in 2012. However, in less than a year, with a major amendment to the Legislative Decree, mandatory mediation was reintroduced to the legal system. Since the 2013 amendment, the opt-out mandatory

⁶¹ This is regardless of judicial or conventional form of mediation.

⁶² Zheng (n 38) 304.

⁶³ Nainodina (n 58) 146.

⁶⁴ Gina Gioia, 'L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori' (2018) 1 *Revista Ítalo-española De Derecho Procesal* 501, 509.

⁶⁵ Luigi Cominelli and Arianna Jacqmin, 'Civil and commercial mediation In Italy: Lights and Shadows' (2020) 22 *Revista de EMERJ: Escola da Magistratura do Estado do Rio De Janeiro* 11, 12.

⁶⁶ Giovanni Matteucci, 'Mandatory Mediation, The Italian Experience' (2015) 16 *Revista Eletrônica de Direito Processual* 194.

model of mediation⁶⁷ covers a wide array of civil and commercial disputes including property, insurance, banking, and division of assets.⁶⁸ In the most recent regulatory initiative to reform the civil justice system of Italy, the Parliament passed Law no. 206 in November 2021.⁶⁹ This Act extended the scope of mandatory mediation as a pre-litigation step to new categories of civil and commercial claims.⁷⁰

Under the Italian model of mandatory mediation, parties are obliged to participate in the 'initial' mediation meeting. During this introductory session, the mediator⁷¹ provides the parties with general information about the process, the advantages, and the potential consequences.⁷² Then, parties are free to decide either to continue with mediation or to refer to the court.

As regards the definition of mediation, Legislative Decree no. 28/2010 (as amended in 2013) has defined this term as *'the activity, whatever its name, carried out by an impartial third party aiming at assisting, two or more parties in the search of an agreement to settle a dispute, even with the formulation of a proposal to solve that same dispute'*. This definition entails two forms of mediation: facilitative and evaluative. Facilitative mediation refers to a process in which the mediator assists the parties through validating their viewpoints

⁶⁷ In the Italian model of mediation, the first meeting is only mandatory. Thus, some scholars have referred to this system as a 'quasi-mandatory mediation'. See Vittorio Indovina, 'When Mandatory Mediation Meets the Adversarial Legal Culture of Lawyers: An Empirical Study in Italy' (2020) 26 Harv Negot L Rev 69.

⁶⁸ Legislative Decree no. 28/2010 and Ministerial Decree no. 180/2010 ruled mandatory mediation in the following civil matters: property (diritti reali), lease (locazione), insurance contracts (contratti assicurativi), partition (divisione), wills and inheritance (successioni ereditarie), medical malpractice damages (risarcimento danni da responsabilità medica), financial contracts (contratti finanziari), loans (comodato), business rents (affitto di azienda), libel (risarcimento da diffamazione a mezzo stampa), family covenants and agreements (patti di famiglia). See Giovanni Matteucci, 'Mediation and Judiciary in Italy 2019' (2020) 21 (1) Revista Eletrônica de Direito Processual 106; Giovanni Matteucci, 'Mandatory Mediation, The Italian Experience' (2015) 16 Revista Eletrônica de Direito Processual 194.

⁶⁹ This legislation mainly aims at improving effectiveness of civil trials by expediting the proceedings and accelerating digitalization of the civil justice system. See LAW 26 November 2021, n. 206 on Delegation to the Government for the efficiency of the civil process and for the revision of the discipline of alternative dispute resolution tools and urgent measures to rationalize procedures on the rights of persons and families as well as on enforcement. (21G00229) (OJ General Series n.292 of 09-12-2021) <<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/12/09/21G00229/sg>> accessed 20 June 2022.

⁷⁰ According to Article 1 (c) of the Law n. 206, the scope of mandatory mediation is extended to the disputes arising from procurement, franchising, network, administration, and partnership agreements. See *ibid*.

⁷¹ According to Legislative Decree no. 28/2010, civil and commercial mediation can be only offered by the accredited individual and/or institutional mediators registered with the Ministry of Justice. This list can be found at 'Ministero della Giustizia: Organismi di mediazione' <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_3_4_15.wp> accessed 11 June 2022. See Mykola Logvynenko and Iryna Kordunian, 'Registers of Mediators in Europe: Comparative and Legal Analysis' (2021) 2 *Baltic Journal of Legal and Social Sciences* 81 <<https://doi.org/10.30525/2592-8813-2021-2-9>> accessed 10 June 2022.

⁷² In Italy, the establishment and function of mediation service providers — in the context of mandatory civil and commercial mediation — are mainly regulated by Legislative Decree no. 28/2010 and Ministerial Decree no. 180/2010. See Pierra Pellegrinelli, 'The Management of a Mediation Organization According to the Italian Law' (2012) 3 (4) *Beijing Law Review* 184.

and interests to find and analyse solutions to a dispute.⁷³ In contrast, in evaluative mediation, the mediator helps the parties to find a solution to their dispute. Further, the mediator clarifies the weaknesses of the case and most significantly gives his/her opinion as to the likely outcome of litigation.⁷⁴ The evaluative model is generally used in court-connected mediation. While the facilitative form is principally focused on the voluntary nature of mediation and party control over the outcome, the evaluative mediation emphasises the legal rights of the parties.⁷⁵ The Italian legislator has principally aimed for facilitative mediation because the provided definition explicitly specifies that the mediator assists parties to find solutions and reach an agreement.⁷⁶

The enforcement of mediation settlement agreements is stipulated within Article 12 of the amended Legislative Decree of 2013. Accordingly, in cases where the disputants are assisted by lawyers and the settlement is signed by all the involved parties, such an agreement is enforceable without any necessity for homologation. In contrast, if the parties are self-represented in the mediation process, they can — together or one with the consent of the other — request the competent court to homologate the mediation agreement settlement.⁷⁷

At present, according to the official statistics, the Italian model of mandatory first mediation session in civil and commercial matters has achieved a high rate of success.⁷⁸ The most remarkable impact of this opt-out mediation model can be observed in reducing the huge case backlogs in the national courts. The legislator's approach towards adopting a mediation system design which is initially mandatory has provided disputants with an opportunity to get familiar with mediation. This provides the parties with a possibility to settle their dispute in an amicable manner. This system can be a prominent example to be considered by other civil justice systems in the EU.

2.3. Belgium

In Belgium, civil and commercial mediation was regulated by the Belgian Mediation Act of 2005.⁷⁹ This legislation was added to part VII of the Belgian

⁷³ Zena Zumeta, 2014. 'Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation' <<https://www.mediate.com/articles/zumeta.cfm>> accessed 20 June 2022.

⁷⁴ Scott H. Hughes, 'Facilitative Mediation or Evaluative Mediation: May Your Choice Be a Wise One' (1998) 59 *The Alabama Lawyer* 246.

⁷⁵ Zumeta (n 73).

⁷⁶ Alessandra De Luca, 'Mediation in Italy: Feature and Trends' in Carlos Esplugues and Louis Marquis (eds), *New Developments in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives* (Springer International Publishing 2015) 348.

⁷⁷ *ibid* 350-60.

⁷⁸ Matteucci (n 66).

⁷⁹ The Belgian Mediation Act of 2005 also regulates the role and function of mediation service providers in Belgium.

Judicial Code (BJC).⁸⁰ This Act is applicable to all types of disputes — including civil and commercial cases — on a completely voluntary basis. Integrating mediation rules into the BJC is a clear indicator of the intention by the Belgian legislator to improve the use of ADR as part of the civil justice system of the country.⁸¹ In 2018, the legislator exerted a stronger will by encouraging judges to promote the use of amicable dispute resolution methods within civil proceedings. This amendment also emphasised the role and responsibilities of lawyers and judicial officers for raising parties' awareness of mediation as an alternative to litigation.

With respect to the definition of mediation, prior to the reform of the law in 2018 this term was not defined by the Belgian legislator. Currently, Article 1723/1 of the BJC refers to mediation as '*a confidential and structured process of voluntary consultation between conflicting parties that takes place with the assistance of an independent, neutral, and impartial third party that facilitates communication and attempts to lead the parties to develop a solution on their own*'. This definition embodies several distinctive characteristics of mediation including its confidential, voluntary, and facilitative nature. This legislative reform also distinguished between out-of-court (or voluntary) and judicial mediation.⁸² Article 1730 of the BJC states that voluntary mediation is an out-of-court process freely chosen by disputants. This form of mediation is implemented without any signal or intervention from the judge either prior, during, or after judicial proceedings.⁸³ Conversely, Article 1734/1 of the BJC refers to the judicial mediation in which the judge at the joint request of the parties or on his/her own initiative — but with the disputants' agreement — orders mediation in a pending judicial proceeding.⁸⁴

The enforcement rules of mediation settlements are provided by Article 1733 of the BJC. Accordingly, where the mediation was conducted by an accredited mediator, the written and signed settlement agreement can be presented to the competent judge for homologation.⁸⁵ However, if the mediation

⁸⁰ See Articles 1724 to 1737 of BJC, 10 OCTOBRE 1967. -CODE JUDICIAIRE. - Septième partie : LA MEDIATION (art. 1724 à 1737) Inséré par L 2005-02-21/36, art. 8 à 21; ED : 30-09-2005, sauf art. 11; ED : 22-03-2005, 'LOI - WET' <shorturl.at/cvNVZ> accessed 20 June 2022.

⁸¹ Piet Taelman and Stefaan Voet, 'Mediation in Belgium: a Long and Winding Road' in Carlos Esplugues and Louis Marquis (eds), *New Developments in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives* (Springer International Publishing 2015) 92.

⁸² Liesbet Deben, 'The New Belgian Mediation Rules of 2018, a Revolution for Commercial Dispute Settlement or a Measure in Vain?' in Koen Byttebier and Kim Van der Borgh (eds) *Law and Sustainability. Economic and Financial Law & Policy – Shifting Insights & Values*, (vol 6. Springer 2021) 210-12 <https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-92620-5_8> accessed 04 July 2022.

⁸³ Ivan Verougstraete, 'The Belgian law on mediation' in Institut de Formation Judiciaire (ed). *Family mediation and guidance in crossborder disputes within the EU: How to improve practices?* (Institut de Formation Judiciaire 2012) 43.

⁸⁴ Deben (n 82).

⁸⁵ In Belgium, the accreditation and registration of mediators is carried out by the Belgian Federal Mediation Commission. The list of accredited mediators can be found at 'Commission fédérale de médiation' <<https://www.cfm-fbc.be/fr/trouver-un-mediateur>> accessed 12 June 2022.

was conducted by a non-accredited mediator, the settlement agreement can be only enforced by a notary.⁸⁶

Despite the regulatory measures implemented to improve the use of mediation in Belgium, it remains difficult to draw a conclusion on the effectiveness of these initiatives.⁸⁷ This is mainly due to the lack of sufficient access to the official statistics on the use of mediation in this Member State. The still high volume of disputes in national courts, however, reveals that these measures have not achieved considerable success in promoting the use of mediation in resolving civil and commercial disputes.⁸⁸

2.4. Conclusions on Jurisdictions

In a nutshell, this section reviewed that EU regulatory initiatives have played an important role in encouraging the Member States to promote the use of mediation, particularly in civil and commercial matters. With respect to e-mediation, it has been explained that the EU legislator established the first EU ODR Platform aiming at encouraging the use of online ADR in cross-border C2B disputes. The Platform can be considered a remarkable initiative for reinforcing the application of mediation across the Union. Nevertheless, further improvements are needed to turn this instrument from a mere referral point into a stand-alone ODR system. This improvement will enable disputants to conduct the entire process on a single platform.

It was also presented that mediation — either in a contractual or court-connected form — has been practiced for many years in France, Italy, and Belgium. It was concluded that the Italian model of an opt-out mandatory first mediation session has succeeded in reducing the case backlog in national courts. In Belgium, given the recent reforms in the law, the national legislator has declared the evident intention to improve the use of mediation in civil and commercial matters. However, the present workload of the courts reveals that embracing the mediation culture should be pursued as a long-term objective in this Member State. It was also discussed that the existing legal framework for mediation in France should be subject to further improvements. It was especially argued that to avoid any procedural uncertainties, the national legislator should clearly distinguish between mediation and conciliation in relevant legislative instruments. This distinction must be specifically drawn by considering the fundamental differences between mediation and conciliation, including the role of the neutral third party. In this respect, whereas the mediator only facilitates the course of negotiation between the disputants to

⁸⁶ Zheng (n 38) 305.

⁸⁷ The last official data regarding the number of mediations in Belgium can be found in Verougstraete (n 84).

⁸⁸ Taelman and Voet (n 81) 92-3; Alex Tallon, 'De rechtstoegang en de bemiddeling' in Edgard Boydens and Roger De Baerdemaeker (eds) *Justitie: Vraagstukken en perspectieven voor morgen* (Antemis Limal 2013).

reach an agreement, the conciliator is allowed to provide parties with advice on the substance of the subject matter by issuing formal recommendations. Another important distinguishing criterion refers to the interest-based nature of mediation — since the main objective is to meet the real interests of the parties — against the right-based nature of conciliation — in which the major focus is placed on the legal rights of the disputants.⁸⁹

Finally, online mediation is also practiced in France, Italy, and Belgium. However, very few studies have investigated the application and effectiveness of e-mediation from the perspective of MSPs in these jurisdictions. On this account, one of the major objectives of this empirical study was to investigate the status of practicing online mediation and its efficiency in these Member States.

3. EMPIRICAL RESEARCH METHODOLOGY

The empirical part of the present study attempts to gain a profound understanding of the status and implementation of mediation in civil and commercial disputes in France, Italy, and Belgium. This paper also aims at identifying the key themes (effectiveness, application of online mediation, the challenges, and the future perspective) in carrying out civil and commercial mediation from the perspective of MSPs. In this respect, we adopted a qualitative research methodology using open-ended surveys⁹⁰ and semi-structured expert interviews. This research method was adopted to enrich the acquired data, provide a more in-depth analysis, and better interpret the results of the surveys through the findings of the qualitative phase.⁹¹ This approach was already used by Filler (2012) in comprehensive empirical research to investigate applied mediation in commercial disputes in Europe.⁹²

The empirical research method was implemented in two consecutive phases. In the first phase, the open-ended surveys were used in particular to help us understand the findings of the theoretical section. This step provided a real perspective on the practice of mediation by MSPs from a general perspective and helped us to better design the interview questions.⁹³ In the second phase, we carried out the semi-structured expert interviews to pro-

⁸⁹ The Law Reform Commission, 'Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation: Report' (November 2010) 17-18 <https://www.lawreform.ie/_fileupload/reports/r98adr.pdf> accessed 20 June 2022.

⁹⁰ In this study, the terms 'survey' and 'questionnaire' are used interchangeably. See Nicholas Harland and Elizabeth Holey, 'Including Open-Ended Questions in Quantitative Questionnaires—Theory and Practice' (2011) 18 *International Journal of Therapy and Rehabilitation* 482.

⁹¹ Rob Timans, Paul Wouters, and Johan Heilbron, 'Mixed Methods Research: What It Is and What It Could Be' (2019) 48 *Theory and Society* 193.

⁹² Filler Ewald A., *Commercial Mediation in Europe: An Empirical Study of the User Experience* (Kluwer Law International BV 2012); Fahimeh Abedi, John Zeleznikow, and Emilia Bellucci, 'Universal standards for the concept of trust in online dispute resolution systems in e-commerce disputes' (2019) 27 (3) *International Journal of Law and Information Technology* 209.

⁹³ Timans, Wouters, and Heilbron (n 91).

vide more in-depth insights about mediation in the studied jurisdictions. This stage enabled us to investigate the implicit dimensions of expert knowledge and utilise them in generating theories based on the collected data.⁹⁴

The main driving factor for selecting these Member States refers to the authors' well-established academic and professional network in these countries. This choice particularly assisted us to connect to the most renowned MSPs more effectively in each jurisdiction at the time of the pandemic.

3.1. Open-ended Surveys

3.1.1. Research Design and Data Collection

In the initial phase of this empirical research, we used open-ended surveys to explore the status and implementation of mediation by MSPs in civil and commercial disputes in general.⁹⁵ The questionnaires requested textual and numerical information from the respondents.⁹⁶ The advantage of using open-ended questions was to provide the participants with opportunities to provide a wide range of responses and to express their opinions freely. Further, some of the given answers included unexpected data that assisted us in designing more elaborated questions for the semi-structured expert interviews in the second phase of the empirical research.⁹⁷

A series of open-ended questions were designed in two sections (see *Appendix A*). The initial part aimed at obtaining numerical data, e.g., the number of submitted and concluded cases, as well as the duration of mediation. The second section, however, was particularly focused on mediation process-related elements. These factors included instruction and providing guidance to parties; barriers against conducting effective mediation; online mediation and the ICT tools used in carrying out the process; and finally, evaluating user-friendliness of the provided services to their clients.

The survey was originally designed in English and was translated into French and Italian. Conducting a multilingual survey allowed us to make the questions more easily comprehensible in the native language of the participants.⁹⁸

⁹⁴ Stefanie Doeringer, 'The Problem-Centred Expert Interview, Combining Qualitative Interviewing Approaches for Investigating Implicit Expert Knowledge' (2021) 24 (3) *International Journal of Social Research Methodology* 265, 267.

⁹⁵ Robert K. Yin, *Case study research: Design and methods* (Fifth ed, SAGE 2014).

⁹⁶ Cornelia Züll, 'Open-Ended Questions. GESIS Survey Guidelines' (2016) GESIS Leibniz Institute for the Social Sciences 1; Onofrio Rosario Battaglia and Benedetto Di Paola, 'A Quantitative Method to Analyse an Open-Ended Questionnaire: A Case Study about the Boltzmann Factor' (2015) 38 *Il nuovo cimento C* 1.

⁹⁷ Michael R. Hyman and Jeremy J. Sierra, 'Open- versus Close-Ended Survey Questions' (2016) 14 *NMSU Business Outlook*, 3.

⁹⁸ Yuling Pan and others, 'Multilingual survey design and fielding: Research perspectives from the US Census Bureau' (2014) *Statistical Research Division Study Series* (Survey Methodology 2014-01) 7 <<https://www.census.gov/srd/papers/pdf/RSM2014-01.pdf>> accessed 20 June 2022.

The targeted MSPs were identified through several sources. For example, from our academic and professional network of mediators, from the list of approved ADR bodies on the EU ODR Platform⁹⁹ and using the Google search engine.¹⁰⁰

The questionnaires were distributed via e-mail among the invited MSPs in France, Italy, and Belgium within a three-months timeframe.¹⁰¹ The invitees have expertise in civil and commercial mediation. In the invitation e-mail, the research project, and the purpose of conducting the survey was briefly and clearly explained to the invitees. Further, all the participants were ensured that we take all the adequate and necessary measures to protect the privacy and anonymity of the data subjects at all stages of this research.¹⁰²

Member State	Number of surveys sent	Number of returned surveys	Response rate, %
France	59	8	13.5
Italy	37	4	10.8
Belgium	45	6	13.3
Total	141	18	12.7

Figure 1. The number of MSPs invited/participated in the survey

As shown in Figure 1, the total number of 141 MSPs were invited to take part in the survey. The Table illustrates that surprisingly only 12.7 percent of who were sent invitations filled in and returned the questionnaire. The returned surveys yielded a 13.5% response rate for France, 10.8% for Italy, and 13.3% for Belgium. Despite two reminders to the invitees to participate in the survey, the overall response to the questionnaire was poor compared to the total number of distributed invitations. In this sense, approximately half of the contacted MSPs never responded to the email invitations. Some other invited entities indicated that they are unwilling to participate in the survey due to busy work schedules; lack of sufficient experience with the content of the survey; and confidentiality of their data.

Above all, it is critical to indicate that the outbreak of the COVID-19 pandemic and its unprecedented challenges to face-to-face interactions have also played a significant role in the low response rate to the survey. During the pandemic, MSPs were forced to abruptly shift to an entirely online mediation

⁹⁹ See 'Online Dispute Resolution | European Commission' <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show2>> accessed 20 June 2022.

¹⁰⁰ In using Google search engine, the eligible MSPs for the purpose of this research were identified matching the following parameters: i) the respective jurisdiction of the MSPs was either in France, Italy, or Belgium; ii) they had expertise in conducting civil and commercial mediation; iii) they had more than five years of experience in conducting civil and commercial mediation.

¹⁰¹ From June to August 2021.

¹⁰² Sheng Zhong and Zhiqiang Yang, 'K-Anonymous Data Collection' (2009) 179 *Information Sciences* 2948.

service. This sudden change deeply immersed these entities in getting used to the 'new normal' procedures specifically in relation to technicalities.

Once the surveys collection was completed, the acquired data were accordingly analysed. The result was then visualised in graphical figures to provide a more developed and precise understanding of the research for readers.

3.1.2. *Results and Analysis*

The first set of questions on the survey aimed at gathering statistical and descriptive data. Accordingly, the survey inquired about the number of filed mediation applications, the total number of concluded cases, and the length of mediation process. This part enabled us to find the success rate of mediation in civil and commercial disputes. Further, the descriptive data assisted us to ensure reliability of the provided data by the MSPs according to the degree of their engagement and expertise with civil and commercial mediation.

Statistical data — The responses to the question on the yearly average number of filed mediations and the number of settled cases reported that in Belgium and Italy there is approximately a 85% success rate for parties to reach a settlement. In France, the surveyed MSPs reported that 75% of the initiated mediations reach the final stage where a settlement agreement is issued. Overall, these figures indicate that mediation has been successful in providing parties with an opportunity to reach a solution. Significantly, several surveyed MSPs indicated that the success rate of voluntary mediation is much higher in comparison with court-ordered mediation.¹⁰³

Next, the participants were asked whether the outbreak of the COVID-19 pandemic has had any impact on the number and types of referred cases for mediation. Only a small percentage (approximately 16%) of the responses reported their mediation services have not been affected by the pandemic. In contrast, most participants (nearly 84%) agreed that the pandemic has had a great impact on MSPs. They referred to the exponential growth in the number of cases as well as the dramatic increase in the use of online mediation.

The overall responses of the participants demonstrated that the pandemic has substantially increased the number of requests for civil mediation particularly for divorce and child custody. Nevertheless, the majority of referred cases to mediation were consumer complaints arising from bookings of holiday packages. Some of the participants explicitly referred to the constantly changing COVID-19 measures by the authorities that have caused many cancelled holidays bookings. As the result, consumers invoke the argument of *force majeure* to request dissolution of a contract or to postpone its enforce-

¹⁰³ This finding led us to specifically investigate into the impact of mandatory mediation, and its effectiveness in civil and commercial disputes as one of the main themes of the next section on conducting the semi-structured expert interviews.

ment. On the other hand, businesses were reluctant to refund their clients due to the binding nature of relevant contracts. Therefore, many of these C2B disputes were referred to mediation during the pandemic.

Processing time — The MSPs reported various timeframes for the mediation process. As shown in Figure 2, Belgium has the shortest processing time with maximum two months per case. This should be noted that the collected data revealed that there is a correlation between the size of an MSP and the proceeding time. Large MSPs have access to more employees and human resources, thence the mediation process is more expedited compared to small-sized MSPs. The responses also indicated that large MSPs are mostly in close collaboration with consumer protection centres which play a remarkable role in two aspects: encouraging consumers to attempt mediation; and referring consumers to accredited MSPs.

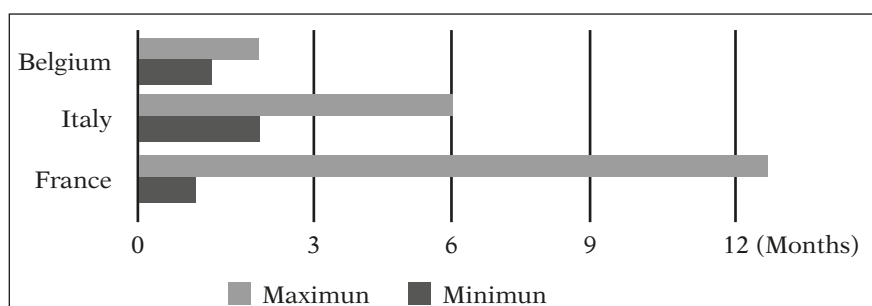


Figure 2. Minimum and maximum processing time for mediation

The second set of questions concentrated particularly on the mediation process with respect to understanding the elements that play a pivotal role in the effectiveness of this process. It should be noted that this part is mainly focused on the essence of the mediation process regardless of any specific jurisdiction.

Instruction and guidance — The MSPs were asked a twofold question. Firstly, the participants were questioned whether they give parties instructions on how the mediation process works. The responses revealed that approximately 90% of the participants provide instructions for their clients prior to the session. This information relates to the procedure, the code of ethics, and legal consequences of agreement and/or disagreement. The MSPs who offered online mediation reported that they also give the parties detailed instructions on how to use the specific ICT tools — e.g., a videoconference software — prior to the mediation session. The second question targeted the MSPs' preferred means of communication in connecting to their clients. The responses revealed that to communicate information, the MSPs use 'face-to-face information sessions; telephone calls; e-mail; the MSP's website; video-tutorials; and mail.

Barriers impeding effective mediation process — When the participants were asked about the major obstacles faced in conducting mediation, they reported several hurdles that prevent parties to reach an amicable settlement. As illustrated in Figure 3, most respondents referred to parties' lack of awareness about the advantages of mediation and how it works; the lawyers' low degree of collaboration; the parties' negative attitude towards mediation; and the inadequate training for mediators.

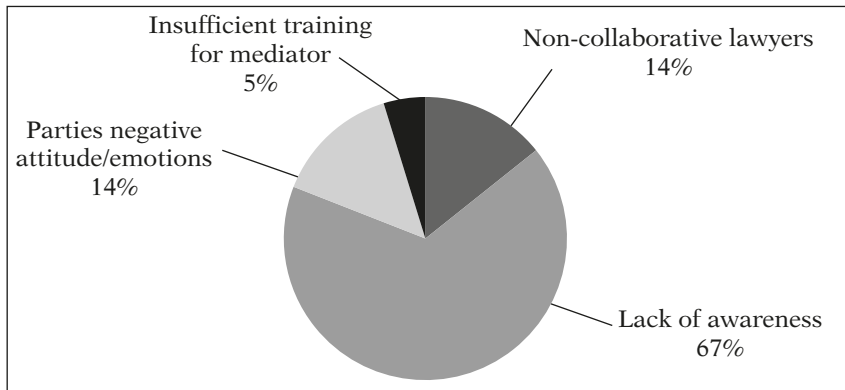


Figure 3. Major barriers in conducting an effective mediation

As the pie chart above shows, the parties' lack of knowledge of the mediation process and its advantages is the primary obstacle to the efficiency of mediation. As reported by one MSP, the parties must be properly informed of the benefits of mediation as a simple, cost-effective, and expedited dispute resolution method compared to litigation. This is necessary to raise awareness of mediation in C2B disputes because most consumer complaints involve low-pecuniary threshold claims. Another respondent commented that sufficient knowledge of mediation can overcome parties' mistrust in this process and reduce fear of the subsequent legal consequences. It was also indicated that it is necessary to inform parties that mediation is not a 'just-talking' process. In fact, mediation facilitates reaching an amicable settlement.

As regards the role of lawyers, several responses reported that non-trained lawyers play a destructive role in the mediation process. The overall responses explicitly pointed out that non-collaborative and non-trained lawyers consider mediation as an unnecessary and time-wasting step to seek the rights of their clients. According to the surveyed MSPs, lawyers perceive mediation as a threat to their profession.

Online Mediation — This part of the survey investigated the application of online mediation by the MSPs. A minority of the participants (approximately 22%) reported that they never used e-mediation within their practice. They reported that conducting online mediation requires access to sufficient and complicated infrastructures which only prolongs the processing time. In addition, they commented online communications lack body language

and non-verbal cues, particularly facial expressions and gestures. Therefore, e-mediation is not as effective as face-to-face mediation.¹⁰⁴

It should be, however, considered that the overall responses to this question was positive. Almost 78% of the participants reported they use online mediation within their practice. One participant reflected that e-mediation provides parties with an opportunity to mediate at their convenience and comfort. As a result, in online mediation individuals have more confidence compared to its in-person format. Another surveyed MSP maintained that considering the pandemic and the subsequent mobility restrictions, e-mediation is currently viewed as a necessity. The extensive use of this ODR method proved to be a more convenient instrument in comparison to face-to-face mediation.

The respondents were also asked to explicitly clarify what specific ICT tools they use for conducting mediation (See Figure 4.).

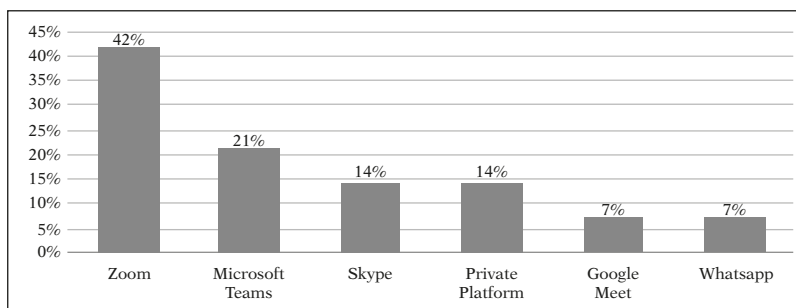


Figure 4. ICT tools used for conducting online mediation

User-friendliness of mediation services — It is critical to note that the concept of ‘user-friendliness’ in this research is used in a non-tech context¹⁰⁵, and only relates to the services offered by MSPs.

This final question had a twofold purpose. Firstly, it investigated how MSPs ensure their mediation services are user-friendly towards their clients. As illustrated in Figure 5, the overall responses to this question enabled us to identify various indicators used by the MSPs in measuring user-friendliness of their services.

Secondly, the surveyed MSPs were asked whether they conduct any satisfaction survey to collect feedback on user-experience with the quality of

¹⁰⁴ See Joel B. Eisen, ‘Are We Ready for Mediation in Cyberspace?’ [1998] Brigham Young University Law Review 1305.

¹⁰⁵ According to Borgman (1986), the concept of ‘user-friendliness’ is not limited to its application to a human-machine interface. She believes that by using ‘user-friendliness’ as a characteristic of an item in a non-tech context, we refer to an entity which creates comfort for the one who uses that item. See Christine L. Borgman, ‘Toward a definition of user friendliness: A psychological perspective’ (1986) *UCLA Journal* 29.

mediation services. Gathering feedback from clients is a main factor in measuring the effectiveness of the offered services by MSPs. Surprisingly, almost 44% of the participants reported that they do not collect any user feedback. Nevertheless, some of the responses showed that they occasionally receive e-mails from the parties who express their satisfaction with the mediation service.

Mediator-to-party factors	Mediator-oriented factors	Mediation process factors
– Holding separate meetings with each party – Connection and reception by mediator towards parties – Room facilities (e.g., comfortable seat, adequate ventilation, hot/cold drinks, etc.) – Ensuring each party has the opportunity to move to a separate room in case of strong emotions	– Highly prepared and trained mediator – Anticipating the questions from the parties – Well-planned time management prior and during the sessions – Active listening – Providing instructions on the mediation process – Clarifying pros and cons of mediation (personalised to each case) – Respecting self-determination of the parties in reaching an agreement	– Respecting informality of the process – Use of qualified administrative staff – Adequate and timely communication with clients – Choosing the most convenient means of communications (e.g., phone and e-mails) – Accessible (e.g., free of charge) and readable services (e.g., easy-to-find information on the MSP's website) – Digitalising mediation process (e.g., case management, conducting sessions, etc.)

Figure 5. Elements MSPs consider in measuring a user-friendly mediation service for clients

Over half of the surveyed MSPs reported that they officially conduct client satisfaction surveys after the closure of mediation process. Feedback is collected regardless of whether the parties reached an agreement. The participants responded that they use different means of communication to collect this data. The feedback collection methods include distributing paper and/or electronic survey forms; e-mail and telephone queries; as well as collecting data from client reviews input on Google.

Feedback has revealed that users were specifically satisfied with highly skilled mediators in drafting settlements based on the mediator's legal and technical expertise. In addition, great listening skills in mediators were appreciated by the users. Feedback has also revealed that many users were satisfied with the flexibility and convenience of the mediation process compared to civil proceedings. These elements assisted parties in resolving many long-lasting disputes in an expedited, cost-effective, and amicable manner.

3.2. Semi-structured Expert Interviews

3.2.1. Research Design and Data Collection

The main objective of conducting the semi-structured expert interviews was to gain profound understanding of the implementation of civil and commercial mediation, including online, its effectiveness, the challenges faced, and its future perspective. This method — as a qualitative data collection strategy — addresses the ‘how’ research questions leading to a better understanding of experiences of a social phenomenon.¹⁰⁶ The expert interviews provide researchers with an opportunity to have a flexible engagement with interviewees in exploring their points of view on a research subject matter.¹⁰⁷ Expert knowledge is a significant resource for filling the theoretical gaps in the topic. It also helps to develop theories based on the professional experience of the interviewees.¹⁰⁸

In terms of sample selection, nine potential study subjects in total — three experts per jurisdiction — were chosen from France, Italy, and Belgium.¹⁰⁹ All the invited experts agreed to take part in the interview. The major criterion for selecting the interviewees was based on their high degree of knowledge, expertise, and wide experience with civil and commercial mediation (either as an individual or institutional MSP¹¹⁰).

Figure 6 gives an overview of participants comprising of their gender, educational background, years of experience, and country of practice.

	<i>Gender</i>	<i>Educational Background</i>	<i>Years of Experience</i>	<i>Country of Practice</i>
1	M	Law	13	France
2	M	Law	20	France
3	M	Law	30	France
4	F	Law	13	Italy
5	M	Law	22	Italy
6	M	Economics	23	Italy

¹⁰⁶ Skjot M. Linneberg and S. Korsgaard, ‘Coding Qualitative Data: A Synthesis Guiding the Novice’ [2019] *Qualitative Research Journal*.

¹⁰⁷ Kristina Simion, ‘Qualitative and Quantitative Approaches to Rule of Law Research’ (Social Science Research Network 2016) SSRN Scholarly Paper ID 2817565 <<https://papers.ssrn.com/abstract=2817565>> accessed 20 June 2022.

¹⁰⁸ Lisa Webley, ‘Qualitative Approaches to Empirical Legal Research’ in Peter Cane and Herbert Kritzer (eds) *Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (Oxford University Press 2010).

¹⁰⁹ According to Webley (2010), in qualitative research, the focus is more limited to a smaller number of study subjects or data sources, where people are considered as a data rich source to examine them in-depth. See *ibid*.

¹¹⁰ Ebner (n 14).

7	M	Economics/Finance	19	Belgium
8	M	Law	7	Belgium
9	M	Law	5	Belgium

Figure 6. Characteristics of interviewees (per jurisdiction)

The individual interviews were held remotely through various means — at the interviewee convenience — including videoconferencing via *Zoom*, *Google Meet*, *Microsoft Teams*, as well as over the telephone. The length of the interviews ranged between 45 and 90 minutes. The interviews were conducted in English and French within August and September 2021. In carrying out the semi-structured expert interviews, we followed the three-step empirical phenomenological method developed by Eckartsberg (1986). According to this approach:

- 1) Firstly, the knowledge gaps regarding the subject matter were identified, thence the questions were accordingly designed to fill the existing gaps.
- 2) Secondly, the data were collected through expert interviews.
- 3) Lastly, the obtained data were thoroughly explicated to extract the significant statements of the participants about their experience with the subject matter. The extracted relevant statements with the research themes were then converted into textual descriptions.¹¹¹

The interview questions were designed according to two key elements (See *Appendix B*): 1) to fill the knowledge gaps we identified with the most impact on the implementation of civil and commercial mediation; 2) to enhance the understanding of the subject matters within the scope of the main research question of this study.

Accordingly, the findings of the expert interviews were categorised into four main themes:

1. *Perspectives on mandatory mediation*¹¹²
2. *Efficiency of mediation and the causes of its failure*
3. *Application of online mediation*
4. *Challenges and future perspective*

¹¹¹ Rolf Von Eckartsberg, *Life-World Experience: Existential-Phenomenological Research Approaches in Psychology* (Center for Advanced Research in Phenomenology 1986) 20.

¹¹² As mentioned before, the findings of the surveys revealed that the mandatory and/or voluntary nature of mediation plays a pivotal role in its success and failure. In addition, as the model of mandatory mediation in Italy achieved success, it was important to obtain experts' perspectives into the impact and effectiveness of mandatory mediation in civil and commercial disputes — from different jurisdictions — as one of the main themes in the second part of the empirical study.

Upon completion, the recorded interviews were transcribed. All the transcriptions were thoroughly checked to ensure the transcript validly represents what has been stated in the recordings.¹¹³

The main relevant — with each of the four themes — statements of the participants were compared, and the thematic similarities and differences in each jurisdiction were considered. To ensure the validity, completeness, and relevance of the data extracted from the thematic comparison — where appropriate — the data was thoroughly checked (individually and jointly) by the researchers.¹¹⁴

The discussion on the findings of the interviews and the four main themes of this qualitative study will be presented in Section 4.

3.2.2. *Results and Analysis*

In this part, we present the obtained results from the expert interviews — as categorised by jurisdiction — against the backdrop of the four major themes.

Theme 1: Perspectives on mandatory mediation

France — The experts' perspectives on mandatory mediation was one of the main themes that we extracted from the interviews. As regards to the question of whether mediation should be mandatory, the three interviewees in France unanimously agreed that mediation should always remain optional. As noted by Interviewee F.1: '*mediation should always remain as a choice for the parties, and it should not be imposed upon them in any circumstance.*' Commenting on the voluntary basis of mediation, Participant F.2 added: '*if mediation becomes mandatory, the parties will go to mediation sessions with a totally different intention. They try mediation only because they are obliged to do so, and once they get the certificate, they will move to the court.*'. Another Participant also added: '*mediation should always be an option in any case, as imposing it on the parties will lead to an artificial process. Human nature does not want to abide with an obligation. It is also to note that to widen the use of mediation requires changing the mindset of people about this process.*' *Mediation is not a suitable solution for every case.*

¹¹³ See Mero-Jaffe I, 'Is That What I Said? Interview Transcript Approval by Participants: An Aspect of Ethics in Qualitative Research' (2011) 10 International Journal of Qualitative Methods 231, 232; Tom Wengraf, *Qualitative Research Interviewing: Biographic Narrative and Semi-Structured Methods* (SAGE 2001) 224-229.

¹¹⁴ Michael Meuser and Ulrike Nagel, 'The Expert Interview and Changes in Knowledge Production' in Alexander Bogner, Beate Littig and W Menz, *Interviewing Experts* (Palgrave Macmillan 2009) 36; Alexander Bogner, Beate Littig, and Wolfgang Menz, 'Generating qualitative data with experts and elites'; in Owe Flick (ed) *The sage handbook of qualitative data collection* (SAGE Publications 2018).

Italy — In contrast to the participants in France, the interviewed mediators in Italy expressed unanimous support for mandatory mediation in civil and commercial matters. We noted that the model of mandatory mediation in Italy has greatly raised citizen awareness of mediation and its advantages. In this regard, Interviewee I.1 explained how mandatory mediation can be extremely effective by adding: *'...the statistics on high number of cases [that were solved through mediation] in Italy prove that mandatory mediation has been effective'*.

We also noted that mandatory mediation has helped mediation culture to grow in the country. Another MSP added: *'based on my experience I believe that mandatory mediation helps to grow mediation culture...the acceptance of mediation in Italy [especially in the beginning where the mediation was not obligatory]¹¹⁵ was very challenging, because the mediation culture was not present...mandatory mediation also helps growing voluntary mediation since it provides an opportunity for people to get familiar with this instrument'*.

Interviewee I.3 in a similar argument agreed with the effectiveness of mandatory mediation. It was, however, emphasised that it is important to correctly understand the notion of mandatory and voluntary mediation: *'there is a misconception and misunderstanding about the words mandatory and voluntary in the context of mediation...a full mandatory mediation model cannot be imposed on the parties as well, as it can lead to denial of justice...therefor, I strongly believe that the mediation model of first mandatory meeting works well, as it pushes the parties to attend the first session then decide to continue with full mediation, or terminate it for turning to court'*.

Belgium — Our findings from the interviews in Belgium indicated that the experts principally support a non-mandatory mediation model. This approach is like that of the Interviewees from France. In this respect, one participant commented: *'mediation means to provide two parties to be able to talk, and if it is mandatory the parties will not be willing to put efforts towards reaching a solution. I am not sure the results achieved through a mandatory mediation will be always good. As the parties need to be motivated for mediation'*.

In a similar argument, Interviewee B.2 stated that mandatory mediation increases the failure rate of mediation: *'...my personal experience shows that when a judge forces the parties to go to mediation, I have to first convince the parties that it is a good opportunity for them, but the parties do not do mediation wilfully...they prefer to go to court...so, the rate of failure of mediation increases'*. This MSP then suggested that the most appropriate method to mandate mediation is through adding a mediation clause to the contract. Another interviewee urged that mandatory mediation can be only effective in certain types of disputes such as successions.

¹¹⁵ To indicate the interviewees' special emphasis on a subject matter, the sentences are inserted within [...].

Theme 2: Efficiency of mediation and the causes of its failure

France — The second theme in this part of the study referred to the effectiveness of mediation in providing a satisfactory solution to civil and commercial disputes. The interviewed mediators in France considered mediation to be an effective instrument to handle disputes in an amicable manner. As Participant F.1 emphasised: *'mediation is effective in most cases, especially where the interpretation of law is not helpful in resolving a dispute. Some problems are not only legal issues, therefore in these cases mediation as a global solution can be a great help to effectively resolve the problem.'* Another interviewee emphasised the cost-effective, expedited, and confidential nature of mediation: *'it enables the parties to settle the dispute in a short period of time [compared to the lengthy proceedings in tribunals]. Mediation is also cheaper than the judicial proceedings, it is also a confidential process.'* Participant F.3 also highlighted the effectiveness of mediation and emphasised the importance of the parties' satisfaction in measuring this efficiency.

The interviewees were also asked about the major factors that cause a mediation to fail. The provided responses referred to various factors: lack of good faith from either party; lack of mutual understanding and listening; incompetency of mediator; and complicated nature of the case. Nevertheless, the most surprising cause of failure mentioned by the interviewees in France was the lack of collaboration from lawyers.¹¹⁶

Italy — The interviewed mediators in Italy unanimously agreed that mediation is generally an effective method of dispute resolution in civil and commercial matters. They stated that mediation enables parties to settle their dispute in a more timely and cost-effective manner compared to ordinary civil proceedings. As commented by Participant I.1: *'...despite the existing disadvantages of mediation, mediation has resolved cases in a cost-effective and timely way...the benefits are much higher than the costs...from the judicial point of view mediation reduces the number of cases in courts and judges spend less time on high number of cases.'* Another participant mentioned that mediation is generally effective specifically in enabling parties to have control over the process: *'...but it is not suitable for every type of dispute...cases where future relationship between parties is important, they are the most suitable disputes for mediation'*. Participant I.3 similarly argued: *'mediation is effective, but it is not a one-size solution for all types of dispute'*.

With respect to reasons behind a failed mediation, the interviewees referred to several factors: lack of good faith in parties; complexity of the case; and incompatible nature of the case with mediation. Nevertheless, the participants mentioned incompetent mediators and non-collaborative lawyers as the two main elements to cause the failure of mediation. As one interviewee noted: *'the lack of training of lawyers in Italy, as they have not been sufficiently*

¹¹⁶ In the survey results and analysis, the lack of collaboration from lawyers was also identified as a key factor behind the failure of mediation. See Section 3.1.2.

trained on the use of mediation...the next reason is the insufficient specialised training of mediators.' In a similar argument, another MSP emphasised the significance of training for lawyers and mediators: *'untrained lawyers and mediators can also cause failure of mediation...it is very important for these professionals not to lose the interests of the parties in mediation...so training is a very important element'.*

Belgium — The entirety of the interviewed experts in Belgium agreed that mediation is efficient in the resolution of civil and commercial disputes. Participant B.1 indicated: *'in Belgium [since 1991] we see the efficiency of mediation, every day. In telecom sector, about 9 out of 10 cases reach a solution for a dispute between consumers and telecom operators.'* Another participant referred to the solution-oriented nature of mediation and the significant role of lawyers in the process: *'people seek to find solutions for the dispute in a mediation compared to trials...lawyers are also able to perform their tasks towards their clients without any need for autocracy in front of a judge...there is much more teamwork in mediation between the lawyer and client; as they talk more, they listen more...this does not usually happen in the courts'.* In a similar argument, Participant B.3 interestingly commented: *'in some disputes, people are not seeking for the law, but they look for justice...the judicial order cannot offer the best solution every time...for example, in neighbour and companies disputes in which the parties need to preserve a good relationship for a long time...the judge is only concerned by the task and not focused on the long-term relationship to be preserved for the future'.*

Regarding the main causes of failure of mediation, the interviewees referred to inappropriate interventions by lawyers, as well as the incompatible nature of certain disputes with mediation. Most significantly, one MSP added: *'the foremost reason refers to the parties' openness towards mediation. If parties are very closed in their position, it will be difficult to have a successful mediation.'*

Theme 3: Application of online mediation

France — The participants reported that they have used online mediation as part of their services since the outbreak of the COVID-19 pandemic due to the imposed mobility restrictions. One MSP indicated: *'since 2020, we have launched an online platform [Justicity¹¹⁷] that enables mediators [through subscription] to use the platform for holding their Online mediation sessions'.*

We noted that France has not adopted any specific legislation on online mediation. As a result, the existing rules on tradition mediation are also applicable to e-mediation. Nevertheless, the legislator only requires obtaining ISO certification for the ODR service providers.

¹¹⁷ Plateforme de Médiation et d'Arbitrage 100% En Ligne - JUSTICITY' <<https://justicity.fr/>> accessed 20 June 2022.

As a main part of this theme, we focused on exploring the advantages and disadvantages of using online mediation through the lens of MSPs. With respect to the advantages, as noted by one interviewee: *'...physical distance between the parties is an issue that escalates the mediation costs, and most importantly it can be a probable excuse for the party who is not willing to try mediation...with online mediation the costs and excuses are diminished.'* The participants also reported that the ICT means that are used to carry out mediation facilitate data storage. These tools also increase the data accessibility for parties and their lawyers with the possibility to use this data in future court proceedings.

In relation to the disadvantages of e-mediation, the MSPs referred to the high costs of advanced ICT infrastructures, as well as the need for procuring a secure and well-established Internet connection.

Italy — The interviewed mediators in Italy reported a widespread practice of online mediation in this jurisdiction. According to Participant I.1: *'although before the pandemic I was holding almost 50% of my mediation meetings online, by the outbreak of COVID-19 and the imposed restrictions, approximately 80-90% of all my mediations took place online'*. Similarly, another MSP referred to the impact of the pandemic on his experience with e-mediation: *'since February 2020...I have conducted 35 online mediations...at practical level, although I do not feel very comfortable in conducting mediation sessions online, but since the start of pandemic, I have grown some interest in online mediation'*. Interviewee I.3 emphasised the necessity to distinguish between the two existing definitions of online mediation adding: *'one definition refers to holding mediation through videoconferencing, and the other to online case management systems...in conducting mediations via videoconference, during the pandemic, we have carried out many mediations through Zoom...in relation to online case management, we have a decade of experience with managing the whole mediation process on an online platform with more than 30,000 archived cases'*.

From a regulatory point of view, the participants reported that the general rules on physical mediation are also applicable to e-mediation, in Italy. Nevertheless, they stated that since May 2020 the government has issued specific rules concerning the authentication of party's signature by lawyers in digital documents.¹¹⁸

The participants also indicated advantages offered by online mediation in terms of cost, time, convenience, and flexibility of the process. It was interestingly noted by one interviewee: *'in Italy, in conducting physical mediation, the standards for judicial competence must be met, but in online mediation you can always go beyond competence'*.

¹¹⁸ These rules have authorised lawyers to authenticate the party's signature with their digital forms. In the context of mediation, once the mediator sends the PDF format of the settlement to the lawyer and party, the party can physically sign and scan the document. Finally, the lawyer applies the digital signature in accordance with the law.

Regarding the disadvantages, the lack of direct non-verbal communication was mentioned as a fundamental flaw in e-mediation. Participant I.1 explained: *'human beings need some sort of direct communication...mediators especially need to get a better feeling from the parties in a physical meeting rather than just having a virtual interface'*. Likewise, another MSP added: *'online mediation is the filter that computers create to communications among the parties...you can hide somehow your real intentions behind the computer...as a mediator you need to know that non-verbal communication [and the mood of the parties] is harder to be discovered in virtual spaces'*.

Belgium — The interviewed mediators indicated that they have used e-mediation within their practice. Participant B.1 explained: *'it depends on what you mean by online mediation. In our mediation service, the complaints are submitted either by an electronic form or e-mail. We do not use videoconference for holding online mediation sessions [with the only exception for telecom operators with whom we speak about some most complicated cases]'*. Our findings, however, revealed that the application of online mediation in Belgium is not as common as its practice in France, and particularly in Italy. Given that, not every participant was interested in conducting e-mediation: *'I have limited experience with online mediation as I am not interested in it...during the COVID-19 pandemic we had to conduct many online mediation sessions...but it is only suitable for information sessions to explain the procedures and rules to the parties prior to in-person meetings...also, after in-person meetings, if the settlement is 95% reached and parties cannot [or do not want to be present in any other in-person meeting [and you can just use an online session for ensuring 100% of the agreement is reached]]'*.

The participants reported that, in Belgium, there is no legislative difference between online mediation and traditional mediation. The participants referred to e-mediation as a flexible, convenient, and more practical dispute resolution mechanism. One interviewee stated: *'in online mediation, parties tend to listen more and the process is also faster'*. In terms of disadvantages, the interviewees referred to the difficulties in understanding emotions and reading the body language of parties in e-mediation. Participant B.2 commented: *'people do not like to talk in front of the computer, especially when information is confidential...no one wants to record his own words...also, the mediator does not have enough time to calm down the parties [if any tension arises in the session]'*. Another MSP also placed emphasis on the importance of body language: *'it is difficult to concentrate on the faces of the parties and have a panoramic vision from them...it is also difficult to create a good atmosphere through Internet...I am very sensitive about the body expression during the meeting which online mediation does not make it possible for me to grasp this feeling'*.

Theme 4: Challenges and future perspective

France — The last main theme of this qualitative research focused on identifying the major obstacles the MSPs face in practicing mediation within their respective jurisdiction. The interviewees referred to the lack of collaboration among mediators and mediation associations, the poor quality of Internet connections (in e-mediation), and the role of lawyers in impeding the conducting of effective mediation. To promote the use of mediation and its efficiency, two participants emphasised the importance of raising lawyers' awareness of mediation and of providing sufficient training for mediators. Another interviewee referred to improving the use of online mediation: *'there are some tools which could increase the use and effectiveness of online mediation. For instance, an index for analysing non-verbal communication; tools for importing the notes taken by the mediator in the final draft; also, the possibility for sharing documents where parties and mediator can work and share simultaneously.'*

With respect to the impact of the COVID-19 pandemic on practicing mediation, one participant explained: *'I do not believe that there has been a great impact. In France, maybe there is more delay in delivering justice by the court, but it really did not improve the number of mediations. However, it may have escalated the number of mediators who are now ready and willing to conduct online mediation [as before the Pandemic many mediators were not in favour of Online mediation, and they preferred physical mediation]. So, the COVID-19 has had a positive impact on the application of online mediation'*. Another participant emphasised the impact of the pandemic on increasing the practice of e-mediation: *'everything has changed, and the parties and lawyers understand the importance of online mediation as a cheaper and less time-consuming method of dispute resolution'*.

During the pandemic, many MSPs shifted towards conducting online mediation. Therefore, we asked the interviewees for their opinion on the future perspective of e-mediation. The participants indicated that the COVID-19 pandemic has tremendously influenced social interactions, including in terms of dispute resolution. As commented by Interviewee F.1: *'people are now more receptive towards considering online mediation as a serious method for resolving disputes.'* Another participant pointed to the increased application of online mediation in future in a broader context: *'I do believe that online justice delivery as a service [as indicated by Richard Susskind] is an incredible method. It is a global development regarding the accessibility to court, city services, ecological matters, and equality between the parties. Soon, the whole justice system will be digitalised [also mediation], except maybe in very important matters or where the dispute involved a large group of people. So, physical mediation remains as an exception. I am comfortable by imagining going to a mediation room through my computer.'*

Italy — Various viewpoints were expressed with respect to impeding factors that MSPs face in Italy in practicing mediation. Participant I.2 reported

that some individual mediators face financial difficulties to sustain themselves since individual mediators — compared to MSP institutions — usually receive significantly fewer cases. Participant I.3 referred to another impediment adding: *‘a major barrier is the fact that only the first mediation meeting is mandatory [which is also free of charge] and it does not provide adequate incentives for the parties to seriously consider mediation as an option for resolving the incurred dispute’*. Another interviewee explained that there is no major obstacle to application of mediation by MSPs in Italy: *‘Italy has this advanced model of mediation since 2013 based on a constitution order...so, I think there are not obstacles or problems...mediation is in the catch of lawyers and judges ...the only point is that ordinary people [on average] do not know what mediation is since there is lack of sufficient awareness about solving disputes through mediation [rather than going to courts]’*.

To promote the use and effectiveness of mediation, the participants suggested for the need to raise lawyers’ awareness of mediation. Besides, it was stated that mediators must be trained sufficiently to improve their negotiation skills. One participant referred to the benefits of mandatory mediation and encouraged the extension of the scope of this legislation: *‘the data suggests that most mediations still come from the first meeting mandate...so, I think that this mandate should be expanded to all other civil and commercial mediations’*.

The participants agreed that the outbreak of the COVID-19 pandemic has had a great impact on the growth of Online mediation. Participant I.1 argued: *‘since the beginning of pandemic, the growth of online mediation was evident... during the lock-down in Italy, all mediation service providers tried to develop or improve ODR systems for offering effective services to their clients...I believe that due to the COVID-19 impact, now online mediation is finally considered at the same level of physical mediation’*. Participant I.2 agreed that the pandemic opened a window of opportunities for e-mediation; however, he emphasized: *‘...there is still a big gap in understanding people’s interests and the real intention behind people’s faces in online mediation...Maybe AI or new devices can come up and have the possibility of providing more real virtual meetings...I would be, however, very happy to come back to normal days and prefer to conduct physical mediation.’* Another expert explained that the number of economic cases were increased due to the pandemic: *‘we solved many economic disputes due to the pandemic [for example, disputes arising out of late rental payments are coming to mediation] that are covered by mandatory mediation’*.

With respect to the future of online mediation, the participants indicated that this model of ODR will grow faster. As one MSP reflected: *‘online mediation was sort of a promise especially in certain areas [such as consumer disputes due to the extremely large number of cases particularly at cross-border level] ...so, online mediation is a possible way to solve these disputes...ODR should be the first line of dispute resolution in consumer-to-business disputes in Europe’*. One of the participants emphasised the effective role of the EU ODR Platform in providing MSPs with the common standards for conducting

cross-border mediation. The most significant indication was made of the Italian design of mediation as a role model for other jurisdictions: *'I think that Italy has discovered a great model compared with most EU countries...the data on the high number of conducted mediations in Italy proves that the Italian model of mediation has been efficient... for the future, there should be a rational approach from governments and ministries of justice to find a right legislative framework to introduce some form of mandatory mediation'*.

Belgium — As noted by the interviewed mediators, the major obstacles to implement an effective mediation in Belgium can be found in peoples' — including judges and mediators — attitude towards ADR. Participant B.1 noted: *'people in Belgium [compared to other EU Member States] are really convinced about the necessity for going to the judicial system'*. Another MSP argued similarly that: *'in our experience, the most important barrier is convincing both parties to attempt mediation'*. To increase the use and effectiveness of mediation, one participant proposed that the mindset of people must be changed through establishment of legislative measures: *'in 2018, the law increased the power of judges in asking the parties to try mediation...this reform has increased the number of mediation cases...but I am not convinced that I see any serious initiative from the public to use mediation'*. A similar view on the necessity for establishing a mandatory legal framework for mediation was echoed by another participant: *'as a solution, to improve the effectiveness of mediation in Belgium, I suggest following the mediation models practiced in Italy and France'*.

The participants acknowledged that during the COVID-19 pandemic Online mediation was more in the spotlight. One MSP explained how the pandemic increased peoples' tendency towards attempting mediation: *'it was a great booster in civil and especially commercial law...for example, in written contracts between the business partners, when there is an issue due to COVID-19, and the parties cannot find the answer in the terms and conditions of the contract, they have to negotiate [via mediation] the issue and the raised difficulties [in performing contract-related obligations] due to COVID-19...so, I believe it was a help for the parties to encourage them to mediate'*.

The interviewees indicated that the use of online mediation will increase in future. Nevertheless, they emphasised that human physical interactions remain a main pillar of every mediation. Interestingly, Participant B.2 referred to physical mediation as 'real mediation': *'online mediation is going to be more used, but I think real mediation is always preferred...to reach a solution for the parties, human contact is necessary'*. Another MSP emphasised the importance of physical interactions in mediation: *'there are already many initiatives which offer the possibility to start and conduct mediation completely online... but, I think that physical mediation is more interesting method for people as they can meet in person and they are able to use the options to best express their emotions [that are possible in physical mediations]...I am very confident that in the next few years mediation will keep on being also physical'*.

4. DISCUSSION

The findings of this empirical research provided rich data in answering the main research question of this study. Accordingly, the following conclusions can be drawn from the survey results and the expert interviews.

Mandatory mediation — In relation to whether mediation should be mandatory as part of a civil justice system, two main viewpoints were identified: 1) Mediation should always remain as a choice to the parties. Imposing mediation may result in an artificial process, lack of sufficient efforts from the parties, and the increased rate of the failure of mediation. Moreover, mediation is not suitable for every type of dispute; 2) Mediation must be mandatory as it helps the mediation culture to grow. Mandatory mediation also changes the social mindset towards positive aspects of mediation and reduces the judiciary case backlogs. This mandate can apply to specific types of dispute (e.g., in succession cases). The Italian model of mandatory mediation is a prominent example of widespread and effective practice of obligatory mediation.

Efficiency of mediation and causes of its failure — In general, mediation can help resolve civil and commercial disputes in an effective manner. There are, however, some elements that directly influence the effectiveness of mediation, including the nature of the dispute; the parties' attitude; the cultural context; the sensitivity of lawyers; the professionalism of the mediator; and the status of disputes between the parties.

It was also understood that in evaluating the efficiency of mediation, there are various factors to consider including:

- the extent to which the obtained result has responded to the parties' expectations of conducting mediation;
- time is a significant element. Thus, the solution must be reached within a reasonable timeframe;
- the costs of mediation for the parties must be reasonable compared to the costs of civil proceedings;
- the mediation service must be visible to all people, particularly to the most vulnerable individuals in a society (e.g., consumers, elderly, etc.); and,
- the number of cases resolved through mediation must be considered as an important element in measuring the effectiveness of a mediation service.

There are several barriers that cause the failure of a mediation process, including non-collaborative lawyers; the lack of adequate proficiency and experience for mediators; the nature of some disputes may not be suitable for mediation; the parties' attitudes towards mediation; and lack of good faith from the parties.

Online mediation — Online mediation has gained great momentum with the outbreak of the COVID-19 pandemic. Almost all mediators had to try e-mediation at some stage since early 2020 because of the imposed mobili-

ty restrictions. There are no specific rules enacted by national legislators in any of the studied jurisdictions to regulate online mediation. Therefore, the rules on traditional mediation are also applicable to e-mediation. According to most interviewed experts, there is no substantial difference between online and physical mediation since only the mode of conduct differs. It could be, however, useful if legislators were to consider appropriate legal measures to provide specific instructions on digital signatures with respect to online mediation settlement agreements. There are major advantages to using online mediation such as convenience, flexibility, speediness, and cost-effectiveness. These characteristics can incentivise disputants to use this ODR mechanism. Given that, one should also take into account the disadvantages — e.g., the lack of non-verbal communication and body language, the difficulty in understanding the real emotions of parties — so as to enable choosing the most appropriate dispute resolution method.

Challenges and future perspective — Mediation service providers face different types of barriers within their practice. The main impediments include lawyers' little enthusiasm for mediation; a lack of adequate awareness about the effectiveness of mediation; financial difficulties faced by some mediators due to the lack of sufficient cases; and technological complexities in conducting online mediation.

To increase the use and promote the effectiveness of mediation, the experts have offered the following suggestions:

- raising public awareness about the potential of mediation is resolving civil and commercial disputes in an expedited, convenient, and flexible manner;
- providing sufficient training for lawyers and mediators, particularly to promote their negotiation skills and expertise;
- using advanced ICT tools in carrying out online mediation; and
- adopting new regulatory establishments on mandatory mediation — e.g., by studying the best practices like the implemented mediation model in Italy — to ensure an effective implementation.

It was also understood that the COVID-19 pandemic situation had a great impact on the growth of online mediation practice in France, Italy and Belgium (and all over the world). Most significantly, many consumers faced cancelled and delayed judicial proceedings during the pandemic. As a viable solution, they chose online mediation to resolve their C2B disputes. In fact, the pandemic provided an opportunity for citizens, mediators, and judicial actors to understand the potential of online mediation in providing an alternative to resolve disputes in a more expedited, amicable, cost-effective, and convenient manner. As most interviewees reflected, in future we will indeed witness even more exponential growth in the use of ODR methods, particularly online mediation.

The most significant limitation of this research lies in the fact that the sample size of this empirical study was small. This was caused by the outbreak of the COVID-19 pandemic leading to a low response rate and survey fatigue. Therefore, we recognise that the findings of this study cannot be generalised. Nevertheless, this work offers valuable insights into the status of application of mediation and online mediation in civil and commercial disputes from the perspective of mediation service providers in particular.

Taken together, this study has thrown up many questions in need of further investigation. Most significantly, further research should be undertaken to explore the issues — e.g., enforceability of mediation settlement agreements and digitalisation, confidentiality, and trust, voluntary or mandatory participation, alternative to or integrated in the judiciary etc. — that may arise through the use of mediation and e-mediation, as well as the appropriate preventive measures to be taken.

ACKNOWLEDGEMENT

The authors are immensely grateful to Professor Gina Gioia for her constructive comments on this research that greatly improved the results of this study and the present manuscript. The authors would also like to express their deepest gratitude to Luc Tuerlinckx (Ombudsman for Telecommunications, Belgium); Nicolas Henne (*Mediateurs.Legal*, Belgium); Brieuc Petre (*Alterys Law & Mediation*, Belgium); Ivan Kasic (*IK-LEGAL*, France); Benjamin English (President of the *Eurojuris France network*, France); Federico Antich (*Studio dell'Avvocato Antich*, Italy); Claudia Covata (*Mediatore presso CCIAA Perugia*, Italy); and Leonardo D'Urso (*ADR Center* Co-founder and CEO, Italy) for participating in the interviews and sharing their valuable insights on mediation.

Appendix A — Questions of the Semi-structured Surveys

General Questions:

- 1) *What types of disputes are covered by your mediation service? (Civil, commercial, family, etc)*
- 2) *How many cases have been referred for mediation in the last five years (May 2017 to May 2021)?*
- 3) *How many cases have been officially initiated?*
- 4) *How many cases have been concluded leading to a decision by mediator and how many were settled outside mediation?*

- 5) *What has been the average processing-time for each case?*
- 6) *What impact the Covid-19 has had on the number and types of cases referred for mediation?*

Process-related Questions:

- 7) *Do you provide any instructions for the parties prior/during the process?*
- 8) *What means of communication is used between the mediator and parties?*
- 9) *According to your experience, what are the major barriers in users tendency/trust in choosing mediation rather than litigation?*
- 10) *What barriers have you experienced in conducting face-to-face mediation?*
- 11) *How do you ensure providing a user-friendly service to the parties?*
- 12) *Do you offer Online mediation? If so, what specific platform or software you use for mediation process?*
- 13) *If yes, how many cases have been referred for online mediation in the last year (May 2020 to May 2021)?*
- 14) *What are the distinguished services offered by your company (compared to other mediation service providers)?*
- 15) *Do you carry out any satisfaction survey to collect the users' feedback? If yes, what feature(s) in your service has received most appreciation? what is the most frequent complaint(s) about the offered mediation service?*

Appendix B — Questions of the Semi-structured Expert Interviews

Background and Introduction

What is your personal experience of civil and commercial mediation?

I. MEDIATION AND THE MANDATE

- 1) *Is mediation regulated in your jurisdiction?*
- 2) *Do you have any mandatory mediation as part of your civil justice system?*
- 3) *What is your personal view on whether mediation should be used as mandatory in the civil justice system?*
- 4) *Do the courts in your jurisdiction recognize and enforce a mediation settlement? Is there any law and/or specific procedure in this respect?*

II. ONLINE MEDIATION

- 5) *Do you have any experience with Online mediation? What are the pros and cons of it?*
- 6) *Are the existing rules for mediation in your jurisdiction also applicable to Online mediation?*

III. EFFICIENCY AND RISKS IN MEDIATION

- 7) *Do you think mediation processes/procedures really work in civil and commercial disputes?*
- 8) *Does mediation help resolve disputes in an effective manner? What are the main elements to evaluate the mediation efficiency?*
- 9) *In your opinion, what are the main reasons behind a failed mediation?*

IV. CHALLENGES AND FUTURE PERSPECTIVE

- 10) *What are the main obstacles that mediation service providers (mediators, in general) encounter in conducting mediation?*
- 11) *What are your suggestions for improving the use and efficiency of mediation?*
- 12) *What do you think about the COVID-19's influence on the practice of mediation?*
- 13) *What is your prediction about the Online mediation development for the next decade?*

BIBLIOGRAPHY

- Abedi F, Zeleznikow J, and Bellucci E, 'Universal standards for the concept of trust in online dispute resolution systems in e-commerce disputes' (2019) 27 (3) *International Journal of Law and Information Technology* 209.
- Abernethy S, 'Building large-scale online dispute resolution & Trustmark systems' (2003) *Proceedings of the UNECE Forum on ODR*.
- Ahmed M, 'Alternative Dispute Resolution During the Covid-19 Crisis and Beyond' (2021) 32 *King's Law Journal* 147.
- Battaglia OR and Di Paola B, 'A Quantitative Method to Analyse an Open-Ended Questionnaire: A Case Study about the Boltzmann Factor' (2015) 38 *Il nuovo cimento C* 1.
- Beal BL, 'Online Mediation: Has Its Time Come' (1999) 15 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 735.
- Birch E, 'The Historical Background to the EU Directive on Mediation' (2006) 72 (1) *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 57.
- Bogner A, Littig B, and Menz W, 'Generating qualitative data with experts and elites' in O Flick (ed) *The sage handbook of qualitative data collection* (SAGE Publications 2018).
- Borgman CL, 'Toward a definition of user friendliness: A psychological perspective' (1986) *UCLA Journal* 29.
- Centre for Effective Dispute Resolution, 'CEDR Asia Pacific Mediation Rules' (2010): <<http://www.cedr-asia-pacific.com/cedr/docslib/CEDR%20Asia%20Pacific%20Mediation%20Rules.pdf>> accessed 20 June 2022.
- Cominelli L and Jacqmin A, 'Civil and commercial mediation In Italy: Lights and Shadows' (2020) 22 *Revista de EMERJ: Escola da Magistratura do Estado do Rio De Janeiro* 11.

- Cortés P, 'Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes' (2008) 17 (3) *Information & Communications Technology Law* 221.
- Cortés P, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union* (Taylor & Francis 2010) 145.
- Cortés P, *The Law of Consumer Redress in an Evolving Digital Market* (2017, Cambridge University Press).
- Cortés P, *The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution* (Oxford University Press 2016).
- Cortés P, 'Using Technology and ADR Methods to Enhance Access to Justice' (2018) 5 *IJODR* 103.
- De Luca A, 'Mediation in Italy: Feature and Trends' in Carlos Esplugues and Louis Marquis (eds), *New Developments in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives* (Springer International Publishing 2015).
- De Palo G, 'A Ten-Year-Long 'EU Mediation Paradox': When an EU Directive Needs to Be More ...Directive' (European Parliament Briefing 2018).
- Deben L, 'The New Belgian Mediation Rules of 2018, a Revolution for Commercial Dispute Settlement or a Measure in Vain?' in K Byttebier and K Van der Borgh (eds) *Law and Sustainability. Economic and Financial Law & Policy – Shifting Insights & Values*, (vol 6. Springer 2021).
- Del Duca LF, Rule C, and Cressman B, 'Lessons and Best Practices for Designers of Fast Track, Low Value, High Volume Global E-Commerce ODR Systems' (2015) 4 *Penn St JL & Int'l Aff* 242.
- Doeringer S, 'The Problem-Centred Expert Interview, Combining Qualitative Interviewing Approaches for Investigating Implicit Expert Knowledge' (2021) 24 (3) *International Journal of Social Research Methodology* 265.
- Ebner N, 'E-Mediation' in Mohamed S. Abdel Wahab, Ethan Katsh and Daniel Rainey (eds), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution* (Eleven International Publication 2012).
- Eisen JB, 'Are We Ready for Mediation in Cyberspace?' [1998] *Brigham Young University Law Review* 1305.
- Esplugues C, 'General Report: New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global Comparative Perspectives' in C Esplugues and L Marquis (eds), *New Developments in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives* (Springer International Publishing 2015).
- Esteban de la Rosa F, 'Scrutinizing Access to Justice in Consumer ODR in Cross-Border Disputes: The Achilles' Heel of the EU ODR Platform' (2017) 4 *IJODR* 26.
- Feinberg KR, 'Mediation - A Preferred Method of Dispute Resolution' (1989) 16 (5) *Pepp. L. Rev.* 12.
- Filler EA, *Commercial Mediation in Europe: An Empirical Study of the User Experience* (Kluwer Law International BV 2012).
- Genn H, 'What Is Civil Justice for? Reform, ADR, and Access to Justice' (2012) 24 (1) *Yale Journal of Law & the Humanities* 397.
- Giacalone M and Loui RP, 'Dispute Resolution with Arguments over Milestones: Changing the Representation to Facilitate Changing the Focus' (2018) *Jusletter IT, IRIS* 167.
- Giacalone M and Salehi S, 'Online dispute resolution: the perspective of service providers' in Francesco Romeo, Marco Dall'Aglio, and Marco Giacalone (eds), *Algorithmic Conflict Resolution* (Torino G. 2019).
- Gioia G, 'L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori' (2018) 1 *Revista Ítalo-española De Derecho Procesal* 501.

- Goldberg SB, Green ED, and Sander FE A, 'ADR Problems and Prospects: Looking to the Future' (1986) 69 *Judicature* 291.
- Hammond AM G, 'How do you write "Yes"? A study on the effectiveness of online dispute resolution' (2003) 20 (20) *Conflict Resolution Quarterly* 261.
- Harland N and Holey E, 'Including Open-Ended Questions in Quantitative Questionnaires—Theory and Practice' (2011) 18 *International Journal of Therapy and Rehabilitation* 482.
- Hodges C, 'Unlocking Justice and Markets: The Promise of Consumer ADR' in J Zeckoll and others (eds), *Formalisation and Flexibilisation in Dispute Resolution* (Brill Nijhoff 2014).
- Hughes SH, 'Facilitative Mediation or Evaluative Mediation: May Your Choice Be a Wise One' (1998) 59 *The Alabama Lawyer* 246.
- Hyman MR and Sierra JJ, 'Open- versus Close-Ended Survey Questions' (2016) 14 *NMSU Business Outlook*.
- Indovina V, 'When Mandatory Mediation Meets the Adversarial Legal Culture of Lawyers: An Empirical Study in Italy' (2020) 26 *Harv Negot L Rev* 69.
- Jeretina U, 'Consumer online dispute resolution (ODR)-a mechanism for innovative e-governance in EU' (2018) 16 *Cent. Eur. Pub. Admin. Rev.* 45.
- Katsh E, 'ODR: A Look at History A Few Thoughts About the Present and Some Speculation About the Future' in MS Abdel Wahab, E Katsh and D Rainey (eds), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution* (Eleven International Publication 2012).
- Kistemaker L, 'Rechtwijzer and Uitelkaar.Nl. Dutch Experiences with ODR for Divorce' (2021) 59 *Family Court Review* 232.
- Linneberg SM and Korsgaard S, 'Coding Qualitative Data: A Synthesis Guiding the Novice' [2019] *Qualitative Research Journal*.
- Logvynenko M and Kordunian I, 'Registers of Mediators in Europe: Comparative and Legal Analysis' (2021) 2 *Baltic Journal of Legal and Social Sciences* 81.
- Mania K, 'Online Dispute Resolution: The Future of Justice' (2015) 1 *International Comparative Jurisprudence* 76.
- Matteucci G, 'Mandatory Mediation, The Italian Experience' (2015) 16 *Revista Eletrônica de Direito Processual* 194.
- Matteucci G, 'Mediation and Judiciary in Italy 2019' (2020) 21 (1) *Revista Eletrônica de Direito Processual* 106; Giovanni Matteucci, 'Mandatory Mediation, The Italian Experience' (2015) 16 *Revista Eletrônica de Direito Processual* 194.
- Menkel-Meadow C, 'Mediation, Arbitration and Alternative Dispute Resolution (ADR)' in JD Wright (ed.), *International Encyclopedia of Social and Behavioral Sciences* (2nd ed, Elsevier 2015).
- Mero-Jaffe I, 'Is That What I Said? Interview Transcript Approval by Participants: An Aspect of Ethics in Qualitative Research' (2011) 10 *International Journal of Qualitative Methods* 231.
- Meuser M and Nagel U, 'The Expert Interview and Changes in Knowledge Production' in Alexander Bogner, Beate Littig and W Menz, *Interviewing Experts* (Palgrave Macmillan 2009).
- Nainodina I, 'Court-annexed and Contractual Mediation in France' (2015) 4 *Russian Journal of Comparative Law* 140.
- Pan Y and others, 'Multilingual survey design and fielding: Research perspectives from the US Census Bureau' (2014) *Statistical Research Division Study Series* (Survey Methodology 2014-01).
- Pappas BA, 'Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution' (2015) 20 *Harvard Negotiation Law Review* 157.

- Pellegrinelli P, 'The Management of a Mediation Organization According to the Italian Law' (2012) 3 (4) Beijing Law Review 184.
- Poblet M and Ross G, 'ODR in Europe' in MS Abdel Wahab, E Katsh and D Rainey (eds), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice* (2nd ed, Eleven Intl. Publishing 2021).
- Rule C, *Online Dispute Resolution For Business: B2B, ECommerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts* (John Wiley & Sons 2003).
- Sikri AK, 'Mediation: Means of Achieving Real Justice in Consumer Disputes' (2017) 5 IJCLP 1.
- Simion K, 'Qualitative and Quantitative Approaches to Rule of Law Research' (Social Science Research Network 2016) SSRN Scholarly Paper ID 2817565.
- Steffek F and others, *Regulating dispute resolution: ADR and access to justice at the crossroads* (Bloomsbury Publishing 2014).
- Sternlight JR, 'Is Alternative Dispute Resolution Consistent with the Rule of Law - Lessons from Abroad' (2007) 56 DePaul L Rev 569.
- Taelman P and Voet S, 'Mediation in Belgium: a Long and Winding Road' in C Esplugues and L Marquis (eds), *New Developments in Civil and Commercial Mediation: Global Comparative Perspectives* (Springer International Publishing 2015).
- Tallon A, 'De rechtstoegang en de bemiddeling' in E Boydens and R De Baerdemaeker (eds) *Justitie: Vraagstukken en perspectieven voor morgen* (Antemis Limal 2013).
- The Law Reform Commission, 'Alternative Dispute Resolution: Mediation and Conciliation: Report' (November 2010) 17-18 <https://www.lawreform.ie/_fileupload/reports/r98adr.pdf> accessed 20 June 2022.
- Timans R, Wouters P, and Heilbron J, 'Mixed Methods Research: What It Is and What It Could Be' (2019) 48 Theory and Society 193.
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 | United Nations Commission On International Trade Law' <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation> accessed 20 June 2022.
- Verougstraete I, 'The Belgian law on mediation' in Institut de Formation Judiciaire (ed). *Family mediation and guidance in crossborder disputes within the EU: How to improve practices?* (Institut de Formation Judiciaire 2012).
- Von Eckartsberg R, *Life-World Experience: Existential-Phenomenological Research Approaches in Psychology* (Center for Advanced Research in Phenomenology 1986).
- Webley L, 'Qualitative Approaches to Empirical Legal Research' in Peter Cane and Herbert Kritzer (eds) *Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (Oxford University Press 2010).
- Wechs HA, 'Optimising Mediation for Intellectual Property Law – Perspectives from EU, French and UK Law' (2018) 49 (4) *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 384.
- Wengraf T, *Qualitative Research Interviewing: Biographic Narrative and Semi-Structured Methods* (SAGE 2001).
- Yin RK, *Case study research: Design and methods* (Fifth ed, SAGE 2014).
- Zheng J, *Online Resolution of E-Commerce Disputes: Perspectives from the European Union, the UK, and China* (Springer Nature 2020).
- Zhong S and Yang Z, 'K-Anonymous Data Collection' (2009) 179 Information Sciences 2948.
- Züll C, 'Open-Ended Questions. GESIS Survey Guidelines' (2016) GESIS Leibniz Institute for the Social Sciences 1.
- Zumeta Z, 2014. 'Styles of Mediation: Facilitative, Evaluative, and Transformative Mediation' <<https://www.mediate.com/articles/zumeta.cfm>> accessed 20 June 2022.
- 'Allstate Protection Plans' <<https://www.squaretrade.com/>> accessed 20 June 2022.

- 'EBay Services: Buying and Selling Tools: Dispute Resolution Overview' <<https://pages.ebay.com/services/buyandsell/disputeres.html>> accessed 20 June 2022.
- 'E-Pom' <<https://e-pom.eu/>> accessed 20 June 2022.
- 'Online Dispute Resolution | European Commission' <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.adr.show2>> accessed 20 June 2022.
- 'Online Dispute Resolution, | European Commission' <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.complaints.screeningphase>> accessed 20 June 2022.
- 'YOUSTICE | ODR - Online Dispute Resolution' <<http://www.odreurope.com/meet-justice>> accessed 20 June 2022.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SELECCIÓN DE PRUEBAS EN EL PROCESO CIVIL: ¿HACIA UN PROCESO MÁS INTELIGENTE O HACIA UN PROCESO MÁS ARTIFICIAL?

ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND EVIDENCE COLLECTION
IN THE CIVIL PROCEEDINGS:
TOWARDS A SMART TRIAL OR TOWARDS AN ARTIFICIAL ONE ?

Paolo Comoglio*

profesor adjunto de Derecho procesal civil
Universidad de Genova – Italia

RESUMEN: El presente ensayo contiene un análisis de los principales problemas que puede plantear el uso de la inteligencia artificial aplicada a la selección de pruebas. A partir de una definición básica de inteligencia artificial, el ensayo analiza, en particular, los problemas relativos a los estándares de pertinencia y de proporcionalidad en la selección de pruebas y las posibles repercusiones sobre el principio de disponibilidad de pruebas

PALABRAS CLAVE: inteligencia artificial, pertinencia de pruebas, principio de proporcionalidad, principio de disponibilidad de pruebas

ABSTRACT: This essay contains an analysis of the main problems related to the use of artificial intelligence applied to of evidence. Starting from a basic definition of artificial intelligence, the essay analyses, in particular, the problems in terms of standards of relevance and proportionality in the collection of evidence and the possible consequences on the party presentation principle

KEYWORDS: Artificial Intelligence, relevance and admissibility of evidence, principle of proportionality, party presentation principle

* ORCID: 0000-0003-4199-1966

Sumario: 1. OBJETO Y LÍMITES DE LA INVESTIGACIÓN.— 2. UNA DEFINICIÓN BÁSICA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL.— 3. LIMITACIONES Y PROBLEMAS EN LA UTILIZACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA.— 4. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SELECCIÓN DE PRUEBAS: ¿HACIA NUEVOS ESTÁNDARES DE PERTINENCIA Y PROPORCIONALIDAD?— 5. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y FACILIDAD PROBATORIA: ¿HACIA UN DEBER DE COLABORACIÓN ARTIFICIAL?— 6. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y AUTENTICIDAD DE LAS PRUEBAS: ¿*BEST EVIDENCE PRINCIPLE RELOADED*?— 7. PRINCIPIO ACUSATORIO Y PRINCIPIO INQUISITIVO: ¿FIN DE UN DUALISMO?— 8. MUCHAS DUDAS, (QUIZÁS) UNA SOLA CERTEZA: EL INEVITABLE DEBILITAMIENTO DEL CONTRADICTORIO EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA. ¿HACIA UNA NUEVA FORMA DE *PROCEDURAL JUSTICE*?

1. OBJETO Y LÍMITES DE LA INVESTIGACIÓN.

Ante todo, me parece necesario aclarar la noción de prueba a la que me refiero. Sobre todo en los ordenamientos de *civil law*, la palabra prueba es polisémica y se utiliza indistintamente en relación con situaciones muy diferentes. En efecto, esta palabra se usa comúnmente para indicar tanto los distintos medios de prueba como la práctica de los mismos —es decir, la actividad procesal con la que se introducen los distintos medios de prueba en el proceso— como, por último, el resultado de dicha actividad¹.

En este trabajo sólo me ocuparé del segundo de estos significados. Más concretamente, trataré de analizar cómo se puede utilizar la inteligencia artificial en la búsqueda y selección de los medios de prueba en el proceso y qué problemas se pueden plantear, e incluso si es posible la misma utilización de la inteligencia artificial en este contexto.

No trataré, en cambio, las posibles relaciones de la inteligencia artificial con las otras dos acepciones del vocablo “prueba”. En cuanto a la primera, parece que no se puede hablar, abstractamente, de inteligencia artificial como medio de prueba. La inteligencia artificial podrá ser objeto de prueba, por ejemplo, si en una controversia se cuestiona la correcta utilización de una herramienta de inteligencia artificial. Sin embargo, ese uso forma parte del problema más general en cuanto al modo en que se utilizan los conocimientos técnicos especializados en el proceso², pero no atañe a cuestiones probatorias esenciales o fundamentales³.

Tampoco me ocuparé de la tercera noción de la palabra “prueba” y, en particular, de la posible utilización de la inteligencia artificial como instrumento

¹ L. Cadet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, 2010, 835 sig. y 882, D. Mitidiero, *Processo civil*, São Paulo, 2021, 196, E. Vergés, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, Paris, 2015, 5, L. Cadet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 2020, 11ed., 543, F. Carnelutti, *La prova civile*, Roma, 1947, 2ed., M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, Madrid, 2011, 4ed., L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, 3ed..

² Sobre la prueba pericial, vid. los ensayos en J. Picó Junoy (dir.), J. A. Andino López, E. Cerrato Guri (coord.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, Barcelona, 2020,

³ En todo caso, el problema será saber si el perito será capaz de “comprender” el algoritmo. Pero esto, como se dirá más adelante, es parte del problema más general de la opacidad intrínseca de los algoritmos.

de valoración de las pruebas⁴. En mi opinión, la cuestión debe analizarse en el marco del problema más general de la utilización de la inteligencia artificial en la asistencia o en la sustitución de la toma de decisiones judiciales⁵.

Además, creo necesario aclarar algunas suposiciones que he establecido más bien como hipótesis bastante consolidadas y que, por tanto, no analizaré ni intentaré demostrar.

En particular, no abordaré el problema de la función de la prueba (es decir, si tiene una función epistémica o meramente retórica)⁶, aunque mi presupuesto de partida, a la luz de muchísimos y conocidos estudios sobre la materia, es la firme convicción de que el proceso (y, por lo tanto, la práctica probatoria) tiene y debe tener necesariamente una función epistémica⁷. Como dice acertadamente Jordi Nieva Fenoll, “la verdad es la luz que guía a la prueba”⁸.

En segundo lugar, tampoco abordaré el problema de la oralidad en el proceso. Este tema, que se sitúa desde el siglo XIX en el centro del debate procesal, no sólo es objeto de incisivas críticas doctrinales, sino que también está en grave dificultad por la reciente crisis sanitaria⁹. Sin embargo, como se verá, el problema de la utilización de la inteligencia artificial pone en peligro el principio de contradicción, cuestión que es claramente prioritaria antes al problema de la oralidad¹⁰.

En tercer lugar, tengo que expresar una convicción que también es el punto de partida de estas reflexiones, a saber: el establecimiento de los hechos en el proceso está muy influido por los cambios en las tecnologías de la documentación¹¹. Se puede decir que cualquier cambio de estas tecnologías siem-

⁴ Sobre el tema de la valoración de la prueba, vid. J. Nieva Fenoll, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2010, J. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007.

⁵ J. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, 2018, 99 sig.

⁶ Sobre esto debate vid. M. Cappelletti, *Ideologie nel diritto processuale*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 8, A. Carratta, *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, Padova, 2001, 73, M. Taruffo, *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1997, 553, L.P. Comoglio, *Le prove civili*, cit., 7.

⁷ M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., 91, Id., *La verità nel processo*, cit., 1125, Id., *Verità e prova nel processo*, in *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, 113, D. Mitidiero, *Processo civile*, cit., 197 y 199 (nota 133 para más referencias bibliográficas de la doctrina brasileña), G. Lardeux, *Preuve civile et vérité*, en J.-Y. Chérot, S. Cinamonti, L. Tranchant, J. Trémeau (coord.), *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, 2013, 869, X. Lagarde, *Vérité et légitimité dans le droit de la preuve*, en *Droits*, Paris, 1996, 31.

⁸ J. Nieva Fenoll, *Derecho procesal*, II, *Proceso civil*, Valencia, 2019, 189. Conforme vid. E. Vergés, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, cit., 7 (« la vérité constitue l'horizon de la preuve en justice et la conviction du juge en est le moyen concret »).

⁹ J. Nieva Fenoll, *La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)*, en *Revista Lus Et Praxis*, 26(3), 157. En general, sobre el tema de la oralidad, véanse los ensayos en F. Carpi, M. Ortells (ed.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Valencia, 2008.

¹⁰ Sobre esto tema vid. J. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas tras un alto tecnológico en el camino*, en *Rev. gen. der. proc.*, 2022, 19.

¹¹ C. Vismann, *Files. Law and Media Technology*, Stanford, 2008, Salaün, Vu, lu, su. *Les architectes de l'information face à l'oligopole du web*, Paris, 2012, 27.

pre ha influido de manera significativa en el proceso¹². Sin embargo, este fenómeno ha aumentado exponencialmente durante todo el siglo XX, sobre todo debido al incesante desarrollo de nuevas tecnologías de documentación a partir de las máquinas de escribir, pasando por las fotocopadoras, llegando finalmente a los ordenadores¹³.

A principios del siglo xx, las pruebas documentales eran pocas (porque era muy caro crearlas), pero tendencialmente sólidas y fiables. En cambio, a principios de este siglo, las pruebas documentales son cada vez más numerosas, pero también menos fiables¹⁴. También el proceso se resiente del aumento de las que Antoine Garapon y Jean Lassègue han llamado agudamente “pruebas que hablan por sí mismas”¹⁵.

Con estas premisas, es necesario concretar que el objeto de esta investigación está dedicado a las relaciones entre la inteligencia artificial y las actividades de búsqueda y selección de las pruebas. En primer lugar, intentaré encontrar una definición básica de inteligencia artificial exclusivamente funcional para esta investigación. A continuación, intentaré comprobar si, según la legislación vigente, es posible utilizar herramientas de inteligencia artificial en la búsqueda y selección de pruebas. Después trataré de imaginar, en vistas a una posible reforma, cómo la utilización o la disponibilidad de herramientas de inteligencia artificial podrán influir en algunos de los principios probatorios tradicionales, tales como la pertinencia de las pruebas, la carga de la prueba, la disponibilidad de la prueba y la contradicción. Por último, me preguntaré si, una vez admitida la utilización de herramientas de inteligencia artificial en la actividad de búsqueda y selección de las pruebas, tiene sentido atribuir un control al juez sobre estas herramientas.

Las respuestas en todas estas materias son difíciles de precisar, habida cuenta el constante estado de evolución de la tecnología. Por ello, como jurista, me limitaré a la modesta misión de señalar posibles problemas presentes y futuros problemas que habrá que tener en cuenta si se quiere utilizar estas tecnologías en el proceso.

2. UNA DEFINICIÓN BÁSICA DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En primer lugar, hay que aclarar lo que se entiende por inteligencia artificial. Por supuesto, como ya se ha dicho, no es posible encontrar una defin-

¹² Vid. P. Comoglio, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino, 2018, 233.

¹³ Glénisson, *Uma história entre duas erudições*, en *Revista de historia*, 1977, 110.

¹⁴ G. Hazard, *From Whom No Secrets are Hid*, en 76 *Tex. L. Rev.*, 1998, 1675, que señala claramente que “there is no inherent limit on the number of documents” y que «the drafters of the 1938 Rules, thus, certainly did not foresee the extent of modern document discovery». Vid. también R. Marcus, *EDiscovery Beyond the Federal Rules*, en 37 *U. Balt. L. Rev.*, 2007, 329, Id., *The Impact of Computers on the Legal Profession: Evolution or Revolution?*, en 102 *Nw. U. L. Rev.*, 2008, 1827.

¹⁵ A. Garapon, J. Lassègue, *Justice digitale*, Paris, 2018, 175.

ición que sea absolutamente válida. Incluido los expertos en inteligencia artificial no han encontrado hasta ahora una definición satisfactoria¹⁶.

Por otra parte, para poder definir el concepto de inteligencia artificial sería necesario definir primero lo que se entiende por inteligencia humana, es decir, identificar las características distintivas del pensamiento humano, cuestión todavía incierta y discutida, teniendo en cuenta los continuos avances de la neurociencia¹⁷.

En cualquier caso, parece posible, en general, definir como “inteligentes” las herramientas informáticas que son capaces de replicar (inteligencia artificial “fuerte”), o al menos simular (inteligencia artificial “débil”), en todo o en parte el proceso de decisión del ser humano¹⁸. De hecho, en la actualidad, todavía no existen herramientas de inteligencia artificial fuerte¹⁹.

Por el contrario, el enfoque “débil” es el que está dando los mejores resultados y es la base de las herramientas de inteligencia artificial más ampliamente utilizados, también en el proceso, como se muestra claramente en las herramientas empleados para la revisión de documentos en la fase de *discovery* del proceso federal estadounidense, sobre el que volveré más tarde²⁰.

Por consiguiente, a efectos de esta investigación y con las limitaciones señaladas, cabe considerar «inteligentes» las herramientas que son capaces de realizar algunas tareas que, si son realizadas por seres humanos, requieren el uso de la inteligencia para resolver los problemas planteados por dichas tareas.

Sin embargo, esta definición debe precisarse tanto desde el punto de vista funcional como desde el punto de vista estructural.

En primer lugar, por lo que se refiere al aspecto funcional, una herramienta puede considerarse inteligente cuando es capaz de automatizar tareas que,

¹⁶ J. Kaplan, *Inteligencia Artificial. Lo que todo el mundo debe saber*, Zaragoza, 2017, Hill, *What an Algorithm Is*, en *Philos. Technol.*, 2016, 35, Weinberger, *Too Big to Know. Rethinking Knowledge Now That the Facts Aren't the Facts, Experts Are Everywhere, and the Smartest Person in the Room is the Room*, New York, 2011, 9.

¹⁷ M. Taruffo, *La decisione giudiziaria e la sua giustificazione: un problema per le neuroscienze?*, cit., 1247, Id., *Processo e neuroscienze. Cenni generali*, en *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, 309, M. Taruffo, J. Nieva Fenoll (coord), *Neurociencia y proceso judicial*, Madrid, 2013, M. Julià Pijoan, *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada. Una reflexión acerca de la neuropredicción*, Madrid, 2020, D. Patterson, M.S. Pardo (ed.), *Philosophical foundations of Law and Neuroscience*, Oxford, 2016, L. Shapiro, *Embodied Cognition*, London-New York, 2011, Rumiati, *Decisioni giudiziarie e neuroscienze seduttive*, en *Giornale italiano di psicologia*, 2016, 777.

¹⁸ J. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit., 99, Ferrari, Becker, *Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório*, en Nunes, dos Santos Lucon, Wolkart, *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*, Salvador, 2021, 291, Keats Citron, Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, en 89 *Wash. L. Rev.*, 2014, 6, Nissan, *Digital technologies and artificial intelligence's present and foreseeable impact on lawyering, judging, policing and law enforcement*, en 32 *AI & Soc.*, 2017, 441.

¹⁹ Floridi, *The 4th revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford, 2014, 140.

²⁰ Hume, *Preparing for the Near Future: Deep Learning and Law*, en Baron, Losey, Berman (coord.), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, Chicago, 2016, 559.

aunque requieren el uso de la inteligencia, se basan en decisiones simples, es decir, cuando los parámetros para la toma de decisiones son relativamente pocos y fácilmente identificables al inicio del proceso de toma de decisiones. Este tipo de herramientas también se incluye a menudo en el concepto de herramientas inteligentes. Sin embargo, a los efectos de esta investigación, me parece necesario circunscribir la definición de inteligencia artificial a las herramientas capaces de realizar tareas complejas, es decir, tareas que requieren la toma de decisiones basadas en numerosos parámetros (como sucede, por otra parte, en casi todas las decisiones que deben adoptarse en el ámbito de la práctica de las pruebas)²¹.

Por el contrario, por lo que se refiere al aspecto estructural, las herramientas de inteligencia artificial actualmente en uso se basan esencialmente en algoritmos que, al tratar un elevado número de datos y obtener de ellos correlaciones, son capaces de tomar decisiones que parecen humanas, como ha descrito claramente Jordi Nieva Fenoll²². Pero más allá de este esquema básico, los algoritmos se diferencian bastante entre sí ya que las técnicas que los programadores utilizan para el análisis de los datos son diversas²³. A efectos de este ensayo, es irrelevante analizar desde un punto de vista informático y estructural las diferencias entre estas herramientas: lo que cuenta, en efecto, es sobre todo el hecho de que estas herramientas son capaces de imitar una decisión humana.

Sin embargo, resulta esencial aludir a una característica funcional que distingue las diversas herramientas de inteligencia artificial débil actualmente en uso. En efecto, algunas herramientas se basan en algoritmos que pueden aprender de su propia experiencia; en otras palabras, se trata de herramientas que, independientemente de la técnica utilizada (redes neuronales, *machine learning*, *deep learning*...), son capaces de reprogramarse a sí mismos (modificando las instrucciones iniciales del programador para tener en cuenta los datos procesados progresivamente)²⁴.

En efecto, sólo estas herramientas (capaces de aprender de su propia experiencia) presentan las que, en mi opinión, son las tres características típi-

²¹ Esta es también la noción de inteligencia artificial contenida en la propuesta de Reglamento de la Unión Europea por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. El artículo 1, letra a), de dicha propuesta define «Sistema de inteligencia artificial (sistema de IA)» como « el software que se desarrolla empleando una o varias de las técnicas y estrategias que figuran en el anexo I y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa ».

²² J. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit., 99 sig.

²³ Burrell, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, en *Big Data & Society*, 2016, 2; McKinlay, *Evidence, Explanation and Predictive Data Modelling*, en *Philos. Technol.*, 463.

²⁴ Grossman, Cormack, *Technology-Assisted Review in EDiscovery Can Be More Effective and More Efficient Than Exhaustive Manual Review*, en 17 *Rich. J.L. & Tech.*, 2011, 82; D. Nersessian, R. Mancha, *From Automation to Autonomy: Legal and Ethical Responsibility Gaps in Artificial Intelligence Innovation*, en 27 *Michigan Technology Law Review*, 2020, 55.

cas de una herramienta de inteligencia artificial: la complejidad, es decir, una herramienta basado en instrucciones informáticas extremadamente complejas; la confidencialidad, esto es, un herramienta protegido por derechos de autor; y la falta de intuición, puesto que la reprogramación continua impide que una persona humana entienda —al menos fácilmente— los factores que llevaron al herramienta a decidir de cierta manera.

En este contexto, y exclusivamente a efectos de esta investigación, me parece necesario considerar herramientas de inteligencia artificial sólo aquellos que, además de ser capaces de tomar decisiones complejas, también son capaces de reprogramarse a sí mismos. En efecto, a diferencia de las otras características, es precisamente el carácter no intuitivo de las herramientas de inteligencia artificial aquello que plantea los desafíos más innovadores en el ámbito jurídico²⁵.

Ciertamente, una herramienta informática, aunque no sea muy complejo, no crea problemas particulares si es comprensible por un ser humano o, en todo caso, por un experto en el sector. En este caso, los problemas son esencialmente similares a los que han surgido desde hace tiempo en relación con el uso de los conocimientos técnicos especializados en el proceso²⁶. En efecto, casi se podría decir que, a los fines de la práctica de la prueba, la inteligencia artificial comienza allí donde termina la prueba pericial.

Tampoco el derecho de autor crea problemas especiales; o, en todo caso, estos problemas serían fácilmente superables permitiendo, como ha sugerido siempre Jordi Nieva Fenoll, el uso de herramientas de inteligencia artificial en el proceso sólo si se hace público el llamado “código fuente”²⁷.

En resumen, por tanto, me parece que el problema más característico planteado por las herramientas de inteligencia artificial en el ámbito probatorio es el de saber si es aceptable, y en qué medida, que se confíe la búsqueda y la selección de las pruebas, aunque sólo parcialmente, a una herramienta informática no intuitiva, o mejor dicho, del que un hombre no pueda comprender —fácilmente, o tal vez casi en absoluto— las razones que llevaron a tomar la decisión.

²⁵ W.N. Price, A.K Rai, *Clearing Opacity through Machine Learning*, en 106 *Iowa L Rev.*, 2021, 775.

²⁶ Sobre el tema de los conocimientos técnicos especializados en el proceso V. Ansanelli, *Prove e strumenti conoscitivi del giudice*, en A. Dondi, V. Ansanelli, P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2018, 262, V. Ansanelli, *La consulenza tecnica nel processo civile – Problemi e funzionalità*, Milano, 2011, J. Picó I Junoy, *La prueba pericial en el proceso civil español (Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil)*, Barcelona 2001.

²⁷ J. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit., 140, que habla con razón de un necesario principio de publicidad de los algoritmos.

3. LIMITACIONES Y PROBLEMAS EN LA UTILIZACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA.

En estas condiciones, el primer problema que hay que afrontar es el de la admisibilidad de la utilización de herramientas de inteligencia artificial en el proceso, sobre todo teniendo en cuenta que, hasta la fecha, ningún sistema procesal tiene normas específicas en la materia. Evidentemente, esta cuestión se limita exclusivamente a la utilización de herramientas de inteligencia artificial en la búsqueda y selección de pruebas. En este caso no se trata de una mera elección de oportunidades ligada al tema de la investigación: como se verá, en comparación con el problema más general de la usabilidad de las herramientas de inteligencia artificial en el proceso, el problema aquí analizado presenta algunas peculiaridades que pueden arrojar conclusiones en cuanto a la prueba no extensibles a otras áreas del proceso.

Además, conviene señalar que, en el estado actual de la técnica, con referencia específica al problema de la búsqueda y selección de las pruebas, el problema se plantea esencialmente en relación con la utilización de herramientas de análisis y de selección de documentos digitales de texto, los únicos cuya utilización ha sido ampliamente probada. Sin embargo, cuanto se dirá puede extenderse también a las herramientas que puedan buscar y seleccionar otros tipos de pruebas documentales, como las herramientas ya difundidas, pero todavía desprovistas de aplicaciones procesales específicas, capaces de reconocer y clasificar imágenes y sonidos.

Por último, a efectos de este análisis, se parte de la base de que no son pertinentes las diferentes modalidades posibles de utilización de las herramientas de inteligencia artificial. En efecto, como ya se sabe ampliamente, se puede suponer que una herramienta de inteligencia artificial sirve de ayuda a las partes; también puede suponerse que esta herramienta sustituye íntegramente la actividad de las partes y de los jueces. Sin embargo, esta distinción funcional no parece relevante para lo que interesa aquí: una herramienta de inteligencia artificial destinado a buscar y seleccionar pruebas se inserta inevitablemente en un proceso judicial y, por tanto, sólo puede servir de ayuda a la actividad de las partes y del juez²⁸.

Obviamente, también en este caso hay diferencias, dependiendo, por ejemplo, de que la herramienta de inteligencia artificial simplemente “sugiera” una posible selección de las pruebas a las partes o al juez, preservando la libertad judicial, o directamente “seleccione” las pruebas dejando a las partes y al juez exclusivamente el control de si se opera o no esta selección²⁹. Esta diferencia, sin embargo, sólo puede detectarse después de haber respondido

²⁸ D. Nersessian, R. Mancha. *From Automation to Autonomy: Legal and Ethical Responsibility Gaps in Artificial Intelligence Innovation*, cit., 61.

²⁹ D. Nersessian, R. Mancha. *From Automation to Autonomy: Legal and Ethical Responsibility Gaps in Artificial Intelligence Innovation*, cit., 61.

positivamente al problema de la admisibilidad de la utilización de las herramientas de inteligencia artificial, con el fin de determinar cuál es (o debe ser) la intensidad del control de las partes y del juez sobre el funcionamiento de la herramienta.

El problema de la admisibilidad de la utilización de las herramientas de inteligencia artificial en la actividad de búsqueda y selección de pruebas se divide a su vez en dos problemas. En primer lugar, hay que preguntarse si, a pesar de la ausencia de normas explícitas sobre este punto, las normas procesales vigentes pueden, en cualquier caso, permitir la utilización de estas herramientas. En segundo lugar, aunque no se encuentren normas que permitan su utilización, cabe preguntarse si es válido un acuerdo por el que las partes obliguen a utilizar dichas herramientas.

Dicho esto, es necesario, naturalmente, aclarar un aspecto que, por otra parte, debería ser obvio. Las partes ya son libres hoy en día de utilizar, fuera del proceso, herramientas de inteligencia artificial en la búsqueda y en la selección de pruebas. De hecho, cada parte es libre de buscar y elegir las pruebas que se presentarán en el proceso de la manera que considere más apropiada; por lo tanto, sin duda, también puede hacerlo a través de herramientas de inteligencia artificial.

En cambio, hay que preguntarse si el juez, a instancia de parte o de oficio, puede disponer durante el proceso la utilización de instrumentos de inteligencia artificial.

A este respecto, es interesante mencionar la experiencia estadounidense, en la que a partir del año 2012, la jurisprudencia comenzó a admitir la utilización de algoritmos predictivos en la fase de *discovery*, en el marco del deber de colaboración que incumbe a cada parte en esta fase previa al juicio³⁰. La primera decisión, ya muy conocida, es *Da Silva Moore v. Publicis Groupe*, en la que la llamada *Technology Assisted Review* fue considerada una «acceptable way to search for relevant ESI in appropriate cases»³¹.

Desde esa decisión, se ha ido abriendo progresivamente la posibilidad de utilizar algoritmos en la selección de pruebas documentales³². Sin embargo,

³⁰ Grossman, Cormack, *Technology-Assisted Review in EDiscovery Can Be More Effective and More Efficient Than Exhaustive Manual Review*, cit., 11, Remus, *The Uncertain Promise of Predictive Coding*, en 99 *Iowa L. Rev.*, 2014, 106, Beisner, *Discovering a Better Way: the Need for Effective Civil Litigation Reform*, en 60 *Duke L. J.*, 2010, 556, Yablon, Landsman-Roos, *Predictive Coding: Emerging Questions and Concerns*, en 64 *S.C. L. Rev.*, 2013, 633, 106, Jenkins, *What Can Information Technology Do for Law?*, en *Harvard J. L. & Tech.*, 2008, 600, Morgan, *Predictive Coding: A Trial Court Judge's Perspective*, en 26 *Regent U. L. Rev.*, 2013, 71, Serhan, *Calling an End to Culling: Predictive Coding and the New Federal Rules of Civil Procedure*, en 23 *Rich. J.L. & Tech.*, 2016, 24, Young, *To Cure the E-Discovery Headache, Revamp the Rule 26(f) Discovery Conference*, en 12 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.*, 2014, 363 ss.. En la doctrina italiana, P. Comoglio, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, cit., 264, V. Ansanelli, *Problemi di preparazione e trattazione delle controversie civili*, en A. Dondi, V. Ansanelli, P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2018, 223.

³¹ *Da Silva Moore v. Publicis Groupe*, 287 *F.R.D.* 182 (S.D.N.Y. 2012).

³² Por ejemplo, vid. *Global Aerospace Inc. v. Landow Aviation, L.P.* No. CL. 61040 (Va. Cir. Ct. Apr. 23, 2012). Para un examen específico y detallado de las decisiones más recientes en materia de T.A.R.

más allá de este dato común, persisten aún muchas dudas, siendo incierto si la utilización de la inteligencia artificial es sólo facultativa y, por tanto, dejada a una voluntad conjunta de las partes, o si puede imponerse también en contra de la voluntad de una o ambas partes³³. Desarrollos muy similares al estadounidense se encuentran también en la jurisprudencia inglesa³⁴ y australiana³⁵.

Más allá de estas primeras orientaciones jurisprudenciales, la admisibilidad de la inteligencia artificial sigue siendo bastante dudosa, sobre todo en el proceso propiamente dicho. Por otra parte, las razones que fundamentan las decisiones que hasta ahora han admitido el uso de la inteligencia artificial están estrechamente vinculadas a las peculiaridades de la fase previa al juicio (*pre-trial*), típica de los procedimientos caracterizados por una fase de descubrimiento preliminar al proceso propiamente dicho (*trial*).

A este respecto, con referencia específica a la fase procesal propiamente dicha, parece posible formular dos hipótesis: en primer lugar, se podría pensar en utilizar las herramientas de inteligencia artificial en el ámbito de la prueba pericial. En efecto, sobre todo en los ordenamientos de *civil law*, se podría pensar que el juez (al que normalmente corresponde el poder de nombrar de oficio a un perito) puede autorizar al mismo perito a utilizar tales herramientas. Tradicionalmente la prueba pericial es el instrumento con el que se han podido introducir en el proceso las innovaciones científicas y tecnológicas (el análisis de ADN, por ejemplo³⁶), considerando, además, que, a menudo, las normas procesales dejan al perito un amplio margen de apreciación en el desarrollo de sus propias investigaciones³⁷.

De hecho, se podría incluso suponer que el perito puede decidir por sí mismo utilizar herramientas de inteligencia artificial, con los consiguientes problemas, sin embargo, del control sobre el modo de ejecución de su trabajo. Por supuesto, dado que aún no se han establecido normas comunes de fiabilidad para las distintas herramientas de inteligencia artificial, el principal problema en este caso sería averiguar cómo se puede verificar la fiabilidad de estas herramientas en el proceso.

Igualmente, con referencia específica al tema de este análisis, otro problema es que, normalmente, la tarea del perito es determinar las circunstan-

vid. *The Sedona Conference TAR Case Law Primer*, en 18 *Sedona Conf. J.*, 2017, 15.

³³ Murphy, *Mandating Use of Predictive Coring in Electronic Discovery: An Ill-Advised Judicial Intrusion*, en 50 *Am. Bus. L.J.*, 2013, 609.

³⁴ *Pyrrho Investments Ltd v MWB Property Ltd*, [2016] EWHC 256 (Ch).

³⁵ *McConnell Dowell Constructors (Aust) Pty Ltd v Santam Ltd & Ors* 2 diciembre 2016, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=49d076f0-e695-4078-a600-cfe1ffb2a9ed>.

³⁶ D.A. Slansky, *La prueba pericial en los Estados Unidos*, en J. Picó Junoy (dir.), J. A. Andino López, E- Cerrato Guri (coord.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, cit., 182 y M. Richard González, *La ciencia y la tecnología aplicadas a la prueba de los echos en proceso. Análisis del fundamento y fiabilidad de la prueba neurocientífica*, en J. Picó Junoy (dir.), J. A. Andino López, E- Cerrato Guri (coord.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, cit., 615, M. Taruffo, *Le prove genetiche nel processo civile e penale*, en *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, 297.

³⁷ M. Taruffo, *Le scienze nel processo: problemi e prospettive*, en *Verso la decisione giusta*, cit., 283.

cias de hecho que requieren conocimientos especializados³⁸, mientras en este caso debería realizar una actividad propiamente procesal, es decir, la selección de pruebas.

Además, todo ello puede presentar también un importante inconveniente práctico. Normalmente, el perito no tiene la posibilidad de buscar pruebas o documentos distintos de los ya presentados por las partes y, por lo tanto, podría ser prácticamente inútil permitir la utilización de herramientas de inteligencia artificial en un momento en el que las partes ya han buscado y seleccionado por sí mismas las pruebas³⁹.

En esencia, en un ordenamiento en el que no existen límites a la obtención de pruebas por parte del experto (como, por ejemplo, en Francia⁴⁰), sería posible aventurar la posibilidad de admitir una “prueba pericial procesal” en la búsqueda y selección de pruebas, confiando a un experto (jurídico-informático) la recogida y selección de pruebas documentales.

Una segunda opción podría ser la de suponer que el juez, a instancia de parte o de oficio, pueda ordenar que la presentación de pruebas documentales se realice mediante la utilización de herramientas de inteligencia artificial. Esta manera de hacer es teóricamente posible, ya que, por lo general, el juez tiene una gran discrecionalidad a la hora de definir el momento y la forma de la exhibición. Sin embargo, una vez más, además de las dificultades en la comprobación de la fiabilidad de la herramienta, el problema es esencialmente práctico: si, como sucede en muchos ordenamientos de *civil law*, la exhibición sólo puede solicitarse en relación con documentos previamente identificados por la parte que la solicita, la utilización de una herramienta de inteligencia artificial es totalmente inútil dado que el objeto de la exhibición ya estaría identificado. Esta opción sólo sería posible y útil en los casos en que la exhibición no se refiera tanto a documentos individuales como a categorías de documentos. En este caso, parece razonable pensar que, incluso con la legislación vigente en la mano, el juez haga uso de su facultad discrecional para determinar el modo en que se realiza la exhibición y ordene la utilización de una herramienta de inteligencia artificial para buscar los documentos pertenecientes a la categoría objeto de la exhibición.

Pero supongamos también que el juez no puede, ni de oficio ni a instancia de parte, ordenar la utilización de herramientas de inteligencia artificial. Por lo demás, esta es la hipótesis más realista, teniendo en cuenta también la actual desconfianza de jueces y abogados ante la inteligencia artificial. Cabe preguntarse, por tanto, si las partes pueden acordar, antes o durante el proceso, el uso de herramientas de inteligencia artificial en la búsqueda y selec-

³⁸ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 2020, 11ed., 82.

³⁹ Sobre el tema de los límites de la prueba pericial, vid. J. A. Andino López, *Inadmisión de hechos o documentos inéditos introducidos a través de la prueba pericial (una conducta poco ética)*, en J. Picó Junoy (dir.), J. A. Andino López, E. Cerrato Guri (coord.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, cit., 453

⁴⁰ Art. 243 *code de procédure civile* francés; L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, cit., 582.

ción de pruebas. Naturalmente, la respuesta a esta pregunta se inscribe en el problema más general de la validez de los acuerdos procesales con los que las partes pretenden regular el desarrollo del proceso entre ellas. No parece, sin embargo, que desde este punto de vista la elección de las partes de recurrir a herramientas de inteligencia artificial presente problemas diferentes. Por lo tanto, es razonable considerar que, en los sistemas en los que se admiten los acuerdos procesales (como el brasileño), las partes pueden obligarse a utilizar herramientas de inteligencia artificial en el proceso.

En efecto, una solución de este tipo es posible también en los ordenamientos que, aunque no admiten de forma generalizada los acuerdos procesales, reconocen la validez de pactos con los que las partes invierten convencionalmente la carga de la prueba, como por ejemplo en Italia⁴¹ y en Francia⁴². Por lo general, también se consideran pactos en materia de carga de la prueba aquellos que, por ejemplo, imponen a una de las partes obligaciones específicas de exhibición o comunicación de pruebas. Por lo tanto, es razonable suponer que, en el marco de estos pactos, las partes puedan acordar que tales obligaciones puedan o deban cumplirse mediante herramientas de inteligencia artificial. Sin embargo, a diferencia de los ordenamientos en los que se admiten expresamente los acuerdos procesales, que también son vinculantes para el juez en la regulación del desarrollo del proceso, como ha destacado Antonio Cabral⁴³, en este último caso, el acuerdo sobre la regulación de la prueba nunca podrá vincular al juez, que, en caso de violación del acuerdo, no podrá ordenar que la exhibición se realice con una herramienta de inteligencia artificial, sino que sólo podrá considerar dicho incumplimiento en la aplicación de la regla de la carga de la prueba.

4. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SELECCIÓN DE PRUEBAS: ¿HACIA NUEVOS ESTÁNDARES DE PERTINENCIA Y PROPORCIONALIDAD?

Como ya se ha dicho, la posibilidad de utilizar herramientas de inteligencia artificial en la búsqueda y selección de pruebas es muy dudosa en estos momentos, a falta de normas específicas. Sin embargo, independientemente de esto, cabe preguntarse si la existencia de estas herramientas puede, en cualquier caso, influir, aunque sea indirectamente o en perspectiva de una reforma, en la interpretación y aplicación de los principios probatorios tradicionales.

⁴¹ V. Denti, *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1992, 709, L.P. Comoglio, *Le prove civili*, cit., 405

⁴² G. Lardeux, *Preuve civile et vérité*, cit., 905, E. Vergés, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, cit., 24, L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, cit., 508 sig.

⁴³ A. Cabral do Passo, *Convenções Processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais*, Salvador, 2020, 3ed., 278.

A este respecto, un primer aspecto en el que la presencia de estas herramientas podría incidir es la pertinencia de la prueba. Ciertamente, se puede afirmar que el principio de pertinencia es uno de los pocos principios procesales en los que las diferencias entre los distintos ordenamientos son mínimas o prácticamente insignificantes. Quizás también por esto, a diferencia de otros temas probatorios clásicos (como, por ejemplo, el de la carga de la prueba y el de la valoración de la prueba), ha sido objeto de menos atención por parte de los estudiosos del proceso⁴⁴, aunque con algunas excepciones importantes. Me refiero, claramente, a los diversos estudios sobre el tema de Michele Taruffo⁴⁵.

En la práctica, en todos los ordenamientos jurídicos se aplica la norma general según la cual todas las pruebas pertinentes son admisibles, a menos que exista una regla restrictiva, como por ejemplo las denominadas “reglas de exclusión”. También la interpretación del concepto de pertinencia coincide sustancialmente en los distintos ordenamientos⁴⁶. En particular, es ampliamente difundida y compartida la idea de que es pertinente cualquier medio de prueba que, con una prognosis incluso superficial (es decir, prescindiendo de que el medio de prueba efectivamente demuestre el hecho), puede ser útil para los fines de la decisión⁴⁷. En esencia, se recurre ampliamente a la aplicación de lo que la Rule 401 de las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses denomina “Test for Relevant Evidence”, según el cual, precisamente, es pertinente cualquier prueba que pueda demostrar uno de los hechos que deben decidirse. Además, como consecuencia de la falta de dudas interpretativas en torno al concepto de pertinencia, también existe la idea de que el proceso debe continuar hasta que el juez disponga de todos los elementos útiles para la decisión⁴⁸.

Sin embargo, me parece que estos temas deben profundizarse, también en vista de las posibles influencias que la utilización de la inteligencia artificial podría tener precisamente sobre el concepto de pertinencia o, mejor dicho,

⁴⁴ “La fase de admisión de pruebas es una de las grandes olvidadas por los tratadistas” como subraya J. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit., 36.

⁴⁵ M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, Id., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 338.

⁴⁶ M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., 87.

⁴⁷ M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 3 Sobre la estrecha relación entre pertinencia y economía procesal, vid. L.P. Comoglio, *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980, I, 198 sig.

⁴⁸ M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., 12, el cual afirma que “Quando il giudice non ha a disposizione tutto il materiale probatorio, e deve valutare la prova esclusivamente in base al momento in cui la parte la formula nel richiederne l’ammissione, si può escludere che ogni apprezzamento relativo alla efficacia della prova possa avere un razionale fondamento”. Esta es la creencia detrás de las instrucciones que normalmente se dan a los jurados estadounidenses; vid. D.A. Nance, *The Burdens of Proof. Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*, New York, 2016, 350, el cual recuerda las instrucciones dadas en la decisión *Stocker v. Boston & Me*, R.R., 151, A. 457-8 (N.H. 1930), luego constantemente utilizadas: “You may take it for granted that all of the available evidence material and favorable to either side has been placed before you by one side or the other so that you are as well informed and in as good a position to decide the case correctly as any jury could be”.

sobre su aplicación práctica concreta. En efecto, siendo cierto que, como afirmó justamente Taruffo, «la pertinencia de una prueba no es cuestión de grado: una prueba o es relevante o no lo es»⁴⁹, es igualmente cierto que, muy a menudo, el juez decide el juicio sin tener a su disposición todas las pruebas pertinentes. Si, efectivamente, el concepto de pertinencia no es graduable en sí mismo, lo es la extensión de su aplicación. A este respecto hay que hacer algunas precisiones y distinciones.

En primer lugar, en los ordenamientos que se caracterizan por una fase previa de *discovery-disclosure*, el principio de pertinencia sirve como regla de inclusión haciendo recaer sobre todas las partes, en la fase de *pre-trial*, el deber de presentar todas las pruebas pertinentes que estén a su disposición⁵⁰. También en dicha fase el principio mencionado sirve de regla de exclusión, prohibiendo, en particular, que se introduzcan en el proceso pruebas no pertinentes. En cambio, en los ordenamientos que no disponen de esta fase, el principio de pertinencia sirve exclusivamente de regla de exclusión, aunque no para todos los tipos de pruebas dado que, en general, la prueba documental se sustrae a esta regla⁵¹.

En segundo lugar, sobre todo en los ordenamientos *civil law*, la intensidad de aplicación del principio de pertinencia sufre una especie de degradación durante el desarrollo del proceso; en efecto, normalmente el juez puede bloquear la obtención de nuevas pruebas, aunque abstractamente pertinentes, cuando ya no sean útiles, es decir, pruebas que, aunque dieran un resultado positivo, no alterarían el conjunto de las pruebas⁵².

De hecho, al igual que en el caso de los estándares de prueba, también en este caso parece posible hablar de diferentes estándares de pertinencia. A este respecto, hay que recordar que, como han aclarado ya los estudios en materia de *Behavioural Economics*, un razonamiento racional puede fundarse en diferentes grados de racionalidad⁵³. No es necesario recordar en este momento el concepto de racionalidad limitada de Herbert Simon⁵⁴.

En resumen, es posible graduar diferentes enfoques de racionalidad. Según un primer enfoque (llamado *maximizing approach*), es racional la decisión que llega a la mejor solución posible en función del valor de referencia de la decisión, es decir, la decisión que garantice la mayor calidad posible en la averiguación de los hechos. Según otro enfoque (llamado *optimizing approach*) es racional la decisión que optimice el valor tomado como referencia (la calidad en la averiguación de los hechos) con otros valores de

⁴⁹ M. Taruffo, *La semplice verità*, Bari, Laterza, 2009, 142.

⁵⁰ Sobre la noción de pertinencia como regla de inclusión vid. M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 140 e Id., *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., 6.

⁵¹ J. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit., 36 (según el cual “lo que suele suceder es que se admite toda la documental aportada”).

⁵² Vid. M. Taruffo, *Studi sulla rilevanza della prova*, cit., 74 sgg.

⁵³ Vid. A. Vermeule, *Three Strategies of Interpretation*, en 42 *San Diego L. Rev.*, 2005, 610

⁵⁴ H.A. Simon, *A Behavioral Model of Rational Choice*, en 69 *Q. J. of Eco.*, 1955, 99, al que se deben también los neologismos *satisficing* y *satisficer*.

referencia, como por ejemplo el coste (también en términos de tiempo) necesario para obtener todos los elementos necesarios para la decisión. Por último, según un tercer enfoque (correspondiente al denominado *satisficing approach*), es racional una decisión que sea suficientemente buena (*good enough*) en relación con el valor tomado como referencia (es decir, aunque no resulte ni la mejor ni la óptima)⁵⁵.

Estos diferentes enfoques también pueden aplicarse al concepto de pertinencia.

En efecto, la idea básica de pertinencia, ampliamente aceptada, se basa en el supuesto (a menudo dado por sentado) de que el juez debe basar su decisión (independientemente del estándar de prueba utilizado) en todas las pruebas pertinentes disponibles⁵⁶. En esencia, el concepto tradicional de pertinencia se basa en el enfoque “maximizador”, es decir, el modelo más tradicional de racionalidad “olímpica”. En efecto, la obtención de todas las pruebas pertinentes significa esencialmente maximizar el valor de referencia, es decir, la calidad de la averiguación de los hechos.

En realidad, no siempre es así. De hecho, tal vez nunca es así. Y, quizás, este planteamiento no siempre está justificado racionalmente⁵⁷.

En primer lugar, a menudo es el legislador el que se refiere expresamente a enfoques de pertinencia, por así decirlo, “limitados”. Por ejemplo, los llamados procedimientos sumarios o especiales (es decir, los procedimientos alternativos al modelo ordinario de procedimiento) se caracterizan casi siempre por una graduación del principio de pertinencia: por ejemplo, en los procedimientos para solicitar medidas cautelares el juez debe establecer claramente un equilibrio entre el principio de pertinencia y la exigencia concurrente de celeridad en la tutela. En el procedimiento monitorio, ampliamente difundido en los ordenamientos de *civil law*, el principio de pertinencia está claramente limitado según un enfoque típicamente *satisficing*. En estos casos, en efecto, la prueba escrita se considera suficientemente buena para fundamentar la resolución judicial, pero no es necesariamente la que maximiza la calidad de la averiguación de los hechos ni la que la optimiza. A veces, además, la limitación del principio de pertinencia se vincula también a la aplicación de un estándar de prueba particularmente riguroso, como, por ejemplo, en el *Summary Judgement* inglés.

⁵⁵ A. Vermeule, *Three Strategies of Interpretation*, cit., 607.

⁵⁶ M. Taruffo, *La semplice verità*, cit., 140. que considera que la integridad de los elementos es un requisito esencial e indispensable de la racionalidad de la Decisión. Sobre el *total evidence principle*, vid. A. Goldman, *Knowledge in a Social World*, Oxford, 1999, 204, I.J. Good, *On the principle of total evidence*, en *British J. for the Philosophy of Science*, 1967; sobre el principio de *comprehensiveness* (o *di completeness*), S. Haack, *Epistemology Legalized: Or Truth, Justice, and the American Way*, en 49 *Am. J. Jur.*, 2004, 56.

⁵⁷ Vid. R. Heesen, *How Much Evidence Should One Collect?*, en www.philsci-archive.pitt.edu, 2013, 2, el cual afirma que “there is of course no suggestion that an infinite sequence of evidence will ever be observed; various practical constraints put upper bounds on the amount of evidence a scientist could obtain. [...] The problem is that scientists do not collect evidence indefinitely”.

En realidad, también en el proceso ordinario de cognición, se está asistiendo a una tendencia progresiva a aplicar reglas de pertinencia más flexibles, inspiradas claramente en una óptica de optimización y, por tanto, de equilibrio con otros valores, diferentes de la calidad de la averiguación de los hechos⁵⁸.

En primer lugar, desde un punto de vista estrictamente práctico, sobre todo los sistemas de *civil law* nunca han previsto mecanismos procesales que incentiven a las partes a presentar todas las pruebas pertinentes (sobre este punto se volverá más adelante). Por otra parte, incluso desde un punto de vista formal, el enfoque tradicional maximizador se contradice claramente con la posibilidad de que el juez suspenda la práctica de la prueba si considera que una actividad probatoria adicional sería redundante, es decir, cuando el grado de utilidad de las nuevas pruebas pertinentes (la utilidad marginal, si se quiere utilizar un lenguaje económico) no hace más ventajosa la práctica de estas. La posibilidad de que el juez interrumpa la fase de admisión probatoria está claramente inspirada en un enfoque optimizador.

Pero no sólo eso. En términos más generales, hay que subrayar la aplicación cada vez más extendida del principio de proporcionalidad, introducido expresamente en las disciplinas procesales inglesa y estadounidense⁵⁹, pero que ahora se ha transpuesto también en otras culturas jurídicas⁶⁰. Este principio representa un claro cambio de paradigma de la justicia civil. Teniendo en cuenta que los recursos son limitados en relación con el número total de litigios, la calidad de la resolución judicial ya no representa el único valor que debe maximizarse, sino que constituye simplemente uno de los valores que deben optimizarse⁶¹.

En otras palabras, el principio de proporcionalidad implica que, en algunos casos, la calidad de la averiguación puede sacrificarse parcialmente en favor de otros valores. Esto implica, por ejemplo, que la práctica de la prueba, aunque sea relevante, puede limitarse cuando sea demasiado cara

⁵⁸ D.A. Nance, *The Burdens of Proof. Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*, cit., 195 ("very often, rules of admissibility are rules about the practical optimization of Keynesian weight", es decir "practical optimization of Keynesian weight in adversarial trials must and uncontroversially does sometimes involve restricting the fact-finder's use of relevant evidence. This is clear enough in rules that exclude undeniably relevant evidence when its probative value is so weak, in context, that its considerations is not worth the tribunal's time and energy and thus not worth the time and energy of a jury to duplicate the judge's determination that it is unhelpful").

⁵⁹ Grimm, *Are We Insane: The Quest for Proportionality in the Discovery Rules of the Federal Rules of Civil Procedure*, en 36 *Rev. Litig.*, 2017, 117, Crump, *Goodbye, Reasonably Calculated; You're Replaced by Proportionality: Deciphering the New Federal Scope of Discovery*, en 23 *Geo. Mason L. Rev.*, 2016, 1093, Gelbach, Kobayashi, *The Law and Economics of Proportionality in Discovery*, en 50 *Ga. L. Rev.*, 2016, 1093. En la doctrina italiana, V. Ansanelli, *Problemi di preparazione e trattazione delle controversie civili*, en A. Dondi, V. Ansanelli, P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione*, Milano, 2018, 170.

⁶⁰ L. Cadet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, cit., 565, L. Cadet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, cit., 271.

⁶¹ D.A. Nance, *The Burdens of Proof. Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*, cit., 183 ("optimizing evidence and maximizing the expected utility of the decision itself are not the only goals of a system of adjudication").

en proporción al valor o a la importancia del proceso, como lo demuestran, por ejemplo, las diferencias de la extensión de la fase de *disclosure* en los tres diversos *tracks* procesales ingleses.

En mi opinión, la utilización de la inteligencia artificial en la selección de pruebas puede tener un impacto significativo en la configuración concreta del principio de proporcionalidad. Obviamente, no creo que la inteligencia artificial pueda servir para volver al enfoque de maximización tradicional; en cambio, creo que la utilización de la inteligencia artificial puede modificar los equilibrios en el balance de diferentes valores, a favor de una mayor calidad de la averiguación de los hechos.

Ciertamente, puede aceptarse que la calidad de la averiguación de los hechos sea proporcional al número de pruebas pertinentes de que dispone el juez. Ahora bien, la utilización de la inteligencia artificial puede hacer menos costosa la obtención de pruebas que, con los instrumentos procesales actuales, sería considerada desproporcionada. Por supuesto, también en este caso habría un equilibrio de valores: la utilización de la inteligencia artificial favorecería la admisión de pruebas, pero penalizaría otro valor, es decir, el principio del contradictorio. Sobre este punto se volverá en breve.

5. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y FACILIDAD PROBATORIA: ¿HACIA UN DEBER DE COLABORACIÓN ARTIFICIAL?

Como ya se ha dicho, se puede afirmar que existe un acuerdo sustancial en que, al menos de manera general, cuanto más cuantiosas sean las pruebas relevantes de que dispone el juez, mayor será la calidad de la averiguación de los hechos. Sin embargo, también se puede afirmar que, muy a menudo (si no siempre), muchas pruebas pertinentes no se adquieren en el proceso, ya sea porque están en posesión de una parte que no tiene interés en presentarlas (porque le son desfavorables) o porque las partes no son realmente conscientes de su existencia.

El problema es, pues, doble: cómo conseguir que las pruebas pertinentes se introduzcan efectivamente en el proceso y cómo lograr que el juez, a falta de pruebas suficientes, decida igualmente. Se trata del problema tradicional de la carga de la prueba, mucho más discutido y controvertido que el de la pertinencia. Como es sabido, este problema ha sido objeto recientemente de un vivo debate doctrinal, tanto en la cultura jurídica del civil law⁶² como en la de *common law*⁶³. Como ha subrayado eficazmente Daniel Miti-

⁶² J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán, L. Giannini, *Contra la carga de la prueba*, Madrid, 2019, V. de Paula Ramos, *Onus da prova no processo civil*, 2ed., São Paulo, 2018, D. Mitidiero, *O ônus da prova e seus inimigos*, en *Revista de Processo*, São Paulo, 2020, 306.

⁶³ R.J. Allen, A. Stein, *Evidence, Probability, and the Burden of Proof*, en 55 *Arizona L. Rev.*, 2013, 1, E.K. Cheng, *Reconceptualizing the Burden of Proof*, en 122 *Yale L.J.*, 2013, 1254, L. Kaplow, *Burden of Proof*, en 121 *Yale L.J.*, 2012, 749, D.A. Nance, *The Burdens of Proof. Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*, New York, 2016.

diero, la doctrina se ha dividido entre amigos y enemigos de la carga de la prueba⁶⁴.

Por supuesto, no puedo entrar en este debate. Sin embargo, me interesa analizar si, y de qué manera, la utilización de la inteligencia artificial puede influir en este tema. Omitamos por un momento el debate doctrinal. Ciertamente, se puede convenir en que la noción objetiva de carga de la prueba es ampliamente aceptada, ya que ningún sistema procesal permite que el juez no decida; por tanto, todos los ordenamientos prevén que, cuando las pruebas sean insuficientes, el juez decidirá en contra de la parte a la que correspondía la carga (precisamente objetiva)⁶⁵. En realidad, como ha subrayado acertadamente Jordi Nieva Fenoll, la rigidez de este mecanismo está estrechamente vinculada a los límites de impugnación de la decisión; si fuera posible replantear libremente una demanda ya decidida, una decisión basada en la aplicación de la carga de la prueba no se distinguiría mucho de una decisión basada en el llamado *non liquet*⁶⁶.

Incluso en la identificación concreta de la parte a la que corresponde probar los hechos de que se trata, se observa una tendencia cada vez más extendida a abandonar criterios objetivos de reparto de la carga (como el tradicional de la posición procesal, demandante-demandado⁶⁷) a favor de criterios más flexibles. En particular, el criterio de la carga dinámica de la prueba, que se desarrolló originalmente en el ordenamiento argentino, encuentra ahora amplia aplicación no sólo en los ordenamientos latinoamericanos. Aunque con nombres diferentes (“facilidad probatoria” en España, “vicinanza della prova” en Italia y “aptitude à la preuve” en Francia), también en muchos ordenamientos europeos se observa una flexibilización cada vez mayor de los criterios de reparto de la carga de la prueba que incluso precedió en muchos años al debate sobre la “carga dinámica” en América Latina⁶⁸. También la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha hecho recientemente referencia expresa al concepto de “aptitude à la preuve” en un litigio en materia de protección de los consumidores⁶⁹.

⁶⁴ D. Mitidiero, *O ônus da prova e seus inimigos*, cit., 306.

⁶⁵ V. de Paula Ramos, *Onus da prova no processo civil*, cit., 51, D. Mitidiero, *O ônus da prova e seus inimigos*, cit., 203.

⁶⁶ J. Nieva Fenoll, *La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida*, en J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán, L. J. Giannini, *Contra la carga de la prueba*, Madrid, Buenos Aires, 2019, 44.

⁶⁷ J. Ferrer Beltrán, *La carga de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario*, 58.

⁶⁸ E. Oteiza, *La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar*, en E. Oteiza (ed.), *La prueba en proceso judicial*, Buenos Aires, 2009, 197, J. Ferrer Beltrán, *La carga de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario*, en J. Nieva Fenoll, J. Ferrer Beltrán, L. J. Giannini, *Contra la carga de la prueba*, Madrid, Buenos Aires, 2019, 54 ss. y esp. 64 (“el objetivo central [de la carga dinámica] es el de maximizar la información relevante que las partes aportan al proceso, como una forma de facilitar la búsqueda de la verdad y, con ello, la atribución de una decisión justa al procedimiento”).

⁶⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava), 24 octubre 2019, asunto C-756/18, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62018CO0756&from=IT>

Pues bien, en mi opinión, la progresiva difusión de las herramientas de inteligencia artificial podría tener un impacto significativo en estos problemas, tanto desde una perspectiva de legislación vigente como, por supuesto, desde una perspectiva de reforma.

En primer lugar, se puede pensar que, incluso al amparo de la legislación vigente, el juez, al repartir dinámicamente la carga de la prueba, puede considerar si una de las partes puede utilizar herramientas de inteligencia artificial en la búsqueda y selección de las pruebas. En efecto, la disponibilidad de estas herramientas podría hacer más “fácil” a una parte acceder a pruebas, pruebas que, en cambio, la misma parte tendría dificultades para encontrar en ausencia de tales herramientas. Por lo tanto, una parte ya no podría, por ejemplo, tratar de excluir por sí misma la carga de la prueba sobre la base de la numerosa documentación que debe buscarse y del coste de dicha investigación.

Incluso *de lege ferenda*, la utilización de la inteligencia artificial podría influir significativamente en el problema de la carga de la prueba. Como ha subrayado Leandro Giannini, la noción subjetiva de carga de la prueba y, en particular, la noción de carga dinámica de la prueba debería servir de incentivo para las partes. En efecto, imponer la carga de la prueba a la parte que tiene mayor facilidad para probar un hecho debería incitarla a presentar en el proceso todas las pruebas pertinentes. En realidad, este tipo de mecanismo no funciona bien, ya que no está claro que la parte demandada esté en posesión de todas las pruebas pertinentes y que, en cualquier caso, las mismas partes no tengan conocimiento de todas las pruebas pertinentes⁷⁰.

En mi opinión, el problema no se refiere sólo al tema de la carga de la prueba, sino que afecta, más en general, al del derecho a la prueba. En efecto, el derecho a la prueba se entiende tradicionalmente, sobre todo en los ordenamientos de *civil law*, como el derecho de la parte a presentar ante el juez todas las pruebas pertinentes de que disponga y a obtener, por orden judicial, la exhibición de las pruebas pertinentes que posea la otra parte⁷¹. Sin embargo, el derecho a la prueba nunca se interpreta, de manera más amplia, como el derecho de la parte a buscar y a obtener la exhibición de pruebas cuya existencia desconoce. A este respecto, la diferencia entre los ordenamientos de *civil law* y los de *common law* es muy significativa. En estos últimos los mecanismos de *disclosure-discovery* tienen ciertamente también (aunque obviamente no sólo) la función de permitir a las partes encontrar pruebas de

⁷⁰ J. Nieva Fenoll, *La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida*, cit., 43, el cual afirma con razón que “en un proceso se valora la prueba, y deben optimizarse al máximo las oportunidades de hacerlo” y que, sin embargo, la carga de la prueba no sirve para esto hasta, ya que “no es más que una presunción mal construida que permite inferir que quien no tiene prueba de un hecho está alegando un hecho falso”.

⁷¹ A. Bergeaud, *Le droit à la preuve*, Paris, 2010, L. Cadet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, cit., 510.

las que no son conscientes⁷². Tanto es así que el principal riesgo de abuso de este mecanismo es precisamente lo da las llamadas “fishing expedition”⁷³.

En cambio, en los ordenamientos del *civil law*, el problema es exactamente lo contrario, precisamente porque las partes no tienen ningún instrumento de búsqueda de pruebas, como lo demuestra el hecho de que, normalmente, la parte sólo puede pedir la exhibición de documentos que sabe que existen y de los que simplemente no dispone.

En mi opinión, en una perspectiva de reforma, las herramientas de inteligencia artificial podrían modificar este estado de cosas, lo que también conduciría a un acercamiento entre los ordenamientos de *civil law* y de *common law*⁷⁴. Ya se ha hablado de la progresiva difusión de la utilización de herramientas de inteligencia artificial en la fase de *discovery* en diferentes ordenamientos de *common law*, precisamente con el fin de optimizar la exhibición documental (reduciendo los costes y limitando los abusos). Pues bien, se podría pensar que también en los ordenamientos de *civil law*, parafraseando un interesante pensamiento de Leandro Giannini⁷⁵, se puede imponer a las partes un deber de colaboración “artificial”, es decir, una especie de deber de *disclosure*, pero que debe cumplirse exclusivamente a través de herramientas de inteligencia artificial⁷⁶.

Por supuesto, también necesitamos un cambio cultural. Desde hace dos siglos se considera pacíficamente en los ordenamientos de *civil law* que el reconocimiento judicial está disponible también de oficio, teniendo en cuenta el hecho de que nadie aceptaría un juicio que terminara con una decisión que determina exactamente lo contrario de lo que cualquiera podría descubrir con sus propios ojos simplemente caminando por la calle. En cambio, hay mucha más desconfianza en hacer lo mismo con la exhibición de documentos, como si se tratara de una aplicación del principio según el cual *nemo tenetur se detegere*. En realidad, es evidente que este principio no se aplica en

⁷² G. Hazard, *From Whom No Secrets are Hid*, en 76 *Tex. L. Rev.*, 1998, 1694 («broad discovery is thus not a mere procedural rule. Rather it has become, at least for our era, a procedural institution perhaps of virtually constitutional foundation»).

⁷³ W. Brazil, *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, en 31 *Vand. L. Rev.*, 1978, 1323; Subrin, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, en 39 *B.C. L. Rev.*, 1998, 710; Subrin, Woo, *Litigating in America. Civil Procedure in Context*, New York, 2006, 130. En la doctrina italiana, A. Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985,

⁷⁴ Sobre esto tema, vid. Walker, Chase (ed.), *Common Law Civil Law and the Future of Categories*, Toronto 2010, AA.VV, *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, Milano 2009, S. Amrani Mekki, *Les catégories de Common Law et Civil Law à l'épreuve de l'office du juge et des parties*, en *Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, 2010, 157, N. Andrews, *The Modern Civil Process*, Tübingen 2008, X. Kramer, C.H. Van Rhee (ed.), *Civil Litigation in a Globalising World*, The Hague 2012.

⁷⁵ L. J. Giannini, *Revisitando la doctrina de la “carga dinámica de la prueba”*. Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales, en J. Nieva Fenoll, J Ferrer Beltrán, L.J. Giannini, *Contra la carga de la prueba*, Madrid, Buenos Aires, 2019, 90 sigg.

⁷⁶ A favor de una posible introducción también en los ordenamientos de *civil law* de mecanismos de *discovery*, vid. J. Ferrer Beltrán, *La carga de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario*, cit., 75.

el proceso civil o, en cualquier caso, es mucho más limitado que en el proceso penal⁷⁷. Precisamente la utilización de la inteligencia artificial podría brindar la ocasión de dar un paso más hacia una afirmación más decidida del deber de colaboración entre las partes⁷⁸.

Por supuesto, también en este caso se plantea el problema de las sanciones en el caso que una parte se niegue a cooperar⁷⁹. Por lo demás, como mi maestro Angelo Dondi ha subrayado agudamente, toda cuestión relativa al reparto de la carga de prueba entre las partes y el juez termina siendo meramente teórica y carece sustancialmente de pertinencia práctica cuando no se garantiza previamente la efectividad de los deberes de colaboración entre las partes⁸⁰.

6. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y AUTENTICIDAD DE LAS PRUEBAS: ¿BEST EVIDENCE PRINCIPLE RELOADED?

Hasta ahora se ha hablado de cómo se pueden utilizar las herramientas de inteligencia artificial en el proceso para buscar y seleccionar las pruebas. También se ha dicho que las partes son sin duda libres de utilizar estas herramientas para buscar y seleccionar las pruebas que pretenden presentar en el proceso. Sin embargo, las partes también podrían utilizar estas herramientas para alterar las pruebas de que dispongan o incluso para crear nuevas pruebas. De hecho, se puede decir que este riesgo es cada vez más actual, teniendo en cuenta, por ejemplo, la creciente eficiencia de las herramientas de inteligencia artificial para crear imágenes o vídeos similares a los reales⁸¹.

Por consiguiente, se plantea casi inevitablemente un problema de autenticidad de las pruebas. En realidad, este problema siempre se ha planteado. Sin embargo, se puede decir que ahora se plantea de manera sustancialmente diferente. Como se ha dicho al principio de esta investigación, en las últimas décadas se ha producido un fenómeno progresivo de debilitamiento de las pruebas documentales: han aumentado exponencialmente en número y han disminuido fuertemente su fiabilidad. Precisamente este cambio hace que los mecanismos tradicionales previstos por los sistemas procesales para verificar la autenticidad de las pruebas documentales ya no sean adecuados.

⁷⁷ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, cit., 546.

⁷⁸ En general, sobre el principio de colaboración, vid. E. Oteiza, *El principio de colaboración y los hechos como objeto de prueba, O probare o succumbir. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?*, en A.M. Morello, *Los hechos en el proceso civil*, Buenos Aires, 2003, 87.

⁷⁹ De hecho, como subraya Leandro Giannini, “no se trata de cargar a la parte con el “peso de la incertidumbre”, sino de exigirle que coopere en el esclarecimiento de ciertos hechos, por su mejor posición relativa para hacerlo (mayor acceso a la información, a las fuentes de prueba, menores dificultades económicas o materiales para obtener un dato relevante para acreditar ciertas circunstancias fácticas)” (L. J. Giannini, *Revisitando la doctrina de la “carga dinámica de la prueba”*. *Aportes para esclarecer sus principales problemas conceptuales*, cit., 105).

⁸⁰ A. Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, 288.

⁸¹ J. P. LaMonaca, *A Break from Reality: Modernizing Authentication Standards for Digital Video Evidence in the Era of Deepfakes*, en 69 *Am U L Rev.*, 2020, 1945.

En efecto, sobre todo en los ordenamientos del *civil law*, se puede decir que la autenticidad de las pruebas documentales está garantizada por un doble mecanismo: el primero es la intervención de un tercero (generalmente un funcionario público) que redacta el documento y que garantice su autenticidad. El segundo mecanismo se basa en el comportamiento de los litigantes, ya que deja a la parte contra la que se presenta el documento la posibilidad (y por tanto también la carga) de impugnar su autenticidad (y esto, por supuesto, sobre la base de una máxima de experiencia según la cual la parte sabe, o debe ser capaz de saber, si el documento es auténtico)⁸².

Este segundo mecanismo corre el riesgo de no ser ya adecuado. Por otra parte, se concibió en un momento en el que los documentos eran generalmente pocos y, por tanto, la parte podía fácilmente reconocer su falta de autenticidad. Sin embargo, la multiplicación de las técnicas de documentación hace cada vez más difícil que un sujeto tenga pleno conocimiento de todos los documentos que le conciernen. Esto es especialmente cierto en el caso de las herramientas de inteligencia artificial, que son capaces de alterar los documentos tan limpiamente que nadie podría dudar de su autenticidad.

En este contexto, se podría considerar la revisión, actualizada, de un principio típico de los ordenamientos de *common law*, el llamado *Best Evidence Principle*. Más concretamente, en su versión original, este principio sirve al mismo tiempo de regla de inclusión, es decir, exigiendo la producción ante los tribunales de la mejor prueba, esto es, con referencia específica a la prueba documental, del original, así como de regla de exclusión, descartando, por tanto, en general, la admisibilidad de pruebas distintas de la original, es decir, copias y duplicados⁸³.

Por supuesto, como ya se ha dicho, este principio debería adaptarse a las necesidades actuales. Por ejemplo, no parece posible retomar la noción de original, central en la concepción tradicional de *Best Evidence*. En efecto, las tecnologías informáticas han vaciado sustancialmente de significado la distinción entre original (tendencialmente único) y copias (potencialmente numerosas); en el caso de los documentos digitales, el original podrá replicarse exponencialmente y la copia no se diferenciará en modo alguno del original. Sin embargo, el principio todavía puede utilizarse, actualizado. En efecto, la única manera de intentar verificar si un determinado documento informático ha sido alterado es disponer del “formato original” del documento; sólo mediante el análisis de los metadatos correspondientes se puede intentar verificar si el documento ha sido modificado.

En esencia, se podría pensar en una reproducción de la regla de la “best evidence”, configurada, es decir, no tanto como regla de exclusión de las copias, sino más bien como regla de inclusión del formato original del docu-

⁸² L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, cit., 548

⁸³ D.A. Nance, *The Burdens of Proof. Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*, cit., 198. En la doctrina italiana, F. Ferrari, *La “prova migliore”*, Milano, 2004, 158.

mento informático, que impone también al juez el deber de solicitar, incluso de oficio, la presentación del formato original de dicho documento⁸⁴. Por supuesto, esta regla debería poder aplicarse también para derogar el posible enfoque maximizador ya mencionado en relación con la identificación del concepto de pertinencia⁸⁵.

7. PRINCIPIO ADVERSARIAL Y PRINCIPIO INQUISITIVO: ¿FIN DE UN DUALISMO?

Siempre *de lege ferenda*, parece también necesario analizar el posible impacto de la utilización de herramientas de inteligencia artificial en la búsqueda y selección de las pruebas sobre la configuración global del papel de las partes y del juez en el proceso⁸⁶.

No parece aventurado suponer que, en un futuro próximo, se prevea la utilización de una herramienta informática que, sobre la base de los datos identificativos de las partes y del objeto de un litigio, busque automáticamente, mediante un algoritmo de inteligencia artificial específico, toda la información públicamente accesible en línea pertinente para la controversia. Pero también se podría pensar que esta investigación se extiende asimismo a todas las bases de datos públicas.

Parece difícil negar que, en este caso, el resultado de la actividad llevada a cabo por la herramienta informática sea esencialmente idéntico al obtenido mediante una investigación de este tipo realizada por las partes o por el juez. Por el contrario, se puede pensar razonablemente que la investigación realizada por la herramienta informática es más eficaz que la investigación humana. Radicalmente diferente, sin embargo, es el procedimiento utilizado para llegar al resultado.

Esto plantea, evidentemente, un serio problema de encuadramiento sistemático: en particular, la utilización de tales algoritmos podría poner en crisis la tradicional distinción entre modelo adversarial y modelo inquisitivo. Aunque esta distinción no siempre se interpreta de manera unívoca y nunca se encuentra una correspondencia completa en los distintos ordenamientos procesales (que, aunque con grandes diferencias entre ellos, generalmente se sitúan en posiciones mixtas, es decir, ni totalmente adversariales ni total-

⁸⁴ En este sentido (es decir, en la óptica de utilizar el *Best Evidence Principle* como criterio de interpretación de los poderes de oficio del juez), aunque, obviamente, sin referencia específica a la inteligencia artificial F. Ferrari, *La "prova migliore"*, cit., 269.

⁸⁵ Vid. D.A. Nance, *The Burdens of Proof. Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*, cit., 200, el cual considera el *Best Evidence Principle* como una herramienta de optimización de los recursos procesales.

⁸⁶ Sobre este tema vid. E. Oteiza (ed.), *La prueba en el proceso judicial*, Buenos Aires-Santa Fe, 2009, J. Nieva Fenoll, *La cattiva reputazione del principio inquisitorio*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 943, J. Picó I Junoy, *El juez y la prueba*, Barcelona 2007, E. Jeuland, *Droit processuel général*, Issy-les-Moulineaux, 2014, 310, Jolowicz, *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, en *52 Int'l & Comp. L.Q.* 2003, 281.

mente inquisitivos), representa desde hace mucho tiempo una categoría con la que los estudiosos catalogan los distintos sistemas procesales⁸⁷.

Pero también se puede ir más allá. Supongamos que el algoritmo, además de buscar la información públicamente accesible, la seleccione y, en cierta medida, la procese y la sintetice para las partes y para el juez. En este caso, la actividad desarrollada por la herramienta va mucho más allá de la mera adquisición probatoria, extendiéndose también a la selección y a la valoración de las pruebas. Sería difícil ubicar estas actividades de acuerdo con la tradicional distinción entre el método adversarial o método inquisitivo.

En efecto, la utilización de herramientas de inteligencia artificial podría hacer perder mucha importancia a esta distinción. Muy difícilmente se podría hablar aún de poderes instructores en el sentido tradicional, ya que la actividad de investigación y de selección realizada por una herramienta informática no puede ser considerada ni como una iniciativa de las partes ni como un poder del juez.

Ciertamente perderían mucho peso también las objeciones tradicionales sobre la compatibilidad de los poderes de instrucción del juez. En efecto, es recurrente la afirmación según la cual el juez, ejerciendo poderes de instrucción, pondría en peligro su imparcialidad. Esta tesis, ya discutible con respecto a los poderes instructores del juez⁸⁸, no puede ciertamente aplicarse a los que podríamos llamar poderes instructores automatizados o artificiales. Esto ya lo ha planteado claramente Jordi Nieva Fenoll, quien, con referencia específica al proceso penal, pero consideraciones análogas pueden valer también con respecto al proceso civil, sugiere incluso un cambio del papel de la acusación⁸⁹.

No obstante, en caso de que se establecieran efectivamente tales poderes oficiales, seguiría siendo necesario, al igual que en el caso del ejercicio de los poderes probatorios de oficio por el juez, garantizar a las partes —y también al juez en este caso— la posibilidad de cuestionar y defenderse en relación con las informaciones adquiridas por las herramientas informáticas. Me parece importante subrayar que esto debe aplicarse no sólo en el caso de que la herramienta de inteligencia artificial adquiriera pruebas fuera de las ya presentadas por las partes, sino también cuando, por ejemplo, reciba nuevas informaciones de las pruebas ya presentadas en el proceso. Supóngase, por ejemplo, una herramienta que, analizando fotografías o imágenes, proporcione informaciones de tiempo o de lugar diferentes a las alegadas por las partes.

⁸⁷ En general sobre este problema, también para más referencias, A. Dondi, *Problemi ricorrenti e impostazione metodologica*, en A. Dondi, V. Ansanelli, P. Comoglio, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2018, 5.

⁸⁸ M. Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2006, 451, D. Mitidiero, *Processo civile*, cit., 203 (nota 159 para más referencias bibliográficas de la doctrina brasileña), L. Cadet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, cit., 512.

⁸⁹ J. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit., 147.

En resumen, por lo tanto, me parece que, en una perspectiva de reforma, no habría obstáculos particulares para prever poderes probatorios artificiales, es decir, para utilizar herramientas de inteligencia artificial que automaticen la adquisición de pruebas libremente adquiribles (ya sea en línea o en bases de datos públicas), sin perjuicio, por supuesto, de la necesidad de garantizar a las partes el derecho a defenderse de las pruebas así obtenidas. Esto podría tener importantes ventajas, sobre todo en los litigios (como los relativos a la separación de los cónyuges, los relativos a la fiscalidad y los relativos a las sociedades) que se caracterizan por una rutina en el tipo de pruebas que deben presentarse. Así ya no sería posible hablar ni de método adversarial ni de método inquisitivo; quizás se podría hablar de método artificial de la práctica de la prueba.

8. MUCHAS DUDAS, (QUIZÁS) UNA SOLA CERTEZA: EL INEVITABLE DEBILITAMIENTO DEL CONTRADICTORIO EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA. ¿HACIA UNA NUEVA FORMA DE *PROCEDURAL JUSTICE*?

Como se ha visto, la admisibilidad y el uso concreto de las herramientas de inteligencia artificial suscitan muchas dudas y pueden influir significativamente en los principios procesales básicos y en los marcos sistemáticos tradicionales. Sin embargo, quizás la única certeza sea que, sea cual fuere la extensión de la utilización de estas herramientas en el proceso, la inteligencia artificial hace aún más crucial un tema muy tradicional del proceso, el del contradictorio⁹⁰. Teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar también que la utilización de la inteligencia artificial puede tener un impacto ciertamente positivo en el ámbito de la prueba, teniendo la potencialidad —en la óptica ya señalada de equilibrio entre los diferentes valores en juego dentro del proceso— de incentivar la efectiva adquisición de pruebas pertinentes y, por lo tanto, de aumentar la posible calidad de las decisiones⁹¹. Todo esto, sin embargo, parece ir en detrimento de otro principio fundamental, el del contradictorio, sobre todo en su función epistémica.

En efecto, se puede dar sustancialmente por adquirida la doble naturaleza de este principio⁹²: en primer lugar, el contradictorio es garantía de la participación dialéctica en el proceso⁹³; al mismo tiempo, sin embargo, el contradictorio es también un instrumento epistémico de averiguación de los hechos⁹⁴;

⁹⁰ Ferrari, Becker, *Direito à explicação e decisões automatizadas: reflexões sobre o princípio do contraditório*, en Nunes, dos Santos Lucon, Wolkart, *Inteligência Artificial e Direito Processual: Os Impactos da Virada Tecnológica no Direito Processual*, *supra* note 23, 280.

⁹¹ J. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas tras un alto tecnológico en el camino*, cit., 10.

⁹² L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, cit., 628 sig.

⁹³ J. Nieva Fenoll, *Derecho procesal*, I, *Introducción*, Valencia, 2019, 128.

⁹⁴ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, cit., 643 sig. (según los cuales « le principe du contradictoire a une première fonction, classique, qui consiste à assurer la

en esta segunda acepción, es, según la definición muy certera de Antonio Cabral, “derecho de influencia”⁹⁵.

Desde este segundo punto de vista, sería más correcto hablar de método que de principio, precisamente para subrayar la fuerza epistémica del contradictorio, su naturaleza de instrumento útil para la reconstrucción de los hechos. En otras palabras, en este segundo caso, el contradictorio es ante todo una técnica de verificación, que puede confirmar cómo falsificar todos los supuestos enunciados en el proceso⁹⁶.

Precisamente con referencia a esta segunda acepción, me parece útil retomar la distinción (típica de los estudiosos italianos del proceso penal) entre contradictorio fuerte y contradictorio débil, dependiendo de si se aplica el método dialéctico en el momento de la formación de la prueba o después de su formación⁹⁷. En este segundo caso se habla también de contradictorio diferido⁹⁸, para entender la aplicación del método dialéctico exclusivamente en el momento de la valorización de la prueba, sin ninguna posibilidad de repetición de la práctica de la prueba⁹⁹.

Pues bien, parece posible afirmar que la utilización de herramientas de inteligencia artificial en el proceso puede limitar fuertemente la función epistémica del contradictorio, sobre todo en la acepción fuerte de la que se acaba de hablar. Como se ha mencionado anteriormente, una característica distintiva de las herramientas de inteligencia artificial (al menos a los fines de esta investigación) es el hecho de que no son intuitivas, en el sentido de que un hombre no puede entender —fácilmente— el mecanismo que llevó al algoritmo a tomar una decisión determinada¹⁰⁰. A este respecto, se habla reiteradamente de opacidad algorítmica¹⁰¹.

Esto plantea obviamente como crucial el problema de efectividad del contradictorio en función epistémica. En efecto, parece bastante difícil que, con respecto a las herramientas de inteligencia artificial, se pueda garantizar aún el contradictorio en sentido fuerte. Son las características distintivas del funcionamiento de los algoritmos de inteligencia artificial las que hacen prácti-

défense des parties. Il a une seconde fonction que dépasse le cadre des intérêts en présence puisqu'il est un moyen de parvenir à une solution qui s'ajuste au plus près de la vérité du litige »).

⁹⁵ A. Cabral do Passo, *El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate*, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, 16, 2010, 261. Análogamente L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, cit., 648 (que hablan de contradictorio como poder de « contredire effectivement »). Sobre esto principio, en perspectiva comparada, F. Ferrand, *Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen*, en *Revue internationale de droit comparé*, 2000, 345.

⁹⁶ P. Ferrua, *Il “giusto processo”*, Bologna, 2012, 46, Id., *Contraddittorio e verità nel processo penale*, en Bessone, Guastini (ed.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, 1995, 337, G. Uberty, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 64.

⁹⁷ P. Ferrua, *Il “giusto processo”*, cit., 74.

⁹⁸ Mazza, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale penale)*, en *Enc. dir. Annali*, Milano, 2014, vol. VII, 247.

⁹⁹ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, cit., 476.

¹⁰⁰ W.N. Price, A.K Rai, *Clearing Opacity through Machine Learning*, en 106 *Iowa L Rev.*, 2021, 775.

¹⁰¹ Burrell, *How the machine ‘thinks’: Understanding opacity in machine learning algorithms*, cit., 2; Mckinlay, *Evidence, Explanation and Predictive Data Modelling*, cit., 463.

camente imposible un control directo (y por lo tanto fuerte) de las partes y del juez. El algoritmo, por así decirlo, razona para establecer correlaciones, estando basado en reglas no intuitivas que la herramienta puede modificar por sí mismo. Por lo tanto, no es concebible reconocer a las partes un derecho de influencia sobre la ejecución de la herramienta.

Parece inevitable, por tanto, no sólo la disminución de importancia de la función epistémica del contradictorio, sino también su sustancial remodelación, en favor de una nueva (re)configuración en clave exclusivamente (o casi exclusivamente) garantista. Contradictorio entendido no ya como instrumento de sugerencia de nuevas y diferentes hipótesis, sino más bien (sólo) como instrumento de control de la neutralidad de funcionamiento de los algoritmos y de reequilibrio de la inevitable pérdida de control derivada de la utilización de dichas herramientas.

El problema crucial, por tanto, es el del contradictorio débil, es decir, el contradictorio anterior y posterior a la práctica de la prueba. En particular, por lo que se refiere específicamente a los algoritmos de inteligencia artificial, parece fundamental garantizar la participación efectiva, especialmente en la fase de elaboración y entrenamiento del algoritmo.

Más problemático, en cambio, es el contradictorio después de que se haya utilizado la herramienta de inteligencia artificial, es decir, después de que la herramienta haya seleccionado y recogido las pruebas. Por el contrario, en este caso hay que preguntarse si realmente tiene sentido garantizar esta forma de contradicción. Me doy cuenta de que esta pregunta puede parecer muy provocadora. Prácticamente todos los juristas que se ocupan de la inteligencia artificial afirman que la utilización de herramientas de inteligencia artificial siempre debe hacerse bajo el control de un ser humano. Así lo prevé, por ejemplo, la propuesta de reglamento de la Unión Europea en materia de inteligencia artificial. En particular, el artículo 14 de dicha propuesta prevé que quien controla el algoritmo debe ser capaz de comprender y supervisar su funcionamiento e interpretar sus resultados¹⁰².

Ese es el punto central. Un ser humano y, más concretamente, un jurista (juez o abogado) ¿podrá alguna vez realizar efectivamente esta forma de control? Más allá de las afirmaciones de principio, parece sinceramente dudoso que este control pueda realizarse en realidad, precisamente en vista de la opacidad de los algoritmos. Las herramientas informáticas (incluidos, sin duda, los de inteligencia artificial) no están exentos de errores; sin embargo, los errores cometidos por estas herramientas son cualitativamente diferentes de los cometidos por los seres humanos, lo que hace mucho más difícil que un ser humano se dé cuenta del error de la máquina. De hecho, casi paradó-

¹⁰² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la unión (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>).

jicamente se podría decir que sólo otra herramienta de inteligencia artificial es realmente capaz de detectar tales errores.

En otras palabras, y en conclusión, la pregunta (provocadora, pero sólo hasta cierto punto) que me hago es si realmente tiene sentido regular el uso de la inteligencia artificial en la práctica de la prueba previendo un necesario control humano¹⁰³. Obviamente, esta pregunta, como ya se ha dicho al principio de esta investigación, se refiere exclusivamente al uso de la inteligencia artificial en la búsqueda y selección de pruebas, actividad que, por otra parte, puede automatizarse más fácilmente que en otras fases del proceso¹⁰⁴.

Por supuesto, debería comprobarse previamente la fiabilidad de las herramientas de inteligencia artificial; en este sentido, podría suponerse que, dentro de un único ordenamiento procesal, se identifiquen algunas herramientas específicas de inteligencia artificial reconocidas, cuya fiabilidad haya sido verificada previamente por la autoridad judicial. De hecho, parece que se ha adquirido en gran medida la capacidad de las herramientas de aprendizaje automático para realizar (de forma autónoma y más eficiente) muchas actividades de concepto generalmente realizadas por los seres humanos (y, en particular, la revisión y selección de documentos). Y ello a pesar de que el aporte humano sigue siendo fundamental en la fase de entrenamiento y en la de selección de la muestra¹⁰⁵.

Ahora bien, una vez realizada esta verificación, ¿sería realmente útil controlar su actuación?

Se sospecha, francamente, que el mantenimiento de este tipo de control sirve simplemente para hacer socialmente aceptable el uso de estas herramientas en la búsqueda y selección de pruebas, como en una especie de nueva forma de *Procedural Justice* 106. En efecto, este control parecería muy similar a lo que ocurre aún hoy para los pilotos de los aviones: nadie está dispuesto —todavía— a aceptar subir a bordo de un avión sin piloto, incluso si prácticamente todo el vuelo está gestionado o podría estar efectivamente gestionado por ordenador, sin que haya ninguna verificación humana: los pilotos comprueban que las herramientas funcionan, pero nunca cuestionan los criterios con los que estas herramientas toman sus decisiones.

¹⁰³ Simmons, *Big Data, Machine Judges, and the Legitimacy of the Criminal Justice System*, en 52 *University of California, Davis*, 2018, 1067.

¹⁰⁴ J. Nieva Fenoll, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, cit., 20 (que distingue “tramitación y búsqueda de datos, por una parte, y la actividad mental que supone el enjuiciamiento, por la otra”, subrayando que “la primera actividad no reviste mayor complejidad, siendo la segunda la que encierra más incógnitas”).

¹⁰⁵ Grossman, Cormack, *Technology-Assisted Review in EDiscovery Can Be More Effective and More Efficient Than Exhaustive Manual Review*, cit., Catanzaro, Green, Rampersand, *The Mechanism of a Predictive Coding Workflow*, en Baron, Losey, Berman (ed.), *Perspectives on Predictive Coding. And Other Advanced Search Methods for the Legal Practitioner*, Chicago, 2016, 98.

¹⁰⁶ B. Cavallone, «Comme vous aultres, Monsieur» (François Rabelais teorico del processo e del giudizio), en *Riv. dir. proc.*, Padova, 2008, 438, Duxbury, *Random Justice, On Lotteries and Legal Decision-Making*, Oxford, 1999, Goodwin, *Justice by Lottery*, New York, 1992, May, Morrow, *Procedural Justice*, Burlington, 2012, Solum, *Procedural Justice*, en 78 *S. Cal. L. Rev.*, 2004, 181

En conclusión, me parece que el verdadero desafío planteado por la inteligencia artificial en materia probatoria implica esencialmente un nuevo equilibrio entre los valores fundamentales del proceso civil. Es razonable pensar que las herramientas de inteligencia artificial pueden realmente incentivar el acceso y la búsqueda de más pruebas pertinentes (con el consiguiente beneficio para la calidad de las decisiones); todo ello, sin embargo, en detrimento del principio del contradictorio o, mejor dicho, de la posibilidad para los seres humanos de influir en el desarrollo del proceso. Por lo tanto, la cuestión es saber cuál será el punto de equilibrio de este balance.

BIBLIOGRAFÍA

- Amrani Mekki, S., *Les catégories de Common Law et Civil Law à l'épreuve de l'office du juge et des parties*, en *Justice et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, 2010, 157
- Andrews, N., *The Modern Civil Process*, Tübingen 2008
- Bergeaud, A., *Le droit à la preuve*, Paris, 2010
- Brazil, W., *The Adversary Character of Civil Discovery: A Critique and Proposals for Change*, en 31 *Vand. L. Rev.*, 1978, 1323
- Burrell, *How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms*, en *Big Data & Society*, 2016, 2
- Cabral do Passo, A., *Convenções Processuais: Teoria geral dos negócios jurídicos processuais*, Salvador, 2020, 3ed.
- Cadiet, L., Jeuland, E., *Droit judiciaire privé*, 2020, 11ed.
- Cadiet, L. Normand, J., Amrani Mekki, S., *Théorie générale du procès*, Paris, 2010
- Cappelletti, M., *Ideologie nel diritto processuale*, in *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 8
- Carnelutti, F. *La prova civile*, Roma, 1947, 2ed.
- Carpi, F., Ortells, M. (ed.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*, Valencia, 2008.
- Carratta, A., *Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)*, in *Riv. dir. proc.*, Padova, 2001, 73
- Cavallone, B., «Comme vous aultres, Monsieur» (François Rabelais teorico del processo e del giudizio), en *Riv. dir. proc.*, Padova, 2008
- Comoglio, L.P., *Le prove civili*, Torino, 2010, 3ed..
- Comoglio, P., *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino, 2018, 233.
- de Paula Ramos, V., *Onus da prova no processo civil*, 2ed., São Paulo, 2018
- Dondi, A., *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985,
- Dondi, A., Ansanelli, V., Comoglio, P., *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2018
- Ferrari, F., *La "prova migliore"*, Milano, 2004, 158.
- Ferrer Beltrán, J. *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2007.
- Ferrua, P., *Il "giusto processo"*, Bologna, 2012, 46
- Floridi, L., *The 4th revolution. How the Infosphere is Reshaping Human Reality*, Oxford, 2014
- Garapon, A., Lassègue, J., *Justice digitale*, Paris, 2018, 175.
- Grossman, Cormack, *Technology-Assisted Review in EDiscovery Can Be More Effective and More Efficient Than Exhaustive Manual Review*, en 17 *Rich. J.L. & Tech.*, 2011, 82

- Hazard, G., *From Whom No Secrets are Hid*, en 76 *Tex. L. Rev.*, 1998, 1675
- Jolowicz, A., *Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure*, en 52 *Int'l & Comp. L.Q.* 2003, 281
- Julià Pijoan, M., *Proceso penal y (neuro)ciencia: una interacción desorientada. Una reflexión acerca de la neuropredicción*, Madrid, 2020
- Kaplan, J., *Inteligencia Artificial. Lo que todo el mundo debe saber*, Zaragoza, 2017
- Kramer, X., Van Rhee, C.H. (ed.), *Civil Litigation in a Globalising World*, The Hague 2012.
- Lagarde, X., *Vérité et légitimité dans le droit de la preuve*, en *Droits*, Paris, 1996, 31
- Lardeux, G. *Preuve civile et vérité*, en Chérot, J-Y., Cinamonti, S., Tranchant, L., Trémeau, J. (coord.), *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, 2013, 869
- Marcus, R., *EDiscovery Beyond the Federal Rules*, en 37 *U. Balt. L. Rev.*, 2007, 329,
- Marcus, R., *The Impact of Computers on the Legal Profession: Evolution or Revolution?*, en 102 *Nw. U. L. Rev.*, 2008, 1827.
- Mitidiero, D. *Processo civil*, São Paulo, 2021, 196
- Nance, D.A., *The Burdens of Proof. Discriminatory Power, Weight of Evidence, and Tenacity of Belief*, New York, 2016
- Nersessian, D., Mancha, R., *From Automation to Autonomy: Legal and Ethical Responsibility Gaps in Artificial Intelligence Innovation*, en 27 *Michigan Technology Law Review*, 2020, 55
- Nieva Fenoll, J., *Derecho procesal*, II, *Proceso civil*, Valencia, 2019, 189
- Nieva Fenoll, J. *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Madrid, 2018
- Nieva Fenoll, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial: perspectivas tras un alto tecnológico en el camino*, en *Rev. gen. der. proc.*, 2022,19.
- Nieva Fenoll, J., *La discutible utilidad de los interrogatorios de partes y testigos (Algunas reflexiones sobre la oralidad en tiempos de pandemia)*, en *Revista Ius Et Praxis*, 26(3), 157
- Nieva Fenoll, J., *La valoración racional de la prueba*, Madrid, 2010
- Nieva Fenoll, J., Ferrer Beltrán, J., Giannini, L., *Contra la carga de la prueba*, Madrid, 2019
- Oteiza, E., *El principio de colaboración y los hechos como objeto de prueba, O probare o succumbir. ¿Es posible plantear un dilema absoluto?*, en Morello, A.M., *Los hechos en el proceso civil*, Buenos Aires, 2003, 87
- Oteiza, E., *La carga de la prueba. Los criterios de valoración y los fundamentos de la decisión sobre quién está en mejores condiciones de probar*, en Oteiza, E. (ed.), *La prueba en proceso judicial*, Buenos Aires, 2009, 197
- Picó Junoy (dir.), J., Andino López, E- Cerrato Guri, J. A. (coord.), *La prueba pericial a examen. Propuestas de lege ferenda*, Barcelona, 2020
- Picó I Junoy, J., *La prueba pericial en el proceso civil español (Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil)*, Barcelona 2001.
- Price, W.N., Rai, A.K., *Clearing Opacity through Machine Learning*, en 106 *Iowa L Rev.*, 2021, 775.
- Taruffo, M., *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1997, 553
- Taruffo, M. *La prueba de los hechos*, Madrid, 2011, 4ed
- Taruffo, M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009
- Taruffo, M., *Processo e neuroscienze. Cenni generali*, en *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, 309, Taruffo, M., Nieva Fenoll, J. (coord), *Neurociencia y proceso judicial*, Madrid, 2013
- Taruffo, M., *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970
- Taruffo, M., *Verità e prova nel processo*, in *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, 113

- Ubertis, G., *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 64.
- Vergés, E. Vial, G., Leclerc, O., *Droit de la preuve*, Paris, 2015
- Vermeule, A., *Three Strategies of Interpretation*, en 42 *San Diego L. Rev.*, 2005, 610
- Vismann, C., *Files. Law and Media Technology*, Stanford, 2008
- Weinberger, D., *Too Big to Know. Rethinking Knowledge Now That the Facts Aren't the Facts, Experts Are Everywhere, and the Smartest Person in the Room is the Room*, New York, 2011

LA DISCAPACIDAD EN EL SISTEMA DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA ESPAÑOLA: NOTAS SOBRE LA PARTE GENERAL DE LA LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

INTELLECTUAL DISABILITY IN THE SPANISH VOLUNTARY JURISDICTION
SYSTEM: NOTES ON THE GENERAL PART OF LAW 15/2015,
OF 2 JULY, ON VOLUNTARY JURISDICTION

Brian Buchhalter-Montero*

Resumen: Este estudio analiza cuál es el rol que la discapacidad —como fenómeno social— despliega respecto de las normas contenidas en la parte general de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (arts. 1 – 19). Se trata de conocer qué implicaciones comporta la discapacidad para este conjunto normativo y, en última instancia, de proponer una serie de reformas (ya no restringidas a la parte general de la Ley 15/2015) que contribuyan a hacer efectivo el principio de no discriminación de las personas con discapacidad.

Palabras clave: Jurisdicción voluntaria, discapacidad, legitimación, ajustes necesarios.

Abstract: This paper analyses the role that disability —as a social phenomenon— plays with respect to the rules contained in the general part of Law 15/2015, of 2 July, on Voluntary Jurisdiction (arts. 1 – 19). The aim is to find out what implications disability has for this set of regulations and, ultimately, to propose a series of reforms (no longer restricted to the general part of Law 15/2015) that contribute to making the principle of non-discrimination of people with disabilities effective.

Keywords: Voluntary jurisdiction, disability, legitimization, necessary adjustments.

* Máster en Derecho alemán (LL.M.) por la Universität Konstanz y Máster en Derecho de Familia por la Universidad Internacional de la Rioja. Graduado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Valencia, España. Premio Extraordinario de Grado (2021) y de la Sociedad Española de Excelencia Académica (2021). ORCID: 0000-0001-7662-4424. Correo-e: brianbuchhalter@gmail.com.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: UNAS REFLEXIONES SOBRE LOS PROYECTOS DE LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA— 2. EL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA— 3. LAS REGLAS DE COMPETENCIA: 3.1 Órganos; 3.2 Imperatividad de las reglas de competencia; 3.3 Cláusula de reserva judicial— 4. DISCAPACIDAD Y NORMAS SOBRE LEGITIMACIÓN— 5. DISCAPACIDAD Y POSTULACIÓN; 6. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL— 6.1 Consideraciones generales; 6.2 La discapacidad en la doctrina de la Fiscalía General del Estado; 7. MEDIOS DE PRUEBA— 8. AJUSTES PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: 8.1 Consideraciones generales; 8.2 Fundamento; 8.3. Elementos; 8.3.1. Subjetivos; 8.3.2. Objetivos; 8.3.2.1 ¿Cuándo son necesarios?; 8.3.2.2. ¿En qué consisten?; 8.3.3. Temporales y formales; 8.3.4. Valoración— 9. EN LAS NORMAS COMUNES PARA LA TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES: 9.1.1 Celebración de la comparecencia; 9.1.1. Concentración de las diligencias; 9.1.2. Audiencia por separado; 9.1.3. Acta de la audiencia; 9.1.4. Motivación de la resolución; 9.1.5. Decisión del expediente; 9.2 Efectos de la interposición del recurso de apelación— 10. A MODO DE CONCLUSIÓN: BREVES PROPUESTAS GENERALES DE LEGE FERENDA RESPECTO DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA— BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN: UNAS REFLEXIONES SOBRE LA DISCAPACIDAD EN LOS PROYECTOS DE LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La necesidad de reformar el régimen de la jurisdicción voluntaria (JV, en adelante) era ya un hecho notorio a finales del siglo xx, circunstancia que se hizo patente en la Disposición final 18.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC, en adelante). Esta levantó acta del compromiso gubernamental de remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley reguladora de la JV, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de aquella. Como ya se sabe, el plazo venció el 8 de enero de 2002 sin que se hubiera cumplido ese *pactum* que, conforme al aforismo clásico, *servandum erat*. Así, hubo que esperar hasta el año 2015 para que, tras un largo y complicado *iter* parlamentario, se promulgara en julio de aquel año la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria hoy vigente (LJVol, en adelante).¹ De los distintos Proyectos legislativos relativos a la JV publicados, este estudio toma en consideración solo dos: el «Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantizar los derechos de la persona y en materia civil y mercantil»² (2006) y el «Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria»³ (2014), por ser los más representativos de cada una de las dos fases en que se puede escindir el complejo proceso legislativo.⁴ De los dos, quizás por haber nacido ya consolidada la Convención Internacional sobre

¹ Un estudio del *iter* parlamentario hasta 2021 se puede ver en Liébana Ortiz, J. R., *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*, Iustel, 2012, págs. 46 y ss.; también puede verse Fernández De Buján, A., *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria — Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Dykinson S.L. — Colegio de Registradores de España, Madrid, 2015.

² Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales — Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, Núm. 109-1, 27 de octubre de 2006.

³ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales — Congreso de los Diputados, X Legislatura, Serie A, Núm. 112-1, 5 de septiembre de 2014.

⁴ Ello no quiere decir, sin embargo, que a lo largo de la exposición no se vayan a hacer referencias a otros Proyectos, en la medida en que presenten particularidades relevantes.

Derechos de las Personas con discapacidad de 2006 (CDPD, en adelante), fue el Proyecto de 2014 el que mayor sensibilidad mostró respecto de la discapacidad. En él se dejaban sentir ya buena parte de las características que, en menor o mayor medida, caracterizan hoy a la LJVol. Particularmente, la Exposición de Motivos del Proyecto de 2014 dio cuenta de las exigencias —terminológicas y sustantivas— de la CDPD:

«Esta ley se ha elaborado al mismo tiempo que otras reformas importantes de normas que también aquí son objeto de modificaciones, como sucede con el Código Civil, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Ello es así, en primer lugar y en lo que se refiere a las dos primeras normas que se señalan, porque está en marcha su adaptación a la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual afecta tanto al régimen de la tutela y la curatela, como a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, que se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente (...)» (ap. III).

En cualquier caso, que el Proyecto de 2014 expresara una mayor sensibilidad en la protección de las personas con discapacidad, no es todavía suficiente para afirmar el destierro total del paternalismo e infantilismo con que, en ocasiones, se trata a las personas con discapacidad en sede de JV. Así, el objetivo «interés» de la persona con discapacidad se erigía, prácticamente sin discusión, como elemento esencial en la determinación de las medidas judiciales de apoyo (*cfr.* arts. 60.3 y 47.4.II del Proyecto de 2014). Muy crítico fue al respecto el lobby de las personas con discapacidad en una serie de «(c) onsideraciones (...) al texto de propuesta de Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria, preparado por la Comisión General de Codificación (...)». Allí se ponía de relieve que podría parecer que el

«(...) órgano que ha redactado el borrador no conoce la Convención de la Discapacidad, tratado internacional de derechos humanos, ni ha asumido sus valores, principios y mandatos. No es sostenible tras la entrada en vigor en nuestro país de la Convención, pues burla sus prescripciones. Ni esta futura Ley, ni ninguna otra en adelante, debieran abstraerse a la necesidad de observancia y respeto absoluto a la Convención. (...) Aprovechemos, pues, el efervescente momento legislativo que vivimos así como la celebración de los 5 años de plena vigencia de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad para avanzar en la garantía a los derechos de todas las personas con discapacidad al que representamos y para hacer una regulación en condiciones, plenamente respetuosa con la Convención y que suprima sistemas, figuras y términos contrarios a su espíritu».

Sin embargo, ni tanto, ni tan poco. A pesar de sus deficiencias, el Proyecto de 2014 supuso un notable avance en este cambio de sensibilidad que ya venía exigiendo la vigencia de la CDPD. Ello explica la particular permeabilidad que el texto definitivo de 2015 mostró respecto de los derechos de las personas con discapacidad. Ya en la Exposición de Motivos de la LJVol puede trazarse ese espíritu:

«(t)ambién se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente».

Esta pretensión de adaptación no se quedó, sin embargo, en una mera adaptación terminológica —no recibida unánimemente como positiva⁵—, sino que se tradujo en una serie de disposiciones que, a pesar de su carácter necesariamente abstracto y generalizador, dan buena cuenta de la especial situación que comporta la discapacidad en el procedimiento judicial.

2. EL CONCEPTO MISMO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La naturaleza jurídica y el concepto de JV son dos de las cuestiones más espinosas que, dogmática y prácticamente, pueden suscitarse respecto de aquella. Tras idas y venidas en los distintos Proyectos, el art. 1.2 LJVol establece que:

«se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos aquellos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso».

A primera vista, podría parecer complicado incardinar la discapacidad en el concepto de JV que establece este art. 1.2. Sin embargo, en la noción de «tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil» son incardinables el extenso número de situaciones jurídicas relativas a la discapacidad.⁶ Así, como señalaba Montesano, estos derechos subjetivos e intereses tutelados por la JV tienen la misma naturaleza que los que se tutelan en la JV contenciosa.⁷ En efecto, la finalidad fundamental con que se constituye la JV es la de ofrecer «tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil» que son siempre los mismos, con independencia de la sede en que se tutelen. La expresión por la que se decide el art. 1.2 LJVol es más afortunada que la aséptica «tutela del Derecho privado» (prevista en Proyectos anteriores), en cuyo seno late una concepción más nomofiláctica (tutela del *ius constitutionis*) que protectora del interés subjetivo (o *ius litigatoris*).

⁵ Además de la discusión parlamentaria, *cfr.* Recover Balboa, T., «Valoraciones de la Ley 5/2015, de jurisdicción voluntaria, desde el desempeño de los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad», pág. 2.

⁶ Algunos muy ilustres procesalistas italianos se mostraron contrarios a entender que la JV fuera adecuada para «tutelar» derechos e intereses. *Cfr.* Fairén Guillén, V., en «Jurisdicción “voluntaria”, juicios sumarios: las confusiones en la historia y su evolución. Posibles soluciones», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 68, 1990, págs. 482 y ss.).

⁷ Montesano, L., «I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti», *Atti del XVII Congresso Nazionale del Processo Civile*, Palermo, 1989, págs. 256 y ss., *cit.* por Fernández de Buján, A., *La jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 102.

Ello no quiere decir, sin embargo, que en la JV no se tutele objetivamente el Derecho —en el fondo, cualquier acto de aplicación del Derecho supone su reafirmación y, por tanto, su consolidación y protección. Sin embargo, la particular distinción que realiza el art. 1.2 LJVol respecto de «derechos e intereses» es afortunada para dar cuenta del papel central de lo subjetivo en la JV, pues como señalaba el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de LJVol, «todo expediente de jurisdicción voluntaria tiende a la satisfacción de intereses jurídicos de particulares con la finalidad de garantizar la certeza de las relaciones jurídicas, verificar de las condiciones exigidas legalmente o tutelar a las personas».⁸ La protección de las personas (y especialmente de aquellas con discapacidad) es, con mayor o menor intensidad, una de las constantes vitales de la JV española y Europa.

3. LAS REGLAS DE COMPETENCIA

3.1. Órganos

El art. 2.1 LJVol establece que «los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil, según el caso, tendrán competencia objetiva para conocer y resolver los expedientes de jurisdicción voluntaria» (consecuencia, respecto de los JPI, de los arts. 85.2 LOPJ y 45.1 LEC). Este art. 2.1 LJVol debe integrarse con lo dispuesto por el art. 98.1 LOPJ, con arreglo al cual:

«1. El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo, el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes que al efecto se constituyan».

Materializando esta previsión, el Real Decreto 1322/1981, de 3 de julio, instauró los Juzgados de Familia, que despliegan su competencia respecto de actuaciones previstas en el Título IV⁹ («del matrimonio») y en el Título VII («de las relaciones paterno-filiales»¹⁰) del Libro I del CC.¹¹ De otro lado, estos Juzgados tienen atribuido:

⁸ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, pág. 18.

⁹ Arts. 42 y ss. del CC. Allí son relevantes, respecto de las personas con discapacidad, algunas previsiones como el art. 56.II CC, recientemente modificado por la Ley 8/2021, relativo al dictamen médico para acreditar la capacidad núbil.

¹⁰ Del Título VII ha desaparecido, tras la Ley 8/2021, una institución clásica en la protección de las personas con discapacidad, cual era la prórroga de la patria potestad (art. 171 CC).

¹¹ Cfr. al respecto Tirado Estrada, J. J., «Especialización de la jurisdicción de familia: términos para el debate e implantación», en Saravia González, A., y García Criado, J. J., *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*, Estudios de Derecho Judicial, Núm. 147, CGPJ, 2007, págs. 313 y ss.; más recientemente, cfr. Alía Robles, A., «El valor de los tribunales especializados para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad», *La Ley Derecho de Familia*, Núm. 28, 2020, págs. 17 y ss.

«el conocimiento con carácter exclusivo de los asuntos propios del orden jurisdiccional civil referidos a la capacidad de las personas, incluidos los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico, acciones de filiación, maternidad y paternidad, alimentos provisionales y definitivos, actos de jurisdicción voluntaria relativos a familia y sucesiones, tutelas y curatelas, así como las ejecuciones derivadas de estos procedimientos (...)».¹²

La especialización es, efectivamente, positiva para la tutela de los derechos de las personas con discapacidad. Por otra parte —y al margen de la jurisdicción militar— se han suscitado dudas respecto de la competencia de los Juzgados penales respecto de actuaciones de JV. Particularmente, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer parecen quedar excluidos, pues el art. 87 ter.2 LOPJ —que regula su régimen competencial— se refiere al conocimiento de asuntos «de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil», lo que permitiría —por elementales razones de literalidad— excluir la JV. Sin embargo, la jurisprudencia ha venido admitiendo la competencia de estos Juzgados para conocer de determinados expedientes de JV, siempre que se cumplan los requisitos generales para afirmar la competencia civil de aquellos juzgados (art. 87 ter.2 LOPJ). De este modo, cuando al momento de presentar una solicitud de inicio de un expediente de JV se halle pendiente un proceso conexo ante un juzgado de Violencia sobre la Mujer, este es competente para conocer de aquél [ATS de 19 de febrero de 2019 (REC: 240/2018, ponente Orduña Moreno), FJ 3.º].¹³ También la Circular de la FGE Núm. 4/2005 de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, se había mostrado favorable a la retención de la competencia por parte de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, incluso cuando hubiera finalizado el proceso ante este sin declarar responsabilidad penal [ap. VI.B).2)].¹⁴ También en la doctrina son varios quienes abogan por tal solución (Fernández Gil¹⁵ Santos Martínez¹⁶, entre otros). Y, en definitiva, como señala Banacloche Palao:

¹² Acuerdos Núm. 18 y ss. del Pleno del CGPJ, de 15 de octubre de 2008. En Valencia (que se toma como referencia, por ser donde se escriben estas líneas) los JPI Núm. 13 y 28 se ocupan de «capacidad, internamientos y tutelas» y los JPI Núm. 8,9,24 y 26 de «familia»). Más información en: <https://cutt.ly/bYE4Vvx>. Sobre el internamiento de personas con discapacidad en el régimen previo a la reforma de 1983, *cfr.* Bercovitz, R., *La marginación de los locos y el Derecho*, Taurus, Madrid, 1976.

¹³ Igualmente: ATS de 15 de febrero de 2022 (REC: 413/2021, ponente Parra Lucán, FJ 3.º); ATS de 21 de marzo de 2018 (REC: 210/2017, ponente Vela Torres, FJ 3.º); ATS de 13 de septiembre de 2017 (REC: 129/2017, ponente Sancho Gargallo, FJ 3.º); y, entre otros, AAP Barcelona (Sección 12.ª) Núm. 158/2020 (REC: 5/2020, ponente Tomás García), de 3 de junio, FJ 2º. Remitiendo actuaciones a un Juzgado de Instrucción, *cfr.* AAP Lugo (Sección 1.ª) Núm. 162/2019 (REC: 647/2019, ponente Gento Castro), de 19 de noviembre. También ha admitido recientemente la competencia de un Juzgado de lo Penal para conocer de un expediente de consignación (arts. 98 y ss. LJVol) [STS Núm. 926/2021 (REC: 5777/2019, ponente Hernández García), de 25 de noviembre, FJ Único].

¹⁴ Lo asume ya sin discusión la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria (ap. 2.6).

¹⁵ Fernández Gil, C., *Cuestiones prácticas sobre Jurisdicción Voluntaria*, Tecnos, Madrid, 2016, pág. 43.

¹⁶ Santos Martínez, A., «Subapartado segundo. De la intervención judicial en relación con la patria potestad», en Izquierdo Blanco, P., y Picó i Junoy, J., *Jurisdicción voluntaria – Aspectos procesales, no*

«si analizamos los asuntos civiles que le vienen atribuidos a dichos órganos (...) se puede comprobar que algunos de ellos pueden dar lugar a un expediente de JV (como los de separación y divorcio, los relativos a las relaciones paternofiliales, los que se refieran a la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar o los relativos a adopción y protección de menores) [...]. Cuando así sea, la solicitud habrá de presentarse ante el Juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo del asunto penal, o incluso, si está ya pendiente el expediente, el JPI que esté conociendo tendrá que inhibirse a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer que corresponda (art. 49 bis LEC). En consecuencia, el tenor literal del art. 2.1 LJV debe ser matizado por razón de esta posible circunstancia».¹⁷

Y, del mismo modo, debe asumirse la competencia para conocer de expedientes de JV de los Juzgados de Guardia, como sugiere la Circular de la FGE Núm. 1/2012, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave [aps. VI, y IX (ordinal 9º)].¹⁸ Aun así, es de esperar la atribución de competencias en estas materias a órganos jurisdiccionales de nueva creación, toda vez que el ap. 1, letra a) (II) de la DF 20.^a de la LO 8/2021 recoge el compromiso del Gobierno de remitir a las Cortes Generales un proyecto de modificación de la LOPJ «para garantizar la especialización dentro del orden jurisdiccional civil en Infancia, Familia y Capacidad».

3.2. Imperatividad de las reglas de competencia

Excepcionando las reglas de los arts. 54 y ss. LEC, el art. 2.2 LJVol determina —al igual que el art. 28 del Código de Proceso Civil de Italia¹⁹— que «la competencia territorial vendrá fijada por el precepto correspondiente en cada caso sin que quepa modificarla por sumisión expresa o tácita». El *telos*

tariales, registrales, mercantiles y marítimos, Bosch, Barcelona, 2016, pág. 371.

¹⁷ Banacloche Palao, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, La Ley Wolter Kluwers, Madrid, pág. 55.

¹⁸ El estudio jurisprudencial de las reglas de competencia nos ha hecho topár con un supuesto de hecho rocambolesco, que ha sido resuelto por el ATS de 28 de septiembre de 2021 (REC: 200/2021, ponente Díaz Fraile), FJ 2.º: «(p)or aplicación del art. 60.3 LEC, como el conflicto se ha planteado entre el JPI Núm. 26 de Sevilla y el JPI Núm. de Solsona, esta Sala no puede declarar competente a un tercer juzgado no participe en el conflicto (...). De manera que, si bien el Juzgado de Solsona carece de competencia, este se inhibió indebidamente a favor de los juzgados de Sevilla, por las circunstancias expuestas. En consecuencia, lo procedente es devolver las actuaciones al juzgado de Solsona para que, en su caso, se inhiba correctamente a favor de los juzgados de Morón de la Frontera. Todo ello, con la urgencia que reclama la importancia e interés público del objeto del proceso». Como señala el ATS de 29 de noviembre (REC: 1001/2016, ponente Saraza Jimena) los conflictos de competencia «dilan la resolución de la solicitud formulada, con grave perjuicio para los interesados» (FJ 4.º). Cláusula similar se aprecia en otras resoluciones como el ATS de 23 de noviembre (REC: 268/2021, ponente Parra Lucán), FJ 3.º o el ATS de 11 de enero de 2022 (REC: 344/2021, ponente Díaz Fraile), FJ Único.

¹⁹ Art. 28: «(l) la competenza per territorio può essere derogata per accordo delle parti, salvo che per le cause previste nei numeri 1, 2, 3 e 5 dell'articolo 70, per i casi di esecuzione forzata, di opposizione alla stessa, di procedimenti cautelari e possessori, di procedimenti in camera di consiglio e per ogni altro caso in cui l'inderogabilità sia disposta espressamente dalla legge». De tal manera, en el procedimiento in camera di consiglio la competencia no puede ser derogada. En Italia, *cfr.* la Legge 9 Gennaio 2004, n. 6.

de la norma es claro: proteger al interesado vulnerable en el expediente, imposibilitando la disposición de la competencia en su (probable) perjuicio.²⁰ Ya el Consejo Fiscal, en su Informe al Anteproyecto de LJVol de 2013, había valorado positivamente la imperatividad de esta norma competencial, pues permite el control público sobre el desarrollo de las relaciones jurídico-privadas, «bien en interés de ciertos sujetos que no pueden defenderse por sí mismos, bien en defensa de intereses generales más o menos difusos, como el interés familiar o la seguridad del tráfico jurídico privado que puede ser afectado *erga omnes*».²¹ Sin embargo, aunque la regla podría parecer universal, lo cierto es que en algunos ordenamientos de nuestro entorno es posible advertir cierto margen de disposición en las normas de competencia en la JV (*cfr.* § 411.II.2 FamFG; y art. 19 ZPO CH). En cualquier caso, en nuestro Derecho, las normas de competencia territorial son imperativas y deben ser controladas de oficio (art. 16.1 LJVol) y en cualquier momento (art. 48 LEC, aplicable *ex art.* 8 LJVol).

3.3. Cláusula de reserva judicial

Por último, el art. 2.3.II LJVol —demás de abrir la puerta a los procedimientos innominados²²— establece una regla subsidiaria de atribución de competencias cuando estas no vienen fijadas expresamente:

«Cuando no venga atribuida la competencia expresamente a ninguno de ellos, el Juez decidirá los expedientes que afecten al interés público, al estado civil de las personas, los que precisen la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos,

²⁰ Fernández Gil, C., *Cuestiones prácticas...*, *op. cit.*, pág. 43. Como recuerda la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria (ap. 2.6) el MF desarrolla la cuestión de la determinación de la competencia un papel muy relevante, función ya de rancio de abolengo (art. 838.3.º LOPJ 1870): «la Fiscalía se ha pronunciado sobre el particular, en concreto sobre la imposibilidad de sumisión, expresa o tácita, bajo la vigencia de la LEC 1881. Muestra de ello son la consulta de 15 de noviembre de 1910, la Circular de 10 de junio de 1912, la Consulta de 16 de noviembre de 1925, la Circular de 13 de mayo de 1930 y la Circular 3/1971, de 3 de diciembre» (ap. 2.6). Monográficamente se dedica a la competencia la muy reciente Circular de la FGE Núm. 2 /2021, de 30 de abril, sobre el tratamiento de la competencia territorial en el orden jurisdiccional civil. Incidentalmente, también en otras Circulares como la Núm. 2/1984, de 8 de junio, referida al internamiento del antiguo art. 211 CC, la Núm. 1/2021, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave; o en la Instrucción 4/2008, de 30 de julio, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces.

²¹ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, pág. 24. Tendencia que se podía trazar en la antigua Circular de 10 de junio de 1912 de la FGE, sobre la competencia de los Juzgados de Primera Instancia en materia de declaración de herederos *ab intestato*, aprobaciones de operaciones particionales y actos de jurisdicción voluntaria estableció claramente que en tales supuestos no cabe el sometimiento expreso o tácito de las partes a órganos jurisdiccionales diferentes.

²² Seoane Cacharrón, J., «Artículo 2. Competencia en materia de jurisdicción voluntaria», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2016, pág. 95.

así como cuando afecten a los derechos de menores o personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. El resto de expedientes serán resueltos por el Secretario judicial».

La previsión es lógica y coherente con el carácter jurisdiccional de los actos que realizan los jueces respecto de las personas con discapacidad con medidas de apoyo (y sin ellas, a pesar de que el precepto solo se refiera a las primeras).²³ No solo el carácter ontológicamente —se podría decir— jurisdiccional de tales actos justifica su atribución de la competencia a los órganos judiciales. También razones pragmáticas hacen aconsejable esta solución, de manera que parece lógico que los asuntos en los que sea «necesario declarar derechos o valorar situaciones con arreglo a criterios de oportunidad, conveniencia o equidad, aplicar valores o jerarquía de valores y no solo reglas en caso de conflicto de intereses, averiguar hechos o preexistencia de derechos, entre otros», queden en manos de los Jueces.²⁴ Sin embargo, como recuerda el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de LJVol, de 27 de febrero de 2014 (pág. 11), algunos expedientes que afectan al estado civil de las personas quedan excluidos de la LJVol. Así sucede, por ejemplo, con la celebración del matrimonio ante Notario, incluso por personas con discapacidad.²⁵ Por otra parte, la previsión del art. 2.3.II LJVol no significa que la gran variedad de incidentes y trámites que se contiene en los expedientes citados se reserven exclusivamente a la decisión del Juez.²⁶

4. DISCAPACIDAD Y NORMAS SOBRE LEGITIMACIÓN

Respecto de la legitimación, la LJVol mantiene inalterada la previsión del Proyecto de 2014, de manera que, conforme al art. 3.1 LJVol, podrán promover expedientes de JV e intervenir en ellos quienes sean titulares de derechos o intereses legítimos o cuya legitimación les venga conferida legalmente so-

²³ Respecto de la previsión del art. 2.3.II LJVol en relación con las parejas de hecho es ilustrativo el AAP Barcelona (Sección 18.ª) Núm. 52/2020 (REC: 471/2019, ponente Pereda Gámez), de 5 de febrero: «Es posible la inclusión en la consideración de un estado civil de la situación de pareja de hecho como propio de un “estado civil”, *lato sensu*, en tanto se trata, desde el punto de vista fáctico de una situación estable o permanente en la que se encuentra una persona física en relación con sus circunstancias personales y con la legislación, y que va a determinar determinados efectos jurídicos de quien la ostente» (FJ 1º). En contra, no admitiendo una solicitud que pretendía el reconocimiento de un matrimonio celebrado por el rito gitano, AAP Badajoz (Sección 3.ª) Núm. 157/2017 (REC: 323/2017, ponente Calderón Martín), de 7 de noviembre.

²⁴ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, pág. 21.

²⁵ Las personas con discapacidad han visto ampliamente aumentadas sus posibilidades de contraer matrimonio, tras la entrada en vigor de la Ley 4/2017, de 28 de junio, deudora de la Circular de 23 de diciembre de 2016 del Director de la DGRN (hoy DGSJFP). Así, la «discapacidad» a que se refería el art. 56 del CC (en su redacción dada por la LJVol original) se debe entender como aquella discapacidad que «afecte de forma sustancial a la prestación del consentimiento por el interesado en cuestión».

²⁶ De Salas Murillo, S. «Incidencia de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en la regulación relativa a las personas con discapacidad» en, Areces Piñol, M.ª T., *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: jurisdicción voluntaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pág. 273.

bre la materia que constituya su objeto, sin perjuicio de los casos en que el expediente pueda iniciarse de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.²⁷

El art. 3.1 LJVol distingue entre promotores e intervinientes en el expediente, considerados en términos generales como «partes» (art. 3.2, frase segunda LJVol). En cualquier caso, la distinción es irrelevante pues, una vez personados, todos tienen los mismos derechos y obligaciones, incluido el MF.²⁸ Las normas reguladoras de la JV de nuestro entorno son variadas respecto de la legitimación y la atribución de la condición o no de parte. Por ejemplo, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria austríaca (AußStrG, en adelante) incorpora también a la lista de legitimados —a los que reconoce la condición de parte (*Partei*)²⁹— a «cualquier persona, siempre que sus intereses jurídicamente protegidos pudieran ser inmediatamente afectados por la decisión judicial tomada o por tomar» (§ 2.I.3). De similar manera, el § 7.II.1 FamFG alemana atribuye la condición de participante (*Beteiligte*) y no parte, también a aquellos cuyo derecho pueda ser previsible e inmediatamente afectado por el expediente. La especialidad respecto de las personas con discapacidad no es aquí especialmente llamativa.

5. DISCAPACIDAD Y POSTULACIÓN

Respecto de la postulación, el art. 3.2 LJVol establece que «tanto los solicitantes como los interesados deberán actuar defendidos por Letrado y representados por Procurador en aquellos expedientes en que así lo prevea la presente Ley. No obstante, aun cuando no sea requerido por la ley, las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente».³⁰ Esta regla se completa en el mismo art. 3.2 LJVol *in fine*: «en todo caso, será necesaria la actuación de Abogado y Procurador para

²⁷ El art. 3 LJVol se separa del Proyecto de 2006, que tan solo refería lo siguiente: «podrán promover expedientes de jurisdicción voluntaria e intervenir en ellos quienes sean titulares de derechos o de un interés legítimo sobre la materia que constituya su objeto». Este indeterminado concepto de «interés legítimo» ampliaba considerablemente la legitimación para promover o intervenir en los expedientes, sin perjuicio de que la legitimación quedaba más razonablemente acotada en la regulación de los expedientes en particular (Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 26 de julio de 2006, pág. 47).

²⁸ Banacloche Palao, J., *Los nuevos expedientes...*, op. cit., pág. 62.

²⁹ También la ZPO CH que, en el art. 19, se refiere expresamente a la parte demandada (*die beklagte Partei*).

³⁰ Respecto de la postulación, el art. 17.1 del Proyecto de 2006 establecía —en una ubicación sistemática que no seguirían posteriormente otros proyectos— que «en los expedientes de jurisdicción voluntaria no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador», lo que parecía lógico dada la desjudicialización que tenía por objeto el Proyecto. Estas normas de postulación no se exceptuaron, ni siquiera, en los expedientes más delicados que se suscitan respecto de personas con discapacidad —como la remoción del tutor (art. 72 del Proyecto de 2006). En cualquier caso, el art. 17.4 del Proyecto de 2006 garantizaba suficientemente la igualdad de armas de los interesados e intervinientes, previendo lo siguiente: «(s)i otro interesado pretendiere valerse de abogado, aunque el solicitante no vaya asistido del mismo, lo comunicará al administrador, pudiendo solicitar en su caso el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. En tal caso, el administrador podrá acordar la suspensión del expediente hasta que se produzca el reconocimiento o denegación del derecho o la designación

la presentación de los recursos de revisión y apelación que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formulase oposición».³¹ Por tanto, la LJVol no exige postulación en términos generales, sin perjuicio de que los solicitantes o intervinientes que quieran servirse de Abogado o Procurador pueden hacerlo (art. 32 LEC). La previsión no es de gran utilidad, como dice Banacloche Palao, pues tan solo se remite a los expedientes particulares, de manera que difícilmente se puede saber —con base en este precepto— qué postura adopta, en general, la LJVol respecto de la postulación —lo que confirma la Exposición de Motivos de la LJVol (ap. X).³² Respecto de los expedientes relativos a personas con discapacidad, se ha afirmado que la postulación facultativa está justificada en los expedientes relativos a menores y personas con discapacidad, por la intervención del MF y porque la intervención de Letrado «encarecería las actuaciones y terminaría perjudicando económicamente a quienes son interesados en estos expedientes».³³ Por el contrario, el CGPJ se había pronunciado —acertadamente a nuestro juicio— a favor de mantener la postulación obligatoria, al menos, en los «expedientes relativos a la capacidad de las personas, a menores y a familia, incluido el régimen económico matrimonial».³⁴ Lo contrario podría suponer «dejar la puerta abierta para que actúen intrusos sin responsabilidad ni solvencia».³⁵ En definitiva, la especial trascendencia de los intereses que se ventilan en tales expedientes exige ineludiblemente la presencia de Abogado.³⁶

provisional de abogado». La previsión de este art. 4 LJvol con el § 10.I FamFG: «Soweit eine Vertretung durch Rechtsanwälte nicht geboten ist, können die Beteiligten das Verfahren selbst betreiben».

³¹ «No tendría mucho sentido exigir el cumplimiento de los requisitos de postulación a partir del momento en que se formule oposición y no hacerlo para el escrito mismo. En cualquier caso, no podrá el opositor sostener posteriormente la oposición en comparecencia si no acude a la misma debidamente asistido y representado» (López Jara, M., «Artículo 17. Admisión de la solicitud y citación de los interesados», n Lledó Yagüe, F., *et all.* (dirs.) y Monje Balmaseda, O. (coord.), *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Consejo General del Notariado – Dykinson, Madrid, 2016, pág. 121).

³² Banacloche Palao, J., *Los nuevos expedientes...*, *op. cit.*, pág. 65; igualmente Fernández de Buján, A., «Artículo 3. Legitimación y postulación», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *op. cit.*, pág. 101. Para Sospedra Navas, F. J., *Proceso Civil...*, *op. cit.*, pág. 50, sin embargo, «la regla general es que no es necesaria la postulación en los expedientes de jurisdicción voluntaria en que la Ley no lo prevea expresamente».

³³ Banacloche Palao, J., *Los nuevos expedientes...*, *op. cit.*, pág. 66. En cierta manera coincidente, aunque con apoyo el Principio Núm. 2.3 de la Recomendación R(99)4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999, sobre principios de protección de los mayores incapaces, *cfr.* De Salas Murillo, S. «Incidencia...», *op. cit.*, pág. 277.

³⁴ Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 27 de febrero de 2014, pág. 55.

³⁵ Díaz Barbero, A., y González Piqué, C., «Postulación y defensa en los expedientes de jurisdicción voluntaria», en Díaz Barbero, A., (coord.), *Estudio práctico de la Ley de la Jurisdicción voluntaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 80.

³⁶ Bayo Recuero, M.^a N., «Artículo 3. Legitimación y postulación», en Lledó Yagüe, F., *et all.* (dirs.) y Monje Balmaseda, O. (coord.), *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Consejo General del Notariado – Dykinson, Madrid, 2016, pág. 45. Un modelo interesante respecto de la postulación es el que ofrece el § 276.I.1 FamFG, que establece la necesidad, en principio, de nombrar una suerte de defensor judicial (*Verfahrenspfleger*) en los asuntos relativos a la institución de personas con discapacidad cuando, por ejemplo, deba prescindirse de dar audiencia al mismo.

6. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

6.1. Consideraciones generales

La presencia del MF en la JV española y europea no es nueva, si bien las diferencias entre los regímenes anteriores y el actual son importantes.³⁷ La intervención del MF en asuntos civiles ha sido bien sintetizada por la STS Núm. 160/1988 (ponente Lautor Brotons), de 3 de marzo, en la que se puede leer lo siguiente:

«(...) en nuestra patria, el Ministerio Fiscal, inspirado en las ideas francesas de la época, comienza a perfilarse en el Reglamento de 26 de septiembre de 1835, señalándose como defensor de la causa pública (artículo 101) y delimitando sus funciones y actuaciones de modo negativo («no se mezclará en los negocios civiles que sólo interesan a personas particulares»). Posteriormente, en el Reglamento del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1883 insiste en que, tratándose de negocios civiles «no se le oirá sino cuando interesen a la causa pública» (artículo 40) y las Ordenanzas de las Audiencias, de 19 de diciembre de 1835, reiteran los mismos conceptos, quedando perfectamente delimitados los de Ministerio Fiscal como parte o simplemente dictaminante, distinción que empieza a perderse un tanto con la publicación del Reglamento de los Juzgados de Primera Instancia de 1 de mayo de 1844 y cuyo criterio es seguido por el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 (artículo 838)» [FJ 1.º].

La relevancia del interés público que se ventila en tales expedientes justifica la presencia del MF, a pesar de la volatilidad de este llamado interés público.³⁸ Así se explica la previsión del art. 4 LJVol que — en consonancia, entre

³⁷ El Proyecto de 2006 preveía también la intervención del MF en determinados expedientes, como imponen los arts. 3.6 y 7 EOMF. Así, el art. 16 del Proyecto establecía que: «(e)l Ministerio Fiscal intervendrá en los expedientes de JV administrados por el Juez cuando afecte al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o incapaz y en aquellos otros casos en que la Ley expresamente lo prevea». Por otra parte, la intervención —por lo menos indirecta— del Fiscal no se restringe solo a los expedientes judiciales, pues aunque no se prevea la presencia del MF en los expedientes notariales, por ejemplo, «ello no obsta para que, en aquellos casos en que por los mismos [notarios] se aprecie carencia de representación legal de menores o personas con capacidad modificada judicialmente que así lo requieran, se comunique dicha circunstancia al Ministerio Público a los efectos de instar la correspondiente designación de defensor judicial. En este sentido, pueden citarse distintos preceptos como los arts. 56.1, 57.3 o 62.3 de la Ley del Notariado (...) [Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria, ap. 2.1]. Otros países de nuestro entorno recogen también reglas similares con mayor o menor intensidad. Por ejemplo, el art. 811 del CPCFr establece que: «(l)e ministère public, s'il y a des débats, est tenu d'y assister ou de faire connaître son avis». Por su parte, el art. 740 del CPCIt determina que: «(i)l pubblico ministero, entro dieci giorni dalla comunicazione, può proporre reclamo contro i decreti del giudice tutelare e contro quelli del tribunale per i quali è necessario il suo parere».

³⁸ La Consulta de la FGE de 15 de noviembre de 1910, sobre la competencia para conocer de los juicios *ab intestato* y actos de jurisdicción voluntaria establecía que el Fiscal es parte por Ministerio de la Ley al afectar al interés público, lo hoy no parece ya del todo sostenible. Por otra parte, como recuerda la Instrucción de la FGE Núm. 4/2016, de 22 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las Comunidades Autónomas, ap. 1: «(l)a experiencia indica que la presencia del Fiscal en el proceso civil dista mucho de

otros, con los arts. 124 CE, 541 LOPJ, 1 y 3.6.º y 7.º EOMF³⁹ — determinar que el MF intervendrá en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare. Ahora bien, que el MF intervenga en una buena cantidad de expedientes⁴⁰, no puede oscurecer su justificada retirada de otros varios, como los expedientes de dominio, declaraciones de herederos o extravío de cheques.⁴¹ Coadyuvando a esta retirada, el Consejo Fiscal proponía en su Informe al Anteproyecto de LJVol de 2013 suprimir la presencia del MF en aquellos expedientes cuya resolución no venga finalmente atribuida a la autoridad judicial.⁴² Y a esta justificación *cualitativa* de la retracción del MF en la JV, se ha venido añadiendo otra de orden cuantitativa: la escasez de recursos que padece el MF, unido a que «por hoy, no goza del don de la ubicuidad», exigiría una reconfiguración de su intervención en la jurisdicción civil.⁴³ En este sentido, algunos autores como Guillén Oquendo (Fiscal) proponen «limitar las comparecencias y vistas al máximo, al ser de dudosa utilidad general, celebrando aquellas que sean verdaderamente útiles».⁴⁴ Igualmente, el Consejo Fiscal había propuesto en su Informe al Anteproyecto de Ley de JV la concentración de los Juzgados de Familia, Tutelas (o apoyos) y protección de

ser marginal. No lo es ahora ni lo ha sido en la evolución histórica de la Institución. Ya la Circular de 8 de mayo de 1889 (Memoria de 1889, págs. 36 a 41), con motivo de la publicación del CC y referida al carácter de la intervención del Fiscal en los asuntos civiles, expresaba que lejos de ser meramente formularia, representa siempre la garantía de algún derecho, ya fuere establecido y redundase en interés social, ya en beneficio de personas privadas, dignas por la situación en que se encuentren, de la protección de la Autoridad pública, y que por ello el Ministerio Fiscal no llenaría cumplidamente su noble misión, si dentro de la órbita de sus atribuciones y ajustándose a las formas legales, no procurase con celo y discreción dejar a salvo y garantido en cada caso concreto el interés confiado a su defensa (...).

³⁹ En la antigua LOPJ 1870, *cfr.* art. 838.6º.

⁴⁰ Una lista completa de los mismos hay en la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria (ap. 2.4).

⁴¹ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, pág. 27. Lo reconoce también la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria, *cfr.* conclusión 3.ª Por otra parte, la retirada del MF también se proyecta en los expedientes que traen causa del Derecho civil autonómico pues «la nueva Ley [de JV] no afecta a las referencias expresas a la intervención del MF efectuadas en la legislación foral sustantiva en aquellos casos en que o tienen concordancia con expedientes tipificados. Tales casos se tramitarán por las normas comunes con las especialidades necesarias (...). Sin embargo, en ausencia de referencia expresa y no tipificación en la LJV, los Sres. Fiscales solo intervendrán cuando lo justifique la cláusula general del art. 4 [LJV], cuyos criterios son mas estrictos que los de la legislación que se deroga» (Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción voluntaria, conclusión 2.ª). La cursiva anterior es nuestra.

⁴² Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, págs. 31 y 32.

⁴³ Guillén Oquendo, J. P., «La intervención del Ministerio Fiscal en la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria», en Fernández de Buján y Fernández, A. y García Más, F. J. (coords.), Dykinson – Colegio Notarial Castilla-La Mancha, Madrid, 2016, pág. 73.

⁴⁴ Guillén Oquendo, J. P., «La intervención del Ministerio Fiscal en la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria», en Fernández de Buján y Fernández, A., y García Más, F. J. (coords.), *op. cit.*, págs. 73 y 74.

las personas en las capitales de provincia, para ahorrar recursos en desplazamientos de los miembros del MF.⁴⁵ Ambos reclamamos, si bien justificados, deben decaer, sobre todo cuando el art. 17.2.II LJVol establece que «si sólo hubiera que oír al Ministerio Fiscal y no fuera necesaria la realización de prueba, este emitirá su informe por escrito en el plazo de diez días». A ello debe sumársele la previsión del art. 182.4.5.º LEC, con arreglo al cual el LAJ, al establecer la fecha y hora de las vistas, tendrá en cuenta la «coordinación con el Ministerio Fiscal en que las leyes prevean su intervención». Ambos mecanismos parecen suficientes para paliar la escasez de representantes del MF. Y, por otra parte, la utilización de la videoconferencia para comparecer en tales procedimientos —sin perjuicio de los problemas que, respecto de la inmediación pueda suscitar— es una posibilidad sugerida por el propio MF.⁴⁶ En cualquier caso, ninguna de estas medidas puede servir de pretexto para convertir la intervención del MF en meramente formularia, cuando no sea constitucionalmente admisible. Como recuerda la Instrucción de la FGE Núm. 4/2016, sobre las funciones del Fiscal delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las Comunidades Autónomas, de 22 de diciembre, desde antaño se prevé la intervención activa del MF en asuntos civiles:

«Ya la Circular de 8 de mayo de 1889 (Memoria de 1889, págs. 36 a 41), con motivo de la publicación del CC y referida al carácter de la intervención del Fiscal en los asuntos civiles, expresaba que lejos de ser meramente formularia, representa siempre la garantía de algún derecho, ya fuere establecido y redundase en interés social, ya en beneficio de personas privadas, dignas por la situación en que se encuentren, de la protección de la Autoridad pública, y que por ello el Ministerio Fiscal no llenaría cumplidamente su noble misión, si dentro de la órbita de sus atribuciones y ajustándose a las formas legales, no procurase con celo y discreción dejar a salvo y garantido en cada caso concreto el interés confiado a su defensa (...)» [ap.1].

A ello debe añadirse, en contra de la traslación de la competencia de los Juzgados a fueros distintos de los más cercanos a la persona con discapacidad, que el art. 13.1 CDPD recoge el compromiso de los Estados parte de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás personas. Por tanto, parece difícilmente conciliable con el art. 13.1 CDPD que, por cuestiones de economía pro-

⁴⁵ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, pág. 29. Crítica: Garcimartín Montero, R., *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 78.

⁴⁶ Cfr. Instrucción de la FGE 2/2015, de 16 de octubre de 2015, ap. 3.2. Allí se dice, que la utilización de la videoconferencia es una circunstancia que deberá decidir, inicialmente, al MF, de manera que «no parece razonable que sea el órgano judicial quien decida sobre la oportunidad o conveniencia de que el Fiscal pueda comparecer mediante videoconferencia (...)». Esta posición, sin embargo, es difícilmente conciliable con la previsión del art. 229.3 LOPJ que atribuye la decisión sobre este extremo al Juez o Tribunal. Distinto sería que el MF *sugiriese* al LAJ la realización de tales actuaciones por videoconferencia y que ello, de conformidad con los principios de cooperación básicos entre Administraciones [art. 3.1 letra k) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público] fuera la tónica habitual.

cesal, se alejen los Juzgados competentes de las personas con discapacidad. Admitir lo contrario sería, además, no dar cumplimiento a la DA 14.^a LOPJ.⁴⁷

6.2. La discapacidad en la doctrina de la Fiscalía General del Estado

La doctrina de la Fiscalía General del Estado (FGE, en adelante) condensada en sus Circulares, Instrucciones y Consultas, viene a constituir el «ADN de la institución». Su exposición permite conocer, además de soluciones de *pura* técnica jurídica,

«las preocupaciones, anhelos y objetivos del Ministerio Público español. Es en este sentido satisfactorio comprobar cómo las cuestiones que preocupan a la Fiscalía han evolucionado progresivamente en una dirección mucho más enraizada en los derechos de los ciudadanos y en el interés social. De centrarse en cuestiones tales como los delitos cometidos por medio de la imprenta o los delitos contra la moral se ha pasado a tratar profusamente cuestiones tales como la protección de los menores de edad, de los discapaces o de los trabajadores».⁴⁸

La discapacidad ocupa, pues, un espacio relevante entre las cuestiones que con mayor ímpetu han atraído la atención de la FGE, no solo en el proceso penal, sino también en los procedimientos civiles.⁴⁹ Ya desde comienzos del siglo xx la FGE había dictado Circulares e Instrucciones relativas —directa o indirectamente— a la protección de las personas con discapacidad.⁵⁰ Entre las resoluciones temporalmente más próximas a nosotros, son muy numerosas las dedicadas a la privación civil de libertad de personas con discapacidad son numerosas.⁵¹ Así, en la Circular de la FGE Núm. 2/1984, de 8

⁴⁷ La DA 14.^a LOPJ establece lo siguiente: «(l)a accesibilidad para personas con discapacidad y mayores de dependencias y servicios de carácter jurisdiccional constituye un criterio de calidad, que ha de ser garantizado por las autoridades competentes. Las dependencias y servicios judiciales de nueva creación deberán cumplir con las disposiciones normativas vigentes en materia de promoción de la accesibilidad y eliminación de barreras de todo tipo que les sean de aplicación. Las Administraciones y autoridades competentes, en la esfera de sus respectivas atribuciones, promoverán programas para eliminar las barreras de las dependencias y servicios que por razón de su antigüedad u otros motivos presenten obstáculos para los usuarios con problemas de movilidad o comunicación».

⁴⁸ *Doctrina de la Fiscalía General del Estado (1883-2013)*, Fiscalía General del Estado–Secretaría Técnica, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014, pág. 9.

⁴⁹ En el proceso penal, la primera Consulta de la FGE que se ocupa monográficamente de la incapacidad en el proceso penal es, hasta donde nosotros conocemos, la Consulta de 5 de julio de 1902, sobre la posibilidad de pedir el sobreseimiento libre por enajenación (*Doctrina de la Fiscalía General del Estado (1883-2013)*, Fiscalía General del Estado–Secretaría Técnica, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014, pág. 17). Con anterioridad, algunas como la Resolución de 1889, a raíz de la circular de 30 de mayo de 1889, habían tratado tangencialmente la cuestión (*Doctrina de la Fiscalía General del Estado...*, *op. cit.*, pág. 222). Sobre la JV, la primera consulta que nos consta es la de 15 de noviembre de 1910, sobre la competencia para conocer de los juicios *ab intestato* y actos de jurisdicción voluntaria (*Doctrina de la Fiscalía General del Estado...*, *op. cit.*, pág. 222).

⁵⁰ *Cfr.* Circular de la FGE 11 de abril de 1930, acerca de la intervención del MF en la representación y defensa de incapaces.

⁵¹ No solo este derecho de las personas con discapacidad ha sido monográficamente tratado: sobre la «esterilización de los incapaces que adolezcan graves deficiencias psíquicas», que afecta al derecho a la integridad física (art. 15.1 CE), *cfr.* Consulta de la FGE Núm. 1/1991, de 31 de enero, relativa a los

de junio, en torno al artículo 211 del Código Civil: el internamiento de incapaces presuntos, ya se abordaba el rol del MF en un expediente clásico de JV: el internamiento no voluntario en centro psiquiátrico (hoy «reclasificado» en el art. 763 LEC). A esta Circular de 1984, ya indudablemente imbuida por el respeto al derecho a la libertad personal que deriva del art. 17.1 CE [y del art. 5.1 e) del CEDH], le siguieron otras en la misma línea. Entre ellas destacó la Consulta de la FGE Núm. 2/1993, de 15 de octubre, sobre el artículo 211 del CC que concluía lo siguiente:

«el único modo de que internamiento forzoso (...) se acomode al ordenamiento jurídico interno (art. 211 del CC) consistirá en exigir expresa autorización judicial, que se justificaría en los casos de la Consulta por la perturbación mental real de los sujetos a internar y por la naturaleza del Centro en donde han de permanecer (...)».⁵²

La resolución más reciente que se ocupa de la cuestión monográficamente —al margen de cuestiones de competencia territorial⁵³— es la Circular de la FGE Núm. 2/2017, de 6 de julio, sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores. Ahora bien, esta exuberante cantidad de resoluciones sobre internamiento no voluntario no puede oscurecer la intervención de la FGE en otros asuntos igualmente relevantes. También es perceptible un buen número de resoluciones dedicadas a la fiscalización de las medidas de protección de las personas con discapacidad. De entre ellas destacan especialmente dos: la Instrucción de la FGE Núm. 4/2008, de 30 de julio, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces; y la Instrucción de la FGE Núm. 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.⁵⁴ Ambas están claramente dirigidas a llenar el «papel de primer orden en la protección de las personas con discapacidad, que demanda de la Institución [el MF] una respuesta eficaz y con criterios uniformes en defensa de los más desvalidos».⁵⁵

aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas; sobre derechos de carácter patrimonial, *cfr.* Consulta de la FGE Núm. 2/1985, de 25 de abril, sobre si es necesaria la aprobación judicial de las particiones cuando alguno de los herederos declarado incapaz esté representado por un defensor judicial. En cualquier caso, la LO 2/2020 ha suprimido la esterilización forzosa o no consentida de las personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

⁵² Para el proceso penal es ilustrativa la Consulta de la FGE Núm. 5/1999, de 16 de diciembre, sobre problemas que plantea el internamiento de quienes tienen suspendida la ejecución de una pena privativa de libertad por trastorno mental grave sobrevenido a la sentencia firme.

⁵³ *Cfr.*, entre otras, la Circular de la FGE Núm. 2/2021, de 30 de abril, sobre el tratamiento de la competencia territorial en el orden jurisdiccional civil (ap. 4.1.1.3); la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva LJVol (ap. 7.2); y la Circular Núm. 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles (ap. VII.2).

⁵⁴ Otras reseñables son, en materia de organización, la Instrucción de la FGE Núm. 4/2009, de 29 de diciembre, sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas.

⁵⁵ Instrucción de la FGE Núm. 4/2008, de 30 de julio, sobre el control y vigilancia por el Ministerio Fiscal de las tutelas de personas discapaces (ap. I *in fine*).

7. MEDIOS DE PRUEBA

El interés público que se ventila en determinados expedientes de JV explica la derogación del principio de aportación de parte que rige en el proceso civil tradicional (art. 216 LEC).⁵⁶ Así, el art. 5 LJVol (como el art. 752 LEC), excepcionando el principio de preclusión, establece que el Juez o el Secretario judicial, según quien sea el competente para el conocimiento del expediente, decidirá sobre la admisión de los medios de prueba que se le propongan, pudiendo ordenar prueba de oficio en los casos en que exista un interés público, se afecte a menores o personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, lo estime conveniente para clarificar algún elemento relevante y determinante de la cuestión o expresamente lo prevea la ley.⁵⁷ De lo que se trata con este precepto es, como señalaba el art. 22.4.^a del Proyecto de 2006, de «decidir con acierto sobre los hechos de los que dependa la resolución definitiva del expediente».⁵⁸ Este objetivo es plenamente conforme con la posición que, tuitivamente, ha mantenido la STC Núm. 178/2020 (REC: 6318/2017, ponente Roca Trías) de 14 de diciembre, respecto de la posición de los menores en JV. Conforme a esta resolución y en atención al papel que tiene encomendado el principio constitucionalmente impuesto a todos los poderes públicos de proveer a la protección del menor» no cabe duda de que su aplicación prima sobre la de cualquier norma procesal relativa a una posible preclusión o extemporaneidad de las pretensiones» (FJ 3.^o). En cualquier caso, la amplitud del art. 5 LJVol ha sido ciertamente realzada, pues se prevé no solo para estos supuestos en que esté comprometido el interés público, sino en todos los expedientes.⁵⁹ Sin embargo, una interpretación restrictiva del precepto debiera conducir a entender que, en los expedientes en los que no esté afectado el interés público, «debe entenderse que existe vinculación a los hechos y que la facultad de iniciativa probatoria de oficio ha de ser utilizada en forma restrictiva, con arreglo al principio establecida en el artículo 282 LEC, especialmente en aquellas materias que están imbuidas en mayor medida por el principio dispositivo».⁶⁰ Por tanto, respecto de las materias ajenas al interés público, la prueba de oficio debe ser subsidiaria en

⁵⁶ Santos Martínez, A. M., «Apartado I. Disposiciones generales a la Ley de jurisdicción voluntaria (arts. 1 a 22 LJVol)», en Izquierdo Blanco, P., y Picó i Junoy, J., *Jurisdicción voluntaria...*, op. cit., pág. 60.

⁵⁷ Respecto de los medios de prueba, y con cierta timidez en contraste con su homólogo de 2014 y la LJVol de 2015, el art. 5 del Proyecto de 2006 establecía que: «el administrador decidirá sobre la admisión de los medios de prueba que se le propongan durante la tramitación del expediente (...)». La especial trascendencia de los intereses que, respecto de las personas con discapacidad, podían ventilarse en tales expedientes hubiera justificado una mayor separación del principio de preclusión. Aun así, era de celebrar la flexibilización expresa y clara de la norma que para el juicio verbal preveía (y prevé) el art. 443.4 LEC (Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria, de 26 de julio de 2006, pág. 57).

⁵⁸ En segunda instancia, el art. 5 LJVol permite valorar documentos presentados con el recurso AAP Huesca (Sección 1.^a) Núm. 83/2017 (REC: 216/2017, ponente Angos Ullate, de 14 de julio, FJ 2^o).

⁵⁹ Sospedra Navas, F. J., *Proceso Civil – La jurisdicción voluntaria*, Vol. III, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pág. 52.

⁶⁰ Sospedra Navas, F. J., *Proceso Civil*, op. cit., pág. 53.

relación con la actividad de las parte. De esta manera, no sería aceptable que «el Juez o el Secretario se avancen a su labor, para preservar su imparcialidad, así como el propio derecho de defensa». ⁶¹ Y no debería, por tanto, ir más allá de una mera sugerencia como la que prevé el art. 429.I LEC, pues no tendría sentido una expansión de la actividad oficial en la JV ajena al interés público. ⁶²

8. AJUSTES PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

8.1. Consideraciones generales

Como consecuencia mediata de la CDPD, se introduce en la LEC y en la LJVol un art. 7 bis, intitulado «ajustes para las personas con discapacidad». ⁶³ Tales ajustes son definidos en el art. 2.V del CDPD como:

«(...) las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

Esta previsión se materializa en nuestra legislación procesal en los arts. 7 bis LEC y LJVol. La ubicación sistemática del primero es discutible, pues viene emplazado entre las normas relativas a la capacidad, cuando su espíritu parece estar más encaminado a garantizar el acceso a la justicia en un sentido no tanto formal, sino material. ⁶⁴ Habría sido conveniente, pues, haberlo situado de en el Título III del Libro III de la LOPJ, relativo a las actuaciones judiciales o, como dice Garcimartín Montero, en los arts. 129 y ss. LEC. ⁶⁵ Por otra parte, podría haberse reconsiderado la verdadera conveniencia de duplicar la norma e introducirla tanto en la LEC como en la LJVol, pues el art. 8 LJVol permitiría la aplicación de aquella. ⁶⁶ Igualmente, como advierte Fernández de Buján, el empleo indiscriminado de la noción «proceso» en la LJVol es incorrecto, pues el término adecuado hubiera sido «procedimiento». ⁶⁷

⁶¹ Nieva Fenoll, J., «Artículo 5. Prueba», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *op. cit.*, pág. 114.

⁶² Nieva Fenoll, J., «Artículo 5. Prueba...», *op. cit.*, pág. 114.

⁶³ En el ap. 1 del art. 7 bis de la LEC se dice que «en los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones (...)»; sin embargo, el ap. 1 del art. 7 bis de la LJVol establece que «en los procesos a los que se refiere esta Ley en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones (...)» [la cursiva es nuestra]. *Cfr.* al respecto, Fernández de Buján, A., «Acceso a la justicia de las personas con discapacidad. La especial competencia del Letrado de la Administración de Justicia conforme a la Ley 8/2021», *Revista Acta Judicial*, Núm. 9, 2022, págs. 2 y ss.

⁶⁴ Garcimartín Montero, R., *La provisión judicial...*, *op. cit.*, pág. 39.

⁶⁵ Garcimartín Montero, R., *La provisión judicial...*, *op. cit.*, pág. 44.

⁶⁶ Además, si se introduce la norma en la LJVol, ¿por qué no también en otras normas procesales? Si la LEC es supletoria del resto de normas procesales (art. 4 LEC), difícilmente se comprende por qué solo vienen previstos estos ajustes necesarios en la LJVol. Quizás, porque la LJVol es preferente, en el sentido del ap. V del Preámbulo de la Ley 8/2021.

⁶⁷ Fernández de Buján, A., «Acceso a la justicia...», *op. cit.*, pág. 9. *Cfr.* también nota 12 del mismo estudio.

8.2. Fundamento

Los ajustes necesarios tienen como fundamento la igualdad y la prohibición de discriminación de las personas con discapacidad, tal como se deriva de la reciente STC Núm. 172/2021 (REC: 4119/2020, ponente Narváez Rodríguez) de 7 de octubre. En ella el TC advierte que las normas del art. 14 CEDH (principio de no discriminación) rigen evidentemente para las personas con discapacidad. [FJ 3.º, letra B] y que de ellas derivan los llamados «acomodos» o ajustes necesarios.

8.3. Elementos

La regulación de los «ajustes para las personas con discapacidad» que regulan la LEC y la LJVol permite la siguiente sistematización:

8.3.1. *Subjetivos*

El ámbito subjetivo de estos ajustes razonables es ciertamente amplio, pues el art. 7 bis, ap. 1 LJVol se refiere a los procesos en los que «participen» personas con discapacidad. Una interpretación sistemática del precepto en conexión con la naturaleza de la «participación» en la LJVol permitiría concluir razonablemente que los ajustes razonables se prevén para los «solicitantes» o «promotores» de los expedientes. Sin embargo, este argumento no puede ser decisivo, pues el art. 7 bis LEC también emplea el término «participen». De este modo, los ajustes razonables no parecen estar en función de la naturaleza voluntaria o contencioso del expediente. El término «participen» debe entenderse, entonces, en un sentido amplio vulgar. De aquí se podría colegir que los ajustes razonables pueden preverse *toda* persona que, en general, intervenga en el procedimiento en cualquier calidad. Esta postura, sin embargo, no es soluble en el tenor del pár. 2 del art. 7.1 bis LJVol, que dispone lo siguiente:

«Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno».

De aquí se desprende que quien realiza los ajustes es alguien distinto de las partes (evidentemente) pero también del MF, del Tribunal y del LAJ —pues el art. 42 bis a) ap. 5 LJVol establece, respecto de este último, que él mismo realizará las adaptaciones y ajustes necesarios. Carecería de sentido que el Tribunal o el LAJ de oficio se solicitaran así mismos la realización de ajustes. Por todo ello, parece lógico entender que los ajustes necesarios a que se refiere el art. 7 bis LJVol se deben reservar a aquellos que intervienen en el pro-

cedimiento como: 1) solicitantes o promotores no públicos del expediente; 2) y como testigos, peritos, traductores, intérpretes etc., como por otra parte se deriva del art. 18.2.2º LJVol *in fine* que, disciplinando la sustanciación de la comparecencia, establece lo siguiente: «se garantizará, a través de los medios y apoyos necesarios, la intervención de las personas con discapacidad [en general] en términos que les sean accesibles y comprensibles».⁶⁸

8.3.2. *Objetivos*

Respecto de *lo objetivo* de los ajustes para personas con discapacidad deben distinguirse dos grandes preguntas. En primer término, cuándo son necesarios los ajustes en el sentido del art. 7 bis.1.II LJVol y, en segundo lugar, en qué consisten.

8.3.2.1. ¿Cuándo son necesarios?

Ni la LJVol ni la LEC concretan cuándo son necesarios estos ajustes. Tampoco son especialmente ilustrativas las normas procesales de nuestro entorno, pues la ZPO alemana⁶⁹, la austríaca⁷⁰, la suiza⁷¹, el Código Procesal Civil de Italia⁷², el Código Procesal Civil de Francia⁷³ o, el de Código Procesal Civil de Portugal⁷⁴ no ofrecen más que particularidades. Sin embargo, teniendo en consideración que la finalidad de los ajustes es evitar la discriminación y, por tanto, que las personas con discapacidad puedan participar en el procedimiento en condiciones de igualdad con los demás, parece lógico que esta sea la circunstancia que da lugar a la realización de ajustes razonables [*cfr.* STC Núm. 172/2021 (REC: 4119/2020, ponente Narváez Rodríguez) de 7 de octubre]. Se tratará, en definitiva, de un supuesto de hecho que, siendo medi-

⁶⁸ Igualmente, Fernández de Buján, A., «Acceso a la justicia...», *op. cit.*, pág. 12.

⁶⁹ Se limita a prever algunas normas respecto de la prestación de juramento o promesa (§ 483). Igualmente, *cfr.* §§ 186 y 191a GVG. *Cfr.* Loytved, H., y Frerichs, K., «Zur rechtlichen Handlungsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren», en Aichele, V. (ed.), *Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht — Artikel 12 der UN-Behindertenrechtskonvention*, Nomos, Baden-Baden, 2013, págs. 119 y ss.

⁷⁰ § 73a.I, sobre la intervención de intérprete.

⁷¹ Art. 113.2.b), respecto de las costas, remitiéndose a la *Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen* [Ley Federal sobre la eliminación de la discriminación de las personas con discapacidades (Suiza)], de 13 de diciembre de 2002. Al respecto, *cfr.* Grohsmann, I., *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen*, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Bern, 2015. Disponible online en: <https://cutt.ly/DUWRX6c>

⁷² Art. 124, sobre la «*interrogazione del sordo e del muto*».

⁷³ Nada al respecto se prevé, ni siquiera en los arts. 1217 y ss., relativos a «*la procédure devant le juge des tutelles*».

⁷⁴ *Cfr.* A.A.V.V., *Direitos das Pessoas com Deficiência — À luz do novo regime do maior acompanhado, aprovado pela Lei n.º 49/2018, de 14-08*, Centro De Estudos Judiciários, Lisboa, 2019. Disponible online en: <https://cutt.ly/nUWQZIY>

camente objetivable, de lugar a la producción de una barrera que dificulte el ejercicio de la capacidad jurídica.

8.3.2.2. ¿En qué consisten?

Concretándose lo anterior, el art. 7 bis, ap. 2 LJVol establece que «las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo» y que, a tal fin:

- «a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.
- b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.⁷⁵
- c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.
- d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios».⁷⁶

Del tenor de este precepto parece derivarse que los ajustes están orientados mayoritariamente a resolver problemas de tipo intelectual, más que físico. A la misma conclusión puede llegarse con el art. 42 bis a).5 LJVol a la vista, que obliga al LAJ a realizar «las adaptaciones y los ajustes necesarios para que la persona con discapacidad comprenda el objeto, la finalidad y los trámites del expediente que le afecta, conforme a lo previsto en el artículo 7 bis de esta Ley». El precepto se refiere, pues, a la necesidad de que la persona con discapacidad *comprenda* determinados extremos del procedimiento, de manera que parece tener en mente una discapacidad más intelectual que física. Sin embargo, esta interpretación restrictiva no es soluble con la igualmente necesaria protección de las personas con discapacidades físicas, que parece ser tenida en cuenta por la expresión «interacción» que emplea el art. 7 bis.1.II LJVol *in fine*. Por tanto, si los apoyos en general parecen previstos para las personas con discapacidad intelectual sobre todo, en estos ajustes de los arts. 7 bis de la LEC y la LJVol sí parecen tener mayor cabida las personas con discapacidades físicas.⁷⁷

⁷⁵ La terminología parece todavía no haber sufrido cambio alguno.

⁷⁶ Esta última previsión del art. 7 bis.2.d) LJVol podría parecer compatible con que la entrevista con el Juez sea privada, pero en realidad la idea es evitar que la persona con discapacidad se sienta cohibida por otras personas de manera que, si esta persona que la acompaña es de confianza, no parece plantearse excesivo problema (Garcimartín Montero, R., *La provisión judicial...*, op. cit., pág. 125).

⁷⁷ Garcimartín Montero, R., *La provisión judicial...*, op. cit., pág. 40.

8.3.3. Temporales y formales

Conforme al art. 7 bis.1.II LJVol, los ajustes se realizarán «en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario». Se podrán prever, por tanto, desde que inicia el expediente, hasta que se dicta la resolución final. Formalmente, los ajustes relativos a las comunicaciones, notificaciones, etc., deberán realizarse en la resolución judicial o del LAJ de que se trate. Por su parte, los ajustes *físicos* —como la supresión de determinadas barreras o con el entorno (art. 7 bis.1.II LJVol *in fine*)— deberán realizarse fácticamente por los empleados públicos correspondientes.

8.3.4. Valoración

La posibilidad que prevé tanto la LEC como la LJVol de realizar tales ajustes —al margen de su ubicación sistemática. Se suscitan, sin embargo, dos problemas. En primer término, la realización de los ajustes debe tener en buen cuidado la necesidad de evitar la identificación entre la persona y su discapacidad. La excesiva atención a la discapacidad puede redundar en un excesivo paternalismo e infantilización que, lejos de ser de ayuda, es perjudicial.⁷⁸ En segundo término, la imperativa formulación de algunos extremos en el art. 7 bis LJVol [por ejemplo, ap. 2, letra a] parece conducir a la nulidad de lo realizado sin tales ajustes (*ex arts.* 238.4.º LOPJ y 225.3.º LEC en relación con el art. 166.1 LEC, sin perjuicio de la posibilidad de subsanar el error). La necesidad de que la persona con discapacidad comprenda qué está sucediendo en el expediente que se desarrolla en torno a ella, obliga a considerar estos ajustes como una «norma esencial del procedimiento». A ello debe añadirse que tales normas no exigen que efectivamente se haya producido la indefensión (de la persona con discapacidad, en este caso), sino que esta «haya podido producirse». La jurisprudencia, sin embargo, ha venido flexibilizando con acierto este requisito, exigiendo que efectivamente se produzca indefensión para declarar la nulidad [STS Núm. 171/2019 (REC: 1883/2016, ponente Vela Torres), de 20 de marzo, FJ 3.º]. En cualquier caso, sería deseable que la LJVol o la LEC aclarasen cuál es la consecuencia jurídica de la no realización de los ajustes necesarios.

9. EN LAS NORMAS COMUNES PARA LA TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES

Las normas comunes para la tramitación de los expedientes (arts. 13-22 LJVol) dan también buena cuenta de la discapacidad. Muy particularmente,

⁷⁸ Álvarez Lata, N., y Seoane, J. A., «El proceso de toma...», *op. cit.*, pág. 17.

las relativas a la celebración de la comparecencia, la resolución del expediente y los efectos de la interposición de recurso de apelación.

9.1. Celebración de la comparecencia

La celebración de la comparecencia se regula en el extenso art. 18 LJVol.⁷⁹ Esta se celebra ante el Juez o el LAJ según quién sea competente, y se sustancia según las reglas de la vista del juicio verbal (art. 443 LEC), con algunas especialidades:

9.1.1. Concentración de las diligencias

El párr. 1 del art. 18.2.4.^a LJVol establece que cuando el expediente afecte a los intereses de una persona menor de edad o persona con discapacidad, «se practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal». En cuanto al tiempo señalado por el precepto, cabe pensar, al igual que sucede respecto del plazo de 30 días para celebrar la comparecencia, que se trata de un plazo impropio, de manera que su incumplimiento —más o menos razonable— no acarrea consecuencia alguna.⁸⁰

9.1.2. Audiencia por separado

Por su parte, el párr. 2 del art. 18.2.4.^a LJVol determina que la autoridad judicial o el LAJ «podrán acordar que la audiencia de la persona menor de edad o persona con discapacidad se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, debiendo asistir el Ministerio Fiscal» y que, «en todo caso, se garantizará que puedan ser oídas en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario», consecuencia necesaria del art. 12.4 CDPD. También la legislación civil común da cuenta de la necesidad de evitar la interferencia en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad (*cf.* arts. 250.VI, 255.III, 258.III y 270). Por otra parte, no puede entenderse que esta posibilidad de practicar de manera reservada la declaración del menor (o de la persona con discapacidad) se restrinja solo a la prueba solicitada por el MF u ordenada de oficio por el Juez o LAJ. Al contrario, esta posibilidad debe asumirse para la generalidad de la prueba, de manera que «una cosa es que quepa en este caso

⁷⁹ *Ex* art. 8 LJVol son también de aplicación, en lo posible, los arts. 182 y ss., relativos a las vistas y comparecencias.

⁸⁰ Moreno Catena, V., «Artículo 18. Celebración de la comparecencia», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *op. cit.*, pág. 184.

prueba “oficial”, que normalmente se practicará con el resto, y otra que en caso de que la prueba consista en la declaración de un menor o una persona con la capacidad modificada, esta se puede hacer de forma separada y sin presencia de los interesados». ⁸¹

9.1.3. Acta de la audiencia

El párr. 3 del art. 18.2.4.^a LJVol establece, respecto del resultado de la «exploración» (*sic*), lo siguiente:

«se levantará en todo caso, acta por el Letrado de la Administración de Justicia, expresando los datos objetivos del desarrollo de la audiencia, en la que reflejará las manifestaciones del niño, niña o adolescente imprescindibles por significativas, y por ello estrictamente relevantes, para la decisión del expediente, cuidando de preservar su intimidad. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a las personas interesadas para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días». ⁸²

A pesar de que el precepto se refiere solo a los menores, la STC Núm. 64/2019 (REC: 3442/2018, ponente Valdés Dal-Ré), de 9 de mayo, que ha afirmado la constitucionalidad de este párr. 3 del art. 18.2.4.^a LJVol, sostiene que se trata de normas comunes «a menores y personas con capacidad modificada judicialmente» (FJ 2.º). Las consideraciones que realiza la STC se restringen (por cuestiones procesales) al régimen jurídico de los menores de edad. Ello no es obstáculo, sin embargo, para que, por vía interpretativa, puedan ser extendidas al régimen de las personas con discapacidad. De este modo, tras la justa ponderación de los derechos a la intimidad del afectado por la grabación audiovisual (art. 18.1 CE) y el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) del tercero, el TC llega a la conclusión (FJ 8.º) de que el momento crucial para garantizar estos derechos de audiencia e intimidad del menor se produce durante la audiencia. Así, es durante la entrevista judicial cuando el Juez o el LAJ deben cuidar de preservar la identidad del menor (y también aquí de la persona con discapacidad, aunque la equiparación de regímenes jurídicos no sea simbólicamente deseable).

⁸¹ Banacloche Palao, J., *Los nuevos expedientes...*, op. cit., pág. 94.

⁸² La redacción final de este precepto asumió la provechosa aportación realizada por el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de LJVol de 2014. El CGPJ había señalado que no estaría de más aclarar que el acta a que se refiere el precepto es un acta *escrita*, lo que permite asegurar que no habrá grabación audiovisual de la misma que se entregue a las partes», con la indudable protección de su derecho a la intimidad. Otra buena sugerencia que realizó el CGPJ, esta vez no asumida, consistía en que se detuviera la grabación de las actuaciones en el momento en que declarase el menor o la persona con discapacidad [Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 27 de febrero de 2014, pág. 86. En todo caso, las comparecencias de los menores deben respetar el art. 9.1.II LO 1/1996. Sobre la grabación de las actuaciones, *cfr.* arts. 230.3 LOPJ y 147.III y 187.1.II LEC.]

9.1.4. Motivación de la resolución

De otra parte, el párr. 4 del art. 18.2.4.^a LJVol establece que «tanto el Ministerio Fiscal en su informe como la autoridad judicial en la resolución que ponga fin al procedimiento deberán valorar motivadamente la exploración practicada». La previsión es superflua respecto del Juez, en un doble sentido. En primer lugar, porque el requisito *valoración motivada* ya viene exigido por el art. 208.2 LEC, derivación inmediata del derecho a la tutela judicial efectiva.⁸³ En segundo lugar, porque es de aplicación el art. 9.3 LOPJM que ya prevé una norma de similar calado, no solo para los menores, sino también para las personas con discapacidad, como recuerda la Circular de la FGE Núm. 9/2015, de 22 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria:

«(a) pesar de no existir un precepto paralelo al 9.3 LOPJM en el ámbito de los adultos con capacidad modificada judicialmente, es preciso también que “en las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia (...), así como su valoración”. En este sentido, puede traerse a colación la STS n.º 337/2014, de 30 de junio, que señala que la correcta interpretación de la regulación específica de la modificación de la capacidad exige partir de que “la persona afectada sigue siendo titular pleno de sus derechos fundamentales de modo que la incapacitación supone, en su correcto entendimiento, sólo una forma de protección» (ap. 4.4).⁸⁴

La consecuencia que se impone de estas consideraciones es la siguiente: no dar audiencia a la persona con discapacidad comporta la nulidad *a radice* de la resolución por provocar indefensión, pues se omite un trámite esencial, solo prescindible (por derivación del art. 10 CE) en los supuestos en que la audiencia carece absolutamente de sentido (por estar en coma, por ejemplo, el afectado), siendo imposible o totalmente inconveniente el trámite.⁸⁵ E igualmente, la CDPD es norma suficiente para justificar la procedencia de que, en todos los expedientes, se acuerde la celebración de comparecencia

⁸³ Cfr. por todas: STC Núm. 12/2021 (REC: 1588/2020, ponente Martínez-Vares García), de 25 de enero, FJ 3.º; y STS Núm. 706/2021 (REC: 305/2021, ponente Seoane Spiegelberg), de 19 de octubre, FJ 2.º.

⁸⁴ Respecto de la ruptura de la tradicional equiparación del régimen jurídico del menor y de la persona con discapacidad, cfr. Mayor del Hoyo, M.ª, V., «La escisión de los regímenes jurídicos del menor y de la persona con discapacidad», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 5-6, 2021.

⁸⁵ AAP Coruña (Sección 6.ª) Núm. 23/2020 (REC: 390/2019, ponente Gómez Rey), FJ 3.º Respecto del menor, pero plenamente equiparable a la persona con discapacidad: «(l)a omisión de la audiencia del menor constituye una infracción procesal determinante de la nulidad de actuaciones por vulneración de normas esenciales del procedimiento, debiendo el Juzgado acordar la exploración del menor, que en atención a su edad no puede entrañar una victimización secundaria» [AAP Sevilla (Sección 2.ª) Núm. 113/2020 (REC: 2362/2020, ponente Álvarez García), de 22 de mayo, FJ 3º]. Equiparable no porque juzguemos adecuado tal equiparación —que desde luego no es ya sostenible en nuestro Derecho— sino porque así se deriva del art. 18.2.4.^a LJVol que, *in fine*, establece lo siguiente «en lo no previsto en este precepto, se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

en la que pueda oírse a la persona con discapacidad.⁸⁶ Sería deseable, por tanto, que la LJVol previera tal circunstancia, como realiza el § 34.II FamFG: «la audiencia personal de un participante puede decaer, cuando de esta se puedan derivar notables perjuicios para su salud o cuando el participante no está evidentemente en condiciones de expresar su voluntad». A ello añade la jurisprudencia, que el Juez cuente con una impresión personal todavía actual del afectado (Auto del BGH de 14 de octubre 2020 – XII ZB 199/20).

9.1.5. *Decisión del expediente*

Finalmente, en cuanto a la decisión del expediente de los expedientes relativos a personas con discapacidad es relevante el art. 19.2 LJVol. El precepto determina que cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, la decisión se podrá fundar en cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados.

En consonancia con la búsqueda de la verdad material y, por tanto, con la protección de la persona con discapacidad, la LJVol modaliza las normas relativas a la carga de la alegación de la LEC (art. 400).⁸⁷ Este art. 19.2 LJVol, decía el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de LJVol de 2013, supone una «cierta desnaturalización de los principios de la jurisdicción voluntaria», aunque sienta un comprensible criterio «al añadir al control de legalidad (...) la posibilidad de un control *ex officio* de la oportunidad (...) de la resolución judicial».⁸⁸ Ahora bien, la notable amplitud del art. 19.2 LJVol justifica la interpretación restrictiva que proponen algunos como Moreno Catena, de manera que los hechos con base en los cuales se puede resolver el expediente, deberán constar en las actuaciones.⁸⁹ O dicho de otra manera, quedan excluidas las resoluciones que puedan fundarse en el conocimiento extraprocesal del Juez.⁹⁰ De asumir lo contrario, el principio de prohibi-

⁸⁶ De Salas Murillo, S. «Incidencia...», *op. cit.*, pág. 284. También lo ha señalado así un reciente Auto del BGH 6 de octubre de 2021 (XII ZB 205/20), de manera que, si el Tribunal de segunda instancia fundamenta su resolución en un hecho que puede haberse modificado desde la resolución del Juez tutelar *a quo*, aquel debe dar audiencia de nuevo al afectado en un expediente de provisión de apoyos. Esta previsión no puede ser excepcionada, ni siquiera en tiempos de pandemia (Auto del BGH de 4 de noviembre de 2020 – XII ZB 220/20).

⁸⁷ Moreno Catena, V., «Artículo 18. Celebración de la comparecencia», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *op. cit.*, pág. 194.

⁸⁸ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, de 17 de diciembre de 2013, pág. 32, letra b). «Sin perjuicio de que en determinados supuestos en los que, por los singulares intereses en juego o la relevancia práctica de la comparecencia prevista, se pudiese determinar la necesidad de su efectiva presencia física en la misma», pág. 39.

⁸⁹ Moreno Catena, V., «Artículo 18. Celebración de la comparecencia», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *op. cit.*, pág. 195.

⁹⁰ Moreno Catena, V., «Artículo 18. Celebración de la comparecencia», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *op. cit.*, pág. 195.

ción de resoluciones sorpresivas —muy conocido en Alemania como «*Verbot von Überraschungsentscheidungen*»⁹¹— quedaría reducido a la nada. Y así, el principio de oficialidad queda restringido a determinados expedientes, como es regla habitual en otros ordenamientos de nuestro entorno y como asume la jurisprudencia española.⁹²

9.2. Efectos de la interposición del recurso de apelación

Finalmente, los especiales intereses que se ventilan en algunos expedientes de JV relacionados con las personas con discapacidad justifican la regla del art. 20.2.II LJVol: «el recurso de apelación no tendrá efectos suspensivos, salvo que la Ley expresamente disponga lo contrario».⁹³ La *ratio* de tal norma estriba en reconocer que la materialización de una decisión judicial normalmente urgente aconseja que su ejecución (cuando sea posible) no quede supeditada a la interposición o no de recurso por los legitimados para ello. La casuística cuasi artesanal con que debe operarse en el análisis de estos expedientes aconseja su tratamiento particular o individualizado (*cfr.* arts. 58.4, 60, 65 y 95 LJVol).⁹⁴

10. A MODO DE CONCLUSIÓN: BREVES PROPUESTAS GENERALES DE LEGE FERENDA RESPECTO DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Las elucubraciones jurídicas, realizadas fuera del terreno práctico, envejecen y mueren cuando quedan cómodamente limitadas a su recinto.⁹⁵ Ello justifica las modestas propuestas de reforma legislativa que vienen a con-

⁹¹ Deriva, entre otros, del art. 6.1 CEDH y del art. 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. En perspectiva comparada, *cfr.* Germelmann, P. P., *Das rechtliche Gehör vor Gericht im europäischen Recht — Die Gewährleistung der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihr Einfluss auf den prozessualen Grundrechtsschutz in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2014.

⁹² Por todos, *cfr.* AAP Tarragona (Sección 1.ª) Núm. 132/2019 (REC: 1023/2018, ponente García Rodríguez), de 4 de junio, FJ 2.º.

⁹³ La LJVol se aparta, por tanto, del criterio que establece el art. 456.3 LEC.

⁹⁴ También preveía la producción de efectos suspensivos el art. 226 del CC de Portugal, de 1 de julio de 1867, en cuyo § 4.º se decía lo siguiente: «Estos recursos [contra las decisiones del Consejo de Familia] tendrán efecto suspensivo, salvo en los casos en que la Ley expresamente ordene lo contrario» (*cfr.* Marsá Vancells, P., «¿Tutela de familia? ¿Tutela de autoridad?», *Revista Jurídica de Cataluña*, Núm. 3, 1966, pág. 718).

⁹⁵ La afirmación es una paráfrasis más o menos transfigurada de las siguientes palabras de Yukio Mishima: «el arte envejece y muere cuando queda cómodamente limitado en el recinto del arte en sí» (Mishima, Y., «Prólogo: *Hagakure* y yo», en *Ibid.*, *La ética del samurái en el Japón moderno — Introducción a Hagakure*, traducido del japonés por Makiko Sese y Carlos Rubio, Alianza, 2.ª ed., Madrid, 2016, pág. 21).

tinuación, y que se realizan con ánimo constructivo y con el mayor de los respetos a la labor realizada en abstracto por el legislador y, en concreto, por las personas que asumen ese pesado *onus*. Sirvan, por tanto, las siguientes líneas (y las anteriores) como punto de discusión constructivo que, lejos de menospreciar el trabajo ajeno, se sirven impagablemente de él.

I. En primer lugar, sería deseable que la LJVol determinara la consecuencia jurídica de la falta de realización de los ajustes necesarios a que se refiere el art. 7 bis LJVol. A este respecto, los criterios jurisprudenciales relativos a la nulidad de actuaciones son el punto adecuado para concretar la consecuencia jurídica de este incumplimiento, de manera que bastaría con que la LJVol decidiera en qué circunstancia procede o no, la nulidad de lo actuado sin los ajustes necesarios. Parece suficiente con añadir, en el art. 7 bis LJVol (o incluso mejor, en los arts. 238 LOPJ y 225 LEC), la siguiente previsión:

«Artículo 7 bis. Ajustes para personas con discapacidad.

[...]. 3. Las actuaciones relativas a personas con discapacidad serán nulas de pleno derecho cuando, por omitirse la realización de los ajustes necesarios, haya podido producirse indefensión, sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo III del Título III del Libro II de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Capítulo IX del Título V del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

II. Por otra parte, sería aconsejable la reintroducción en la LJVol de una previsión relativa a los días y horas hábiles. La LJVol ha supuesto la supresión de una especialidad procesal importante, que distinguía la JV de la contenciosa.⁹⁶ La eliminación de esta previsión en la JV puede traer causa de la sugerencia que había realizado el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de LJVol de 2006. Allí había dicho el máximo órgano de gobierno de los Jueces, que la supresión de esta norma era un refuerzo de la garantía de los justiciables (*sic*), pues las actuaciones se desarrollan en un marco temporal prefijado (pág. 51).⁹⁷ La supresión no está, a nuestro juicio, justificada, porque buena parte de los expedientes de JV tienen carácter urgente (*cfr.* Circular Núm. 1/2012 de la FGE, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave) y, particularmente algunos relativos a las personas con discapacidad. A pesar de que, con arreglo a los arts. 131.1 LEC y 42.5 del Reglamento 1/2005 del CGPJ, es posible habilitar horas o días cuando hubiere causa urgente, sería aconsejable la reintroducción de la norma en la LJVol, por ejemplo, en un nuevo art. 8 bis, que tendría la siguiente redacción:

«[...] Art. 8 bis. Horas y días hábiles.

En los expedientes de los Títulos II y III de esta Ley, serán hábiles todos los días y horas sin excepción [...].».

⁹⁶ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de LJVol, de 27 de febrero de 2014, pág. 62.

⁹⁷ La regla se mantenía, sin embargo, respecto del Derecho marítimo en el art. 189 del Proyecto de 2006 (por lo excesivamente caro que es mantener un barco detenido en el puerto).

III. De otra parte, para coordinar la legislación procesal con la nueva legislación sustantiva (por lo menos la común) sería deseable prever un régimen diferenciado y desdoblado para las instituciones de protección de las personas con discapacidad y de los menores. Ello aconsejaría una revisión profunda, por ejemplo, de la Sección 2.^a del Capítulo IV del Título II LJVol. Así, podría introducirse una Sección 2.^a bis intitulada «de la tutela» y renombrar la Sección 2.^a con la expresión «de la curatela». En la Sección 2.^a (arts. 44 y ss.) habrían de quedar emplazadas las normas relativas a la curatela, siendo suficiente prever, como establece el art. 224 CC, que «serán aplicables a la tutela, con carácter supletorio, las normas de la curatela».

IV. Sería recomendable, además, una revisión de los preceptos en los que resiste toda una cierta infantilización de la persona con discapacidad. Es altamente llamativa la previsión que realiza, *in fine*, el art. 45.4 LJVol, pues difícilmente se puede sostener la equiparación conceptual entre las medidas de fiscalización que establece para sí misma la persona con discapacidad o las que establecen los progenitores. Respecto de estas últimas, el papel fiscalizador del Juez es, mucho más amplio que respecto de las medidas de fiscalización establecidas por la persona con discapacidad. Si el Juez considera que debe apartarse de las medidas de fiscalización establecidas debe distinguir ambos regímenes con nitidez. Así, en la ponderación que realice el órgano judicial de las medidas de fiscalización de la curatela de la persona con discapacidad, no solo debe considerar «el interés de la persona con discapacidad» (art. 45.4 LJVol) sino también sus deseos, voluntades y preferencias. La nueva redacción del art. 45.4 LJVol podría ser la siguiente:

«4. En la resolución acordando el nombramiento de tutor o curador, se adoptarán las medidas de fiscalización de la tutela o curatela establecidas por los progenitores en testamento o documento público notarial, o por el propio afectado en el documento público notarial otorgado al respecto, salvo que sea otra la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad u otro el interés del menor (...)».

En esta misma línea, sería recomendable la supresión de términos hostiles como «exploración» en los párrafos 3 y 4 del art. 18.2.4.^a LJVol.

V. Por último, sería aconsejable unificar en la LJVol las distintas referencias a la legislación civil aplicable. Así, si bien en algunos preceptos está justificada la mención expresa al CC por tratarse de materias respecto de las que las CCAA con competencia en Derecho civil no han promulgado normas al respecto [arts. 35.3, 37.1, 37.3, 38, 39, 40, 41, 67-77, 82, 87.1.a)-b) LJVol entre otros], en numerosos de preceptos, la referencia al CC debería sustituirse, por unificar la terminología, por la expresión «legislación civil aplicable». Así sucede en los arts. 45, 50, 53 (que se refiere equivocadamente a los arts. 320 y 321 CC, hoy sustituidos por los arts. 239 y 245 CC respectivamente), 54.2 y 87.1 LJVol, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

- A.A.V.V., *Direitos das Pessoas com Deficiência — À luz do novo regime do maior acompanhamento, aprovado pela Lei n.º 49/2018, de 14-08*, Centro De Estudos Judiciários, Lisboa, 2019.
- Alía Robles, A., «El valor de los tribunales especializados para la tutela judicial efectiva de las personas con discapacidad», *La Ley Derecho de Familia*, Núm. 28, 2020.
- Banacloche Palao, J., *Los nuevos expedientes y procedimientos de jurisdicción voluntaria*, La Ley Wolter Kluwers, Madrid.
- Bayo Recuero, M.^a N., «Artículo 3. Legitimación y postulación», en Lledó Yagüe, F., *et all.* (dirs.) y Monje Balmaseda, O. (coord.), *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Consejo General del Notariado – Dykinson, Madrid, 2016.
- Bercovitz, R., *La marginación de los locos y el Derecho*, Taurus, Madrid, 1976.
- De Salas Murillo, S. «Incidencia de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria en la regulación relativa a las personas con discapacidad» en, Areces Piñol, M.^a T., *Nuevos modelos de gestión del derecho privado: jurisdicción voluntaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- Doctrina de la Fiscalía General del Estado (1883-2013)*, Fiscalía General del Estado–Secretaría Técnica, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2014.
- Fairén Guillén, V., en «Jurisdicción “voluntaria”, juicios sumarios: las confusiones en la historia y su evolución. Posibles soluciones», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 68, 1990.
- Fernández de Buján, A., «Acceso a la justicia de las personas con discapacidad. La especial competencia del Letrado de la Administración de Justicia conforme a la Ley 8/2021», *Revista Acta Judicial*, Núm. 9, 2022.
- , *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria — Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Dykinson S.L. — Colegio de Registradores de España, Madrid, 2015.
- , *La jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2001.
- Fernández Gil, C., *Cuestiones prácticas sobre Jurisdicción Voluntaria*, Tecnos, Madrid, 2016.
- Liébana Ortiz, J. R., *Fundamentos dogmáticos de la jurisdicción voluntaria*, Iustel, 2012.
- Loytved, H., y Frerichs, K., «Zur rechtlichen Handlungsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren», en Aichele, V. (ed.), *Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht — Artikel 12 der UN-Behindertenrechtskonvention*, Nomos, Baden-Baden, 2013.
- Garcimartín Montero, R., *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- Germelmann, P. P., *Das rechtliche Gehör vor Gericht im europäischen Recht — Die Gewährleistung der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihr Einfluss auf den prozessualen Grundrechtsschutz in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2014.
- Grohsman, I., *Der Zugang zur Justiz in Diskriminierungsfällen*, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Bern, 2015.
- Guillén Oquendo, J. P., «La intervención del Ministerio Fiscal en la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria», en Fernández de Buján y Fernández, A. y García Más, F. J. (coords.), Dykinson – Colegio Notarial Castilla-La Mancha, Madrid, 2016, pág. 73.
- López Jara, M., «Artículo 17. Admisión de la solicitud y citación de los interesados», en Lledó Yagüe, F., *et all.* (dirs.) y Monje Balmaseda, O. (coord.), *Estudio sistemático*

- de la *Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Consejo General del Notariado – Dykinson, Madrid, 2016.
- Marsá Vancells, P., «¿Tutela de familia? ¿Tutela de autoridad?», *Revista Jurídica de Cataluña*, Núm. 3, 1966.
- Mayor del Hoyo, M.^a V., «La escisión de los regímenes jurídicos del menor y de la persona con discapacidad», *Revista de Derecho Privado*, Núm. 5-6, 2021.
- Mishima, Y., «Prólogo: Hagakure y yo», en *Ibid.*, *La ética del samurái en el Japón moderno — Introducción a Hagakure*, traducido del japonés por Makiko Sese y Carlos Rubio, Alianza, 2.^a ed., Madrid, 2016.
- Montesano, L., «I procedimenti in camera di consiglio e la tutela dei diritti», *Atti del XVII Convegno Nazionale del Processo Civile*, Palermo, 1989.
- Moreno Catena, V., «Artículo 18. Celebración de la comparecencia», Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2016.
- Nieva Fenoll, J., «Artículo 5. Prueba», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2016.
- Santos Martínez, A. M., «Apartado I. Disposiciones generales a la Ley de jurisdicción voluntaria (arts. 1 a 22 LJV)», en Izquierdo Blanco, P., y Picó i Junoy, J., *Jurisdicción voluntaria – Aspectos procesales, notariales, registrales, mercantiles y marítimos*, Bosch, Barcelona, 2016.
- , «Subapartado segundo. De la intervención judicial en relación con la patria potestad», en Izquierdo Blanco, P., y Picó i Junoy, J., *Jurisdicción voluntaria – Aspectos procesales, notariales, registrales, mercantiles y marítimos*, Bosch, Barcelona, 2016.
- Seoane Cacharrón, J., «Artículo 2. Competencia en materia de jurisdicción voluntaria», en Fernández de Buján, A. (dir.) y Serrano de Nicolás, A., (coord.), *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Civitas – Thomson Reuters, Madrid, 2016.
- Sospedra Navas, F. J., *Proceso Civil – La jurisdicción voluntaria*, Vol. III, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.
- Tirado Estrada, J. J., «Especialización de la jurisdicción de familia: términos para el debate e implantación», en Saravia González, A., y García Criado, J. J., *La jurisdicción de familia: especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida*, Estudios de Derecho Judicial, Núm. 147, CGPJ, 2007.

“ASSENTE GIUSTIFICATO”? L’IMPUTATO ASSENTE PER «VOLONTARIA SOTTRAZIONE» TRA PERPLESSITÀ GNOSEOLOGICHE E SPUNTI SOVRANAZIONALI

EXCUSED ABSENCE’? THE DEFENDANT ABSENT DUE TO ‘WILFUL
ABSCONDING’ BETWEEN GNOSEOLOGICAL PERPLEXITIES AND
SUPRANATIONAL INSIGHTS.

Lorenzo Bernardini*

RIASSUNTO: Il contributo indaga i presupposti del rito in assenza nell’ordinamento italiano, in particolare dando conto delle problematiche esistenti quando viene in rilievo la c.d. volontaria sottrazione dell’interessato, ipotesi codificata all’art. 420-bis, comma 2 c.p.p. Alla luce della pertinente giurisprudenza europea, proveniente dalla Corte di Giustizia e dalla Corte di Strasburgo, l’Autore suggerisce possibili soluzioni *de iure condendo* allo scopo di rendere più coerenti le connessioni tra disciplina interna e quadro giuridico europeo.

PAROLE CHIAVE: processo *in absentia*; volontaria sottrazione; latitanza; *due diligence* delle autorità nazionali; conoscenza del processo; indici sintomatici; Articolo 6 CEDU; Articoli 8 e 9, Direttiva 2016/343/EU

ABSTRACT: The paper investigates the grounds for proceedings *in absentia* within the Italian legal system, glancing a picture of the existing issues related to the so-called ‘voluntary absconding’ of the suspect, a hypothesis laid down in Article 420a(2) of the Italian Code of Criminal Procedure. In the light of the relevant European case law, stemming from the CJEU and the ECtHR, the Author suggests possible solutions *de iure condendo* in order to make the connection between the domestic discipline and the European legal framework more consistent.

* Postdoctoral Researcher in Criminal Law (Faculté de Droit, d’Économie et de Finance – FDEF), University of Luxembourg/LU. PhD in Global Studies (Dipartimento di Giurisprudenza – DiGiur), University of Urbino/IT. Email: lorenzo.bernardini@uni.lu, ORCID: 0000-0002-9768-7579.

KEYWORDS: trial *in absentia*; voluntary absconding; *latitanza*; due diligence by national authorities; knowledge of the trial; symptomatic grounds; Article 6 ECHR; Articles 8 and 9, Directive 2016/343/EU

SOMMARIO: 1. «Voi invocate le forme perché non avete i principi». Considerazioni introduttive.— 2. La cornice normativa: i «fatti sintomatici» e loro debolezza ontologica.— 3. *In cauda venenum*. Tra conoscenza «certa», sottrazione volontaria e «latitanza»: il rischio di un giudice onnisciente?; 3.1. *Due ipotesi, o solo una?*; 3.2. *La “volontaria sottrazione” tra dottrina e prassi giurisprudenziale*; 3.3. (segue) *La condizione di “latitanza” e sue sovrapposizioni con le ipotesi di volontaria sottrazione*; 3.4. *Note (non del tutto) conclusive*.— 4. «Ce lo chiede l'Europa!». Nuove prospettive per circoscrivere le ipotesi di volontaria sottrazione nell'ordine public européen; 4.1. *Brevi critiche al modello convenzionale: una due diligence sproporzionata in capo agli Stati e una consapevolezza troppo ampia da assicurare all'imputato?*; 4.2. *Adeguamento o differenziazione? La «volontaria sottrazione» nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE*.— 5. «Il gatto, il topo e il giudice». Spunti conclusivi per una nozione europea di «fuga».

1. «VOI INVOCATE LE FORME PERCHÉ NON AVETE I PRINCIPI!». CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE.

Il processo penale è la più plastica rappresentazione, all'interno delle scienze sociali, del rapporto conflittuale esistente tra l'autorità e l'individuo¹. Anzi, ne è il banco di prova: esso è congegnato, come ci insegna un autorevole maestro, secondo «forme e valori»². Le prime non dovrebbero mai fagocitare i secondi: l'integrità delle prerogative fondamentali di cui ciascun individuo è depositario ne uscirebbe irrimediabilmente pregiudicata.

In pochi àmbiti del rito penale, invero, vige un pan-formalismo come in quello concernente la presenza dell'imputato a processo. Ricavare i «principi» della materia sembra compito arduo. Raffigurarsi le concatenazioni simil-presuntive, i crismi solenni, le «forme» sottese alla declaratoria di assenza dell'interessato, come si vedrà, è cosa ben più semplice.

Il codice di rito penale italiano ha operato una scelta ben precisa: consentire all'autorità di procedere, entro una certa casistica, contro l'assente. Strada impercorribile, in linea di principio, in altri ordinamenti, come quello spagnolo³, ove, salvo casi ben delimitati, la presenza dell'imputato è sempre richiesta. Tuttavia, il legislatore italiano ha agito diversamente: a partire dal codice di rito penale preunitario del 1865, passando per il primo codice del Regno del 1913 — entrambi ispirati dal *Code d'Instruction Criminelle* d'Ol-

¹ Secondo B. RUSSELL, *Autorità e individuo*, trad. it. di Camillo Pellizzi, TEA-Longanesi, 1980, p. 36, la «funzione negativa dello Stato» consiste nella «consacrazione della legge penale» tale da assicurarne il rispetto da parte dei consociati, impedendo così la violenza privata e proteggendo la vita e la proprietà.

² M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, CEDAM, 1998, *passim*, spec. pp. 1-10 e 181-205.

³ Sul punto si rimanda all'analisi di I. FLORES PRADA, *Brevi considerazioni sulla mancata presenza dell'imputato nel processo penale spagnolo*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, n. 5, pp. 688-695.

tralpe del 1808 — si addivenne, sulla scorta dei venti inquisitori del regime fascista, al codice Rocco di procedura penale del 1930, ove il c.d. rito contumaciale era regolato espressamente.

Una ricostruzione essenziale, limitata alla successione del dato cronologico, è utile, per ciò che qui rileva, per avere un quadro completo dell'avvicinamento — negli ultimi anni invero più frequente — di riforme dedicate alla materia della “presenza processuale”, di cui comunque sarà dato conto, in modo più approfondito, nel corso della trattazione.

A disciplinare per prima il rito contumaciale in Italia fu la legge 23 gennaio 1989, n. 22, recante *Nuova disciplina della contumacia*, — anticipando di pochi mesi l'entrata in vigore del nuovo codice di rito, avvenuta nell'ottobre del medesimo anno — sulla scia della sentenza *Colozza c. Italia*, adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴. Furono altre due decisioni dei giudici di Strasburgo (*Somogyi c. Italia* e *Sejdovic c. Italia*)⁵ a sollecitare il legislatore italiano a mettere mano al rito contumaciale, soprattutto con riferimento alle (inadeguate) tutele riparatorie offerte al condannato e ai vari meccanismi (inefficaci) di restituzione del termine in favore dell'imputato successivamente (ri-)comparso. Nacque così la riforma del 2005⁶.

Fu però la novella del 2014, vera e propria «riforma copernicana»⁷, a riorganizzare profondamente la materia, a partire — quantomeno nelle intenzioni del legislatore — dall'abolizione della contumacia e dall'introduzione del concetto di «assenza»⁸. La c.d. riforma Orlando del 2017 toccava, poi, indirettamente il tema della presenza processuale, ammodernando l'istituto della rescissione del giudicato⁹. E, da ultimo, nell'ambito della c.d. riforma Cartabia, il Governo è stato delegato nel 2021 a rimettere mano alla disciplina dei procedimenti *reo absente*, tenendo conto dell'evoluzione giurisprudenziale nazionale e sovranazionale.

⁴ Corte eur., *Colozza c. Italia*, 12 febbraio 1985, ric. 9024/80. Per una ricostruzione storica dell'istituto, dalla contumacia all'assenza, si rimanda a G. UBERTIS, “*Truffa delle etichette*” nel processo penale: la “contumacia” è diventata “assenza”, in *Cass. pen.*, 2015, n. 3, pp. 931-934.

⁵ Corte eur., *Somogyi c. Italia*, 18 maggio 2004, ric. 67972/01 e Corte eur., *Sejdovic c. Italia* [GC], 10 novembre 2004, ric. 56581/00.

⁶ Si tratta del d.l. 21 febbraio 2005, n. 17, conv. con modif. dalla legge 20 aprile 2005, n. 60, recante *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 21 febbraio 2005, n. 17, recante disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna*, G.U. Serie Generale n. 94 del 23 aprile 2005.

⁷ La definisce così E.A.A. DEI-CAS, *Considerazioni sugli indici sintomatici di conoscenza ai fini di procedere in assenza dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 1, p. 161. Per un commento critico alla riforma v. G. GARUTI, *Ius superveniens e “nuovo” processo penale in assenza*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1506 ss.

⁸ Si tratta della legge 28 aprile 2014, n. 67, recante *Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, GU Serie Generale n. 100 del 2 maggio 2014.

⁹ Per un primo commento alla riforma — introdotta dalla legge 23 giugno 2017, n. 103 — v. M. GIALUZ-A. CABIALE-J. DELLA TORRE, *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 3, p. 190 s.

Dunque, il diritto convenzionale ha giocato un ruolo chiave nella elaborazione del mosaico normativo interno in tema di procedimento in assenza¹⁰. E, tuttavia, va notato che con l'approvazione della Direttiva 2016/343/UE «sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo»¹¹ l'ordinamento dell'UE sembra essere diventato a pieno titolo interlocutore privilegiato per gli Stati membri anche in questo ambito. Il tempo ci dirà se tale influenza potrà essere più o meno marcata sugli ordinamenti nazionali rispetto diritto alla giurisprudenza di Strasburgo. Di recente, la Corte di Giustizia dell'UE ha adottato le prime decisioni in materia di procedimento *reo absente*, e ciò avrà ovvie ripercussioni sulle variegate discipline nazionali: se ne darà conto ampiamente nel prosieguo¹².

Tra le varie ipotesi previste dal codice di rito italiano per consentire al giudice di dare il suo *placet* alla prosecuzione dell'attività giudiziaria nonostante l'imputato non sia comparso — e definite, come vedremo, “fatti sintomatici” — compare quella della “volontaria sottrazione”. Su di essa ci si concentrerà, nei suoi aspetti sostanziali, per tentare di delinearne compiutamente le caratteristiche¹³. E per verificare se l'invettiva di Robespierre riportata nel titolo di questo paragrafo possa attagliarsi alla materia¹⁴.

2. LA CORNICE NORMATIVA: I «FATTI SINTOMATICI» E LORO DEBOLEZZA ONTOLOGICA.

Prima di analizzare nello specifico le ipotesi di volontaria sottrazione dal procedimento, pare opportuno delineare, sinteticamente, la fisionomia normativa del procedimento *in absentia*, così come riformato, da ultimo, dalla legge 28 aprile 2014, n. 67.

È stato acutamente osservato che, da allora, la disciplina della presenza processuale è plasmata — come si vedrà, non sempre in modo coerente — sulla base di tre precisi indicatori¹⁵.

¹⁰ Parla di «intero filone giurisprudenziale» della Corte di Strasburgo dedicato alla disciplina contumaciale italiana, S. QUATTROCOLO, *Corte europea dei diritti dell'uomo e partecipazione al processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, Speciale CEDU e ordinamento interno, a cura di M. Gialuz-A. Marandola, p. 25.

¹¹ Si tratta della nota Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali* [OJ L 65], 11 marzo 2016, p. 1–11, sulla quale si v. per un primo commento N. CANESTRINI, *La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 5, p. 2224 ss., e S. CRAS-A. ERBEŽNIK, *The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to be Present at Trial. Genesis and Description of the New EU-Measure*, in *EUCRIM*, 2016, p. 25 ss.

¹² V. *infra* § 5.

¹³ Si precisa sin da ora che esula dagli scopi di questo lavoro l'analisi degli eventuali rimedi restitutori da attribuirsi all'imputato.

¹⁴ La citazione è ripresa da M. NOBILI, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: “Voi invocate le forme perché non avete i principi”?*, in *Crit. dir.*, 1994, p. 67.

¹⁵ S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, n. 2, p. 98. In senso adesivo v. D. CHINNICI, *La sospensione del*

Il primo concerne la conoscenza effettiva del procedimento da parte dell'imputato (art. 420-*bis*, comma 1, c.p.p.).

Il secondo riguarda la conoscenza presunta del procedimento (art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p.).

Infine, il terzo si attiva quando si ha impossibilità di notificare a mani proprie all'imputato l'avviso di cui all'art. 419 c.p.p., a seguito della sua mancata comparizione in udienza, in assenza dei presupposti di cui all'art. 420-*bis* c.p.p. (art. 420-*quater* c.p.p.).

Invero, se al ricorrere dei primi due casi si avrà la prosecuzione dell'attività giudiziaria, nell'ultima ipotesi — vero «*quid novi* della riforma»¹⁶ del 2014 — ne andrà disposta la sospensione secondo un metodo “a cerchi concentrici”¹⁷, fatta salva l'acquisizione, su richiesta di parte, delle «prove non rinviabili»¹⁸, seguendo i canoni delle norme dibattimentali.

Come acutamente notato in dottrina, adoperando il medesimo vocabolo («assente») il codice individua quindi due «svolgimenti procedurali antitetici»¹⁹. Il primo è quello per cui la prosecuzione del procedimento *in absentia* è espressamente consentita in ragione della conoscenza — effettiva o presunta — dell'esistenza dello stesso da parte dell'imputato (art. 420-*bis*, commi 1 e 2, c.p.p.); il secondo concerne la sospensione delle attività giudiziarie quando non può accertarsi — neppure per via induttiva — la sua conoscenza delle stesse, in assenza di casi di legittimo impedimento ai sensi dell'art. 420-*ter* c.p.p., ed in mancanza di nullità della *vocatio in iudicium* (art. 420-*quater* c.p.p.)²⁰.

processo e il rito degli irreperibili tra novità e ambiguità, in *Arch. pen.*, 2014, n. 3, p. 6. Secondo A. MANGIARACINA, *Imputato “assente” e indici di conoscenza del processo: una lettura virtuosa della Suprema Corte*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, n. 2, p. 373, tali scelte legislative traggono la loro origine a partire da tre direttrici fondamentali: l'abolizione del rito contumaciale; la previsione *ex novo* di una disciplina sulla sospensione del processo nei confronti dei c.d. “irreperibili” e, infine, la previsione di nuove regole sul procedimento *in absentia*.

¹⁶ D. CHINNICI, *La sospensione*, cit., p. 8.

¹⁷ Il giudice dovrà infatti verificare, nell'ordine, che non ricorrano le situazioni di cui agli artt. 420-*bis* c.p.p. e 420-*ter* c.p.p.; che non vi siano ipotesi di nullità dell'atto di notificazione; che, dopo aver disposto la notificazione all'imputato a mani proprie della *vocatio in iudicium*, la stessa non risulti possibile; che, infine, non sia possibile pronunciare una sentenza liberatoria ex art. 129 c.p.p. Al termine di tale *iter*, il giudice potrà disporre, con ordinanza, la sospensione del procedimento. Sulla procedura di sospensione e sue criticità v., tra gli altri, A. CIAVOLA, *Alcune considerazioni sulla nuova disciplina del processo in assenza e nei confronti degli irreperibili*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, n. 1, p. 210 ss.; S. QUATROCOLO, *Il contumace*, cit., p. 103 ss.; P. TONINI-C. CONTI, *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza “consapevole”*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, n. 5, p. 514; D. NEGRI, *Il processo nei confronti dell'imputato “assente” al tortuoso crocevia tra svolgimento e soppressione*, in M. DANIELE-P.P. PAULESU (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 237 ss.; N. ROMBI, *Il diritto alla presenza processuale. Garanzie, limiti, rimedi*, CEDAM-Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 152 ss.; D. NEGRI, *Costituzione delle parti, presenza e assenza dell'imputato, intervento del difensore*, in A. CAMON-C. CESARI-M. DANIELE-M.L. DI BITONTO-D. NEGRI-P.P. PAULESU, *Fondamenti di procedura penale*, III ed., CEDAM-Wolters Kluwer, 2021, p. 490 ss.

¹⁸ Sulla difficoltà di circoscrivere la nozione di “non rinviabilità” delle prove, si rimanda alle considerazioni di N. ROMBI, *Il diritto*, cit., p. 161 ss.

¹⁹ D. NEGRI, *Costituzione delle parti*, cit., p. 486.

²⁰ In quest'ultimo caso, infatti, la rubrica si riferisce — con tenore linguistico discutibile — alla «sospensione del procedimento per assenza dell'imputato». Tuttavia, nel sistema immaginato dal legi-

Concentrando l'attenzione sulle disposizioni scolpite nell'art. 420-*bis* c.p.p., rubricato laconicamente «assenza dell'imputato», va rilevato che il legislatore del 2014 — anche sulla scorta delle numerose sollecitazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo²¹ — ha inteso prevedere una serie di circostanze che permette al giudice procedente di emettere apposita ordinanza con cui dichiara di procedere *in absentia*. Non tutte, si può sin da ora notare, risultano discutibili allo stesso modo, sebbene vada constatato che, per la loro configurazione, esse sembrerebbero riguardare meramente la fase delle indagini preliminari (dimenticandosi, forse, il legislatore che esse potrebbero anche verificarsi prima dell'iscrizione della *notitia criminis*, e cioè in quel frangente temporale ove l'indagato *in pectore* non è ancora divenuto formalmente tale anche per l'autorità inquirente)²².

A ben vedere, la disposizione di cui al primo comma dell'art. 420-*bis* c.p.p. non solleva particolari problemi: si tratta del caso in cui l'imputato non presente all'udienza «anche se impedito» ha «espressamente rinunciato ad assistervi», rinuncia che la dottrina riconduce quantomeno ad un «contegno esplicito» dell'interessato²³.

In sostanza, tale ipotesi concerne tutti quei casi di rinuncia esplicita dell'imputato a partecipare, di persona, al processo che lo riguarda, senza tuttavia che sia prevista — a differenza di altre fasi processuali — alcuna «solennità di forme»²⁴ che, verosimilmente, avrebbe posto il magistrato in condizione di saggiare più accortamente l'effettiva rinuncia dell'interessato a comparire. In tali casi non c'è legittimo impedimento che tenga: l'esplicita volontà dell'imputato «supera» anche tale eventualità²⁵.

I problemi di coerenza dogmatico-normativa interessano maggiormente le disposizioni di cui al secondo comma dell'art. 420-*bis* c.p.p., le quali con-

slatore, ad una situazione di assenza dovrebbe corrispondere la prosecuzione del procedimento mentre le circostanze sussunte dall'art. 420-*quater* c.p.p. comportano a *contrario* la «quiescenza dell'attività giudiziaria», come rilevato da S. QUATTROCOLO, *Il contumace*, cit., p. 103. Censurano l'incoerenza del linguaggio adoperato P. TONINI-C. CONTI, *Il tramonto*, cit., p. 513, nt. 12. V. *infra* § 3, ove sarà spiegato che la situazione può ricomprendere quella dell'imputato irreperibile.

²¹ Tra le tante decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, relative alla previgente disciplina contumaciale, si lasciano citare Corte eur., *Colozza c. Italia*, cit.; Corte eur., *Somogyi c. Italia*, cit.; Corte eur., *Sejdovic c. Italia* [GC], cit.; Corte eur., *Kollaku c. Italia*, 8 febbraio 2007, ric. 25701/03; Corte eur., *Pititto c. Italia*, 12 luglio 2007, ric. 19321/03; Corte eur., *Baratta c. Italia*, 13 ottobre 2015, ric. 28263/09. Sul punto v. per tutti E.A.A. DEI-CAS, *Il procedimento penale nei confronti di imputati irreperibili tra giurisprudenza della Corte europea e normativa interna*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, CEDAM, Padova, 2014, p. 189 ss. Per un'analisi critica dei rapporti tra legislazione dell'Unione europea e diritto italiano in materia di contumacia-assenza, v. N. ROMBI, *Il diritto*, cit., p. 79 ss.

²² Questa l'acuta osservazione di A. MANGIARACINA, *Imputato "assente"*, cit., p. 374.

²³ D. CHINNICI, *La sospensione*, cit., p. 8.

²⁴ P. MOSCARINI, *Una riforma da tempo necessaria: l'abolizione della contumacia penale e la sospensione del processo contro l'imputato irreperibile*, in C. CONTI-A. MARANDOLA-G. VARRASO (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, cit., p. 248.

²⁵ S. QUATTROCOLO, *Il contumace*, cit., p. 99. D'altronde, si può concordare con chi ha ritenuto che tale situazione possa «scongiorare (...) l'attivazione di rimedi postumi», a fronte della conoscenza effettiva dell'imputato del procedimento che lo riguarda (A. MANGIARACINA, *Imputato "assente"*, cit., p. 373).

sentono egualmente di procedere in assenza dell'imputato, fatti però salvi i casi di impedimento legittimo *ex art. 420-ter c.p.p.*

Si tratta, in totale, di sei “marcatori” che permettono di addivenire alla *declaratio absentiae*.

Un primo gruppo — comprendente quattro specifiche ipotesi — abbraccia vicende strettamente processuali: se l'imputato, ad esempio, ha, in passato, eletto o dichiarato domicilio, ovvero è stato sottoposto a provvedimento privativo della libertà personale o, altresì, ha nominato un difensore di fiducia o ha ricevuto a mani proprie la *vocatio in iudicium*, il procedimento seguirà il suo corso²⁶.

Un secondo gruppo comprende altre due ipotesi al verificarsi delle quali, analogamente, si procederà in assenza, vale a dire qualora «risulti comunque con certezza che [l'imputato] è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo».

Tali ipotesi, giustamente definite come «variamente assortite», risultano «poste alla base di altrettante presunzioni legali di conoscenza circa l'apertura della fase processuale in senso stretto»²⁷. L'applicabilità di tali presunzioni, però, può essere ostacolata dall'eccezione prevista al comma 4 dell'art. 420-bis c.p.p. Invero, se l'imputato compare s'impone la revoca dell'ordinanza di assenza, anche d'ufficio. Inoltre, l'eventualità che l'interessato possa essere incorso in un legittimo impedimento — che consista nella «incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo» o nella «assoluta impossibilità di comparire» la cui prova «è pervenuta senza ritardo senza (...) colpa» dell'imputato —, provocherà il rinvio dell'udienza e l'attivazione di una serie di rimedi restitutori, quali la facoltà di produrre atti e documenti nonché la rinnovazione di mezzi istruttori precedentemente assunti, anche in incidente probatorio²⁸. Infine, se il giudice ritenesse che il processo vada più correttamente sospeso, revoca *ex officio* l'ordinanza di assenza ed entra in gioco la disciplina delineata all'art. 420-quater c.p.p. sopra tratteggiata²⁹.

Ciò premesso, la “formula magica” della disciplina italiana sul procedimento *reo absente* sembra essere (ancora) “presunzione”. Al loro verificarsi,

²⁶ Delle quattro ipotesi, quest'ultima è probabilmente la meno problematica in quanto espressione di una «forma di notifica che offre maggiori garanzie di conoscenza reale» (E.A.A. DEI-CAS, *Considerazioni*, cit., p. 163). Ritiene che sia «la più limpida tra le ipotesi espresse di prosecuzione del “rito in assenza”», D. NEGRI, *Il processo*, cit., p. 206.

²⁷ D. NEGRI, *Il processo*, cit., p. 205.

²⁸ Per una analisi critica del sistema dei rimedi restitutori — che non costituisce oggetto del presente contributo — v. H. BELLUTA, *Le impugnazioni come rimedi restitutori: verso il giusto processo in assenza dell'imputato*, in M. DANIELE-P.P. PAULESU (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, cit., p. 249 ss.; G. UBERTIS, *Truffa delle etichette*, cit., p. 936 ss.; A. DIDDÌ, *Novità in materia di impugnazioni e restituito in integrum*, in D. VIGONI (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, Giappichelli, 2014, pp. 209-234, e A. MANGIARACINA, *Imputato “assente”*, cit., p. 375 ss. Distingue tra rimedi *ante* giudicato e *post* giudicato, N. ROMBI, *Il diritto*, cit., p. 175 ss. In particolare, sulla rescissione del giudicato, v. le considerazioni di R. CASIRAGHI, *La rescissione del giudicato: molte questioni interpretative sul tappeto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, n. 1, *passim*.

²⁹ V. *supra* nota 17.

si *presume* che l'imputato sia edotto dell'esistenza del procedimento che lo riguarda che, quindi, può legittimamente procedere *iuxta propria principia*. Tuttavia, la portata di tali inferenze non dovrebbe, specie dopo le numerose riforme convenzionalmente ispirate³⁰, in alcun caso cristallizzare presunzioni *assolute* di conoscenza, perché il rischio, così operando, è di costruire una *fictio iuris* di "consapevolezza processuale", inaccettabile sia sul piano interno che su quello convenzionale. Interpretata in questo modo la norma, infatti, si dovrebbe concordare con chi ha sostenuto che l'assetto così congegnato possa integrare addirittura una regressione delle garanzie *ante* 2005³¹.

In ogni caso, che un tale meccanismo di «presunzione legislativa di conoscenza del processo»³² — immediatamente produttivo di effetti e tale da concedere all'imputato la possibilità, al più, di beneficiare dei rimedi restitutori *ex post* (della cui efficacia spesso si dubita)³³ — possa essere foriero di frizioni, sia costituzionali che convenzionali, è stato ampiamente rimarcato in dottrina³⁴. La censura centrale è la seguente: a fronte del meccanismo presuntivo delineato dal codice di rito, già di per sé problematico, è stato edificato un sistema di rimedi in favore dell'interessato, subordinato, però, alla «assenza di colpa nell'atteggiamento conoscitivo dell'imputato»³⁵. Unire le due cose può dar luogo, questa l'opinione maggioritaria, ad una miscela esplosiva che può ben determinare l'arretramento delle garanzie processuali³⁶.

Focalizzando ulteriormente la nostra attenzione sul contenuto dell'art. 420-bis, comma 2, c.p.p., va evidenziato sin da ora che, con riferimento al *drafting* normativo di quest'ultimo, sembra corretta l'impostazione di chi ha enfatiz-

³⁰ Si fa qui specifico riferimento a quelle del 2005 e del 2014 (v. *supra* § 1).

³¹ L. VIGNALE, *Processo in assenza ed elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, in *Quest. giust. (web)*, 27 settembre 2017.

³² Così la definisce F. VARONE, *A proposito dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e del processo in absentia: le Sezioni Unite della Cassazione difendono il diritto dell'imputato alla conoscenza della vocatio in iudicium*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 1, p. 147.

³³ Esprime un giudizio fortemente critico sull'architettura tratteggiata dalla riforma del 2014, A. CIAVOLA, *Alcune considerazioni*, cit., p. 207 ss., al punto da etichettare l'azione del legislatore come «scelta incomprensibile» (p. 210). Analogamente, parlava già di «regressione» delle garanzie, A. DIDDI, *Novità*, cit., p. 234. Ma v. *contra* D. POTETTI, *A proposito dei meccanismi di recupero a disposizione dell'imputato processato in sua assenza*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2015, n. 2, p. 99, secondo cui, in linea di principio, «il diritto di difesa dell'imputato risulta adeguatamente garantito» all'interno del sistema di rimedi restitutori così delineato.

³⁴ V., tra gli altri, A. PROCACCINO, *Informazione e consapevolezza dell'imputato per la presenza al suo processo. Suggestioni europee e problemi nazionali*, in *Leg. pen. (web)*, 16 dicembre 2020, p. 62 ss.; C. CONTI, *Processo in absentia a un anno dalla riforma: praesumptum de praesumpto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 4, p. 465 ss.; G. UBERTIS, *"Truffa delle etichette"*, cit., p. 938 ss.; A. CIAVOLA, *Alcune considerazioni*, cit., p. 208 ss.; D. NEGRI, *Costituzione delle parti*, cit., p. 488; S. QUATTROCOLO, *Il contumace*, cit., p. 105 s.

³⁵ Così F. ALONZI, *La Corte costituzionale si pronuncia sul diritto alla conoscenza della vocatio in iudicium da parte dell'imputato*, in *Giur. cost.*, 2017, n. 1, p. 221.

³⁶ Per una analisi delle principali critiche, soprattutto con riferimento all'onere di tenersi informato sull'andamento del procedimento penale, v. D. POTETTI, *A proposito*, cit., p. 99 ss. Secondo D. NEGRI, *Costituzione delle parti*, cit., p. 488, la disciplina così costruita ha trasformato l'imputato in un «collaboratore operoso dell'autorità» al quale, qualora non adempisse a tale onere, verrebbe addebitata la mancata conoscenza del processo «a titolo di colpa». Si tratta di «onere probatorio diabolico», secondo P. TONINI-C. CONTI, *Il tramonto*, cit., p. 518.

zato il carattere «solo apparentemente tassativo»³⁷ dell'elenco. La cornice entro cui poter dichiarare l'assenza dell'imputato pare infatti poco delineata, quasi fumosa, tenuto conto della varietà di situazioni indicate che, a voler aderire a una prospettiva pienamente garantistica, dovrebbero (*rectius*: devono) risultare integrate solamente quando vi è la certezza che l'interessato abbia scelto *sua sponte* di non presentarsi a processo. Circostanza, questa, che va sottolineata non tanto per le prime quattro ipotesi già richiamate quanto, piuttosto, per le ultime due fattispecie legittimanti la *declaratio absentiae* e che, per le loro peculiarità, saranno oggetto di separata analisi nel prossimo paragrafo.

Apparentemente, infatti, il primo gruppo di marcatori elenca una serie di vicende processuali eterogenee, accomunate dall'effetto che sortiscono sull'andamento della procedura, vale a dire la sua prosecuzione. Si può convenire con chi ha qualificato *sic et simpliciter* le quattro situazioni con la locuzione di «fatti sintomatici»³⁸. Mutuando il linguaggio della medicina, si è tentato di ricondurre sotto tale “ombrello definitorio” tutte le circostanze previste dall'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p. — ad eccezione delle ultime due — da cui inferire che l'imputato *certamente* è a conoscenza del procedimento penale a suo carico. Tuttavia, si può ritenere che tale espressione, per una sorta di eterogenesi dei fini, sia particolarmente adatta a definire le situazioni summenzionate anche in ragione della propria radice etimologica: come i medesimi “sintomi” possono in realtà celare patologie fra loro diverse, così è lecito dubitare che uno stesso “fatto sintomatico” possa condurre il magistrato a concludere con certezza in merito alla sussistenza della conoscibilità, in capo all'imputato, del procedimento che lo riguarda. Al contrario, parrebbe corretta l'impostazione di chi ha sottolineato la correlazione tra la «[presunzione di] conoscenza della celebrazione del processo» e la «colpa» dell'imputato che non è edotto di tal situazione³⁹. Non si spiegherebbe altrimenti la perfetta congruenza tra il verificarsi di uno degli indici sintomatici e la *declaratio absentiae*, in un contesto ove la forma pare eccessivamente superare la sostanza, a discapito — lo si ricorda — del diritto di difesa *lato sensu* inteso.

Il sistema, come è stato autorevolmente osservato, è stato dunque strutturato seguendo una catena inferenziale: dalla sussistenza dei marcatori di cui al secondo comma dell'art. 420-*bis* c.p.p. si presume la conoscenza del

³⁷ Così N. ROMBI, *Il diritto*, cit., p. 113.

³⁸ P. TONINI-C. CONTI, *Il tramonto*, cit., p. 513. La dottrina ha variamente definito tali ipotesi, enfatizzandone ora l'elemento di “tipicità”, ora la connessione delle stesse con l'elemento gnoseologico che implicherebbero. Così, esse sono state identificate come «casi tipici di giudizio in assenza» (D. POTETTI, *I casi tipici di giudizio in assenza dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 6, p. 2484), «indicatori tipici di conoscenza» (D. NEGRI, *Il processo*, cit., p. 206), «indici sintomatici di conoscenza» (N. ROMBI, *Il diritto*, cit., p. 116). Più neutra la definizione adottata da R. CASIRAGHI, *La rescissione*, cit., pp. 208-209 che parla di «fattispecie di rinuncia implicita», in contrapposizione, sembrerebbe, con la disposizione di cui al primo comma dell'art. 420-*bis* c.p.p. che integrerebbe quella di “rinuncia esplicita”.

³⁹ Questa l'osservazione di L. VIGNALE, *Processo in assenza*, cit., che ulteriormente censura la corrispondenza tra la «conoscenza del procedimento» e la «conoscenza della celebrazione del processo», *ratio* sottesa, evidentemente, al secondo comma dell'art. 420-*bis* c.p.p.

“procedimento”; da quest’ultima si presume, a propria volta, la conoscenza del “processo” (e, dunque, della *vocatio in ius* e della imputazione); infine, da quest’ultima, si ricaverebbe la volontaria rinuncia a comparire⁴⁰. Di dubbia tenuta argomentativa è però la circostanza che dalla mera conoscenza del “procedimento” si possa dunque presumere *sic et simpliciter* quella del “processo” (inerente alla celebrazione dell’udienza preliminare e l’imputazione — definitivamente cristallizzata — a proprio carico)⁴¹.

Ne consegue, poi, una difficile composizione tra tale struttura normativa e le prescrizioni provenienti dalla Corte di Strasburgo, che, al contrario, suggeriscono di conferire al giudice procedente un «autonomo spazio valutativo»⁴², che possa liberarlo dalle ingombranti maglie dell’art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p.

Peraltro, per molto tempo anche la giurisprudenza maggioritaria non dubitava della natura presuntiva degli indici di cui all’art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p.⁴³. Va dato atto, però, che l’interpretazione adeguatrice della giurisprudenza più sensibile al tema ha fornito recentemente soluzioni condivisibili e più coerenti con il dettato convenzionale. Invero, come sottolineato dalle Sezioni Unite in una recente pronuncia, la *vexata quaestio* sulla vera essenza dell’art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p. risente dell’equilibrio instabile tra continuità ed innovazione rispetto alla disciplina pregressa che permea suddetta norma⁴⁴, sebbene solo l’impostazione di sostanziale discontinuità con quest’ultima possa dirsi conforme ai *dicta* della Corte di Strasburgo⁴⁵.

Ed infatti, l’interpretazione fornita dal Supremo Collegio, auspicata da tempo dalla dottrina, va nella direzione di rigettare fermamente la congruenza tra gli indici sintomatici e la loro asserita natura di presunzioni assolute⁴⁶,

⁴⁰ Tale descrizione si deve a C. CONTI, *Processo*, cit., p. 469, che ben sottolinea la differenza in concreto tra conoscenza del “procedimento” e conoscenza del “processo”. Avverte F.R. DINACCI, *Le prospettive di riforma delle notifiche all'imputato e processo in absentia: inconsapevolezze legislative*, in *Arch. pen.*, 2021, n. 1, p. 8, che i presupposti di cui all’art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p. «denotano sul piano probatorio una conoscenza personale del giorno, luogo ed ora della celebrazione dell’udienza», aggiungendo poi che «può non piacere ma si è in presenza di uno specifico indice di valutazione che dà per dimostrato ciò che viceversa costituisce in *quod demonstrandum*».

⁴¹ L’architrave presuntiva sottesa all’art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p. costituirebbe «una scorciatoia probatoria in forza della quale si dà per dimostrato ciò che non lo è e che potrebbe non esserlo», circostanza che poi darebbe luogo ad una «fattispecie conoscitiva semplificata», secondo F.R. DINACCI, *Le prospettive*, cit., p. 7.

⁴² S. GUADALUPI, *Presunzioni nel procedimento in absentia: difficile bilanciamento tra la necessità di alleggerire la macchina processuale e la tutela dei diritti dell'imputato*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, n. 5, p. 475.

⁴³ A. PROCACCINO, *Informazione*, cit., p. 52. Tra le altre, si lasciano citare Cass., 16 ottobre 2018, n. 49916, F., in *C.e.d.*, n. 273999, ECLI:IT:CASS:2018:49916PEN, e Cass., 23 maggio 2018, n. 25996, Geusa, in *C.e.d.*, n. 272987, ECLI:IT:CASS:2018:25996PEN.

⁴⁴ Cass., Sez. un., 28 novembre 2019 (dep. 17 agosto 2020), n. 23948, Ismail, ECLI:IT:CASS:2020:23948PEN, in *Cass. pen.*, 2021, n. 1, p. 129, con note di F. VARONE e E.A.A. DEI-CAS.

⁴⁵ V. *supra* nota 21.

⁴⁶ Secondo Cass., Sez. un., n. 23498/2020, cit., § 8.6, che esse possano reintrodurre nell’ordinamento processuale rigidi automatismi «non è in alcun modo sostenibile (...) perché in violazione delle disposizioni convenzionali quali interpretate dalla Corte Edu».

puntualizzando — in altra decisione adottata a Sezioni unite — che neppure la notifica dell'avviso *ex art. 415-bis c.p.p.* può impedire la restituzione del termine per impugnare la sentenza contumaciale *ex art. 175, comma 2, c.p.p.* (nella formulazione antecedente alla modifica intervenuta con la legge n. 67 del 2014)⁴⁷, e confermando quindi che il canone di effettività della conoscenza è prevalente rispetto al formalismo che permea tuttora il sistema delle notificazioni. Come se, per dirla con le suggestive parole di Montale, in quell'occasione la Corte Suprema sia riuscita a dirci «*ciò che non siamo e ciò che non vogliamo*»⁴⁸ e cioè che le fattispecie di cui all'articolo 420-*bis*, comma 2, c.p.p. *non* costituiscono presunzioni legali assolute e *non* debbono in alcuna circostanza essere intese come tali dalla giurisprudenza⁴⁹. Sebbene ancora permanga qualche discutibile tentativo di resistenza a tale approccio convenzionalmente orientato in seno al Supremo Collegio⁵⁰, sembrerebbe che le innovative statuizioni delle Sezioni unite, estensibili per analogia *in bonam partem* quindi a tutte le ipotesi coperte dal comma 2 dell'art. 420-*bis* c.p.p., possano ormai costituire *ius receptum*.

In definitiva, sebbene permangano ancora forti dubbi sulla compatibilità convenzionale della disciplina qui riassunta, va dato atto all'interpretazione giurisprudenziale più recente di aver tentato di “salvare” la disciplina del processo *in absentia*⁵¹, segnando forse, una volta per tutte, la fine dell'epoca delle presunzioni⁵². Ancora una volta, tuttavia, il legislatore è rimasto all'angolo ed è spettato alla Suprema Corte il compito non facile di ricalibrare l'intero

⁴⁷ Si tratta di Cass., Sez. un., 28 febbraio 2019 (dep. 3 luglio 2019), n. 28912, Innaro, in *C.e.d.*, n. 275716, ECLI:IT:CASS:2019:28912PEN. D'altronde, ricorda la Corte, si tratta di atto che non contiene «alcuna indicazione sul futuro sviluppo del procedimento», né viene imposto alla parte «un onere di mantenersi informato sui futuri sviluppi, tale da superare l'obbligo di citazione per il processo» (§ 12.2).

⁴⁸ E. MONTALE, *Ossi di seppia*, Mondadori, 2012, p. 47, enfasi aggiunta.

⁴⁹ Invero, non si tratta — afferma la Corte — di presunzioni assolute che possano esonerare l'autorità dal provare la correttezza della pertinente notifica, bensì di casi in cui, nelle date condizioni, è «ragionevole ritenere che l'imputato abbia effettivamente conosciuto l'atto regolarmente notificato secondo le date modalità» (§ 13.2.).

⁵⁰ Ad esempio, v. Cass., 20 novembre 2020, n. 34041, Kebaili, in *C.e.d.*, n. 280305, ECLI:IT:CASS:2020:34041PEN, che ripropone il meccanismo presuntivo, asseritamente sotteso all'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p., contraddicendo trasversalmente il *dictum* di Cass., Sez. un., n. 23498/2020, cit. Si noti il richiamo a Cass., 25 gennaio 2017, n. 14787, Xhami, in *C.e.d.*, n. 269554, ECLI:IT:CASS:2017:14787PEN, decisione facente parte dell'orientamento respinto con la decisione a Sezioni Unite testé citata.

⁵¹ Accogliendo positivamente l'impostazione convenzionalmente orientata della decisione, critica però il rovesciamento del dato normativo e la riscrittura completa della disciplina del rito in assenza, S. QUATTROCOLO, *La Corte di cassazione svela il vero volto della rescissione del giudicato? Due recenti pronunce segnano una svolta interpretativa nel sistema del processo in absentia e dei relativi rimedi*, in *Sist. pen.*, 2021, n. 3, pp. 18-19. Un approccio critico alla decisione che «non è in grado di colmare la distanza», comunque, tra casi di conoscenza “reale” da quelli di conoscenza “presunta”, F. ALONZI, *L'interpretazione delle Sezioni Unite dei presupposti per procedere in assenza dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, n. 6, p. 815. Si auspica che i giudici di merito recepiscono l'arresto *de quo* «privilegiando sempre l'effettività della conoscenza del processo prima di potere considerare l'imputato “assente”», A. MANGIARACINA, *Imputato “assente”*, cit., p. 384.

⁵² La decisione ha posto una «pietra tombale» sull'indirizzo giurisprudenziale volto a svilire la portata «innovativa» dell'art. 162, comma 4-*bis*, c.p.p., secondo F. VARONE, *A proposito dell'elezione*, cit., p. 157.

edificio normativo con coordinate più aderenti ai *dicta* della Consulta e della Corte di Strasburgo⁵³.

Abbozzata così la cornice normativa, ci si focalizzerà ora sull'estensione applicativa delle ipotesi residuali previste dalla disposizione sopra citata, che sembrerebbero costituire, così come sono attualmente tratteggiate, le circostanze più problematiche di "conoscenza presunta" previste dal codice di rito⁵⁴.

3. IN CAUDA VENENUM. TRA CONOSCENZA «CERTA», SOTTRAZIONE VOLONTARIA E «LATITANZA»: IL RISCHIO DI UN GIUDICE ONNISCIENTE?

3.1. Due ipotesi, o solo una?

Sebbene indicate *in limine* dal legislatore, le ultime due fattispecie previste dall'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p. tradiscono *a contrario* una rilevante incidenza nella prassi processuale. Sono casi ulteriori e separati rispetto alle altre ipotesi previste dal medesimo comma⁵⁵, integrati quando risulta con certezza: (a) «che [l'imputato] è a conoscenza del procedimento» (prima ipotesi) o (b) che lo stesso «si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo» (seconda ipotesi). Antitetiche le previsioni — se la prima implica «conoscenza», la seconda suggerisce ignoranza «dolosa» —, medesima la conseguenza: il procedimento può proseguire.

Si tratta di espressioni intrinsecamente vaghe, di dubbia compatibilità con il principio di legalità processuale⁵⁶, sia con riferimento agli elementi sostanziali degni di essere valorizzati per la *declaratio absentiae*, sia avendo riguardo al grado di asserita «certezza» di cui il magistrato dovrebbe essere in possesso per addivenire a tale decisione. Si tratta di «norma»⁵⁷, o «formula

⁵³ F. ALONZI, *La Suprema Corte completa l'opera di rilettura sistematica della disciplina sull'assenza*, in *Giur. it.*, 2022, p. 756 ss.

⁵⁴ Non si affronteranno, per ragioni di spazio, le ben note criticità sollevate da più parti in merito a ciascuno degli "indici sintomatici", tra cui riveste particolare importanza quello dell'elezione di domicilio, per via dell'interesse suscitato dal contrasto giurisprudenziale (e dottrinale) risolto da Cass., Sez. un., n. 23948/2020, cit. Sul punto v. anche F. ALONZI, *L'interpretazione*, cit., p. 808 ss. e L. FIDELIO, *Il processo in assenza preso sul serio*, in *Quest. giust. (web)*, 20 ottobre 2020. Sulle implicazioni costituzionali della materia cfr. F. VARONE, *Elezione di domicilio dell'imputato presso il difensore d'ufficio e processo in absentia: un discutibile caso di self-restraint della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 6, p. 2261 ss. Sul rapporto tra irripetibilità del destinatario a fronte di dichiarazione o elezione di domicilio ex art. 170, comma 3, c.p.p. — alla luce di una lettura convenzionalmente orientata dell'art. 420, comma 2, c.p.p. — v. la recentissima Cass., Sez. un., 25 novembre 2021 (dep. 14 aprile 2022), n. 14573, D., in *C.e.d.*, n. 282848-02, ECLI:IT:CASS:2022:14573PEN.

⁵⁵ D. NEGRI, *Il processo*, cit., p. 225, ritiene *contra* che essi potrebbero costituire un «parametro integrativo delle fattispecie legali precedenti (...) [che] andrebbe a colmare le carenze strutturali degli indicatori tipici di conoscenza».

⁵⁶ Parla di «insufficiente delineazione legislativa», G. UBERTIS, *"Truffa delle etichette"*, cit., p. 937.

⁵⁷ P. TONINI-C. CONTI, *Il tramonto*, cit., p. 513.

di chiusura»⁵⁸, volta evidentemente ad evitare la sospensione dei procedimenti *ex art. 420-quater* c.p.p. anche nei casi in cui l'imputato si sia dato alla fuga in situazioni in cui alcuno dei «fatti sintomatici» si sia verificato. Ma si tratta anche di «clausola onnivora»⁵⁹ o «aperta»⁶⁰, che tutto inghiotte, e che rischia di assumere in sé le più disparate situazioni che rimarrebbero escluse dalla cornice tratteggiata dalle disposizioni precedenti⁶¹. Il risultato, come si vedrà, è un claudicante tentativo di coniugare l'esigenza di salvaguardare il diritto di difesa dell'interessato con la presa d'atto, in un caso, che l'imputato conosce — anche per il tramite di canali informali — del suo procedimento (prima ipotesi). Nell'altro, le garanzie fondamentali di tale soggetto andranno temperate con il doveroso contrasto a quelle condotte teleologicamente dirette ad impedire il corretto svolgimento del procedimento penale (seconda ipotesi).

Tuttavia, le problematiche sottese a tale clausola tradiscono una differente prospettiva di analisi rispetto a quanto detto in merito agli «indici sintomatici». Per questi ultimi, come si è visto, il “nocciolo duro” concerneva la loro inopportuna qualità, suggerita dal tenore letterale del testo codicistico, di *praesumptum de praesumpto*⁶².

Per le circostanze finali del comma 2 dell'art. 420-*bis* c.p.p. il discorso è differente: le criticità rilevate ruotano, in linea di principio, intorno alla mancanza di indici precisi su cui basarsi per la *declaratio absentiae* (dove la preoccupazione per l'ampiezza dei poteri del giudicante). Se le maglie normative degli indici sintomatici potevano risultare esageratamente anguste, lo spazio entro cui il giudice può muoversi per vagliare la sussistenza *in casu* di queste ultime due ipotesi provoca vertigine⁶³.

In tali casi, infatti, i poteri officiosi di cui il giudice disporrebbe per tutelare la prosecuzione del procedimento si concretizzerebbero *de facto* in azioni svincolate da indici oggettivi e concreti cui potersi appigliare. O, quantomeno, il pericolo che si corre in tal senso risulta ben più che un'ipotesi astratta⁶⁴, con «buona pace del rigore (...) negli adempimenti per le necessarie verifiche di tali presupposti soggettivi»⁶⁵. Sembrerebbe di trovarsi di fronte

⁵⁸ G. GARUTI, *Ius superveniens*, cit., p. 1508.

⁵⁹ Così efficacemente A. MANGIARACINA, *Imputato “assente”*, cit., p. 375.

⁶⁰ P. TONINI-C. CONTI, *Il tramonto*, cit., p. 513.

⁶¹ Il sospetto, ritiene A. MANGIARACINA, *Imputato “assente”*, cit., p. 374, è che la disposizione sia stata concepita per regolare «ciò che è sfuggito alla tipizzazione normativa».

⁶² L'espressione è di C. CONTI, *Processo*, cit., 469.

⁶³ Su questa linea S. MARCOLINI, *I presupposti del giudizio in assenza*, in D. VIGONI (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, cit., p. 158.

⁶⁴ Incidentalmente, va notato che la stessa impostazione pare promossa dall'art. 420-*ter*, comma 2, c.p.p. laddove al giudice procedente viene concesso di valutare la probabilità della «assoluta impossibilità a comparire [dell'imputato] per caso fortuito o forza maggiore» secondo il suo libero convincimento, che peraltro non potrà formare oggetto di eventuali discussioni successive o impugnazioni sul punto. Ci pare, tuttavia, che tale possibilità, risolvendosi in un trattamento favorevole all'imputato, non sollevi particolari problemi.

⁶⁵ Così D. CHINNICI, *La sospensione*, cit., p. 8. V. *contra* N. ROMBI, *Il diritto*, cit., p. 134 che ritiene — a fronte della valutazione autonoma del giudicante in merito alla «capacità informativa di atti di-

ad una “zona franca” nella cognizione del giudice, ove allo stesso viene consentito, in maniera inedita per il codice di rito penale italiano, di fondare la propria decisione, foriera di importanti conseguenze, eminentemente su un *case-by-case approach*, sia pur — questo forse l’aspetto positivo — al di fuori della “gabbia” presuntiva costruita dagli “indici sintomatici”. Lasciare al magistrato la possibilità di esercitare una certa «autonomia valutativa»⁶⁶, invero, potrebbe consentirgli più agevolmente di vagliare efficacemente se l’imputato è davvero a conoscenza del procedimento: così la disciplina potrebbe essere ricondotta a «razionalità»⁶⁷, sebbene permangano fondati dubbi sulla «eccessiva discrezionalità» rimessa al giudicante⁶⁸. A nostro avviso, tra due poli estremi, al legislatore sarebbe forse stato sufficiente suggerire, in seno all’art. 420-bis c.p.p., un ventaglio di situazioni probabili (ad es. l’aver la persona informata sui fatti fornito un indirizzo falso, in vista della possibile iscrizione nel registro *ex* art. 335 c.p.p.) per guidare, senza vincoli in termini presuntivi, l’azione del giudice procedente⁶⁹.

A tacer, poi, della parziale sovrapposizione — nella prassi — tra la prima ipotesi contemplata dall’art. 420, comma 2, ultima parte, c.p.p. (la certa risultanza che l’imputato sia edotto del procedimento) e la seconda (la certezza che l’imputato si sia voluto sottrarre *proprio motu* alla conoscenza del procedimento o a suoi specifici atti). Spesso, la prassi ci insegna, alla seconda è sottesa la prima, giacché l’imputato che sfugge all’autorità ha, quasi sempre, motivo di conoscere ciò che potrebbe accadergli. Ad esempio, potrebbe volontariamente sottrarsi al processo — ed essere contestualmente informato che, quantomeno in linea teorica, un procedimento dovrà celebrarsi nei suoi confronti — l’indagato che, non appena compiuto il misfatto, si dilegui senza lasciare traccia⁷⁰.

Incidentalmente, va ricordato che al concetto di «certezza» più volte richiamato fa da *pendant* quello di «conoscenza effettiva» del processo da parte dell’interessato. La connessione non è solo concettuale: nell’ordinamento italiano, come si è detto, il rito in assenza è ammesso, in linea di principio, quando si può affermare — con assoluta evidenza — che l’imputato ha avuto conoscenza «effettiva» dell’attività giudiziaria che lo riguarda. Stando al dato codicistico, la sola eccezione a tale impostazione di fondo risiede proprio nel-

versi (come l’interrogatorio)» rispetto agli “indici sintomatici” — che le disposizioni riportate *in limine* all’420-bis, comma 2, c.p.p. rappresentino una «non trascurabile garanzia per l’interessato», in quanto egli potrà essere sottratto «ai rigidi automatismi decisorii fondati su presunzioni».

⁶⁶ A. CIAVOLA, *Alcune considerazioni*, cit., p. 206.

⁶⁷ P. TONINI-C. CONTI, *Il tramonto*, cit., p. 514.

⁶⁸ D. NEGRI, *Costituzione delle parti*, cit., p. 487.

⁶⁹ Questa sembra essere il condivisibile suggerimento proveniente dalla Corte di Giustizia dell’UE, per le cui implicazioni v. *infra* § 4.2.

⁷⁰ Si cristallizza la sovrapposizione tra le due ipotesi qualora il reato compiuto sia procedibile d’ufficio. In tal caso, s’impone *naturaliter* l’apertura del procedimento penale. Se, da un lato, il *quisque de populo* potrebbe non distinguere agevolmente le fattispecie officiose da quelle procedibili a querela di parte, dall’altro va sottolineato che, quantomeno per certi gravi reati di allarme sociale (omicidio, rapina, pedopornografia ecc.), l’*id quod plerumque accidit* che anche il semplice cittadino può rappresentarsi consiste proprio nell’instaurazione di un rito penale volto all’accertamento dei fatti.

la condotta sottrattiva dell'imputato: egli può essere processato *in absentia* in ragione di tale comportamento, senza conoscere dell'attività giudiziaria svolta nei propri confronti (egli si è «sottratto alla conoscenza»): si tratta dell'unica «ipotesi in cui possa procedersi pur se la parte ignori la *vocatio in ius*»⁷¹. Ma a tal proposito riecheggia prepotente l'obiezione testé sollevata: colui che si «sottrae alla conoscenza» compie un'azione positiva, deliberata, che ha per base logico-fattuale, a nostro avviso, la consapevolezza di ciò che scientemente vuole evitare, ossia l'incedere dell'attività giudiziaria⁷². Tale aspetto della disciplina rimane un *tópos* non risolvibile: il codice vuole discernere ciò che nella realtà è indistinguibile.

Così, le fattispecie finali dell'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p. possono ben mettere in crisi il sistema predisposto dal legislatore, sia per il canone di certezza — in assenza di parametri codificati che possano obiettivamente essere d'ausilio al giudicante —, sia per quello di “effettività della conoscenza” (secondo l'architettura assiologica rilevante in materia, recentemente ribadita dalla giurisprudenza di legittimità)⁷³, ad eccezione dell'ipotesi di sottrazione consapevole dove, quantomeno nell'opinione della Suprema Corte, va accertata la sussistenza della sola consapevole condotta elusiva.

La scelta letterale della “sicurezza al 100%” impone, di certo, un vaglio rigorosissimo da parte del giudicante, quasi una *probatio diabólica*, a fronte, nondimeno, di un ventaglio di ipotesi pratiche non definibili a priori ed ove non è detto che il canone di effettività sopra richiamato sia rispettato: in ciò, a nostro modo di vedere, risiede l'ineliminabile antinomia insita nella coda dell'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p.

A fronte di un quadro così poco nitido, una (non agevole) *actio finium regundorum* va comunque tentata, quantomeno per provare a distinguere le condotte sussunte sotto la prima disposizione rispetto a quelle integrate dalla seconda delle fattispecie finali del comma 2 dell'art. 420-*bis* c.p.p. Il legislatore, infatti, ha inteso separare le due circostanze, sebbene con tenore letterale infelice.

La prima di queste richiede la «certezza» (e non la mera eventualità) che l'imputato sia a conoscenza del procedimento, che il giudice valuterà sulla base secondo il suo libero convincimento. Stando al dato letterale, la nomina di un difensore d'ufficio da parte dell'autorità giudiziaria, ad esempio, potrebbe rientrare in questa fattispecie⁷⁴, unitamente alla circostanza, tutt'altro

⁷¹ Cass., Sez. un., n. 23948/2020, cit., § 14.

⁷² La condotta sottrattiva di cui alla seconda ipotesi terminale pone i maggiori problemi all'interprete, secondo D. POTETTI, *Le conseguenze*, cit., p. 4188, il quale si chiede, non a torto, come possa essere volontario uno «stato soggettivo di non conoscenza (del procedimento)».

⁷³ Da ultima v. Cass., Sez. un., n. 23948/2020, cit., §§ 11 e 13. Il Supremo Collegio ritiene, in merito agli indici di cui al comma 2 dell'art. 420-*bis* che «si tratta di situazioni che necessitano di caratteri di effettività rispetto alle modalità con cui sono realizzate».

⁷⁴ Ciò si evince *a contrario* dal fatto che solamente la nomina di un difensore «di fiducia» sia considerato “indice sintomatico” dall'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p., fermo restando — come ha correttamente sottolineato la giurisprudenza di legittimità in merito all'elezione di domicilio da parte dell'indagato

che infrequente, di un imputato sottoposto ad interrogatorio⁷⁵. Anche l'essere raggiunto da un verbale *ex art.* 349 c.p.p.⁷⁶ potrebbe condurre il giudice ad utilizzare la clausola *de qua* per dichiarare l'assenza dell'interessato. Persuasiva, infine, l'opinione secondo cui anche l'emissione di una misura cautelare reale⁷⁷ può rientrare agevolmente in questa fattispecie⁷⁸. Sebbene non espressamente prevista tra gli "indici sintomatici", anche l'essere sottoposto ad una misura precautelare (art. 384-*bis* c.p.p.) potrebbe fornire l'appiglio fattuale per ritenere che l'indagato sia effettivamente conoscenza del procedimento a suo carico. Qui l'analisi casistica demandata al giudicante raggiunge l'apice della sua ampiezza. Col rischio che l'ordinanza che consente l'attività giudiziaria *reo absente* possa essere fondata su un ragionamento inferenziale che lambisce l'onniscienza. Nelle situazioni appena esemplificate, segnalate dalla dottrina più attenta, non si rinviene, infatti, a nostro modo di vedere, come possa il magistrato asserire di essere *certo* che l'interessato sia a conoscenza dell'incedere dell'attività giudiziaria a suo carico.

La seconda ipotesi è caratterizzata da un elemento ulteriore, vale a dire la volontarietà della sottrazione alla conoscenza: (a) del procedimento *in toto* oppure (b) di atti dello stesso. Il dolo, dunque, assurge *expressis verbis* ad "architrave" di quest'ultima fattispecie, secondo l'insegnamento fornito da una Risoluzione del Consiglio d'Europa, che permetteva agli Stati Parte di limitare il diritto alla presenza processuale a fronte dell'accertamento che l'imputato avesse «*deliberately sought to evade justice*»⁷⁹. Si noti che il tenore letterale è differente dal dato codicistico: non si parla di sottrazione "alla conoscenza", bensì "alla giustizia"⁸⁰. Anche in questo caso, nondimeno, vi deve essere «certezza» sulla «volontarietà», non una mera possibilità o probabilità.

presso il difensore d'ufficio — che il giudice dovrà «verificare, anche in presenza di altri elementi, che vi sia stata un'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale domiciliatario e l'indagato» (Cass., Sez. un., n. 23948/2020, cit., § 12).

⁷⁵ N. ROMBI, *Il processo*, cit., p. 134.

⁷⁶ S. MARCOLINI, *I presupposti*, cit., p. 158.

⁷⁷ Secondo A. CIAVOLA, *Alcune considerazioni*, cit., p. 201, solamente l'esecuzione di una misura cautelare personale rientrerebbe nell'ipotesi prevista al comma 2 dell'art. 420-*bis* c.p.p., sia per l'espressione adoperata nel testo codicistico («sottoposto a misura cautelare»), sia per la *ratio* sottesa a suddetta norma. Sulla stessa linea, anche D. POTETTI, *I casi tipici*, cit., p. 2490 e S. MARCOLINI, *I presupposti*, cit., p. 154 s. V. *contra* S. QUATTROCOLO, *Il contumace*, cit., p. 98.

⁷⁸ Propendono per questa lettura N. ROMBI, *Il processo*, cit., p. 130 e, sia pur notando la «tecnica imprecise di redazione normativa», D. NEGRI, *Il processo*, cit., p. 222.

⁷⁹ Si tratta della nota Risoluzione 75 (11), *on the criteria governing proceedings held in the absence of the accused*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 21 maggio 1975, Regole 1 e 6, enfasi aggiunta, disponibile *online* in lingua inglese: <https://rm.coe.int/09000016804f7581>.

⁸⁰ Pertanto, la situazione dell'imputato che si sia (volontariamente) dileguato, in mancanza di pregressi contatti con le autorità, potrà più facilmente essere sussumibile sotto la ben più ampia definizione fornita dal Consiglio d'Europa mentre, nell'ordinamento interno, vi è da vagliare un elemento aggiuntivo e ben più specifico, ossia la prova della (volontaria) sottrazione alla "conoscenza".

3.2. La “volontaria sottrazione” tra dottrina e prassi giurisprudenziale.

Concentriamoci su quest'ultima ipotesi che costituisce, lo si ripete, l'unica “luce verde” per la prosecuzione del processo *reo absente*, sebbene l'interessato ignori (ufficialmente) la chiamata in giudizio⁸¹. Quali potrebbero essere le condotte rilevanti per poter essere sussunte entro la nozione di volontaria sottrazione? La dottrina ha suggerito di considerare i casi di «rifiuto di dichiarazione o elezione domiciliare» (ai quali si potrebbe aggiungere anche la comunicazione di un falso indirizzo), la «revoca del mandato difensivo», nonché la «fuga dell'imputato durante il tentativo di arresto o di fermo compiuto dall'autorità giudiziaria»⁸². Si può anche considerare il caso della persona sentita a sommarie informazioni *ex artt.* 351 e 362 c.p.p. che poi scompare, dandosi alla fuga, sospettando di poter essere successivamente coinvolta nell'inchiesta già *in fieri*.

Forse, una sola di queste ipotesi — la «fuga per evitare la cattura»⁸³ da parte dell'imputato che sia consapevole dell'emissione del provvedimento coercitivo o nel fondato timore che ciò accada — rappresenta l'esempio evidente della volontaria sottrazione⁸⁴, così come correttamente ritenuto dal Collegio di Strasburgo con la “decisione Iavarazzo”⁸⁵. Va da sé, quindi, ed è osservazione condivisibile, che la mera circostanza che l'interessato non sia reperibile o non si trovi nei luoghi abituali non può *ex se* integrare l'ipotesi qui analizzata.

A *contrario*, però, proprio nelle ipotesi di fuga contestuale al tentativo di cattura da parte della polizia giudiziaria, è da ritenere esageratamente garantistica — se non artificiosa — l'opinione di chi ha sostenuto che «il soggetto

⁸¹ Cass., Sez. un., n. 23948/2020, cit., § 14. V. *supra* note 70, 71 e 72 sulla artificiosità della distinzione tra le due ipotesi terminali del comma 2 dell'art. 420-bis c.p.p.

⁸² D. NEGRI, *Costituzione delle parti*, cit., p. 488. Differentemente, D. POTETTI, *La conoscenza del procedimento e il rifiuto di conoscenza nel nuovo giudizio in assenza*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 12, p. 4188 riconduce a questa ipotesi meramente il caso in cui «il soggetto, pur avendo concreto motivo di dubitare dell'esistenza di un procedimento a suo carico, sceglie di disinteressarsene, e cioè di non sciogliere quel dubbio».

⁸³ D. NEGRI, *Il processo*, cit., p. 222.

⁸⁴ Ma v. *contra* Cass., Sez. un., n. 23948/2020, cit., § 11.3., ove si sostiene un orientamento forse eccessivamente garantistico, che vale la pena richiamare testualmente: «si pensi all'ipotesi del soggetto arrestato in flagranza per un qualsiasi reato che riesca a fuggire subito dopo la cattura, prima ancora della formalizzazione dell'attività della polizia giudiziaria e, soprattutto, della presentazione al giudice. Non è certo una situazione che consenta di ritenere la consapevolezza del processo, essendo, si ripete ancora, escluso che il processo in assenza sia una forma di sanzione» (corsivo aggiunto). Qui è evidente però che, all'ultimo periodo di tale passaggio argomentativo, l'asserzione conclusiva (l'assenza non è una forma di sanzione) non fornisce una solida base motivazionale per l'antecedente (la fuga durante la cattura non è situazione che possa integrare una conoscenza del procedimento).

⁸⁵ Corte eur., *Iavarazzo c. Italia* (dec.), 4 dicembre 2001, ric. 50489/99. Segnatamente, la Corte così si esprime: «Pour ce qui est de l'omission d'informer officiellement le requérant des poursuites entamées à son encontre et de l'accomplissement de l'expertise médico-légale, la Cour observe que l'impossibilité de communiquer avec l'accusé ne saurait être imputée aux autorités italiennes, étant due, au contraire, au fait que le requérant, dans la tentative de se soustraire à la juridiction d'un Etat adhérent au principe de la prééminence du droit, avait pris la fuite et était devenu introuvable».

fugge per preservare la propria libertà personale, non perché non vuole partecipare al processo»⁸⁶, inferendo che anche a carico di quest'ultimo vada vagliato il grado di «effettiva conoscenza»: in tali circostanze, infatti, può considerarsi «certo» *ipso facto* che l'interessato sia edotto del fatto che un procedimento sia in corso nei suoi confronti ed infatti la condotta sottrattiva posta in essere — si può immaginare — alla vista degli agenti di pubblica sicurezza integra certamente il caso di chi «*parvient à échapper à une tentative d'arrestation*»⁸⁷. Nei casi di “flagranza di fuga”, pertanto, anche la Corte europea, pungolo garantistico della disciplina italiana sulla contumacia prima, e sull'assenza poi, ammette che l'indagato (poi imputato) si sia volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento, rendendo legittimo *ipso facto* il successivo rito *in absentia*.

Con la “sentenza Ismail” sopra citata, a dire il vero, la portata di questa «clausola anti-abusiva»⁸⁸ è stata vagliata dalla Corte di legittimità, sia pur incidentalmente, nei suoi aspetti sostanziali. Recependo molte delle critiche sollevate in dottrina, e di cui si è dato conto in precedenza, il Supremo Collegio ha quantomeno ribadito che, a fronte di una mancata tipizzazione *in parte qua*, deve comunque trattarsi di «condotte positive»⁸⁹ il cui elemento soggettivo — vale a dire il dolo — va accertato in concreto, non assumendo qui rilevanza comportamenti omissivi o meramente colposi. Ciò che è precluso in ogni caso è qualsivoglia automatismo tra le «situazioni comuni quali l'irreperibilità, il domicilio eletto...» e l'assenza dell'imputato: certe circostanze possono ovviamente fornire una base indiziaria, ma giammai possono essere autosufficienti⁹⁰. Così, l'indicazione di un falso domicilio e la «manifesta mancanza [di] diligenza informativa» potranno suggerire, a livello indiziario, la sussistenza di un comportamento deliberato da parte dell'interessato, ma andranno corroborati con prove concrete e circostanziate⁹¹.

⁸⁶ Riprendo l'espressione di E.A.A. DEI-CAS, *Considerazioni*, cit., p. 170.

⁸⁷ Corte eur., *Pititto c. Italia*, cit., § 68. È qui ben visibile la sovrapposizione tra “conoscenza del procedimento” e “volontaria sottrazione”: la Corte di Strasburgo menziona la fuga dall'arresto come esempio di circostanza dimostrante «*sans équivoque*» che l'accusato è a conoscenza del procedimento nei suoi confronti e decide consapevolmente — tramite la condotta elusiva — di non prendere parte all'attività giudiziaria.

⁸⁸ Efficace è la definizione di S. MARCOLINI, *I presupposti*, cit., p. 158.

⁸⁹ Cass., Sez. un., n. 23948/2020, cit., § 14.

⁹⁰ A. MANGIARACINA, *Imputato “assente”*, cit., p. 384.

⁹¹ Cass., Sez. un., n. 23948/2020, cit., § 14, *in fine*. Nota S. QUATTROCOLO, *La Corte*, cit., p. 15 s., che gli standard convenzionali, in tema di rimedi restitutori, presentano una struttura non pienamente sovrapponibile al ragionamento delle Sezioni Unite. La Corte di Strasburgo, infatti, non considera rilevante «l'atteggiamento volitivo del ricorrente», in quanto — ai fini della legittimità dell'eventuale procedimento *in absentia* — si concentra più in particolare sull'elemento di conoscenza della *vocatio in ius* da parte del ricorrente, il cui raggiungimento è onere gravante *in toto* sugli ordinamenti nazionali.

3.3. (segue) La condizione di “latitanza” e sue sovrapposizioni con le ipotesi di volontaria sottrazione.

È certo che l'ipotesi più eclatante di sottrazione volontaria al procedimento che si rinviene nel codice di rito italiano è quella tipizzata dall'art. 296 c.p.p., concernente lo *status* del latitante⁹². Differentemente dalla posizione ricoperta dal soggetto «irreperibile» — la cui condizione consegue ad una situazione di contestuale “doppia mancanza”, vale a dire l'infruttuosa notifica *ex art.* 157 c.p.p. e l'esito infausto delle «nuove ricerche» previste dall'art. 159 c.p.p. —, la condizione di «latitanza» presuppone che il soggetto «volontariamente» si sia sottratto ad un provvedimento cautelare (ipotesi di c.d. latitanza “processuale”) o ad un ordine con cui si dispone la carcerazione (ipotesi di c.d. latitanza “esecutiva”)⁹³. Superfluo notare come le circostanze in astratto sovrapponibili con l'ipotesi di volontaria sottrazione, rilevante ai sensi dell'art. 420-bis, comma 2, c.p.p., siano quelle di latitanza “processuale”.

A fronte del tenore letterale dell'art. 296 c.p.p., va evidenziato che la latitanza è istituto complesso, venendo integrato dalla sussistenza contestuale di un elemento oggettivo (la redazione del c.d. “verbale di vane ricerche” *ex art.* 295 c.p.p. e la relativa declaratoria di latitanza)⁹⁴ e dell'elemento soggettivo già citato, vale a dire la consapevolezza dell'emissione della relativa misura e la precisa *voluntas* di non assoggettarsi ad essa⁹⁵. A monte di tali requisiti, vi è il «presupposto», vale a dire l'emissione della misura cautelare e la sua messa in esecuzione⁹⁶, a cui va aggiunta la totale inesigibilità di quest'ultima a causa del comportamento dell'interessato⁹⁷. In linea di principio, poi, va ricordato che allo *status* di latitante consegue *naturaliter* la rappresentanza «a

⁹² A parere di R. MAGI, *La rinuncia tacita e la volontaria sottrazione: brevi riflessioni sulla distinzione tra conoscenza del procedimento e conoscenza del processo*, in *Quest. giust. (web)*, 18 giugno 2014, il tema riguarda «essenzialmente» il soggetto latitante, aggiungendo tuttavia che sotto la condotta di volontaria sottrazione potrebbe ricondursi anche quella del soggetto libero, il quale si renda colpevolmente irreperibile sottraendosi alla notifica di un atto.

⁹³ M. MINAFRA, “*Complessità del giudizio*” e termini della custodia cautelare, in *Giur. it.*, 2019, n. 10, p. 2275. Si noti che il dato codicistico menziona tassativamente la custodia in carcere, gli arresti domiciliari, il divieto di espatrio e l'obbligo di dimora, sebbene autorevole dottrina abbia ritenuto che la «dimora vietata» e l'«obbligo di presentarsi periodicamente alla polizia» possano agevolmente rientrarvi (F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, 2012, p. 518).

⁹⁴ Dispone il comma 2 dell'art. 295 c.p.p. che «il giudice, se ritiene le ricerche esaurienti, dichiara, nei casi previsti dall'articolo 296, lo stato di latitanza». In seguito, con il provvedimento che dichiara la latitanza, il giudice designa un difensore di ufficio al latitante che ne sia privo e ordina che sia depositata in cancelleria copia dell'ordinanza con la quale è stata disposta la misura rimasta ineseguita (art. 296, comma 2, c.p.p.).

⁹⁵ È l'elemento soggettivo, a ben vedere, a costituire l'elemento distintivo tra irreperibilità e latitanza, essendo la prima una «situazione di fatto», «che può anche essere involontaria e incolpevole, e che diviene processualmente rilevante per effetto della chiamata nel giudizio», secondo Cass., 20 settembre 2001, n. 37848, Lauricella, in *C.e.d.*, n. 220210, ECLI:IT:CASS:2001:37848PEN. Di fatto, l'irreperibilità si “converte” in “assenza”, superato il vaglio dell'udienza preliminare.

⁹⁶ G. COLAIACOVO, *La latitanza nel diritto processuale penale*, in *Giur. it.*, 2017, n. 6, p. 1455.

⁹⁷ G. FOSCHINI, *La latitanza*, Giuffrè, 1943, p. 51.

ogni effetto»⁹⁸ dal difensore: il procedimento, quindi, può proseguire⁹⁹ sino all'udienza preliminare.

Ciò premesso, tutto si gioca sulla qualità delle ricerche effettuate¹⁰⁰: qualora siano incomplete o residuino dubbi sull'atteggiamento psicologico dell'indagato, il relativo decreto di latitanza non potrà essere emesso. Sussistendone i presupposti, però, riteniamo di aderire alla tesi di chi ha sostenuto — in posizione minoritaria in dottrina — che il giudicante debba adeguatamente motivarlo, in ordine alle circostanze di fatto che ne hanno giustificato l'emissione¹⁰¹. Ciò *a fortiori* se si considera che tale enunciazione potrà essere d'ausilio al g.u.p. in sede di costituzione delle parti *ex art.* 420 c.p.p., al fine di scegliere se procedere *reo absente* o sospendere il procedimento.

Qui sta il punto di contatto — assai problematico — tra latitanza e assenza (con l'irreperibile che pare svolgere la funzione di “convitato di pietra”). Il codice di rito sembra porre particolare attenzione a quella che potremmo definire una triangolazione delle soggettività. Assenza, irreperibilità e latitanza, infatti, sono attributi in astratto sovrapponibili in alcune fasi procedimentali. Tuttavia, la nuova disciplina, come riformata nel 2014, prevede un vero e proprio assorbimento processuale delle prime due condizioni all'interno della disciplina di cui all'art. 420-*bis* c.p.p.¹⁰², mentre, dovendosi procedere nei confronti di un latitante, sembrerebbero permanere rilevanti perplessità sulla possibilità di disporre utilmente in ogni caso un procedimento “senza imputato”¹⁰³.

Il canone di conoscenza effettiva, infatti, continua a creare tensioni in materia di coerenza normativa, in quanto — specie a seguito dell'interpretazione antiformalistica degli indici sintomatici fornita dalle Sezioni Unite¹⁰⁴ — si potrebbe argomentare che anche nei confronti del latitante vada, di regola, raggiunta la certezza del fatto che sia edotto del procedimento (linea argomentativa, come si è visto, avallata in sede sovranazionale), a meno che — questo il punto critico — non si voglia sostenere che alla dichiarazione di latitanza durante la fase “fluida” delle indagini preliminari conseguirà poi, in

⁹⁸ Questa è l'ampia espressione del comma 3 dell'art. 165 c.p.p. Qualora l'imputato dichiarato latitante ne fosse privo, un difensore d'ufficio gli sarà assegnato dall'autorità giudiziaria (art. 165, comma 2, c.p.p.).

⁹⁹ Enfatizza Cass., Sez. un., 27 marzo 2014 (dep. 7 maggio 2014), n. 18822, Avram, in *C.e.d.*, n. 258792, ECLI:IT:CASS:2014:18822PEN, § 2 *in fine*, le «peculiarità che caratterizzano la latitanza ed il relativo stato di volontaria sottrazione *alla cattura ed al processo*», quasi sottendendo una automatica equivalenza sostanziale tra lo *status* di latitante e la qualità di “assente”.

¹⁰⁰ Lo puntualizzano R. MAGI, *La rinuncia*, cit., e N. ROMBI, *Il processo*, cit., p. 155.

¹⁰¹ G. COLAIACOVO, *Processo in absentia e imputato latitante*, in *Leg. pen. (web)*, 14 marzo 2016, p. 2.

¹⁰² Ricorda C. CONTI, *Processo*, cit., p. 468, nota 39 *in fine*, che nei confronti dell'irreperibile *ex art.* 157 c.p.p. il procedimento va sospeso *ex art.* 420-*quater* c.p.p. solamente in assenza delle circostanze previste all'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p. e qualora una notifica a mani proprie non sia andata a buon fine. Al di fuori di questi casi, anche nei confronti dell'irreperibile va disposto il rito in assenza.

¹⁰³ A. PROCACCINO, *Informazione*, cit., p. 63.

¹⁰⁴ Cass., Sez. un., n. 23948/2020, cit., §§ 11 e ss.

sede di costituzione delle parti innanzi al g.u.p., *sic et simpliciter* l'ordinanza che dispone la prosecuzione in assenza dell'imputato¹⁰⁵.

Andando nel concreto, però, è chiaro che la possibilità di far rientrare l'ipotesi di latitanza entro l'ipotesi *in limine* al comma 2 dell'art. 420-*bis* c.p.p. sia «la regola», quando il verbale di vane ricerche sia compilato esaustivamente ed il giudice abbia operato un rigoroso vaglio giurisdizionale¹⁰⁶. Anche il dato letterale sembra propendere per tale soluzione nella maggior parte dei casi: si procede *in absentia* nei confronti di chi sottrae volontariamente alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo, *ergo* anche nei confronti di colui il quale si è volontariamente sottratto all'esecuzione di una misura cautelare (che è atto del procedimento). Il ragionamento qui è influenzato, non del tutto a torto, dalla «assonanza» dei termini adoperati dal legislatore¹⁰⁷. Come si è detto, il caso dell'indagato che fugge alla vista della polizia giudiziaria ben potrà essere ricompreso nell'ipotesi di volontaria sottrazione¹⁰⁸.

Tentando di delineare una ulteriore casistica che consentirebbe lo svolgersi del procedimento *re o absente*, si può far cenno all'elenco, non esaustivo, fornito dalla Corte di Strasburgo nella “sentenza *Pittito*”: si va dal caso in cui l'imputato dichiara pubblicamente di non voler dar seguito agli atti a lui comunicati ufficiosamente, o quando risulta all'autorità procedente — sulla base di non meglio definite «*pièces*» — che l'imputato è a conoscenza del procedimento e delle accuse a lui mosse¹⁰⁹. La volontarietà della sottrazione può anche desumersi, e pensiamo sia ipotesi non infrequente nella prassi, dal contenuto di captazioni telefoniche di conversazioni di un colloquio in cui l'imputato dichiara *post factum* di volersi dare alla fuga¹¹⁰.

Peraltro, *a latere* del caso emblematico della fuga dalla cattura, residua tutta una serie di episodi che la dottrina ha ricondotto sotto la nozione di latitanza «semplice»¹¹¹ (che fa da contraltare a quella «qualificata», successiva cioè al compimento di uno degli atti previsti all'art. 420, comma 2, c.p.p.)¹¹².

¹⁰⁵ Riporta questa preoccupazione N. ROMBI, *Il diritto*, cit., p. 137.

¹⁰⁶ G. COLAIACOVO, *Il latitante*, CEDAM, 2015, p. 193 s.

¹⁰⁷ *Id.*, *Processo in absentia*, cit., p. 3. D'altronde, non sembra peregrino immaginare che l'indagato che si dilegua risulta perfettamente edotto che, per il tramite del proprio comportamento elusivo, l'autorità giudiziaria sarà *de facto* impossibilitata a scovarlo, ovunque si trovi, a fini notificatori. Sembra seguire questa linea G. PAVICH, *Prime questioni applicative sulla sospensione dei processi in absentia*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 3, p. 948 che ritiene, altresì, che il rispetto delle condizioni di cui all'art. 296 c.p.p. «postula *ex se* la conoscenza di un procedimento a proprio carico».

¹⁰⁸ Anche S. MARCOLINI, *I presupposti*, cit., p. 158, propende per questa soluzione.

¹⁰⁹ Corte eur., *Pittito c. Italia*, cit., § 68 *in fine*. Si tratta di casi che «potrebbero fornire» (*might provide*) un'indicazione inequivoca che l'accusato è a conoscenza del procedimento (si tratta, dunque, di presunzioni semplici). Una provocazione: vi potrebbero dunque rientrare, eventualmente, dichiarazioni rilasciate dall'imputato tramite *social networks*? Ad ogni modo, tale assunto sembra porsi però in contrasto col principio generale, sancito in via convenzionale, dell'ufficialità della conoscenza del processo — e delle conseguenze dalla mancata comparizione — come garanzia dell'esercizio dei diritti di difesa.

¹¹⁰ Ancora S. MARCOLINI, *I presupposti*, cit., p. 158.

¹¹¹ G. COLAIACOVO, *Processo in absentia*, cit., p. 3.

¹¹² N. ROMBI, *Il processo*, cit., p. 154.

Si pensi, semplicemente, al «mancato rintraccio dell'imputato ricercato per la cattura»¹¹³ o, più in generale, a tutti quei casi in cui, difettando contatti pregressi con le autorità, l'interessato — raggiunto da ordinanza cautelare — si sia (già) dileguato e rispetto al quale, contestualmente, non si può avere «certezza» che egli sia stato messo a conoscenza del procedimento o dell'emissione della misura (o comunque lo sia stato al momento della presunta fuga)¹¹⁴. In tali casi, i problemi sembrano sorgere non tanto per la coerenza con il dato codicistico — ed in particolare il combinato disposto tra l'art. 296 c.p.p. e l'ipotesi terminale di cui all'art. 420-*bis* c.p.p. — quanto per il valore che il g.u.p. potrà attribuire al contenuto del decreto di latitanza “semplice”, le cui circostanze, lungi dal cristallizzarsi nel tempo a mo' di (indebite) presunzioni assolute, dovranno essere riconsiderate dal giudicante in occasione della costituzione delle parti, sia in termini di completezza delle ricerche svolte *illo tempore*, sia per vagliare *in concreto* se esista un ben preciso nesso causale tra l'inesigibilità della misura cautelare e la condotta intenzionale del ricercato¹¹⁵.

In questo contesto, l'esautivo svolgimento delle ricerche di cui all'art. 295 c.p.p. consentirà al magistrato di escludere che l'irreperibilità *lato sensu* intesa dell'interessato sia connessa a «fattori diversi dalla sua volontà»¹¹⁶. Si tratta di attività ineludibile, stante la centralità del *dolus* nella fattispecie in esame, e tuttavia va ribadito che gli spazi per sospendere il procedimento sembrerebbero davvero ridotti¹¹⁷.

Come fare, quindi, per sciogliere il nodo gordiano tra garanzie difensive e prosecuzione del procedimento nei casi di latitanza “semplice”? Certamente, l'automatismo tra latitanza e assenza va rigettato, non solo perché, come si sa, la fisionomia del processo penale (a differenza di quello di matrice civilistica) mal si adatta alla presenza di presunzioni assolute, ma anche perché sono gli obblighi convenzionali gravanti sull'Italia ad essere palesemente violati. Una risposta, sia pur parziale — in mancanza, come si è detto, di circostanze quantomeno indicative in tal senso — può originare da due sentenze della Corte di Strasburgo.

Nel noto caso *Sejdovic* il consenso europeo ha nitidamente respinto l'automatica equazione tra latitante “semplice” e contumace (ora “assente”)¹¹⁸. La dottrina ne inferisce, come si è detto, il divieto assoluto di equiparare la posizione del latitante a quella di chi si è volontariamente sottratto alla conoscen-

¹¹³ D. NEGRI, *Il processo*, cit., p. 223.

¹¹⁴ R. MAGI, *La rinunzia*, cit.

¹¹⁵ Questa è la persuasiva osservazione di A. PROCACCINO, *Informazione*, cit., p. 63 che ammette, con riferimento alla “latitanza non volontaria”, che si tratterebbe di ipotesi poco frequenti nella prassi.

¹¹⁶ G. COLAIACOVO, *Processo*, cit., p. 6. L'A. peraltro nota che, anche qualora il g.u.p. rilevasse l'errore nell'emissione del decreto che ha disposto la latitanza, non potrebbe poi disporre la sospensione delle attività *ex art. 420-quater* c.p.p., bensì dovrà dichiarare la nullità di tale decreto, e dei pertinenti atti derivati.

¹¹⁷ Ancora G. COLAIACOVO, *Processo*, cit., p. 8.

¹¹⁸ Corte eur., *Sejdovic c. Italia*, cit., § 87 che, a sua volta, richiama Corte eur., *Colozza c. Italia*, cit., § 28. La vicenda, vale la pena di ricordare, riguardava proprio un caso di latitanza “semplice”.

za del procedimento¹¹⁹. Tuttavia, in un *obiter* della stessa decisione, si disvela il vero valore aggiunto della sentenza: l'equivalenza non reggeva in quanto, nel caso sotto esame, la declaratoria di latitanza «*was founded on a presumption with an insufficient factual basis*»¹²⁰. Ecco svelato l'arcano dell'approccio convenzionale in materia di processo in assenza: è la completezza sostanziale delle indagini — e la loro solidità logico-argomentativa recepita nel decreto di cui all'art. 295, comma 2, c.p.p. — a dettare la linea¹²¹. Pertanto, a fronte di un verbale di vane ricerche esaustivo, circostanziato e ben motivato, il g.u.p. non potrà far altro, a nostro avviso correttamente, che dichiarare l'assenza del latitante “semplice”, dopo — s'intende — aver vagliato rigorosamente l'attività investigativa sino ad allora espletata¹²².

Conferma questa visione il caso *Pititto*, sopra menzionato, riguardante anch'esso un latitante “semplice”, ove la «*simple absence de l'accusé à ses lieux de résidence*» o «*la circonstance que deux avocats nommés par l'intéressé dans une autre procédure pénale distincte aient pu avoir accès à un document indiquant que la procédure mise en cause était pendante*» non vennero ritenuti sufficienti per integrare la certezza che l'imputato fosse a conoscenza del procedimento e quindi avesse tentato di sottrarsi alla giustizia¹²³. Verrebbe da chiedersi se la sentenza avesse potuto avere esito differente qualora le ricerche dell'interessato (teleologicamente orientate alla declaratoria di latitanza) fossero state ritenute complete dal giudice europeo¹²⁴.

3.4. Uno schema (non del tutto) conclusivo.

In definitiva, l'ipotesi di volontaria sottrazione, così come prevista dal dato codicistico, risulta *in primis* sfornita di indicatori fattuali per essere delineata compiutamente. Il giudicante si troverà così solo di fronte al “fantasma”¹²⁵, e sulle sue spalle graverà la scelta — foriera di ben precise implicazioni processuali tra la prosecuzione dell'attività giudiziaria *reo absente* o la sospensione *ex art. 420-bis* c.p.p.; in tale sede, tuttavia, non potrà basarsi, neppure in via

¹¹⁹ In questo senso S. QUATTROCOLO, *Corte europea*, cit., p. 26.

¹²⁰ Corte eur., *Sejdovic c. Italia*, cit., § 87.

¹²¹ Sembra riconoscere la validità di questa linea argomentativa E.A.A. DEI-CAS, *Considerazioni*, cit., p. 171. La Corte di Strasburgo ha confermato, di recente, che dalla mera qualità di latitante «fornita su una presunzione priva di base fattuale sufficiente» non possa dedursi la rinuncia a difendersi (Corte eur., *Rizzotto c. Italia* (no. 2), 5 settembre 2019, ric. 20983/12, § 53).

¹²² Chiaramente, più il verbale sarà poggiato su una solida base motivazionale, meno il giudice avrà margine discrezionale per negare la *declaratio absentiae*.

¹²³ Corte. eur., *Pititto c. Italia*, cit., §§ 69-70. Per una ricostruzione più ampia della vicenda v. *infra* nota 141.

¹²⁴ Il ruolo della completezza delle indagini non è menzionato da S. QUATTROCOLO, *Partecipazione al processo e contraddittorio*, in *Leg. pen. (web)*, 19 ottobre 2020, p. 111, secondo cui i due capisaldi dell'approccio convenzionale in materia di procedimento *in absentia* consistono invece nella «inequivocabile e consapevole rinuncia da parte [dell'imputato] ad essere presente» unitamente alla valutazione dell'«impegno degli organi giudiziari nel portare a conoscenza dell'imputato il processo a suo carico». Sul punto v. *infra* § 4.1.

¹²⁵ L'espressione, di sicuro impatto, è di S. MARCOLINI, *I presupposti*, cit., p. 160.

indiziaria, su marcatori che siano quantomeno di ausilio per orientare il proprio libero convincimento.

La sfumatura tra prima e seconda ipotesi terminale di cui all'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p. giocherà allora un ruolo cruciale, stando al dato codicistico. Se chi si è dileguato conosce del processo, allora scatterà la clausola di conoscenza; altrimenti, si dovrà decidere se, ignorando o meno l'incedere dell'attività giudiziaria a suo carico, l'interessato si sia reso comunque irreperibile *sua sponte*. Ma è ovvio, lo si ribadisce, che il comportamento elusivo originerà *de facto* da una conoscenza pregressa (e ciò è chiaro anche dalla definizione tradizionale di tali ipotesi: i "finti inconsapevoli", quindi i "consapevoli").

Ciononostante, la volontaria sottrazione, secondo la giurisprudenza di legittimità, dovrebbe continuare a ritagliarsi uno spazio autonomo, costituendo l'unica possibilità per l'autorità giudiziaria di processare il fuggitivo anche nel caso in cui quest'ultimo non conosca effettivamente la *vocatio in ius*: la condotta dolosa, questa la disciplina, "supera" la conoscenza. Se, poi, l'interessato fosse stato previamente dichiarato «latitante», sarà il verbale di vane ricerche ad assurgere a base giuridica e fattuale per la declaratoria di assenza emessa dal g.u.p., soprattutto nei casi in cui il presunto reo si sia dato alla fuga, senza che nessuna delle situazioni di cui al comma 2 dell'art. 420-*bis* c.p.p. si sia mai verificata¹²⁶.

Così, sembrerebbe che si crei una sorta di gradazione probatoria rispetto ai soggetti che, verosimilmente, potrebbero venire a contatto con il g.u.p.: (a) il latitante "qualificato", per il quale sembrano sussistere pochi problemi in merito all'assoggettabilità al regime dell'assenza¹²⁷; (b) il latitante "semplice", per dichiarare la cui assenza andrà esaminato scrupolosamente il contenuto del verbale *ex art.* 295, comma 1, c.p.p. redatto *illo tempore* che quantomeno dota il giudice di ausilio fattuale; (c) il soggetto sconosciuto alle autorità, non latitante, che, in occasione della notificazione della *vocatio in ius*, risulta di-

¹²⁶ Come si è detto, però, il punto resta insoluto sia in dottrina che in giurisprudenza: il fuggitivo — dichiarato o meno latitante — proprio perché si dilegua senza lasciare traccia, è edotto o meno del procedimento che lo riguarda? Si ribadisce, come già sopra adombrato, la nostra adesione alla posizione garantistica espressa dalle Sezioni Unite con la sentenza Ismail, ove il soggetto che ha posto in essere una condotta sottrattiva *ex art.* 420-*bis*, comma 2 *in fine*, c.p.p. viene definito espressamente un "finto inconsapevole" (e, quindi, un "consapevole", a propria volta a «conoscenza» del procedimento e rientrando quindi, senza stravolgere il significato delle parole, nella *prima* ipotesi terminale di cui all'art. 420-*bis*, comma 2, c.p.p.). Non rinvenendolo, nonostante le ricerche — complete e corroborate da idonea motivazione e compendio probatorio — è ben più che verosimile che il soggetto fosse stato a conoscenza dell'attività investigativa svolta nei propri confronti. Anche l'analisi dell'elemento soggettivo doloso, come si è detto, dovrà essere sviluppata con precisione, ma di fronte ad un soggetto effettivamente irreperibile, non rintracciabile in alcun luogo, allontanatosi dal lavoro e dagli affetti senza nulla lasciar detto, sembra davvero irragionevole sostenere che *possa non sapere* del proprio procedimento, a fronte — lo si ribadisce — di accertamenti accurati e completi. Pertanto, la combinazione tra "ricerche meticolose" e la "non rintracciabilità" dell'imputato pare, a nostro avviso, soddisfare il requisito della sottrazione volontaria.

¹²⁷ Qui potrebbe farsi rientrare anche il caso del soggetto che sfugge alla cattura, sotto gli occhi della polizia giudiziaria.

leguato¹²⁸: in tal caso il giudice potrà scegliere — con il più ampio sindacato possibile — se procedere *reo absente* o sospendere il procedimento attivando il meccanismo di cui all'art. 420-*quater* c.p.p. (quest'ultima ipotesi sembra essere la più probabile); (d) il soggetto già formalmente dichiarato irreperibile durante le indagini preliminari, nei cui confronti il g.u.p. potrà — similmente all'ipotesi di cui alla lett. c) — attivare la procedura sospensiva o, alternativamente, procedere in assenza, valutando gli elementi a sua disposizione in quella precisa fase¹²⁹.

4. “Ce lo chiede l'Europa!”. Nuove prospettive per circoscrivere le ipotesi di volontaria sottrazione nell'ordine public européen.

4.1. Brevi critiche al modello convenzionale: una *due diligence* sproporzionata in capo agli Stati e una consapevolezza troppo ampia da assicurare all'imputato?

Come si è cercato di spiegare, la disciplina codicistica italiana regolante il processo *in absentia* è stata influenzata dal paradigma tratteggiato dalla Corte di Strasburgo. Si è visto, in particolare, che le sollecitazioni provenienti dalla “sentenza *Sejdovic*” hanno provocato una «determinante svolta» nella disciplina interna (la riforma del 2005) e che, in seguito, anche il “caso *Somogyi*” ha rivestito un ruolo cruciale per addivenire alla novella del 2014¹³⁰.

Tuttavia, per le ipotesi che ci interessano — vale a dire quelle di “volontaria sottrazione” dell'imputato — la questione sembra più complessa.

La disciplina interna, come si è visto, distingue il caso di sottrazione consapevole da quelli in cui l'imputato ha conoscenza (ufficiale) del procedimento: si disinteressa, a ben vedere, di accertare che l'interessato sia edotto dello svolgimento di attività giudiziaria nei propri confronti quando è chiaro che egli abbia *motu proprio* scelto di far perdere le proprie tracce¹³¹. Al contrario, la giurisprudenza convenzionale sembra operare una *reductio ad unum* dei casi di sottrazione consapevole: bisogna dimostrare anche in quei casi che vi

¹²⁸ Si pensi al soggetto coinvolto in una rissa presso un pubblico esercizio — con intervento delle forze di polizia — che in seguito cambia ripetutamente residenza (anche all'estero, magari per esigenze lavorative), rendendo estremamente difficoltoso il suo rintraccio, senza però essere consapevole di essere indagato per il reato di cui all'art. 588 c.p. L'esempio è ripreso da D. POTETTI, *La conoscenza*, cit., p. 4188.

¹²⁹ V. *supra* nota 102.

¹³⁰ S. QUATTROCOLO, *Corte europea*, cit., p. 25, nota 2. Ricorda A. PROCACCINO, *Informazione*, cit., p. 9, che sebbene relativa alla disciplina del codice Rocco, la decisione resa da Corte eur., *Colozza c. Italia*, cit., è poi divenuta «caposaldo dell'intera giurisprudenza della Corte».

¹³¹ Lo ha stabilito chiaramente Cass., Sez. un., n. 23948/2020, cit., § 14. Lo si ribadisce: da certe condotte, ed in assenza di comunicazioni ufficiali, il giudice potrà comunque dedurre *per facta concludentia* che l'imputato è al corrente dell'attività giudiziaria nei suoi riguardi.

sia una conoscenza pregressa, quantomeno che il soggetto abbia compreso le conseguenze della propria rinuncia a partecipare¹³².

Concordando con chi ha definito tale test «difficilissim[o]»¹³³ e, si può aggiungere, eccessivamente minuzioso, va comunque ribadito da un lato che l'approccio della Corte di Strasburgo ha ammesso, in certi casi, che la dichiarazione di assenza *per facta concludentia* possa essere compatibile con l'art. 6 CEDU — in quanto dimostrativi «*que l'accusé sache qu'une procédure pénale est dirigée contre lui et connaît la nature et la cause de l'accusation, mais qu'il n'a pas l'intention de prendre part au procès ou entend se soustraire aux poursuites*»¹³⁴ —, dall'altro, contestualmente, che la preminenza dell'elemento conoscitivo resti evidentemente il “nocciolo duro” all'interno della *line of reasoning* della Corte¹³⁵.

Così, restano precluse *in toto* interpretazioni automatiche — e quindi sia *contra legem* (sia *contra Conventionem*) — delle modalità per procedere in assenza dell'imputato, avendo bene a mente, in termini generali, che «*before an accused can be said to have implicitly, through his conduct, waived an important right under Article 6 of the Convention, it must be shown that he could reasonably have foreseen what the consequences of his conduct would be*»¹³⁶.

Un interrogativo sorge immediato: come potrebbe l'imputato essere edotto di tali conseguenze se è lui stesso — verrebbe da dire — ad essersi “dato alla macchia”? Nell'ottica convenzionale il Giudice di Strasburgo è convinto che sulle autorità nazionali gravi un onere ben preciso, vale a dire informare compiutamente l'individuo delle accuse rivoltegli. Si tratta di un «*legal act of such importance*», in quanto esso deve risultare adeguato, sia in senso sostanziale che procedurale, a consentire all'interessato di esercitare i propri diritti, di talché una «*vague and informal knowledge cannot suffice*»¹³⁷. Pertanto, le autorità nell'ambito della verifica della condotta asseritamente sottrattiva dell'imputato dovranno osservare standard particolarmente elevati di *due diligence*¹³⁸. Ed allora, ad attività incomplete — sia nel caso del latitante, che dell'irreperibile in senso lato — dovrà conseguire, nell'ordinamento italiano,

¹³² Così S. QUATTROCOLO, *La Corte*, cit., pp. 15-16.

¹³³ *Ivi*, p. 15.

¹³⁴ Il riferimento è a Corte eur., *Pititto c. Italia*, cit., § 68.

¹³⁵ Ciò risulta evidente anche dalla ricostruzione della materia operata da Cass., 15 settembre 2020, n. 31201, Ramadze, in *C.e.d.*, n. 280137, ECLI:IT:CASS:2020:31201PEN: «i giudici sovranazionali hanno in diversi casi ritenuto legittima la deduzione della volontarietà della rinuncia a comparire da comportamenti concludenti tenuti dall'imputato a seguito della provata conoscenza da parte dello stesso della pendenza di un procedimento a suo carico e delle accuse mosse nei suoi confronti» (corsivo aggiunto).

¹³⁶ Corte eur., *Sejdovic c. Italia*, cit., § 87, enfasi aggiunta.

¹³⁷ Corte eur., *T. c. Italia*, 12 ottobre 1992, ric. 14104/88, § 28. Lo Stato resta il *dominus* nell'organizzazione del sistema interno di notificazione e ricerca dell'interessato, ma entro il «limite invalicabile dell'effettiva fruibilità del diritto convenzionale da parte del suo titolare» (S. QUATTROCOLO, *Partecipazione*, cit., p. 112).

¹³⁸ Nella decisione Corte eur., *Sejdovic c. Italia*, cit., § 88 la Corte precisava che «*a person charged with a criminal offence must not be left with the burden of proving that he was not seeking to evade justice or that his absence was due to force majeure. At the same time, it is open to the national authorities to*

la sospensione del procedimento *ex art. 420-quater c.p.p.*¹³⁹. Si noti che, nel caso specifico del latitante, la continuazione delle ricerche è obbligata, sinché, questo l'auspicio, il soggetto venga rintracciato¹⁴⁰.

Ma *quid iuris* qualora le autorità abbiano tentato in ogni modo di venire a contatto con l'imputato, con indagini circostanziate e meticolose, e, ciononostante, non siano riuscite a trovarlo? Può questo esempio essere considerato una «*unequivocal indication*» che l'interessato è a conoscenza del processo e non intende parteciparvi? Non siamo sicuri che la Corte di Strasburgo risponderrebbe positivamente¹⁴¹.

Qui, però, il concetto di inesigibilità della condotta, caro al diritto penale, potrebbe trovare naturale applicazione¹⁴².

In tali circostanze, infatti, pare potersi ragionevolmente sostenere che, non essendosi verificati «cortocircuiti organizzativi» o «specifiche *impasses* eccezionali»¹⁴³, nessuna censura ai sensi del diritto convenzionale dovrebbe potersi muovere nei confronti dello Stato membro diligente (fatti salvi gli eventuali rimedi restitutori da attivarsi *ex post*), a meno di non voler condan-

assess whether the accused showed good cause for his absence or whether there was anything in the case file to warrant finding that he had been absent for reasons beyond his control.

¹³⁹ E qualora ciò non accadesse, i rimedi restitutori previsti dall'ordinamento dovrebbero essere agevolmente accessibili.

¹⁴⁰ Cass., Sez. un., 27 marzo 2014, n. 18822, Avram, ECLI:IT:CASS:2014:18822PEN, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3973, con nota di G. COLAIACOVO.

¹⁴¹ Si richiama a tal fine il caso *Pititto c. Italia*, cit., ove l'assenza dell'imputato al suo domicilio nell'ambito del procedimento principale (n. 227/97) unitamente alla circostanza che lo stesso avesse nominato, in precedenza, due avvocati in un procedimento diverso (n. 1946/96) non sono state ritenute circostanze sufficienti ad ammettere che l'interessato avesse avuto conoscenza dell'attività giuridica espletata nei suoi confronti. Tuttavia, la soluzione raggiunta dalla Corte non sembra del tutto convincente. Innanzitutto, il sig. Pititto era stato ricercato in entrambi gli indirizzi da lui indicati. Giunti al primo di questi, sito in Cozzo (PV), la polizia giudiziaria riscontrava che l'immobile si trovava in stato di abbandono. In tale occasione, veniva resa edotta che l'indagato era scomparso da circa due anni e che la compagna del predetto aveva dismesso il mobilio, dando istruzioni ad un vicino di nutrire i loro cani, senza lasciare nessun ulteriore recapito. L'immobile, peraltro era stato messo in vendita, ed era stato già oggetto di attività perquirente l'anno prima, senza rinvenire l'indagato. Il secondo indirizzo, sito in Milano, era già stato perquisito in precedenza, alla presenza della concubina del sig. Pititto: egli non era stato trovato *in loco*, ma la polizia aveva comunque provveduto a sequestrare contanti e gioielli. Venendo ora ai due procedimenti che interessavano l'imputato — e nel cui ambito le autorità avevano tentato in ogni modo di rintracciare il sig. Pititto —, va detto che essi avevano avuto un “punto di contatto”: un correo del procedimento principale aveva infatti proposto di riunirli. Il fascicolo del primo veniva quindi trasferito a diversa sezione del Tribunale, innanzi la quale pendeva il secondo, ove quindi l'imputato era rappresentato da due avvocati di sua fiducia (§§ 13-15). In seguito, la richiesta di riunione veniva rigettata, ed il verbale della pertinente udienza venne accluso al fascicolo n. 1946/96, a disposizione quindi anche dei difensori del sig. Pititto. Curioso, quindi, che — a fronte dei numerosi tentativi di rintraccio e del “contatto” tra i due processi testé descritti — la Corte di Strasburgo rigetti rapidamente l'assunto, a nostro avviso più che verosimile, che i difensori dell'interessato — avvedutisi della pendenza di un'ulteriore procedura a suo carico, per i medesimi reati, e consci dei loro obblighi deontologici — potessero averglielo comunicato (§ 69).

¹⁴² In questo senso, ricorda M. PAVARINI, *Corso di istituzioni di diritto penale*, BUP, 2013, p. 164, che «per rimproverare qualcuno, devo prefigurarmi la condotta virtuosa che avrebbe dovuto tenere: un modello ideale di condotta».

¹⁴³ Circostanze che *a contrario* farebbero sorgere una responsabilità *ex art. 6 CEDU*, secondo S. QUATTROCOLO, *Partecipazione*, cit., p. 112.

nare comunque l'autorità nazionale "diligente" per una condotta (la comunicazione della *vocatio in ius*) *de facto* inesigibile nel caso concreto, e non per propria negligenza¹⁴⁴. Così argomentando, come qualcuno ha osservato, non si vogliono rincorrere «intenti persecutori nei confronti del latitante»¹⁴⁵ o dell'irreperibile *lato sensu* inteso.

Piuttosto va rilevato che la persona che di colpo "scompare" — senza lasciare traccia, non comunicando alcunché ai propri affetti, abbandonando *ex abrupto* il proprio posto di lavoro senza indicazioni, dileguatasi dal proprio domicilio e non più in contatto con alcuno — debba senz'ombra di dubbio essere cercata, e l'autorità giudiziaria dovrà adoperarsi *quam maxime* per addivenire alla comunicazione della chiamata in giudizio nei suoi confronti. Qualora, però, le accorte ricerche — gestite, ad esempio, tramite le moderne tecniche investigative di geolocalizzazione (GPS) — si concludessero con un nulla di fatto, e l'imputato ancora non si fosse palesato, la condotta richiesta alle autorità non potrebbe più essere utilmente esperibile: le investigazioni diventano *de facto* inesigibili e nulla potrà censurarsi dell'azione statuale.

D'altronde, è la stessa Corte di Strasburgo ad affermare che la «*simple absence de l'accusé à ses lieux de résidence*»¹⁴⁶ non può per ciò solo fondare la decisione di procedere in sua assenza, ma la completa scomparsa come sopra ipotizzata (e non infrequente nella prassi) lascia, a nostro avviso, ben pochi dubbi sulla consapevolezza dell'interessato in merito all'esistenza, quantomeno ipotetica, di un procedimento penale nei suoi confronti¹⁴⁷. Ovviamente, l'onere della prova in merito alla completezza delle indagini graverà sempre sulle autorità nazionali — che dovranno dimostrarne l'accuratezza —, alle quali però non dovrebbe essere addebitata una violazione della norma convenzionale per circostanze al di fuori dalla loro concreta portata. Non ci sembra, peraltro, che tale impostazione sia confligente con la giurisprudenza CEDU: accorta dottrina rilevava correttamente che sia nel "caso *Colozza*" sia nel "caso *Somogyi*", le condanne nei confronti dell'Italia da parte del giudice

¹⁴⁴ Per un esempio di indagini incomplete o superficiali v. Corte eur., *Abdelali c. Francia*, 11 ottobre 2012, ric. 43353/07, § 53, ove viene riportato che le autorità avevano tentato di notificare un provvedimento all'imputato, non reperendolo in alcun luogo. Tuttavia, l'interessato si trovava in stato di detenzione in quel periodo, circostanza che gli inquirenti, quantomeno, avrebbero dovuto conoscere. Cfr. sul punto la recentissima Corte eur., *Yeğit c. Turchia*, 7 giugno 2022, ric. 4099/12, §§ 32-35, spec. § 33, ove la Corte di Strasburgo esprime chiaramente il *focus* della sua indagine: non la completezza delle investigazioni e la *due diligence* dimostrata dalle autorità nazionali, bensì l'analisi di quei fattori «*which were in and of themselves sufficient to conclude that he could have been deemed to have had effective knowledge of the proceedings against him (...) or that he had intended to escape trial or otherwise waived his right to be present in any other way*».

¹⁴⁵ G. COLAIACOVO, *Processo*, cit., p. 7.

¹⁴⁶ Corte eur., *Pititto c. Italia*, cit., § 69.

¹⁴⁷ Nota S. RUGGERI, *Personal Participation in Criminal Proceedings*, In *absentia Trials and Inaudito Reo Procedures. Solution Models and Deficiencies in ECtHR Case-law*, in S. QUATTROCOLO-S. RUGGERI (a cura di), *Personal participation in Criminal Proceedings*, Springer, 2019, p. 588, che la giurisprudenza convenzionale dedica «*very scant attention*» alle giustificazioni addotte dagli Stati per procedere *in absentia*. Tuttavia, sebbene esse abbiano utilizzato tutti i mezzi a loro disposizione per informare l'imputato del processo a suo carico, ciò «*does not make a criminal law action absolutely necessary, especially where the grounds for the accused's absence remained unclear*».

di Strasburgo originavano proprio da una «gestione negligente della fase investigativa»¹⁴⁸.

E, d'altronde, la Corte di Strasburgo, sia pur timidamente, sembra aver ammesso in precedenza la validità di tale linea argomentativa, affermando che «*the Contracting States enjoy a wide discretion as regards the choice of the means calculated to ensure that their legal systems are in compliance with the requirements of Article 6, while at the same time preserving their effectiveness*»¹⁴⁹: uno Stato che abbia impiegato i propri mezzi, con notevole scrupolosità, è certamente definibile «*effective*» nella propria condotta, che è — mutuando il linguaggio civilistico — obbligazione di mezzo, e non di risultato. Ragionare diversamente significa imporre alle autorità nazionali un dispendio tale di risorse da pregiudicarne gravemente l'efficienza in concreto, ciò che neppure la Corte di Strasburgo parrebbe esigere dagli Stati Parte.

In ottica di semplificazione, si ritiene, pertanto, che il grado di diligenza nella conduzione delle ricerche, unitamente alla caratterizzazione in concreto della asserita fuga dell'imputato, dovrebbero essere i due indici principali per sciogliere il quesito in merito al procedere *reo absente* nei confronti dell'interessato dileguatosi. Ciò è in linea, secondo accorta dottrina, con gli insegnamenti della Corte convenzionale e della Risoluzione n. (75)11 del Consiglio d'Europa¹⁵⁰.

Il fatto che l'imputato debba preventivamente essere conscio delle conseguenze del suo gesto così come delineato dalla CEDU pare, invero, un vaglio ultroneo, in presenza di indici fattuali che consentano di concludere che egli è deliberatamente fuggito. La Corte di Strasburgo ha enucleato tale requisito nella nota pronuncia *Jones c. Regno Unito*¹⁵¹. Qui, peraltro, pare realizzarsi un capovolgimento di quanto detto in precedenza in merito all'ampiezza della cognizione del giudice che dichiara procedersi *in absentia*. Se, infatti, abbiamo riconosciuto l'esistenza del pericolo di un giudice «onnisciente» — che cioè *presume* di conoscere la realtà, inferendo la volontà sottrattiva dell'interessato basandosi su meri indici presuntivi e non da un compendio probatorio circostanziato ed inequivoco —, il rischio è che, per aversi processo *reo absente*, sia proprio l'imputato a dover essere, prima di tutto, «onnisciente», cioè conoscere dell'accusa e delle conseguenze derivanti dalla mancata par-

¹⁴⁸ G. COLAIACOVO, *Processo*, cit., p. 7.

¹⁴⁹ Corte eur., *Medenica c. Svizzera*, 14 giugno 2001, ric. 20491/92, enfasi aggiunta, che richiama la decisione *Colozza c. Italia*, cit., § 30, ove però — ed invero curiosamente — il riferimento alla *effectiveness* non era presente.

¹⁵⁰ Non vi sarebbero dubbi, per J. DELLA TORRE, *Il paradosso della Direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto a presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, n. 4, p. 1871, che ove l'autorità «fornisca la prova che un soggetto si sia dileguato per sfuggire alle ricerche», risulterebbe senz'altro «irragionevole ammetterlo ad un rimedio ripristinatorio del diritto a presenziare», in quanto egli vi avrebbe rinunciato *per facta concludentia*.

¹⁵¹ Corte eur., *Jones c. Regno Unito* (dec.), 9 settembre 2003, ric. 30900/02, che viene richiamato *inter alia* in Corte eur., *Sejdovic c. Italia*, cit., § 87 e Corte eur., *Sanader c. Croazia*, 12 febbraio 2015, ric. 66408/12.

tecipazione. In entrambi i casi, quando si tratta di valutare la portata di condotte asseritamente elusive, la condizione di chi sa tutto è *per se* inesistente in natura, ed è dunque da respingersi, sia dal lato del giudicante, sia dal lato del giudicando¹⁵².

Così, ancora una volta, sono gli indici fattuali a dover fornire la strada all'interprete per addivenire alla convinzione, da dimostrarsi in concreto, che l'indagato si è dileguato *sua sponte* (perché sapeva del processo): il comportamento delle autorità che, accuratamente, lo abbiano cercato non dovrebbe, quindi, essere poi censurato¹⁵³.

4.2. Adeguamento o differenziazione?

La «volontaria sottrazione» nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE.

Se in questo scenario sembrano prevedibili futuri confronti tra i giudici italiani e il Tribunale convenzionale, l'introduzione di norme di nuovo conio in tema di processo in assenza da parte dell'Unione europea fornisce spunti di sicuro interesse. L'analisi, in particolare, dell'approccio eurounitario al caso dell'imputato dileguatosi *sua sponte* rivela spunti inediti di discussione e consente di risolvere, questo il nostro convincimento, alcune delle problematiche sin qui enunciate.

In estrema sintesi, da una prima lettura dello “strumento-principe” in materia, vale a dire la Direttiva 2016/343, ci si avvede innanzitutto che il diritto a presenziare al proprio processo — che è prerogativa che gli Stati membri devono garantire agli interessati¹⁵⁴ — viene concepito più come un diritto fondamentale *individuale*, che come un dovere imposto alle autorità per l'equa amministrazione della giustizia¹⁵⁵. Il legislatore europeo pare qui recepire l'approccio convenzionale in merito all'importanza della «dimensione fisica della presenza»¹⁵⁶. Tale diritto, lo si puntualizza subito, «non è assoluto», in quanto gli interessati dovrebbero potervi rinunciare, non solo *apertis verbis*

¹⁵² A scanso di equivoci, si ribadisce che l'interpretazione qui fornita si attaglia specificamente al caso dell'imputato scomparso — che sia latitante, irreperibile o semplicemente dileguatosi —, e sulla cui condotta va dunque operato un controllo adeguato, scrupoloso ed ancorato ad indici concreti e verificabili.

¹⁵³ Tale approccio, a nostro avviso, consentirà poi al reo eventualmente comparso (ad es. in dibattimento) di dimostrare che le indagini svolte per rintracciarlo erano state condotte superficialmente. In tal caso, egli avrà diritto di beneficiare dei relativi rimedi restitutori; in caso contrario, si dovrà ammettere che il comportamento da lui tenuto in precedenza, particolarmente elusivo, era capace di attestare, oltre ogni ragionevole dubbio, la pervicace volontà di sottrarsi al procedimento.

¹⁵⁴ Art. 8, paragrafo 1, dir. 2016/343.

¹⁵⁵ Questo aspetto è evidenziato da O. POLLICINO-M. BASSINI, *Personal participation and Trials in absentia. A comparative Constitutional Law perspective*, in S. QUATTROCOLO-S. RUGGERI (a cura di), *Personal participation in Criminal Proceedings*, cit., p. 539.

¹⁵⁶ Per spunti ulteriori su questo specifico punto v. S. QUATTROCOLO, *Partecipazione*, cit., p. 109 e A. PROCACCINO, *Informazione*, cit., p. 8 ss. Per una rassegna giurisprudenziale dei *leading cases* della Corte europea dei diritti dell'uomo v. S. RUGGERI, *Personal Participation*, cit., p. 581 ss.

ma anche «tacitamente», a condizione però che tale rinuncia sia inequivocabile nel *modus*¹⁵⁷. In quest'ultima specificazione, si possono scorgere quei fatti concludenti di natura elusiva poc'anzi esemplificati: l'interessato agisce in un certo modo e da ciò si deduce che ha scientemente rinunciato al diritto a presenziare al processo che lo riguarda.

Ora, gli Stati membri sono liberi di disporre procedimenti *reo absente*, qualora l'interessato sia stato informato non solo dell'esistenza del processo, ed «in un tempo adeguato», ma anche — e soprattutto — delle conseguenze della mancata comparizione¹⁵⁸ (prima ipotesi). Similmente, si procederà in assenza nel caso in cui l'interessato, previamente informato del processo, sia rappresentato da un avvocato, sia esso di fiducia o d'ufficio¹⁵⁹ (seconda ipotesi). Entrambe, stando al dato testuale del codice di rito italiano, ricadrebbero parzialmente nella prima delle generalissime fattispecie terminali del comma 2 dell'art. 420-*bis* c.p.p. («ovvero risulti con certezza che lo stesso è a conoscenza del procedimento»), in quanto quest'ultima disposizione difetta di fissare ulteriormente il requisito, previsto invece dalla Direttiva, di consapevolezza in merito alle conseguenze della mancata comparizione. Qui il richiamo alla “decisione *Sejdovic*” è evidente¹⁶⁰, volendosi ribadire — sulla scia della giurisprudenza di Strasburgo — che la base fattuale e giuridica da cui partire, in linea di principio, sia quella di un imputato che consapevolmente abbia scelto di non essere presente al processo.

Viene spontaneo chiedersi: come dovrebbe essere informato l'indagato del processo e delle conseguenze di una mancata comparizione? A differenza della disciplina interna — ove, lo si ripete, la volontaria sottrazione viene considerata l'unica ipotesi in cui si può procedere *reo absente* «pur se la parte ignori la *vocatio in ius*»¹⁶¹ —, la normativa dell'Unione europea riecheggia la giurisprudenza di Strasburgo: si fa riferimento alla citazione personale o al fatto che l'interessato sia «informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo», contestualmente dovendosi comunicargli che «potrebbe essere pronunciata la decisione nel caso in cui non compaia in giudizio»¹⁶². Ciò chiama in causa, come è evidente, la *due diligence* delle autorità nazionali.

È degno di nota l'avverbio adoperato dal legislatore dell'Unione («ufficialmente»): una conoscenza informale o reperita *aliunde* non vale, in linea di principio, a soddisfare il requisito per cui il soggetto a processo sia edotto

¹⁵⁷ Considerando 35, dir. 2016/343.

¹⁵⁸ Art. 8, paragrafo 2, lett. a, dir. 2016/343.

¹⁵⁹ Art. 8, paragrafo 2, lett. b, dir. 2016/343.

¹⁶⁰ Corte eur., *Sejdovic c. Italia*, cit., § 87. Vale la pena ribadire l'argomentazione della Corte, già riportata retro nel testo: «before an accused can be said to have implicitly, through his conduct, waived an important right under Article 6 of the Convention, it must be shown that he could reasonably have foreseen what the consequences of his conduct would be» (corsivo nostro).

¹⁶¹ Il richiamo è sempre a Cass., Sez. un., n. 23948/2020, cit., § 14.

¹⁶² Considerando 36, dir. 2016/343.

dell'attività giudiziaria che lo coinvolge¹⁶³. Ciò è in sintonia con la giurisprudenza CEDU¹⁶⁴ ed è circostanza che può ben persuadere l'interprete che la Direttiva sia un testo «scritt[o] da e per la Corte di Strasburgo»¹⁶⁵.

E però «non tutto quel ch'è oro brilla»¹⁶⁶. Sul punto, la direttiva UE introduce infatti un elemento inedito per il diritto convenzionale. La chiave di volta risiede nel *Considerando* 38, che vale la pena riportare per intero: «nell'esaminare se il modo in cui sono state fornite le informazioni sia sufficiente per assicurare che l'interessato sia a conoscenza del processo, si dovrebbe, se del caso, prestare particolare attenzione anche alla *diligenza delle autorità pubbliche* nell'informare l'interessato e alla *diligenza di cui ha dato prova [l'] interessato al fine di ricevere le informazioni a lui destinate*»¹⁶⁷. Così, a fare da contraltare alla meticolosità degli inquirenti si pone l'attitudine dell'indagato/imputato a ricevere le notizie a lui indirizzate. Si tratta, come vedremo, di un aspetto gravido di rilevanti conseguenze per analizzare il *quid iuris* nel caso in cui si debba decidere se procedere o meno *reo absente*, in quanto si dovrebbe ammettere che esista in capo all'interessato un vero e proprio obbligo di diligenza nel ricevere le notificazioni. Tema delicatissimo, certo, ma anche dimostrativo che, al di là dell'azione statuale che deve rispettare altissimi *standard di due diligence*, la condotta ostacolante del soggetto da raggiungere non dovrebbe essere *in toto* eliminata dall'analisi concreta.

Infine, va dato conto dell'infelice formulazione del *Considerando* 39, a mente del quale negli Stati che legittimano il procedimento in assenza, qualora le due ipotesi di cui all'art. 8 sopra menzionate non si possano verificare «poiché la persona in questione non può essere rintracciata nonostante i ragionevoli sforzi profusi, *ad esempio in caso di fuga o latitanza*»¹⁶⁸, la decisione può essere comunque adottata in assenza, ma il reo — dopo essere stato informato di tale circostanza — dovrebbe avere comunque il diritto di «impugnare tale decisione» o avere «diritto ad un nuovo processo» o ad un altro mezzo di ricorso giurisdizionale.

Un vero e proprio cortocircuito normativo: tale norma sembrerebbe scolpire in favore del fuggitivo una prerogativa assoluta ad un *novus processus* al quale si è artatamente sottratto tramite quello che potrebbe ben definirsi un

¹⁶³ Tale approccio, tuttavia, renderebbe problematiche alcune situazioni assai frequenti nella prassi. Si pensi al tale che, aprendo il giornale di prima mattina o attraverso una "fuga di notizie", viene a conoscenza che un'indagine è stata aperta — o potrebbe verosimilmente aprirsi — a suo carico. Egli si dilegua senza lasciare traccia, temendo di essere arrestato. Da un punto di vista fattuale, si tratta chiaramente di una condotta di sottrazione volontaria al procedimento, a fronte di una *conoscenza informale* dello stesso; eppure, nell'ottica di Strasburgo sarebbe difficile ritenere «informato» un tal soggetto. Si v., sul punto, il più volte richiamato caso *Somogyi c. Italia*, cit., § 75.

¹⁶⁴ Corte eur., *T. c. Italia*, cit., § 28; Corte eur., *Somogyi c. Italia*, cit., § 75 e Corte eur., *Pititto c. Italia*, cit., § 67.

¹⁶⁵ Si esprime così O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, n. 12, p. 1404.

¹⁶⁶ J.R.R. TOLKIEN, *Il Signore degli Anelli*, Bompiani, 2011, p. 224.

¹⁶⁷ *Considerando* 38, dir. 2016/343, enfasi aggiunta.

¹⁶⁸ *Considerando* 39, dir. 2016/343, enfasi aggiunta.

«abuso del diritto», che andrebbe a totale detrimento dell'amministrazione che, diligentemente, si fosse adoperata alla ricerca dell'interessato. Ed una tale impostazione non sarebbe ovviamente accettabile¹⁶⁹, a fronte oltretutto dell'appena descritto *Considerando* 38, che porrebbe comunque attenzione alla condotta dell'indagato (*rectius*: alla accuratezza da lui dimostrata per ricevere le notificazioni); condotta per nulla diligente, nel caso di fuga o latitanza¹⁷⁰. Qui il contrasto, prima che giuridico, pare di coerenza logico-sistemica.

Anche il *drafting* normativo è da rivedere. Nella versione inglese della Direttiva si fa riferimento al soggetto che «*has fled or absconded*»¹⁷¹, termini neutri che circostanziano asetticamente la condotta sottrattiva dell'imputato in fuga. Tradotta in italiano, la disposizione muta forma: si fa riferimento alla «latitanza», *status* che sottende un preciso significato nell'ordinamento italiano¹⁷². Si tratta certamente di una svista — qui il termine va inteso nel suo significato a-tecnico — ma la trasposizione linguistica così operata potrebbe sollevare problemi interpretativi non di poco conto, chiamando in causa un preciso istituto definito dal codice di rito italiano.

Così tratteggiato il complesso «campo giuridico»¹⁷³ della nostra analisi, va precisato che una recentissima decisione della Corte di Giustizia¹⁷⁴ potrebbe fornire una risposta a due quesiti sin qui insoluti, che possono così compendersi: 1) quali possono essere gli indici fattuali per accertare la situazione di «volontaria sottrazione» dell'imputato *in concreto*; 2) fino a che punto gli Stati membri hanno un obbligo incondizionato di informare l'imputato della *vocatio in ius* a fronte della sua condotta elusiva. Sono fondamentali questioni che a livello nazionale non sono state definitivamente risolte, mentre a livello convenzionale se ne sono evidenziati i limiti e le contraddizioni.

¹⁶⁹ Sottolinea J. DELLA TORRE, *Il paradosso*, cit., p. 1871, che non è chiaro se, dopo aver attivato i rimedi di cui all'art. 9, dir. 2016/343, sia conferito al fuggitivo ricomparso un «diritto incondizionato alla riapertura del procedimento».

¹⁷⁰ Lodevole, sebbene non risolutivo, lo sforzo di comporre il contrasto tra le due disposizioni per via interpretativa, suggerito da F. ALONZI, *La Direttiva UE sul diritto dell'imputato di partecipare al giudizio e la disciplina italiana sul procedimento in absentia*, in *Leg. pen. (web)*, 21 settembre 2016, p. 21 ss., che ritiene desumibile dal loro combinato disposto che nei casi di latitanza e fuga «non si può presumere che (...) anche in queste eventualità lo stesso sia a conoscenza della pendenza del suo processo, ed abbia rinunciato a partecipare». Si ritiene, infatti, che la *littera* delle due disposizioni sia difficilmente componibile in senso coerente.

¹⁷¹ Si tenga conto che anche nella traduzione francese («*a pris la fuite ou s'est évadée*») e spagnola («*ha huido o se ha fugado*»), i termini utilizzati sono neutri. La versione italiana, a nostro avviso, avrebbe dovuto essere così formulata: «ad esempio in caso di fuga», elidendo l'ultroneo riferimento alla latitanza.

¹⁷² Peraltro, si tratta di quelle situazioni in cui potrebbe essere più semplice per le autorità dimostrare la «sottrazione consapevole» del sospettato.

¹⁷³ Riprendo il termine da P. BOURDIEU, *Éléments pour une sociologie du champ juridique*, in *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1986, n. 84, p. 3 ss.

¹⁷⁴ Corte giust., 19 maggio 2022, causa C-569/20, *IR contro Spetsializirana prokuratura*, ECLI:EU:C:2022:401. L'art. 8 della direttiva è già stato sottoposto all'attenzione del collegio europeo, in Corte giust., 13 febbraio 2020, causa C-688/18, *Procedimento penale a carico di TX e UW*, ECLI:EU:C:2020:94, e Corte giust., 17 dicembre 2020, C-416/20 PPU, *TR*, ECLI:EU:C:2020:1042, per le quali si rinvia a A. PROCACCINO, *Informazione*, cit., p. 68 ss.

Il caso sottoposto alla Corte di Lussemburgo non presenta particolari complessità a livello fattuale¹⁷⁵. L'imputato, sottoposto a procedimento penale in Bulgaria, riceveva personalmente la *vocatio in ius*, dichiarando alle autorità, in quell'occasione, l'indirizzo al quale poterlo contattare in futuro. Aperto il processo, l'imputato non veniva più trovato in quel luogo ed infruttuosi si rivelavano i tentativi del giudice di convocarlo all'udienza. A seguito della rinuncia al mandato dell'avvocato di fiducia nominato in precedenza, il Tribunale nominava un difensore *ex officio* che, però, non riusciva a mettersi in contatto col proprio cliente¹⁷⁶. Dichiarato nullo l'atto di imputazione per una irregolarità, il Tribunale disponeva una nuova notifica nei confronti dell'imputato che risultava irreperibile, anche a seguito delle minuziose ricerche attraverso «i membri della sua famiglia, i suoi ex datori di lavoro e gli operatori di telefonia mobile». Così, il giudice procedente riteneva che dovesse procedersi *reo absente*, essendo ben deducibile che l'imputato si fosse dato alla fuga, e soprattutto sussistendo un «equivoco quanto alle garanzie procedurali di cui l'interessato deve beneficiare in una situazione come quella di cui trattasi, nella quale egli, dopo aver ricevuto la comunicazione del primo atto di imputazione e prima dell'avvio della fase giurisdizionale del procedimento penale, si è dato alla fuga»¹⁷⁷. Le questioni pregiudiziali proposte ruotano intorno ad un quesito ben preciso: si può procedere in assenza del soggetto informato dell'imputazione originaria, poi annullata, che a seguito della notificazione si dà alla fuga, impedendo alle autorità di renderlo edotto della nuova imputazione?

La normativa bulgara è perentoria: nessuna riapertura del procedimento è ammessa se «la persona condannata si [è] data alla fuga dopo la comunicazione delle imputazioni nel procedimento preliminare»¹⁷⁸. È da qui che bisogna partire, tenendo bene a mente che le questioni che ci interessano riguardano, da un lato, la *due diligence* richiesta alle autorità nazionali nel portare l'imputato a conoscenza del processo e, dall'altro, le circostanze da cui dedurre che egli si è sottratto volontariamente alla giustizia.

Sul primo punto, la Corte — dopo una ricostruzione sistematica della disciplina contenuta nella direttiva ed aver conferito effetto diretto agli articoli 8, paragrafo 4 e 9 (concernente i rimedi da accordarsi al singolo in caso di indebita condanna in contumacia) — si focalizza sul problema: uno degli scopi della direttiva 2016/343 è evitare che il tacito rinunciatario al diritto a presenziare al proprio processo possa poi rivendicare lo svolgimento di un *novus processus* e così «ostacolare abusivamente l'efficacia dell'azione pena-

¹⁷⁵ Corte giust., *IR contro Spetsializirana prokuratura*, cit., punti 13-19. V. anche la ricostruzione della vicenda proposta dall'Avvocato Generale Jean Richard de la Tour nelle sue *Conclusioni*, presentate il 13 gennaio 2022, causa C-569/20, *IR*, ECLI:EU:C:2022:26, punti 17-23 (di seguito, per brevità, «Conclusioni»).

¹⁷⁶ Questa circostanza è menzionata solo nelle Conclusioni, cit., punto 18 *in fine*. Si noti che la nomina di un avvocato di fiducia rileva *ex art. 420-bis*, comma 2, c.p.p. quale indice sintomatico per consentire al giudice italiano di procedere in assenza.

¹⁷⁷ Corte giust., *IR contro Spetsializirana prokuratura*, cit., punto 22.

¹⁷⁸ Art. 423, commi 1-3, del codice di procedura penale bulgaro (NPK).

le e la buona amministrazione della giustizia»¹⁷⁹. Stretto in un'alternativa è l'approccio eurounitario: se l'imputato è informato del processo, allora la condanna contumaciale è lecita (si presume ch'abbia rinunciato a comparire); viceversa, il processo è da rifare¹⁸⁰. Tuttavia, ed è il “nocciolo duro” del giudizio della Corte, permane una «zona grigia che riguarda la situazione delle persone che non sono state informate del loro processo *per un motivo a loro imputabile (...) a causa della [loro] latitanza*»¹⁸¹: è il caso della volontaria sottrazione.

Per sciogliere il nodo, la Corte di Giustizia delinea *in primis* una situazione *standard*. Le autorità nazionali devono portare all'attenzione dell'interessato — con un certo preavviso, funzionale alle esigenze difensive — le informazioni richieste dall'art. 8, paragrafo 2 della direttiva¹⁸² attraverso un «documento ufficiale» (verosimilmente la *vocatio in ius*) che contenga gli elementi *ivi* citati¹⁸³. Difettando tale notificazione, l'interessato può essere processato *in absentia*, conservando tuttavia il diritto ad un mezzo giurisdizionale adeguato (o ad un nuovo processo): in linea di principio, la circostanza che l'imputato sia fuggito — e non abbia quindi ricevuto il «documento ufficiale» ora citato perché irrintracciabile dalle autorità — non è di per sé sufficiente, sottolinea la Corte, a negare tali prerogative¹⁸⁴. Sin qui, la Corte segue l'impostazione tradizionale promossa dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Il punto inedito di maggiore contatto tra i due sistemi, a nostro giudizio, è contenuto nelle affermazioni successive. La Corte di Lussemburgo, nello sviluppare la propria argomentazione, spezza il suo ragionamento in due periodi.

Nel primo, l'impianto è conforme all'approccio promosso sul tema dalla Convenzione europea. L'interessato che ufficialmente («officially») è stato informato dell'esistenza del procedimento (e quindi «di essere accusato di aver commesso un reato, e sapendo quindi che un processo si sarebbe svolto nei suoi confronti») — supponiamo durante le indagini preliminari —, che agisce «deliberatamente», sulla base di indizi «precisi» e «oggettivi», in modo da «evitare di ricevere le informazioni relative alla data ed al luogo del processo» s'intende consapevole rinunciatario del suo diritto alla presenza processuale¹⁸⁵. A ben vedere, qui si analizza l'ipotesi di un indagato previamente informato (pe-

¹⁷⁹ Corte giust., *IR contro Spetsializirana prokuratura*, cit., punto 37.

¹⁸⁰ Nota l'Avvocato Generale che, stando al dato letterale, l'informazione in favore dell'imputato costituisce il «punto di svolta dell'uno o dell'altro regime» (Conclusioni, cit., punto 39).

¹⁸¹ Conclusioni, cit., punto 45. Ciò porta con sé un ulteriore interrogativo: «ogniqualevolta l'imputato sia latitante» deve prevedersi un nuovo processo in suo favore, la cui predisposizione è a carico degli Stati membri? (*ivi*, punto 46).

¹⁸² Ossia, la data ed il luogo di svolgimento del processo, unitamente — in caso di mancata rappresentanza di difensore di fiducia — alle conseguenze della mancata comparizione.

¹⁸³ Corte giust., *IR contro Spetsializirana prokuratura*, cit., punti 39-42. Sarà il giudice nazionale ad essere onerato della verifica di tali presupposti nel caso concreto.

¹⁸⁴ *Ivi*, punti 44-47.

¹⁸⁵ *Ivi*, punto 48, primo periodo. La Corte fa salve le eccezioni per i soggetti vulnerabili, di cui ai Considerando 42 e 43, dir. 2016/343, ossia coloro i quali «non sono in grado di capire o partecipare

raltro attraverso le vie ufficiali) dell'esistenza di un procedimento penale, che poi si dilegua (e d'altronde ciò si attaglia perfettamente al caso sotto esame), impedendo all'autorità di informarlo del processo (cioè della data e dell'ora dell'udienza). Dunque, le critiche sin qui svolte alla prospettiva dei giudici di Strasburgo in tema di "fuga dal processo" trovano piena applicazione.

Nel secondo periodo, poi, la Corte specifica le proprie considerazioni: si parla di un imputato che «abbia ricevuto informazioni sufficienti per sapere che si sarebbe svolto un procedimento nei suoi confronti» (scompare, però, il riferimento al «documento ufficiale» come unica fonte conoscitiva) e che, con il fine di sottrarsi alla «azione della giustizia» (elemento teleologico), abbia dolosamente «impedito» alle autorità di informarlo «ufficialmente» in tempo adeguato proprio con il «documento ufficiale» sopra citato: questo quadro fattuale, si conclude, «rientra, quindi, nell'ipotesi prevista all'articolo 8, paragrafo 2» della direttiva¹⁸⁶. Chiaro è il tenore letterale, e lampante è la circostanza che la Corte stia analizzando il caso dell'indagato che non ha «ufficialmente» ricevuto (ancora) alcuna notizia sul processo e che si sia dileguato ostacolando gli inquirenti nello svolgimento della loro azione informativa. Malgrado i due periodi si riferiscano a due situazioni parzialmente differenti, la Corte di Giustizia sembra riunirli sotto un'unica ipotesi nel proprio percorso motivazionale¹⁸⁷: nel primo, il soggetto è stato informato «ufficialmente» delle accuse a suo carico e poi si rende non rintracciabile, mentre nel secondo il soggetto viene a conoscenza del procedimento (ma non si specifica secondo quale *modus*) ed impedisce la notifica dell'atto «ufficiale» sottraendosi alla giustizia.

Cosa può trarsi in tema di *due diligence* degli Stati membri? Sebbene la sentenza, nel passaggio ora esaminato, non brilli per limpidezza¹⁸⁸, si può

efficacemente al processo penale per ragioni di età, condizioni mentali o fisiche o eventuali disabilità» o i minorenni.

¹⁸⁶ *Ivi*, punto 48, secondo periodo, cioè nell'ipotesi in cui l'interessato sia informato del processo e delle conseguenze della mancata comparizione. Si noti che, quindi, si considera «informato» anche l'imputato che non abbia ricevuto il «documento ufficiale» contenente l'imputazione. Più nello specifico, la Corte riconduce l'ipotesi in esame a quella prevista dall'art. 8, paragrafo 2, lett. a della dir. 2016/343 (v. Corte giust., *IR contro Spetsializirana prokuratura*, cit., punto 55).

¹⁸⁷ Curioso, però, che solo le considerazioni enunciate nel secondo periodo del punto 48 della motivazione sia poi stato riportato nel dispositivo della decisione («[...] [t]ale diritto può tuttavia essere negato a detto imputato qualora da indizi precisi e oggettivi risulti che quest'ultimo ha ricevuto informazioni sufficienti per essere a conoscenza del fatto che si sarebbe svolto un processo nei suoi confronti e, con atti deliberati e al fine di sottrarsi all'azione della giustizia, ha impedito alle autorità di informarlo ufficialmente di tale processo»). Nel passaggio citato, non viene specificato se l'interessato asseritamente «in fuga» debba aver ricevuto «informazioni sufficienti» in merito alle accuse a suo carico — e sulla possibilità di essere sottoposto a processo — tramite canali ufficiali o meno.

¹⁸⁸ Senza pretesa di esaustività, va dato conto, ad esempio, come non siano tratteggiate, con chiarezza, le caratteristiche soggettive della persona cui la Corte fa riferimento. Si parla di un interessato che *in primis* è stato informato delle accuse a suo carico: si potrebbe far riferimento all'arrestato poi rilasciato, alla persona sottoposta a misura cautelare o, infine, all'individuo interrogato dalla polizia in qualità di persona informata sui fatti. E, tuttavia, la Corte di Giustizia specifica poi che tale soggetto deve essere anche edotto del fatto che, verosimilmente, potrebbe svolgersi un processo nei suoi confronti, ed escludendo *de facto* tutti i soggetti sopra menzionati (che sono informati delle accuse a proprio carico in una fase ove ancora esse non sono «cristallizzate» definitivamente; circostanza

comunque da essa enucleare una prima conclusione: gli obblighi informativi delle autorità non sono assoluti. Se esse agiscono con la massima diligenza possibile, al fine di rendere edotto l'interessato dell'atto imputativo e, ciononostante, non riescono nell'intento per cause connesse alla condotta del soggetto da informare, allora l'eventuale condanna *reo absente* non solo potrà essere legittimamente adottata, ma anche successivamente eseguita, senza che sia consentita l'attivazione dei rimedi di cui all'art. 9 della direttiva¹⁸⁹. Inoltre, non ancorando unilateralmente la conoscenza del processo ad un «documento ufficiale», come risulta dal tenore linguistico della decisione *IR contro Spetsializirana Prokuratura*, la Corte di Giustizia sembra ammettere — più nettamente rispetto al tribunale di Strasburgo — che la consapevolezza di essere interessato da attività giudiziaria può essere, così pare di capire dal passaggio ora analizzato, anche reperita *aliunde* (ad es. da articoli di giornale, o da comunicazioni ufficiose, in violazione del segreto sulle indagini)¹⁹⁰.

Il secondo profilo di interesse, più sinteticamente affrontato nella causa *IR contro Spetsializirana Prokuratura* concerne gli indicatori da cui desumere la volontà sottrattiva dell'indagato. Qui la Corte menziona la deliberata «comunicazione di un indirizzo errato» oppure la circostanza per cui l'in-

che, come noto, si verifica esclusivamente con la notificazione dell'atto di imputazione). Sembrerebbe, quindi, che solamente il destinatario della richiesta di rinvio a giudizio potrebbe ritenersi informato dell'imputazione e all'altissima probabilità di essere sottoposto a processo penale, nel senso inteso dalla Corte di Lussemburgo. Analogamente, secondo S. QUATTROCOLO, *Assenza, latitanza, rimedi restitutori: una posizione non scontata della Corte di Giustizia*, in *Cass. pen.*, 2022, n. 9, p. 3262, la Corte di Giustizia farebbe riferimento alle «informazioni circa l'avvenuto esercizio dell'azione penale» con preciso riferimento all'ordinamento bulgaro entro il quale, differentemente da quello italiano, è previsto uno sdoppiamento dei momenti informativi: in un primo tempo, la comunicazione dell'imputazione (a cura dell'organo requirente) e, in seguito, la notificazione della *vocatio in ius* (ad opera dell'organo giudicante). Il risultato è che possono esservi soggetti edotti delle imputazioni a proprio carico, ma non (ancora) della data e del luogo dell'udienza. Condivisibilmente, l'A. specifica che, in ogni caso, le considerazioni della Corte di Lussemburgo escludono «che un contatto 'precoc' dell'accusato con il procedimento, (...) avvenuto in un momento precedente alla fase conclusiva delle indagini preliminari, sia utile ai fini del rispetto del parametro della 'effettiva conoscenza del processo'» (*ivi*, p. 3262).

¹⁸⁹ Appare *ictu oculi* la differenza di approccio con la giurisprudenza convenzionale, perché per la Corte dell'UE il *focus* è sulla condotta ostacolante dell'interessato che viene ritenuta — in presenza di certi indici di cui ora si dirà — concretamente impeditiva rispetto all'attività informativa degli inquirenti. Peraltro, qui pare pertinente il richiamo alla «particolare attenzione» con cui bisogna analizzare la diligenza delle autorità ad informare *unitamente* alla diligenza dell'interessato per ricevere le notificazioni, di cui al *Considerando* 38, dir. 2016/343 (Corte giust., *IR contro Spetsializirana prokuratura*, cit., punto 50). La valutazione di tale condotta, nondimeno, dovrà essere condotta dal giudice nazionale secondo un *case-by-case approach*, seguendo uno «scenario valutativo in cui [non vanno ricercati] indici presuntivi che sollevino [il magistrato] da un obbligo motivazionale», sottolinea S. QUATTROCOLO, *Assenza*, cit., p. 3264.

¹⁹⁰ V. *retro* nota 187. Richiamando Corte eur., *Pititto c. Italia*, cit., § 68, la Corte di Strasburgo ammette timidamente che l'indagato possa avere conoscenza del procedimento da «*source autres que les autorités*» ma, per dimostrarlo al di là di ogni contestazione, egli dovrà, ad esempio, dichiarare pubblicamente o per iscritto che intende rinunciare alla presenza processuale o, alternativamente, dovrà sottrarsi ad un tentativo di arresto, come avvenuto nel caso *Iavarazzo* (v. *retro* note 85 e 87). In questa sfumatura, s'inserisce, così par di capire dal dispositivo, la decisione *IR contro Spetsializirana prokuratura* della Corte dell'UE: anche da fatti concludenti si può desumere che il soggetto sia edotto del procedimento (e non, obbligatoriamente, da fonti «ufficiali»).

interessato «non si trovi più all'indirizzo da esso comunicato»¹⁹¹. Sussistendo tali ipotesi, sarà il giudice nazionale — con ampia cognizione — a valutare se le circostanze possedano quei caratteri di oggettività e precisione richiesti dall'interpretazione della direttiva proposta dalla Corte di Giustizia. Qui, va dato conto delle considerazioni sul punto svolte dall'Avvocato Generale, che permettono all'interprete di completare il ragionamento, soprattutto con riferimento ai casi, frequentissimi nella prassi, in cui il soggetto non è reperibile all'indirizzo comunicato o, comunque, in altri luoghi da lui abitualmente frequentati. Si dovrebbero distinguere, questa l'acuta osservazione, tra una fuga deliberata e intenzionale — e cioè quando il soggetto «non ha adempiuto (...) agli obblighi che gli sono imposti affinché sia informato dello svolgimento del processo, e ciò allo scopo di sottrarsi all'azione della giustizia» — e una fuga per motivi indipendenti dalla *voluntas* o connessa a «motivi legittimi», quali la sua «emarginazione» e la sua «vulnerabilità»¹⁹². Solo in quest'ultima eventualità, infatti, l'interessato deve beneficiare del diritto ad un nuovo processo, fermo restando che la prima verifica che il giudice nazionale deve operare, in ogni caso, concerne *in primis* la dovuta diligenza delle autorità nazionali per informare l'imputato, da contemperarsi con gli obblighi dell'imputato di ricevere dette informazioni¹⁹³.

Riteniamo, infine, di condividere le preoccupazioni dell'Avvocato Generale, non riportate in motivazione dalla Corte, riguardo al pericolo di un ideale di equo processo che sia troppo «rigoros[o]», nel senso di imporre un obbligo sistematico di avviare un nuovo processo anche qualora le autorità nazionali si «trovino di fatto nell'impossibilità di informare l'imputato dello svolgimento del suo processo a causa della sua fuga»¹⁹⁴. Il pericolo di «abuso del diritto» sarebbe davvero dietro l'angolo¹⁹⁵.

Per tali motivi, la decisione qui sinteticamente analizzata sembrerebbe fornire una visione non del tutto congruente alla sequela di accertamenti che la *Grande Chambre* di Strasburgo ha descritto nella sentenza *Sejdovic*, soprattutto con riferimento alla condizione — non riportata *expressis verbis* nel ragionamento della Corte di Giustizia — che l'indagato debba «ragionevolmente» aver previsto le conseguenze della propria condotta elusiva, prima di porla in essere, e che tale circostanza vada dimostrata dalle autorità procedenti¹⁹⁶. Una vera e propria *probatio diabolica*, che opportunamente il Giudice di Lussemburgo non sembra porre a carico degli inquirenti¹⁹⁷.

¹⁹¹ Corte giust., *IR contro Spetsializirana prokuratura*, cit., punto 55.

¹⁹² Conclusioni, cit., punti 53-54.

¹⁹³ *Ivi*, punto 56.

¹⁹⁴ *Ivi*, punto 59.

¹⁹⁵ *Ibid.* Pienamente condivisibile è l'asserzione dell'Avvocato Generale in merito ai «ritardi nell'amministrazione della giustizia» e allo «scoraggiamento delle vittime» che potrebbero derivare dall'automatismo tra irrintracciabilità dell'imputato e suo diritto incondizionato ad un nuovo processo.

¹⁹⁶ Corte eur., *Sejdovic c. Italia*, cit., § 87 *in fine*, ove viene richiamata Corte eur., *Jones c. Regno Unito*, cit.

¹⁹⁷ Corte giust., *IR contro Spetsializirana prokuratura*, cit., punto 48. La Corte, invero, puntualizza che l'interessato deve essere consapevole che «si [potrebbe svolgere] un processo nei suoi confronti»: in

Smentito, infine, pare anche l'assunto — scolpito nella decisione *Colozza* e ribadito nella pronuncia *Sejdovic* — che non sia l'imputato a dover dimostrare che la sua assenza non era un tentativo di eludere la giustizia¹⁹⁸, rigettando qualsivoglia obbligo di diligenza informativa a suo carico¹⁹⁹. Infatti, il *Considerando* 38 fa riferimento espressamente *anche* al comportamento tenuto dall'interessato come parametro per accertare l'elusività della condotta: nel momento in cui le autorità dimostrino di aver operato con la dovuta diligenza — si può dedurre dalla sentenza *IR contro Spetsializirana Prokuratura* —, l'onus *probandi* verrà trasferito in capo all'imputato ed a quel punto sarà quest'ultimo a dimostrare la legittimità del proprio comportamento (magari ricostruendo i fatti e provando che si è tratta di una fuga per motivi indipendenti dalla sua volontà o connessa a «motivi legittimi», seguendo il ragionamento dell'Avvocato Generale).

5. “IL GATTO, IL TOPO E IL GIUDICE”. SPUNTI CONCLUSIVI PER UNA NOZIONE EUROPEA DI «FUGA»

Evitare il processo ai fantasmi. Ripartiamo da questa suggestiva immagine per tratteggiare qualche spunto conclusivo di questa rassegna “triangolare” — tra diritto italiano e le due discipline sovranazionali — sul concetto di “volontaria sottrazione” al procedimento penale. Le slabbrature sistemiche già insite nell'ordinamento italiano anziché essere ricomposte dal diritto convenzionale paiono essersi ampliate: la giurisprudenza di Strasburgo, come si è cercato di delineare, ha sì stimolato il legislatore a porre mano ad una disciplina — quella contumaciale — intrisa di un *animus* inquisitorio che necessitava indubbiamente di una completa revisione. E però, ad un ampliamento delle garanzie riconosciute dalla Corte dei diritti dell'uomo non sembra aver corrisposto la chiara indicazione degli indici dai quali l'autorità nazionale può desumere che sia lecito procedere *reo absente* e quale sia livello di diligenza richiesto agli Stati. L'incertezza sul punto travolge, a ben vedere, l'intero impianto di argomentazione proposto dai giudici di Strasburgo, che è incentrato, come si è detto ampiamente, sulla consapevolezza dell'interessato rispetto alle conseguenze della sua condotta sottrattiva, *probatio diabolica* pressoché impossibile da dimostrare *a priori*.

Tutto, a nostro avviso, nasce da un equivoco di fondo. Non si possono (né si dovrebbero) distinguere i casi in cui l'individuo è stato previamente informato (ufficialmente o meno) del processo, da quelli in cui si è dato alla fuga: chi scompare e non viene più trovato — a seguito di minuziose ed esauritive operazioni di ricerca — verosimilmente è a conoscenza del fatto che gli

tali circostanze, a seguito della condotta sottrattiva di quest'ultimo, il soggetto interessato si presume informato del processo, ai sensi dell'art. 8, paragrafo 2, lett. a, dir. 2016/343.

¹⁹⁸ Corte eur., *Colozza c. Italia*, cit., § 30, e Corte eur., *Sejdovic c. Italia*, cit., § 88.

¹⁹⁹ Ciò è evidente da Corte eur., *Sejdovic c. Italia*, cit., § 99.

inquirenti lo stiano attenzionando, vuoi perché ha compiuto un reato e si è dileguato “preventivamente” (consocio che, per ciò che ha fatto, sarà aperto un procedimento), vuoi perché è stato reso edotto dell’attività di polizia nei suoi riguardi attraverso altre — ufficiose — modalità. E allora, non si dovrebbe in tali casi verificare *se l’interessato conosce del processo (e delle conseguenze della mancata partecipazione) solamente tramite canali ufficiali*: nelle decisioni *Sejdovic* e *Pititto* è la stessa Corte europea dei diritti dell’uomo ad elencare una serie di casi nei quali, senza conoscenza ufficiale, si potrebbe dare per assodato che egli è edotto del procedimento. Da una rapida lettura, però, eccezion fatta per l’ipotesi eclatante della “fuga alla cattura”, essi tradiscono la loro insussistenza, non solo nella prassi, ma anche nella loro descrizione letterale²⁰⁰.

Pertanto, non sembra, analizzando la giurisprudenza di Strasburgo, che — per dirla con le parole della Corte di Giustizia — si sia verificato un «giusto equilibrio tra, da un lato, il rispetto dei diritti della difesa e, dall’altro, la necessità di garantire l’efficacia dell’azione penale nonché quella di garantire che il procedimento si svolga entro un termine ragionevole»²⁰¹.

Resta quindi una serie di questioni irrisolte.

Un problema comune ai tre ordinamenti è quello di stabilire quali siano gli indici da cui desumere la volontarietà della condotta sottrattiva. Sul punto, si può concordare, in linea di principio, con l’impostazione promossa recentemente dalla Corte di Lussemburgo nella causa *IR contro Spetsializirana Prokuratura*, in quanto più attenta alle ipotesi, frequentissime nella prassi, dell’imputato che fugge prima ancora che venga informato, ufficialmente, del processo, pur essendo stato reso edotto, quantomeno, delle accuse a suo carico, in una fase avanzata del procedimento penale²⁰². Come di consueto, invece, la Corte di Strasburgo segue un *case-by-case approach*, focalizzato sugli elementi concreti sottoposti al suo esame. Nell’ordinamento italiano, per contro, all’interno della cornice simil-presuntiva degli “indici sintomatici”, si è inserita una prescrizione generalissima e difficile da circostanziare — la «[volontaria sottrazione] alla conoscenza del procedimento» — lasciando all’interprete il compito di enucleare, caso per caso, le situazioni da sussumere sotto tale fattispecie. Complesso, dunque, il percorso del giudicante che, senza altri appigli normativi, correrà il rischio — soprattutto nei *borderline cases* (ove, ad esempio, dal compendio probatorio raccolto residuo ragionevoli interpretazioni alternative al mancato reperimento dell’interessato) — di adottare la relativa decisione in totale solitudine, quasi fosse onnisciente. Senza imporre rigidi automatismi, sembrerebbe opportuno codificare una

²⁰⁰ Come si evince dal testo delle decisioni citate (*Sejdovic*, cit., § 99; *Pititto*, cit., § 68), il caso della pubblica dichiarazione dell’imputato che manifesti il suo dissenso in merito alla procedura della quale è venuto a conoscenza attraverso fonti ufficiali non è corroborato da giurisprudenza pregressa. Lo stesso può dirsi per l’ipotesi — genericissima — per cui la polizia potrebbe venire a conoscenza di «*materials*» che mostrerebbero che il soggetto è a conoscenza del procedimento e delle accuse a suo carico.

²⁰¹ Così Corte giust., 14 gennaio 2021 (ord.), causa C-769/19, *Procedimento penale a carico di UC e TD*, ECLI:EU:C:2021:28, punto 45. Sul punto v. anche Conclusioni, cit., punto 60.

²⁰² Così S. QUATTROCOLO, *Assenza*, cit., p. 3262.

serie di marcatori, per orientare il giudice nella sua valutazione. La dichiarazione falsa di indirizzo, per esempio, non sembrerebbe costituire indicatore controverso, in quanto dimostrativo di una precisa volontà sottrattiva.

Altra questione irrisolta è la *due diligence* da richiedere agli inquirenti nell'attività di ricerca. *Ad impossibilia nemo tenetur*, avverte il brocardo. Certo, il grado di completezza, scrupolosità e solidità delle attività investigative volte a rintracciare l'imputato va dimostrato *in primis* dalle autorità nazionali: sarà loro onere dar prova che la condotta tenuta è stata efficiente, avendo utilizzato nel miglior modo possibile le risorse a loro disposizione. Difficile però, oltre questo confine, addebitare allo Stato la violazione dell'art. 6 CEDU²⁰³. Va fatto salvo, ovviamente, il diritto dell'interessato, eventualmente comparso in seguito, a beneficiare di un nuovo processo, magari censurando l'incompletezza delle indagini svolte, o adducendo cause di forza maggiore (come stabilito dalla Corte di Lussemburgo nella causa *IR contro Spetsializirana Prokuratura*)²⁰⁴. Tale approccio, a nostro giudizio, pare più equilibrato, ed anche più garantista, per l'imputato: esso potrebbe imporre un elevato *standard* di scrupolosità a carico delle autorità, *de facto* obbligate a svolgere indagini il più complete possibile. Di converso, per l'imputato eventualmente ricomparso potrebbe essere più semplice contestare la meticolosità con cui le investigazioni per il suo rintraccio sono state compiute (piuttosto che, ad es., addurre la «incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo», o l'«assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento e che la prova dell'impedimento è pervenuta con ritardo senza sua colpa» per usufruire delle prerogative di cui al comma 4 dell'art. 420-*bis* c.p.p.).

Infine, va ancora chiarito se il diritto europeo *lato sensu* inteso voglia porre a carico dell'indagato un obbligo di “tenersi informato”. Se la Corte di Giustizia sembra rispondere affermativamente in argomento²⁰⁵, il diritto interno — ispirato dal garantismo convenzionale — non si spinge, quantomeno espressamente, sino a questo punto²⁰⁶. Nondimeno, ignorare del tutto la condotta eventualmente ostacolante tenuta dal ricercato non sembrerebbe coerente con una analisi dei fatti, da devolversi al giudicante, davvero comprensiva di tutti gli elementi rilevanti per decidere se procedere *in absentia*. Riprendendo per analogia le parole della Corte costituzionale, che in una

²⁰³ Si pensi all'utilizzo della localizzazione tramite operatori di telefonia mobile, utilizzata dalla polizia bulgara nel caso IR: si dovrebbe concludere che chi non viene rintracciato tramite le più recenti tecniche informatiche, unitamente al fatto che non ha lasciato un nuovo recapito, né ai prossimi congiunti né al datore di lavoro, possa non considerarsi in «fuga»?

²⁰⁴ Corte giust., *IR contro Spetsializirana prokuratura*, cit., punto 48.

²⁰⁵ Per un primo commento in tema v. L. MANCANO, *Convictions in absentia and the Right to a Fair Trial. The Building of an EU Theory of Justice Continues: Spetsializirana prokuratura (C-569-20)*, in *EU Law Live (web)*, 3 giugno 2022, che nota come tale dovere informativo non sia previsto nel testo della direttiva ma in un suo *Considerando*.

²⁰⁶ V. per tutti E.A.A. DEI-CAS, *Il procedimento penale*, cit., p. 202 ss. Invero, la Corte di Strasburgo pare, quantomeno in passato, aver aperto alla possibilità di addebitare all'interessato un preciso onere informativo (v. *supra* il passaggio riportato alla nota 85 di Corte eur., *Iavarazzo c. Italia*, cit.).

risalente pronuncia pare *prima facie* accogliere la prospettiva qui tratteggiata, «non può essere addossato allo Stato un onere nei confronti di chi, col suo comportamento volontario, ha posto in essere una situazione da cui possono derivare quelle conseguenze che lamenta il giudice *a quo*»²⁰⁷.

Per evitare future *impasse* fra inquirenti (il gatto), imputato “in fuga” (il topo) ed il giudice²⁰⁸, la disciplina italiana dovrà necessariamente essere rivista. Il processo è già *in fieri*. All’interno della c.d. riforma Cartabia²⁰⁹ sono previste specifiche norme in materia di procedimento in assenza: si va dalla ridefinizione dei casi in cui l’imputato deve ritenersi “assente”, alla previsione di una disciplina derogatoria per i latitanti²¹⁰. L’intervento legislativo intende «rendere il sistema (...) coerente con le coordinate europee», vale a dire gli artt. 8 e 9 della direttiva 2016/343 e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo²¹¹. Sinteticamente, le direttive imposte dal legislatore delegante al Governo si compendiano nella volontà di espungere dal sistema «ogni indice presuntivo di conoscenza»²¹², ancorando lo svolgimento del procedimento *in absentia* alla «centralità del giudice nelle dinamiche dell’accertamento in concreto dei presupposti di tale rito»²¹³ e modificando, per ciò che qui rileva, i presupposti applicativi della dichiarazione di latitanza, che dovrebbe essere emessa solamente qualora emerga *per tabulas* l’effettiva conoscenza della misura cautelare e la volontà del destinatario di sottrarsi²¹⁴.

Con la recente pubblicazione del decreto legislativo in Gazzetta Ufficiale²¹⁵, ci si avvede immediatamente che le soluzioni proposte dal legislatore

²⁰⁷ Corte cost., sent. 27 giugno 1974, n. 215, ECLI:IT:COST:1974:187, § 2 del *Considerato in diritto*. Nel prosieguo del ragionamento, la Corte sottolinea che in capo al *quisque de populo* vi sono «adempimenti formali previsti dalle norme sull’ordinamento delle anagrafi della popolazione residente», che risultano inevitabilmente violati quando il soggetto si rende “irreperibile”.

²⁰⁸ Riprendo l’espressione da T. BESSE, *Le chat, le souris et le juge*, in *Dalloz (web)*, 9 giugno 2022.

²⁰⁹ Si v. l’art. 1, comma 7, della legge 27 settembre 2021, n. 134 recante *Delega al Governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*. La richiesta di inserire una normativa *ad hoc* sul processo in assenza si rinviene negli atti della c.d. Commissione Lattanzi (Aa.Vv., *Riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale: la relazione finale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, n. 4, p. 1518 ss.).

²¹⁰ Condivisibile è il rilievo di A. NATALINI, *Mancata partecipazione, si va avanti solo con la certezza che è volontaria*, in *Guida dir.*, 2021, n. 41, p. 57, secondo cui «il Parlamento ha dettato, all’articolo 1, comma 7, della legge 134/2021 principi e criteri direttivi molto stringenti e dettagliati, sicché la stesura del decreto delegato sarà, per l’esecutivo, praticamente a “rime obbligate”». Ma v. *contra* A. PROCACCINO, *Rinvio d’udienza e traduzione del ristretto per altra causa: oneri pubblici e privati*, in *Giur. it.*, 2022, n. 7, p. 1750 che ritiene che, in sede di stesura della normativa, il legislatore delegato possa «tracciare delle coordinate improntate a criteri di minim diligenza che può essere richiesta all’imputato nei modi e nei tempi della comunicazione dei propri impedimenti».

²¹¹ A. MANGIARACINA, *Giudizio in assenza: maggiori garanzie*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, n. 1, p. 124.

²¹² N. ROMBI, *Le coordinate del nuovo ‘processo in assenza’ tracciate dalla legge n. 134/2021*, in *il Penalista (web)*, 7 ottobre 2021.

²¹³ F. CENTORAME, *Verso un nuovo processo penale in assenza: chiaroscuri della legge delega n. 134 del 2021*, in *disCrimen*, 2 febbraio 2022, p. 9. Si tratta dell’art. 1, comma 7, lett. a, d e h, legge. n. 134 del 2021.

²¹⁴ Così l’art. 1, comma 7, lett. f, legge. n. 134 del 2021. Per un primo commento si v. A. MANGIARACINA, *Giudizio in assenza*, cit., p. 130 s.

²¹⁵ D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 recante *Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l’efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni*

delegato paiono superare il sistema delle presunzioni oggi vigente, rimodulando per intero l'art. 420-*bis* c.p.p., con opportuna valorizzazione — come criterio-cardine del rito *reo absente* — della «effettiva conoscenza della pendenza del processo e non già del mero procedimento o della accusa»²¹⁶. Per quanto concerne, poi, il caso qui esaminato — ovvero sia quello della “fuga dal processo” — va accolta con favore la formulazione prevista al novellato comma 3 della norma in esame, più circoscritta rispetto a quella previgente: «il giudice procede in assenza (...) quando l'imputato è stato dichiarato latitante o si è *in altro modo* volontariamente sottratto alla conoscenza della pendenza del processo». Specificando, poi, che la dichiarazione di latitanza sia motivata (secondo il novellato comma 2 dell'art. 296 c.p.p.), l'intervento legislativo delegato sembra andare nella direzione di evitare, quanto possibile, dichiarazioni di assenza disancorate da un accertamento concreto della consapevolezza, in capo all'interessato, della pendenza del processo²¹⁷.

Nell'attesa, questo l'auspicio, che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo possa trovare maggiore coerenza, per il tramite di una fruttuosa *contaminatio* con le decisioni della Corte di Giustizia, “neofita” nel campo del diritto processuale penale²¹⁸, eppure maggiormente cauta sul tema.

Il tutto per evitare che i meccanismi sospensivi eventualmente attivati in favore dell'imputato non lo spingano «a sottrarsi dolosamente al processo, al solo scopo di far maturare i termini di prescrizione del reato»²¹⁹. Ma anche, e soprattutto, per evitare che le autorità possano dichiarare l'assenza del prevenuto sulla base di ricerche incomplete e per nulla solide da un punto di vista probatorio.

Un po' come quel tale che cercava le chiavi di casa sotto un lampione, in orario notturno, nonostante sapesse benissimo di non averle perse lì. Alla domanda di un passante sulle motivazioni di tale comportamento, egli rispondeva: «Perché qui c'è più luce»²²⁰.

per la celere definizione dei procedimenti giudiziari (GU n. 243 del 17 ottobre 2022 — Suppl. Ordinario n. 38).

²¹⁶ Queste le parole della *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150: «Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari»* (GU Serie Generale n. 245 del 19 ottobre 2022 — Suppl. Straordinario n. 5), p. 279.

²¹⁷ Al medesimo comma 2, così come novellato, viene poi previsto che, qualora la latitanza sia conseguente alla mancata applicazione di una misura cautelare, il giudice dovrà indicare — ai fini della declaratoria *ex art.* 295, comma 2 c.p.p. — gli elementi che provino «l'effettiva conoscenza della misura e l'effettiva volontà di sottrarsi». Condivide l'impostazione proposta A. MANGIARACINA, *Processo*, cit., p. 131 e, sia pur con qualche osservazione critica, N. ROMBI, *Le coordinate*, cit.

²¹⁸ Sul punto si rimanda alle considerazioni di A. SCHNEIDER, In *Absentia Trials and Transborder Criminal Procedures. The Perspective of EU Law*, in S. QUATTROCOLO-S. RUGGERI (a cura di), *Personal participation in Criminal Proceedings*, cit., p. 635 s.

²¹⁹ Preoccupazione avvertita dai membri della c.d. Commissione Lattanzi, v. AA.VV., *Riforma del processo*, cit., p. 1519.

²²⁰ L'episodio è narrato da S. ŽIŽEK, *In difesa delle cause perse. Materiali per la rivoluzione globale*, trad. it. di Cinzia Arruzza, Ponte alle Grazie, 2009, p. 335.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale: la relazione finale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, n. 4.
- ALONZI F., *La Direttiva UE sul diritto dell'imputato di partecipare al giudizio e la disciplina italiana sul procedimento in absentia*, in *Leg. pen. (web)*, 21 settembre 2016.
- , *La Corte costituzionale si pronuncia sul diritto alla conoscenza della vocatio in iudicium da parte dell'imputato*, in *Giur. cost.*, 2017, n. 1.
- , *L'interpretazione delle Sezioni Unite dei presupposti per procedere in assenza dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, n. 6.
- , *La Suprema Corte completa l'opera di rilettura sistematica della disciplina sull'assenza*, in *Giur. it.*, 2022.
- BELLUTA H., *Le impugnazioni come rimedi restitutori: verso il giusto processo in assenza dell'imputato*, in DANIELE M.-PAULESU P.P. (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, Giappichelli, Torino, 2015.
- BESSE T., *Le chat, le souris et le juge*, in *Dalloz (web)*, 9 giugno 2022.
- BOURDIEU P., *Éléments pour une sociologie du champ juridique*, in *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1986, n. 84.
- CANESTRINI N., *La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Un'introduzione*, in *Cass. pen.*, 2016, n. 5.
- CASIRAGHI R., *La rescissione del giudicato: molte questioni interpretative sul tappeto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, n. 1.
- CENTORAME F., *Verso un nuovo processo penale in assenza: chiaroscuri della legge delega n. 134 del 2021*, in *disCrimen*, 2 febbraio 2022.
- CIAVOLA A., *Alcune considerazioni sulla nuova disciplina del processo in assenza e nei confronti degli irreperibili*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, n. 1.
- CHINNICI D., *La sospensione del processo e il rito degli irreperibili tra novità e ambiguità*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 3.
- COLAIACOVO G., *Il latitante*, CEDAM, 2015.
- , *Processo in absentia e imputato latitante*, in *Leg. pen. (web)*, 14 marzo 2016.
- , *La latitanza nel diritto processuale penale*, in *Giur. it.*, 2017, n. 6.
- CONTI C., *Processo in absentia a un anno dalla riforma: praesumptum de praesumpto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, n. 4.
- CORDERO F., *Procedura penale*, IX ed., Giuffrè, 2012.
- CRAS S.-ERBEŽNIK A., *The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to be Present at Trial. Genesis and Description of the New EU-Measure*, in *EUCRIM*, 2016, n. 1.
- DEI-CAS E.A.A., *Il procedimento penale nei confronti di imputati irreperibili tra giurisprudenza della Corte europea e normativa interna*, in CONTI C.-MARANDOLA A.-VARASO G. (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, CEDAM, Padova, 2014.
- , *Considerazioni sugli indici sintomatici di conoscenza ai fini di procedere in assenza dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 1.
- DELLA TORRE J., *Il paradosso della Direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto a presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, n. 4.
- DIDDI A., *Novità in materia di impugnazioni e restitutio in integrum*, in VIGONI D. (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, Giappichelli, 2014.
- DINACCI F.R., *Le prospettive di riforma delle notifiche all'imputato e processo in absentia: inconsapevolezze legislative*, in *Arch. pen.*, 2021, n. 1.
- FIDELIO L., *Il processo in assenza preso sul serio*, in *Quest. giust. (web)*, 20 ottobre 2020.

- FLORES PRADA I., *Brevi considerazioni sulla mancata presenza dell'imputato nel processo penale spagnolo*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, n. 5.
- FOSCHINI G., *La latitanza*, Giuffrè, 1943.
- GARUTI G., *Ius superveniens e “nuovo” processo penale in assenza*, in *Giur. it.*, 2014.
- GIALUZ M.-CABIALE A.-DELLA TORRE J., *Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 3.
- GUADALUPI S., *Presunzioni nel procedimento in absentia: difficile bilanciamento tra la necessità di alleggerire la macchina processuale e la tutela dei diritti dell'imputato*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, n. 5.
- MAGI R., *La rinunzia tacita e la volontaria sottrazione: brevi riflessioni sulla distinzione tra conoscenza del procedimento e conoscenza del processo*, in *Quest. giust. (web)*, 18 giugno 2014.
- MANCANO L., *Convictions in absentia and the Right to a Fair Trial. The Building of an EU Theory of Justice Continues: Spetsializirana prokuratura (C-569-20)*, in *EU Law Live (web)*, 3 giugno 2022.
- MANGIARACINA A., *Imputato “assente” e indici di conoscenza del processo: una lettura virtuosa della Suprema Corte*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, n. 2.
- , *Giudizio in assenza: maggiori garanzie*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, n. 1.
- MARCOLINI S., *I presupposti del giudizio in assenza*, in VIGONI D. (a cura di), *Il giudizio in assenza dell'imputato*, Giappichelli, 2014.
- MAZZA O., *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, n. 12.
- MINAFRA M., *“Complessità del giudizio” e termini della custodia cautelare*, in *Giur. it.*, 2019, n. 10.
- MONTALE E., *Ossi di seppia*, Mondadori, 2012.
- MOSCARINI P., *Una riforma da tempo necessaria: l'abolizione della contumacia penale e la sospensione del processo contro l'imputato irreperibile*, in CONTI C.-MARANDOLA A.-VARRASO G. (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale*, CEDAM, Padova, 2014.
- NATALINI A., *Mancata partecipazione, si va avanti solo con la certezza che è volontaria*, in *Guida dir.*, 2021, n. 41.
- NEGRI D., *Il processo nei confronti dell'imputato “assente” al tortuoso crocevia tra svolgimento e soppressione*, in DANIELE M.-PAULESU P.P. (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, Giappichelli, Torino, 2015.
- , *Costituzione delle parti, presenza e assenza dell'imputato, intervento del difensore*, in CAMON A.-CESARI C.-DANIELE M.-DI BITONTO M.L.-NEGRI D.-PAULESU P.P., *Fondamenti di procedura penale*, III ed., CEDAM-Wolters Kluwer, 2021.
- NOBILI M., *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: “Voi invocate le forme perché non avete i principi”?*, in *Crit. dir.*, 1994.
- , *Scenari e trasformazioni del processo penale*, CEDAM, 1998.
- PAVARINI M., *Corso di istituzioni di diritto penale*, BUP, 2013.
- PAVICH G., *Prime questioni applicative sulla sospensione dei processi in absentia*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 3.
- POLLICINO O.-BASSINI M., *Personal participation and Trials in absentia. A comparative Constitutional Law perspective*, in QUATTROCOLO S.-RUGGERI S. (a cura di), *Personal participation in Criminal Proceedings*, Springer, 2019.
- POTETTI D., *La conoscenza del procedimento e il rifiuto di conoscenza nel nuovo giudizio in assenza*, in *Cass. pen.*, 2014, n. 12.
- , *A proposito dei meccanismi di recupero a disposizione dell'imputato processato in sua assenza*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2015, n. 2.
- , *I casi tipici di giudizio in assenza dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 6.

- PROCACCINO A., *Informazione e consapevolezza dell'imputato per la presenza al suo processo. Suggerimenti europee e problemi nazionali*, in *Leg. pen. (web)*, 16 dicembre 2020.
- , *Rinvio d'udienza e traduzione del ristretto per altra causa: oneri pubblici e privati*, in *Giur. it.*, 2022, n. 7.
- QUATTROCOLO S., *Corte europea dei diritti dell'uomo e partecipazione al processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, Speciale CEDU e ordinamento interno, a cura di M. Gialuz-A. Marandola.
- , *Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, n. 2.
- , *Partecipazione al processo e contraddittorio*, in *Leg. pen. (web)*, 19 ottobre 2020.
- , *La Corte di cassazione svela il vero volto della rescissione del giudicato? Due recenti pronunce segnano una svolta interpretativa nel sistema del processo in absentia e dei relativi rimedi*, in *Sist. pen.*, 2021, n. 3.
- , *Assenza, latitanza, rimedi restitutori: una posizione non scontata della Corte di Giustizia*, in *Cass. pen.*, 2022, n. 9.
- ROMBI N., *Il diritto alla presenza processuale. Garanzie, limiti, rimedi*, CEDAM-Wolters Kluwer, Milano, 2020.
- , *Le coordinate del nuovo 'processo in assenza' tracciate dalla legge n. 134/2021*, in *il Penalista (web)*, 7 ottobre 2021.
- RUGGERI S., *Personal Participation in Criminal Proceedings*, In *absentia Trials and Inaudito Reo Procedures. Solution Models and Deficiencies in ECtHR Case-law*, in QUATTROCOLO S.-RUGGERI S. (a cura di), *Personal participation in Criminal Proceedings*, Springer, 2019.
- RUSSEL B., *Autorità e individuo*, trad. it. di Camillo Pellizzi, TEA-Longanesi, 1980.
- SCHNEIDER A., In *Absentia Trials and Transborder Criminal Procedures. The Perspective of EU Law*, in QUATTROCOLO S.-RUGGERI S. (a cura di), *Personal participation in Criminal Proceedings*, Springer, 2019.
- TOLKIEN J.R.R., *Il Signore degli Anelli*, Bompiani, 2011.
- TONINI P.-CONTI C., *Il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, n. 5.
- UBERTIS G., *"Truffa delle etichette" nel processo penale: la "contumacia" è diventata "assenza"*, in *Cass. pen.*, 2015, n. 3.
- VARONE F., *Elezione di domicilio dell'imputato presso il difensore d'ufficio e processo in absentia: un discutibile caso di self-restraint della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2017, n. 6.
- , *A proposito dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e del processo in absentia: le Sezioni Unite della Cassazione difendono il diritto dell'imputato alla conoscenza della vocatio in iudicium*, in *Cass. pen.*, 2021, n. 1.
- VIGNALE L., *Processo in assenza ed elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, in *Quest. giust. (web)*, 27 settembre 2017.
- ŽIŽEK S., *In difesa delle cause perse. Materiali per la rivoluzione globale*, trad. it. di Cinzia Arruzza, Ponte alle Grazie, 2009.

REQUIEM FOR THE BURDEN OF PROOF

Jordi Nieva-Fenoll*

ABSTRACT: The burden of proof, a notion specific to the medieval Roman-canonical process but alien to the four Roman procedural systems, ought to have become obsolete with the introduction of the free assessment of evidence. However, doctrinal and jurisprudential inertia in the use of traditional concepts, as well as the conservation of biphasic processes in legal systems of Anglo-Saxon origin, including the Roman-canonical process, have favoured the persistence of a notion that, when observed objectively, has ceased to have any legitimate practical value in current judicial processes.

KEYWORDS: Free assessment, summary judgment, standards of proof, formulary system, Roman canonical process.

Index: 1. INTRODUCTION.— 2. THE SUBJECTIVE BURDEN: A LIVING CORPSE.— 3. THE OBJECTIVE BURDEN: A JUDICIAL ACTIVITY WITH AN IMPROPER NAME.— 4. THE BURDEN OF PRODUCTION: A USEFUL INSTITUTION IN AN ANACHRONISTIC PROCESS.— 5. THE BURDEN OF PERSUASION: AN IMPOSSIBLE DESIRE.

1. INTRODUCTION

Four years ago, with overwhelming fear and respect, I first suggested¹ that the institution of the burden of proof should be abandoned in both its objective and subjective versions. This was by no means an original conclusion; more than a century ago, Kohler² and Bar³, among others, had already pointed in that direction, an unavoidable consequence of introducing the free

* Full Professor of Procedural Law (Chair). University of Barcelona. ORCID 0000-0002-3052-1267

¹ Nieva Fenoll, J., “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, *Revista Ítalo-española de Derecho Procesal*, 2018, n. 1, p. 129, also published in Nieva Fenoll / Ferrer Beltrán / Giannini, *Contra la carga de la prueba*, Madrid 2019, p. 23. I came back to the issue in Nieva Fenoll, “Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado”, *InDret* 3/2020, p. 406.

² Kohler, J. (con Holtzendorff), *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, vol. 3, Leipzig 1904, p. 315.

³ Bar, L., *Recht und Beweis im Zivilprozesse*, Leipzig 1867, p. 46.

assessment of evidence. Even Rosenberg⁴ came to this conclusion about subjective and—eventually—objective burden, although the latter was alien to his intentions⁵. These abolitionists were not lacking arguments; as we shall see later, the burden of proof was indeed incompatible with the system of free assessment of evidence⁶.

It was perhaps due to the influence of Wach's⁷ erroneous but forceful and harshly formulated opinions of the time, and most probably due to the simple linguistic and behavioural inertia of professors, lawyers and judges, that the "burden of proof" has survived, rather surprisingly, as an institution—or perhaps rather as an expression—in case law and procedural law manuals. Although the doctrine continues to refer for the most part to the burden of proof in its most primitive sense, the subjective, or, if objective, the "subjectivisation" of it through a very confusing expression—"risk sharing"—⁸, what is being used in the courts is not really the burden of proof. However frequently mentioned, its genuine content is not being applied in this same judicial praxis. Instead, guidelines on the assessment of evidence are being used, covered under the solemn mantle of "the burden of proof"⁹. Remarkably, this kind of ghost expression has remained with us, erroneously referring to something that no longer exists, a phantom in the attic. Whether for the sake of convenience or tradition, it serves no purpose.

In the following lines, I will try again to defend this forceful appraisal, although this has already undergone full written confirmation by Michele Taruffo¹⁰, and on the subjective side only by Jordi Ferrer¹¹, as well as—years before I formulated it—by Barbosa Moreira¹², though only in a minimal way,

⁴ Rosenberg, L. *Die Beweislast*, Berlin 1923, p. 30.

⁵ Rosenberg, *Die Beweislast*, p. 55.

⁶ Rosenberg, *Die Beweislast*, p. 30.

⁷ Wach, A., "Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung", *Kritische Vierteljahresschrift*, 14, 1872, p. 357: „Eine der größten Thorheiten der Reformjurisprudenz ist die Behauptung, die freie Beweis-theorie führe zur Beseitigung der Grundsätze über Vertheilung der Beweislast. Sie beruht auf einer groben Verwechslung des inquisitorischen Princips des Strafprocesses, der Pflicht des Richters zur selbstthätigen Beschaffung der Beweise und der Emancipation von Beweisregeln bei Beurtheilung des von der Parteien gelieferten Materials. Die vielgehörte Erwägung, weil der Richter aus dem Ergebnis der ganzen Verhandlung unter Würdigung aller Umstände sich seine Ueberzeugung zu bilden habe, so kann nur noch darauf ankommen, ob bewiesen ist, nicht wer zu beweisen und beweisen habe, ist ein Trugschluss. Dem Richter kann es allerdings gleich sein, wer bewiesen hat, wenn bewiesen ist, aber nicht wer zu beweisen hatte, wenn nicht bewiesen ist. Die Sätze *actore non probante reus absolvitur* und *reus excipiendo actor fit* bleiben unerschüttert (...“.

⁸ Barbosa Moreira, J.C., "Julgamento e Ônus da prova", *Temas de direito processual*, segunda série, São Paulo 1988, p. 75. Cf. Laumen, H-W., „Grundbegriffe der Beweislast“, in Baumgärtel / Laumen / Prütting, *Handbuch der Beweislast*, München 2009, p. 27.

⁹ Cf. Laumen, H-W., „Grundbegriffe der Beweislast“, in Baumgärtel / Laumen / Prütting, *Handbuch der Beweislast*, München 2009, p. 102.

¹⁰ Taruffo, M., "Casi una introducción", in Nieva Fenoll, Ferrer Beltrán, Giannini, *Contra la carga de la prueba*, Madrid 2019, p. 18-21.

¹¹ Ferrer Beltrán, J., "La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario", in Nieva Fenoll, Ferrer Beltrán, Giannini, *Contra la carga de la prueba*, Madrid 2019, p. 73.

¹² Barbosa Moreira, J.C., "Julgamento e Ônus da prova", p. 75: "Conforme bem se percebe, o primeiro aspecto (la carga subjetiva) desse conjunto de fenômenos tem relevância mais psicológica do que jurídica."

and by Luca Passanante¹³, among others, on the objective aspect. But the publications that have emerged so far on this abolitionist issue, writings that still defend the validity of the concept, have been extraordinarily cautious¹⁴.

Although it may be the simplest and most commonplace thing to do, it is impossible to support the existence of an institution simply by resorting to arguments *ad antiquitatem*, *ad populum* and *ad verecundiam*, three fallacies that claim to confirm that a conclusion is true simply because “since ancient times” it has been defended by “everyone”, including “authors of recognised prestige”. Things are not that easy. A conclusion is scientifically sound when its correctness can be epistemically defended, and when empirical data corroborating its presence appears, making that first step obvious. For example, *res judicata* exists because legal systems prohibit the repetition of judgments, which is perfectly tangible in practice, and not because doctrine or case law speak of it. On the contrary, many legal systems speak of the burden of proof, but the empirical significance of their words is null, beyond a simple indicative orientation, as we will see later. In any case, a legal institution cannot be sustained on faith. It must be apprehensible. Otherwise, it becomes a Russell’s teapot¹⁵, a surprising analogy that can even be formulated through the traditional logic of the burden of proof, although it has nothing to do with it: the existence of a concept must be proven by the one who affirms its existence, not by the one who denies it. Thus, when one tries to prove that the burden of proof exists, it is shown to be an unnecessary concept. However, it is also possible, at least in this case, to prove the non-existence of the notion in a system of free assessment of evidence, suggesting that the logic of the burden of proof itself is merely apparent.

2. THE SUBJECTIVE BURDEN: A LIVING CORPSE

The distinction between the objective and the subjective burden of proof is alien to Roman-canonical process¹⁶. However, the subjective burden of proof is the only aspect of this institution which, despite having been scientifically isolated in the 19th century in a somewhat artificial way¹⁷, coincides with its original meaning. It starts from a very rudimentary basis: every litigant in the process must provide evidence of what they claim, otherwise they will lose. So rudimentary was the idea—not the institution—that it can even be found

¹³ Passanante, L., “Per la difesa dell’onere della prova”, in Saccoccio; Cacace (ed.), *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto*, Torino y Milano 2020, p. 798.

¹⁴ Mitidiero, D., *O ónus da prova e seus inimigos*, Revista de processo, n. 306, 2020, p. 17. Ramos, V. P., *La carga de la prueba en el proceso civil*, Madrid 2020 and again Passanante, “Per la difesa dell’onere della prova”, p. 798.

¹⁵ Russell, B., “Is There a God? [1952]”, in Slater, (ed.). *The Collected Papers of Bertrand Russell*, Vol. 11: Last Philosophical Testament, 1943–68 Routledge, p. 542.

¹⁶ Nörr, *Romanisch- kanonisches Prozessrecht*, p. 127.

¹⁷ Glaser, J., *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß*, Leipzig 1883, p. 85.

before the history of Rome in the Code of Hammurabi¹⁸, which served nothing less than the death penalty for those who did not bring their evidence to the trial¹⁹. It is curious that even with such a radical provision, no one seems to have claimed that the burden of proof was born in Hammurabi's time. On the same basis, albeit heavily influenced by medieval doctrine, the classical authors²⁰ closest to our times affirmed that the plaintiff had to prove the facts constituting the claim, and the defendant the impeditive, extinguishing and excluding facts²¹.

Contrary to what has been said, the notion of the burden of proof does not come from the Roman process in any of its four historical phases. Kaser²², though he cites the institution, tiptoes over it. He practically excludes it in the process of the *legis actiones*²³, and mentions it for the first time in the period of the formal process, though not as an institution applied by any *iudex* in the *apud iudicem* phase, nor even by any *praetor* in the *in iure* phase, but simply as an expression of a basic idea: the logical thing is that each party proves what it asserts. This does not exclude—as Kaser explicitly states—that the *iudex*, or the *iudices*, could take advantage of the evidence of the opposing party to support the opposing party's position²⁴, as was logical in this process, something that was usually decided by juries²⁵ without any control over a supposed application of the burden of proof, since such control simply did not exist. This is a curious first reference to the so-called principle of acquisition²⁶.

One only begins to detect something similar to the institution—created only during medieval times in my opinion—in the Roman classical process of cognition, or *cognitio extra ordinem*. Kaser²⁷ refers to the *interlocutio* which would have dealt—again, according to the author—in that process with the

¹⁸ §§ 1, 7, 10, 11 o 13 of the Code of Hammurabi:

§1. If any one ensnare another, putting a ban upon him, but he can not prove it, then he that ensnared him shall be put to death.

§7. If any one buy from the son or the slave of another man, without witnesses or a contract, silver or gold, a male or female slave, an ox or a sheep, an ass or anything, or if he take it in charge, he is considered a thief and shall be put to death.

§10. If the purchaser does not bring the merchant and the witnesses before whom he bought the article, but its owner bring witnesses who identify it, then the buyer is the thief and shall be put to death, and the owner receives the lost article.

§11. If the owner does not bring witnesses to identify the lost article, he is an evil-doer, he has traduced, and shall be put to death.

§13. If the witnesses be not at hand, then shall the judge set a limit, at the expiration of six months. If his witnesses have not appeared within the six months, he is an evil-doer, and shall bear the fine of the pending case.

¹⁹ See Lara Peinado, *Código de Hammurabi*, Sassoon, J., *Ancient Laws and Modern Problems: The Balance Between Justice and a Legal System*, London 2001, p. 40.

²⁰ Cf. Pothier, R. J., *Traité des obligations*, in *Ouvres de Pothier*, T.I, Paris 1827, p. 436.

²¹ See, among many other authors, Leipold, *Comentario al §286 ZPO*, p. 527.

²² Kaser / Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, p. 363.

²³ Kaser / Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 118.

²⁴ Kaser / Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 364.

²⁵ Kaser / Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 151.

²⁶ Chiovenda, G., *Principi di Diritto Processuale*, Napoli 1923, p. 748.

²⁷ See also Passanante, "Per la difesa dell'onere della prova", p. 803.

question of the burden of proof. However, it is difficult to say whether the fleeting *interlocutio* to which Kaser²⁸ refers was concerned with the admission of evidence—as it seems to be²⁹—or with a supposed application of the burden of proof, which is perhaps less likely, as I will explain below. Finally, in the post-classical process, which is already directly inspired by the Roman-canonical process, Kaser³⁰ recognises that the institution becomes blurred.

Kaser's account is surprising: the institution is barely glanced over, suddenly appearing and then almost vanishing. However, there may be a good explanation for this kind of "burden of proof" escapism. In my opinion, it is not that a so-called institution called "the burden of proof" ceased to be used. If one reads the whole of Title III of Book XXII of the Digest, they will see that these passages speak of its title, *probationibus et praesumptionibus*, that is, of proof and presumptions, and not the burden of proof. To put it more simply, it speaks of the free assessment of evidence, which was the system of assessment of evidence in force at that time in Rome. The text merely establishes a series of guiding rules for free assessment in specific cases, citing the most typical clues to be found in some of the most frequent processes of the time, as it does with regard to documents in Title IV of Book XXII, and even with witnesses in Title V. Some of these indicative statements in fact served as a basis—or pretext—in the late Middle Ages to create the legal rules of evidence³¹, but originally they were not at all legal rules of evidence; in Rome, at least in classical times, the system of free assessment always prevailed.

Although it may seem otherwise in a more hurried or excessively literal reading, the Roman jurists did not actually state in these paragraphs *who* has to provide proof. This was a conclusion that was drawn in medieval times with what in my view was an ultra-literal interpretation, something very typical of that period of scholasticism. In reality, what those jurists were doing was merely setting out the most characteristic indications of the most difficult processes, applying the essential basic logic already mentioned to them, and thus concluding that whoever affirms something must prove it. Consequently, Title III together with IV and V of Book XXII of the Digest is not a small monograph on the burden of proof. It is a simple treatise providing guidelines on evidence, like many other more extensive ones that were written later³². This tradition has survived to the present day³³.

²⁸ Kaser / Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 493.

²⁹ See again Passanante, "Per la difesa dell'onere della prova", p. 803: "*In sostanza, la discrezionalità del giudice nella valutazione probatoria era anticipata nella fase anteriore alla pronuncia della Beweisinterlocut, nella quale venivano fissate le prove e distribuiti i relativi oneri. Successivamente la parte, portando nel processo la prova di cui era stata onerata, determinava direttamente il contenuto della sentenza del giudice*".

³⁰ Kaser / Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 593.

³¹ See one of the best-known medieval *probationes plenae*: the two-witness rule: D. 22.5.12: *Ubi numerus testium non adicitur, etiam duo sufficient; pluralis enim elocutio duorum numero contenta est*.

³² See, among others, Bruni, F., *Tractatus de indiciis, et tortura*, Lyon 1546. Hossfeld, F. *De indiciorum materia*, Altdorf 1665. Struve, G.A., *De indiciis*, Jena 1666. Hall, C. C., *De indiciis, eorumque vi, ad probationem in causis poenalibus efficiendam*, Copenhagen 1840.

Nota 33 en página siguiente

What Kaser said had become blurred was not the burden of proof. Instead, with the occurrence of many different cases over several centuries, the indicative rules guiding the judge contained in Book XXII of the Digest, which simply guided the judge on what evidence to use in each process as well as who was most likely to have that evidence, became a constant question of nuance.

These are precisely the rules—always admonitory in Roman times as free assessment was in force—that in the late Middle Ages were turned into rules of legal assessment by employing the scholastic method. They were often based, to be clear, on the literality of authoritative texts³⁴. In fact, when Kaser³⁵ claims that only Justinian tried to return to the tradition of classical period in this matter by supposedly recovering the burden of proof, what the emperor actually did was recall the basic mnemonic rule that went back, as we have seen, to at least the time of Hammurabi: he who asserts something must prove it³⁶: *quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit*, or, as Celsus wrote at the beginning of the second century, *quod qui excipit, probare debeat*³⁷. Notably, the first passage reproduced above does not speak of *onus*, but of something quite different, and certainly not an obligation: *necessitas*.

Therefore, proof of the existence of the institution we know today as the burden of proof is missing in the Roman sources. In fact, the notion was doctrinally created in the medieval process of the *solemnis ordo iudiciarius*³⁸. In that process, it was the result of the gloss and commentary of the *Corpus Iuris Civilis*, a procedure that was conceived after a very cumbersome preliminary phase (*praeparatoria iudicii*)³⁹ that attempted to verify the subsistence of the dispute and the inexistence of procedural defects, *exceptiones dilatoriae*. A second phase began with the *litis contestatio*⁴⁰, i.e., the beginning of the *cum testes* process, or in other words, the proposition and practice of evidence.

The fact is that this second phase began with a brief claim and an even briefer reply in which the plaintiff's request was simply denied⁴¹. After both parties had taken the oath of slander—something that could end the proceedings unfavourably for the party who did not take the oath⁴²—the most important phase of the proceedings began. The plaintiff had to formulate his *positiones*, that is to say, their assertions of fact, to which the defendant

³³ Döhring, E., *La prueba, su práctica y apreciación*, Buenos Aires 1964. Muñoz Sabaté, Ll., *Técnica probatoria*, Barcelona 1967. *Tratado de probática judicial*, Barcelona 1992. Muñoz Sabaté, Ll., *Summa de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, Madrid 2008.

³⁴ Colish, M. L., *Medieval foundations of the western intellectual tradition, 400–1400*, London 1999, p. 25, 265–266, 319.

³⁵ Kaser / Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 598.

³⁶ D. 22, 3, 21.

³⁷ D. 22, 3, 9.

³⁸ Additionally, Nörr, K. W., *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, Berlin 2012, *passim*.

³⁹ Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 59.

⁴⁰ Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 109.

⁴¹ Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 110–111.

⁴² Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 112.

replied with their *responsiones*, which were also assertions of fact formulated in their defence⁴³.

The list of *positiones* and *responsiones* formed the roadmap for the subsequent course of the proceedings⁴⁴, namely, the taking of evidence from those *positiones* and *responsiones*. Once they had both been formulated without any solution of continuity or express judicial decision—*interlocutio probationis* only occurred at a very early stage of the Roman-canonical process before disappearing⁴⁵—each litigant had to offer proof of each of the facts on their list⁴⁶ and the burden of proof was thus shared⁴⁷. If the plaintiff did not do so from the outset, the process had to be concluded⁴⁸ unless, to cover their evidentiary deficiency, they requested the oath of the opposing party, who usually had to take it in order not to lose the process. The oath is a nonsensical remnant of old ordeals⁴⁹ that is surprisingly still present in several countries⁵⁰. If, on the other hand, the plaintiff offered proof but the defendant did not offer their own, they were considered to have confessed and the proceedings were also concluded. Thus, the burden of proof, the *onus probandi*, was born, and it was taken into consideration, as can be seen, before the taking of evidence. Therefore, if the question is whether at this stage a litigant could lose the case because they did not meet the burden of proof of the facts they allege, the answer is undoubtedly yes.

At that point, the role of the burden of proof—in a clearly subjective version—had almost disappeared, but it still had a mission at the end of the process, something that has probably misled the doctrine by mixing up the burden of proof with the assessment of evidence in that same medieval process. At that time, let us remember, lawyers defended themselves in proceedings in the aforementioned preliminary phase (*praeparatoria iudicii*), formulating, above all, those dilatory exceptions with the aim of finding some procedural defect that would paralyse the plaintiff's claim. They also analysed whether both parties agreed, which could favour not only acquiescence or waivers, but also settlements. Once this phase had been overcome and the *litis contestatio* had been reached, the lawyers' task consisted of either complaining that the *positiones* had been formulated in an unclear manner⁵¹—the antecedent of the exception of defect in the way of proposing the claim⁵²—or that the *responsiones* were in fact *confessiones*⁵³, which made the proof unnecessary.

⁴³ Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 116.

⁴⁴ Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 118.

⁴⁵ Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 122.

⁴⁶ Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 117, 122.

⁴⁷ Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 123.

⁴⁸ Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 175.

⁴⁹ See Patetta, F., *Le ordalie*, Torino 1890, p. 14-15.

⁵⁰ See for example arts. 2736 ff. of the Italian *Codice Civile* and 233 ff. of the Italian *Codice di Procedura Civile*.

⁵¹ Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 119.

⁵² See art. 424 of the Spanish Procedural Code.

⁵³ Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 121.

But once both lists of facts had been established, the litigants, as already mentioned, offered their proof, thus complying with the *onus probandi*. At the same time, in that precise moment, efforts were also focused on objecting to witnesses and documents.

The reason for these objections was very clear. At that time, judges did not listen to witnesses⁵⁴ and sometimes did not even read documents as they were often relatively illiterate⁵⁵. Instead, perhaps because of the influence of Germanic law and its very frequent use of witnesses to confirm—or attest to—legal acts⁵⁶, their credibility was not assessed by listening to them, but simply by ascertaining that they were willing to confirm under oath what the plaintiff or defendant said, which was entirely logical from a purely religious point of view. The same thing happened with public documents: a notary was willing to confirm their veracity with his faith, another way of taking an oath.

However, as I have said, the effort in this phase also lay in objecting to witnesses and documents, given that neither one nor the other could be freely assessed. There was no way of doing so since the oath was imposed; the proof that had remained for each party was simply added up, and the litigant who obtained the greatest amount won the process⁵⁷. In other words, the winner was they who had better fulfilled their burden of proof by placing a greater weight of evidence on their respective plate in an imaginary procedural scale of justice⁵⁸. The distinction between *plena probatio* and *sempilena probatio* (also called *probatio summaria*) was of great importance in this situation since the former had greater legal value than the latter⁵⁹. *Plena probatio* was usually fulfilled with a pair of witnesses, a public document or an *iuramentum veritatis*⁶⁰—much more infrequent than slander oath, which was systematic and did not have full probative value—so that someone with 10 witnesses

⁵⁴ Nörr, *Romanisch- kanonisches Prozessrecht*, p. 123.

⁵⁵ See Partida III, Ley III, o NR, Libro XII, Título XXXII, Ley III D. Fernando and D^a Isabel, in Instrucción de Corregidores de 1500, Ch. 36. See also Montero Aroca, J., *La justicia municipal*, in *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona 1981, p. 91.

⁵⁶ See Eckhardt, Karl August, *Lex Salica*, 100 Titel-Text, Weimar 1953: “1. Si quis ad mallum venire contempserit aut quod ei a rachineburgiis fuerit iudicatum adimplere distulerit, si nec de compositione nec in eo nec de ulla legem fidem facere voluerit, tunc ad regis praesentia ipso manire debet. Et ibi duodecem testes erunt qui per singulas vices tres jurati dicant, quod ibi fuerunt ubi rachineburgius iudicavit, ut aut ad in eo ambulet aut fidem de compositione faceret et ille dispexerit. Iterum alii tres jurare debent ut ibi fuissent illa die quando rachineburgii iudicaverunt, ut aut per in eo aut per compositione se educeret, hoc est de illa die in XL noctis in mallobergo iterum ei solem collocaverit et nullatenus legem voluerit adimplere. 2. Tunc eum debet manire ante regem hoc est in noctes XIV et tria testimonia jurare debent, quod ibi fuerunt ubi eum manivit et solem collocavit. Si nec tunc venit, ista novem testimonia jurati sicut superius diximus dicant. Similiter illa die si non venerit, collocet ei solem et illa tria testimonia qui ibi fuerunt ubi collocavit solem, iterum jurare debent. Tunc si ille qui admallat, ista omnia impleverit et qui admallatus est, ad nullum placitum venire voluerit, tunc rex ad quem manitus est, extra sermonem suum ponat eum. Tunc ipse culpabilis et omnes res suas erunt. Et quicumque eum aut paverit aut hospitalem dederit, etiam si uxor sua proxima, hoc est DC dinarios qui faciunt solidos XV culpabilis iudicetur, donec omnia que imputatur componat.”

⁵⁷ Nörr, *Romanisch- kanonisches Prozessrecht*, p. 190.

⁵⁸ See Jaumar and Carrera, J., *Práctica forense*, Barcelona 1840, p. 48.

⁵⁹ Nörr, *Romanisch- kanonisches Prozessrecht*, p. 129.

⁶⁰ Nörr, *Romanisch- kanonisches Prozessrecht*, p. 115.

and one public document possessed six *plena probaciones*. A single witness or a non-public document was reduced to the value of semi-full proof, though this was variable⁶¹, about half. Thus, a litigant with 10 witnesses, one public document and one private document had six full items of proof and one 0.5 half-full proof, thus totalling 6.5. If their opponent had managed to add 12 witnesses and two private documents, he had six full items of proof and two (0.5+0.5) half-full proofs, i.e., a result of 7. In the production of evidence, the judge naturally did not have any role whatsoever, except in the *iuramentum veritatis*, which could be ordered by the judge in spiritual and matrimonial proceedings⁶². They always judged *secundum allegata et probata (partium)*⁶³ in a full adversarial manner. Although judges could assess the evidence in a reasonably free manner⁶⁴, this was not the norm, and instead the mathematical system already described was applied. This absurdity at the time was not only the result of the aforementioned influence of Germanic law but also most likely because of mistrust in the role of judges: they were not independent, being appointed by nobility or royalty⁶⁵, and were often poorly educated in law, as already mentioned.

All of the above ceased with the reintroduction of the free assessment of evidence in the 19th century, a true procedural enlightenment and a return to the Roman past in which the burden of proof no longer existed as a mere mnemonic description of something that was simply logical—whoever asserts something must prove it⁶⁶—for the simple reason that it is not possible to initiate, maintain or win proceedings in a vacuum.

Before continuing, reference must be made again to an important statement in the Digest: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*⁶⁷. The phrase in question must be put into context in order to be properly interpreted. First, note that the Digest in that passage does not speak of *onus probandi*, as has sometimes been said in quoting the same sentence, but simply of *probatio*. This is already a remarkable fact. It is not until a few numbers further on, in the title itself, that Paulus, who was also the author of the first sentence, pronounces the words *onus probationis*⁶⁸, though it does not seem that he is referring to any institution, or even creating one. The word *onus* is very frequently used in the Digest, referring to many different obligations, respon-

⁶¹ See again Jaumar and Carrera, *Práctica forense*, p. 48.

⁶² Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 115.

⁶³ See Nieva Fenoll, “El mal nombre del principio inquisitivo”, *Justicia*, 2014, n. 1, p. 131, also published in Italian as “la cattiva reputazione del principio inquisitorio”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 68, n. 3, 2014, p. 943.

⁶⁴ Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 191.

⁶⁵ Azzone, *Brocardica (aurea)*, rúbrica XX, p. 235-236: “*Maiores iudex de his quae ad sui subditi iurisdictionem spectant, se intromittere non debet: nisi negligens fuerit, vel aliqui ante eum appellati*”. Nieva Fenoll, “La actuación de oficio del juez nacional europeo”, *Justicia*, n. 1, 2017, p. 181, also in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 4, 2019, p. 1223.

⁶⁶ Cf. Passanante, “Per la difesa dell’onere della prova”, p. 810.

⁶⁷ D. 22.3.2.

⁶⁸ D. 22.3.25.3: *In omnibus autem visionibus quas praeposuimus licentia concedenda est ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo rei veritate iusiurandum ferre...*

sibilities and even missions. But if one examines the whole of Title III of Book XXII, one sees that what these passages do is simply establish, as already mentioned, a list of indications for different processes, stating who is most likely to have proof, all with the intention of helping the judge by providing them with a guide, albeit with admonition. It does not give birth to an entire institution that would supposedly have been important for a Roman jurist. For example, when the Digest constantly refers to *res iudicata*⁶⁹, *actio, exceptio*⁷⁰, *interdictum*⁷¹ or *appellatio*⁷², it devotes whole passages to them that are absent in the case of the burden of proof.

All this contrasts extraordinarily with works of medieval law in which *onus probandi* is not only very present⁷³, but also not infrequently dealt with at the beginning of the explanations on proof⁷⁴, coinciding with the temporal place reserved for it during the process at the beginning of the *litis contestatio*. It seems that medieval jurists, relying on a scholastic reading that was always exaggeratedly literal of the *Corpus Iuris Civilis*, created an institution that made sense in their time, but which had not really existed in Rome. This influenced more modern doctrine. People often try to identify fact or logic in the present by looking for them in the past, ignoring the fact that the past must be interpreted in its own context, without help from the future, which is completely alien to it. It is possible to make the history of law travel forward in time to the present day, but trying to do so in the other direction, though highly evocative, is like trying to identify European legal institutions in traditional Amazonian law; there will always be elements that resemble each other, but they will not usually be common.

We arrive in the 18th century with *onus probandi*, an institution that existed in the evidentiary system of the time: the legal system. Suddenly, precisely to break with the legal system, someone suggested copying the English jury, giving rise to the struggle for the reconquest of the free assessment of evidence, which had been cornered in the late Middle Ages by the scholars of Bologna. That someone, as is well known, was Jeremy Bentham⁷⁵.

⁶⁹ D. 42.1; D. 44.2.

⁷⁰ D. 44.1.

⁷¹ D. 43.1.

⁷² D. 49.1.

⁷³ Bartolo de Saxoferrato frequently used the expression "*onus probandi*". See Bartolo, *Bartoli a Saxoferrato Commentaria, in II. partem infortiati*, Basel 1588, tit. IV, L. V, p. 468.

⁷⁴ Azo, *Summa Azonis*, Venecia 1610, Rubrica XV, p. 42. Duranti, G., *Speculum iuris*, p. II, Venecia 1585, *De probationibus* and *Qui et qualiter debent probare*, p. 618, 619. Bulgari, *Summa de iudiciis*, Tit. 53, p. 91, in Wunderlich, A., *Anecdota quae processum civilem spectant*, Göttingen 1841.

⁷⁵ Bentham, J., *Traité des preuves judiciaires*, Paris 1823, t. II, p. 9. "...on remonte à l'origine de ces règles si gênantes et si peu raisonnables, de cette variété de tribunaux qui ont chacun leur système et qui multiplient si étrangement les questions de compétence, de ces fictions puériles qui mêlent sans cesse l'œuvre du mensonge à la recherche de la vérité. L'histoire de cette jurisprudence est le contraire de celle des autres sciences : dans les sciences, on va toujours en simplifiant les procédés de ses prédécesseurs ; dans la jurisprudence, on va toujours en les compliquant davantage. Les arts se perfectionnent en produisant plus d'effets par des moyens plus faciles ; la jurisprudence s'est détériorée en multipliant les moyens et en diminuant les effets."

Bentham, in a similar vein to Beccaria⁷⁶, had suggested that judges should see and hear the witnesses⁷⁷ and judge according to their *intime conviction*⁷⁸, as that was the way juries did in his country. Bentham was first heeded in France⁷⁹. Consequently, it was no longer necessary to add up witnesses, but rather to listen to them. It was no longer necessary to add up documents, but rather to read them. Thus, what two witnesses said could no longer be worth more than what one witness said because it was now dependent on the credibility that the judge attributed to them. As the evidence was freely assessed, it was no longer possible to decide the case by looking at which party had met its burden of proof; the evidence provided by both litigants was no longer simply added up separately, taking for granted that what was provided by each party undoubtedly benefited them. It was now possible that evidence provided by one of the parties could benefit the other, which not only inaugurated the presence of Chiovenda's⁸⁰ so-called principle of acquisition, but also rendered the application of the logic of the burden of proof useless, at least in its subjective aspect. Evidence was to be freely assessed, irrespective of who had provided it. The absurd assumptions as to the fulfilment of the burden at the beginning of the trial were no longer established. Evidence was to be assessed as a whole (§286 ZPO)⁸¹ and facts that a judge was able to establish as true in the light of evidence were considered proven. It was the same thing the English juries did, but it motivated the judgment, and did not

⁷⁶ Beccaria, C., *Dei delitti e delle pene*, reed. de Acquarelli de Bussolengo 1996, in the 1764 edition, p. 45. "Se nel cercare le prove di un delitto richiedesi abilità e destrezza, se nel presentarne il risultato è necessaria chiarezza e precisione, per giudicarne dal risultato medesimo non vi si richiede che un semplice ed ordinario buon senso, meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovar rei e che tutto riduce ad un sistema fattizio impreato da' suoi studi."

⁷⁷ Bentham, *Traité*, p. 13-14: "Voyons maintenant quels sont les traits les plus éminents de cette procédure domestique ou naturelle. Le père de famille, dès qu'il s'élève une contestation entre les personnes qui dépendent de lui, ou qu'il est dans le cas de prononcer sur quelque contravention à ses ordres, appelle les parties intéressées à paraître devant lui ; il les admet à témoigner en leur propre faveur ; il exige une réponse à toutes ses questions, même à leur désavantage ; et il considère leur silence comme un aveu, à moins qu'il n'entrevoie des motifs qui peuvent engager l'innocent même à se taire. Il fait son interrogatoire sur le lieu même ; la réponse est donnée immédiatement après chaque question, sans qu'on connaisse celle qui doit suivre. Il n'exclut aucun témoin : il écoute tout, en se réservant d'apprécier chaque témoignage ; et ce n'est pas d'après le nombre, mais d'après la valeur des témoins, qu'il prononce. Il permet à chacun d'eux de faire son narré de suite, à sa manière, et avec les circonstances nécessaires pour la liaison du tout. S'il y en a qui se contredisent, il les confronte immédiatement, il les met aux prises l'un avec l'autre, et c'est de ce conflit que la vérité jaillira. Il cherche à arriver à une conclusion prompte, pour ne pas fomentier des germes de dissension dans sa famille ; et parce que des faits récents sont plus aisément connus et prouvés, il n'accordera de délais que pour des raisons spéciales."

⁷⁸ Bentham, *Traité*, p. 5: "Qu'est-ce qu'une fausse règle en matière de procédure ? C'est une règle qui tend à mettre en contradiction la décision du juge et la loi ; qui entraîne le juge à prononcer contre sa persuasion intime, à sacrifier le fond à la forme..."

⁷⁹ Spanish Law of September 16-21, 1791.

⁸⁰ Chiovenda, G., *Principi di Diritto Processuale*, 3^a ed. Napoli 1923, p. 748.

⁸¹ § 286 Freie Beweiswürdigung. (1) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urteil sind die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind. (2) An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

leave everything to the best of their knowledge⁸², or *intime conviction*, as the French translated it.

All this rendered the “inversions” of the burden of proof, the “lightening” of that same burden⁸³ and the “evidential facility”⁸⁴ absurd. This, by the way, was the initial basis for the classic distribution of the burden of proof as well as, of course, that nostalgic modern formulation, the so-called “dynamic” burden of proof⁸⁵, all of which are reactions of doctrine and case law that tried in vain to preserve the validity of an institution that had ceased to make sense, completely altering its original approach. Such notions—inversions, lightening, ease, dynamic burden—are nothing more than situations identified by the majority of case law in which it is foreseen that one of the parties, usually—although not always—a vulnerable party who finds it difficult to defend themselves in the proceedings because of a lack of easy access to the evidence. Thus, their version is given initial credibility, even if it is supported by little to no evidence, and the opposing party is warned that they must make a greater effort than usual to prove what they say or disclose evidence available to them. If they do not do so, even if it is not said in such an icy or unpleasant way, the process will be decided against them as it will be understood that they are hiding evidence because it would favour their opponent. In other words, the evidentiary deficiency of a litigant who could easily obtain such evidence is interpreted as manipulation of reality to procedural advantage, or hiding evidence. Consequently, they are condemned on the basis of what is a simple indication of concealment. All this is not about burden of proof, however, but rather the assessment of a *prima facie* case. It is clearly about the free assessment of evidence.

In conclusion, the free assessment of evidence, with its inherent principle of acquisition, renders the study of the subjective burden of proof obsolete. It must therefore be considered doctrinally superseded. Let us now explore whether the other meaning of the burden of proof, the objective, can retain some validity.

⁸² Blackstone, *Commentaries*, p. 290-291.

⁸³ Rosenberg / Schwab / Gottwald, *Zivilprozessrecht*, p. 770.

⁸⁴ Bentham, J., *Traité des preuves judiciaires*, t. II, Lib. VII, cap. XVI, p. 163. See also De Fano, M., *Negativa qualiter probanda*, in AAVV, *Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesarei iuris facultate Iurisconsultorum, De Probationibus*, T. IV, Venecia 1584, p. 12, n. 3. Serra Domínguez, M., “Comentario al art. 1252 del Código Civil”, in *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales* (dirigidos por Albaladejo), Madrid 1991, tomo XVI, vol. 2, p. 66-68. Besso-Marcheis, “La vicinanza della prova”, *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 16, 2015, p. 93. In: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19962/14303>

⁸⁵ Peyrano, J. W. (ed.), *Cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires 2008, p. 13, 19 and 75.

3. THE OBJECTIVE BURDEN: A JUDICIAL ACTIVITY WITH AN IMPROPER NAME

In the judicial process of the *solemnis ordo iudiciarius*, as we have seen in the above, considerations of assessment and distribution of the burden of proof were mixed in at least two moments. At the beginning of the process, when those who did not offer proof, or all the proof they offered had been objected to, they were made to lose the process. It occurred at the end of the process, when the contribution of each party was “weighed” using the oldest known evidential standards: *probatio plena* and *semiplena probatio*. This activity of weighing the evidence, which was typical of the legal evidence regime, replaced the free assessment of evidence. In fact, it could be said that this “weighing of evidence”, or “legal assessment of evidence”, was not really an assessment at all, but rather a simple application of the burden of proof. Each party had met or failed to meet its burden to a greater or lesser extent. Depending on the arithmetical result, a decision was made. While quite absurd, as we know, this was very simple to apply in practice, and that is why it was successful. In the end, the courts, as a pure and logical defence against their workload, look for the simplest solutions that involve the least amount of effort, as long as they are, at the same time, apparent.

With this explanation, it is understandable for confusion to arise between concepts and the emergence of the objective burden of proof. It appeared in the doctrine in criminal proceedings⁸⁶ with the obvious realisation that the subjective burden of proof cannot be applied in such proceedings since the defendant is not obligated to prove anything and in fact the public prosecutor does not even have to prove the accusation. Contrary to popular belief, public prosecutors simply contribute to the clarification of the facts by ascertaining the prosecution's, and also the defence's, evidence related to the crime that is the object of the proceedings. In this way, the work of the public prosecutor is alien to the institution of the subjective burden of proof. Their mission is simply to collaborate in establishing the truth. As has long been peacefully asserted in German doctrine, public prosecutors are not a party to the proceedings⁸⁷.

Glaser⁸⁸ considered that another variety of the burden of proof persisted, however: consideration of the old standards for ascertaining which facts were proven and which were not. Reaching those evidential levels in order to establish guilt in criminal proceedings achieved a new standard, the *probatio plenissima*⁸⁹, superior to *probatio plena*, which, in part, tried to reflect in Eng-

⁸⁶ Glaser, J., *Handbuch des Strafprozesses*, vol. I, 1883, p. 364.

⁸⁷ Peters, K., *Strafprozeß*, München 1985, p. 164, Kleinknecht, T. / Meyer, K. / Meyer-Goßner, L., *Strafprozeßordnung*, München 1995, p. 1440.

⁸⁸ Glaser, *Handbuch des Strafprozesses*, p. 364.

⁸⁹ Nörr, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht*, p. 129.

land the standard of beyond any reasonable doubt⁹⁰. It is very complex to put into practice, however, and in fact was probably the first sign of judicial liberation from the ties of the legal system of proof in favour of the free assessment of evidence, at least in part. Glaser⁹¹ called this consideration of the determination of evidentiary levels or standards the objective burden of proof. It was, after all, the final stage of consideration of the medieval *onus probandi* in the legal system of proof. When the litigant provided evidence, thus meeting the subjective burden, it determined whether they had done so sufficiently.

In the legal system, this question was answered by adding up and weighing, so it would have been easy to confuse it with the subjective burden of proof, given that both were oriented towards the same objective: to decide the winner of the trial automatically. But when we move from the legal system to the system of free assessment, everything changes. It is no longer weighed, but balanced. The judge must evaluate the clues offered by the evidence without being bound by comfortable automatisms or prejudices in order to search for material that will allow them to justify why they believe an evidential result to be credible. However, this is no longer burden of proof, but the assessment of evidence itself. It is simply the assessment of that evidence that a judge will carry out simultaneously while perceiving the results of the evidence. It is not possible to perceive without assessing, and what is not assessed is overlooked, as cognitive psychology confirms⁹².

Calling this process the “burden of proof”, although it has an obvious historical explanation, is currently misleading and, above all, highly disorienting. For those unfamiliar with the functioning of the old medieval process, it is very easy to become confused about the content of the notion.

A different question is whether assessment should be guided by the guard rails of evidential standards—*sempierna probatio*, *plena probatio*, *probatio plenissima*—as the system of legal evidence did, or whether it should be left completely to the discretion of the judge, as the system of free assessment dictates. In this sense, the attempts to redirect this matter to a logic of standards⁹³ have either been very polemical⁹⁴ or simply refer to phrases that attempt to guide mostly judicial bodies that do not motivate: the jury⁹⁵. The guiding effectiveness of these fine phrases in conveying their content—*probable cause*,

⁹⁰ Whitman, J. Q., *The origins of reasonable doubt*, New Haven and London 2005, p. 193 and 202. Mueller, C. B. / Kirkpatrick, L. C., *Evidence*, New York 2003, p. 130.

⁹¹ Glaser, *Handbuch des Strafprozesses*, p. 364.

⁹² See Manzanero, A. L., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008, p. 31.

⁹³ Ferrer Beltrán, J., *Prueba sin convicción*, Madrid 2021, p. 109.

⁹⁴ González Lagier, D., “¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, *Revista telemática de filosofía del derecho*, n. 23, 2020, p. 79. Dei Vecchi, D., Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio, Lima 2020. Fernández López, M., “La valoración de las pruebas personales y el estándar de la duda razonable”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007. Gascón Abellán, M., “Sobre la posibilidad de alcanzar estándares de prueba objetivos”, *Doxa*, 2005, n. 28, p. 127.

⁹⁵ Wigmore, *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, §2497, p. 3543-3544.

preponderance of evidence, clear and convincing evidence, beyond any reasonable doubt—is more than debatable and, in the case of the jury, impossible to analyse *a posteriori* in the absence of motivation in the jurors⁹⁶.

However, it may be useful to apply the method on which the configuration of these standards is based, which is fundamentally inductive probability⁹⁷. It is an excellent way of assessing evidence by not focusing all activity on a single hypothesis, but also on the other hypotheses that have emerged in order to rule them out. All of this entails an inevitable subjectivity in the formulation of the hypotheses and even in the evaluation of the result. Having this subjectivity channelled through a method is not something to be rejected, but rather desirable. A second question would be how to reach evidential thresholds based on this method. Given its inherent subjectivity, the calculation of these thresholds is either radically objectified, as in the regime of legal proof, or it becomes nothing more than an impossible desire. It is not really feasible to soundly defend that one event of the past being investigated in the process, a fact subject to proof, is with total exactitude more or less probable than another. Since the judge has not witnessed those events or knows all the circumstances, the conclusions are no more than hypotheses. It is not like proving the existence of a black hole or the efficacy of a drug. In the process, we can only reconstruct traces of reality but never confirm them *beyond a reasonable doubt*, no matter how often the phrase is repeated. What we can do is try to minimise these doubts, and this is what this standard asks of us. Reconstructing reality to this very fine point is not really feasible, however. In the process, we will always have a version that has been proven as if we were walking on hot coals. We will be able to explain how we have cornered the inevitable doubts about a version of events, but like a historian⁹⁸, we will never be able to claim that this, and only this, is what happened. While disappointing, as humans we have limitations, and this is one of them. Perhaps in the future we will find a way to confirm legal facts with the same efficiency as corroborating the existence of the Higgs boson. For the moment, it is science fiction.

4. THE BURDEN OF PRODUCTION: A USEFUL INSTITUTION IN AN ANACHRONISTIC PROCESS

It comes as a great surprise that when we look at the Anglo-Saxon systems, which are different from each other but with much in common, we

⁹⁶ Ginther, M.; Cheng, E.K., "Surprise vs. Probability as a Metric for Proof", *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, 2018, p. 1081. Pardo, M. S., "Epistemology, psychology, and standards of proof: An essay on Risinger's surprise theory", *Seton Hall Law Review*, 48(4), 2018, p. 1039. Risinger, D., "Leveraging surprise: What standards of proof imply that we want from jurors, and what we should say to them to get it", *Seton Hall Law Review*, 48(4), 2018, p. 965. Kagehiro, D. K. / Stanton, C., "Legal vs. Quantified Definitions of Standards of Proof", *Law and Human Behavior*, vol. 9, n. 2, 1985, p. 160.

⁹⁷ Cohen, L. J., *The probable and the provable*, Oxford 1977, p. 121.

⁹⁸ See Calamandrei, "Il giudice e lo storico", in *Rivista di diritto processuale civile*, XVII, 1939, p. 105.

again come across the burden of proof. There are two varieties: the burden of production and the burden of persuasion, in addition to the burden of allegation, which evokes the old system of *positiones* and *responsiones*, something we will leave aside for the moment. It is also surprising to see how the burden of production coincides with the subjective burden of proof⁹⁹ in the version influenced by the principle of evidential facility/*vicinanza probatoria*¹⁰⁰, while the burden of persuasion coincides with the objective burden¹⁰¹. What happened here?

It is a simple but little-acknowledged fact that not only did English jurists study Roman law in depth as a priority, at least until the end of the 18th century¹⁰², but English law also considered the Roman-canonical process of the *solemnis ordo iudicarius*¹⁰³. Although it followed partly different paths, above all as a consequence of the trial phase before juries, in reality the procedural structure of the Anglo-Saxon systems divided into two phases, pretrial and trial, are strongly reminiscent not only of the *praeparatoria iudicii* and the *litis contestatio* of the medieval process shaped by glossators and commentators of Bologna, where Englishmen also studied in the Middle Ages¹⁰⁴, but also of the phases *in iure* and *apud iudicem* of the old Roman formulary system. In fact, the *in iure* phase was held before a *praetor*, and the *apud iudicem* was usually held before juries¹⁰⁵, not unlike the pretrial (before a judge) and the trial (before a jury) in the US. The difference between barrister and solicitor is also much more faithful to the *procurator/advocatus* model in the English system, though this is a different issue.

The current Anglo-Saxon-inspired process has an extraordinarily old structure that its users seem to find useful, if not highly debatable. It all begins with a very long¹⁰⁶ pre-trial phase—just as *praeparatoria iudicii* were also very long—in which the aim is above all to negotiate. In the *solemnis ordo iudicarius* the aim was likewise to check whether the dispute still existed. But in this phase, there is also something of the old preliminary phase of the *litis contestatio*: the *positiones* and the *responsiones*, that is, the claim and the defence, that the judge tries to understand requires the parties to comply, naturally, with the burden of production, or in other words, with the subjective burden of proof. And indeed they do, otherwise it is possible for the judge to say that the case has no prospects of success for the party who has not

⁹⁹ Redmayne, M., "Standards of Proof in Civil Litigation", *Modern Law Review* 62, n. 2, March 1999, p. 172. Dennis, *The Law of Evidence*, London 2013, p. 442.

¹⁰⁰ Besso-Marcheis, "La vicinanza della prova", *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 16, 2015, p. 93. In: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19962/14303>

¹⁰¹ Dennis, *The Law of Evidence*, p. 441.

¹⁰² See Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, London 1768, p. 3.

¹⁰³ See Bracton, H., *DeLegibus et Consuetudinibus Angliae*, London 1569, Lib. III, Cap. VIII. Gordon, W., "A Comparison of the Influence of Roman Law in England and Scotland", in *Roman Law, Scots Law and Legal History: Selected Essays*, Edinburgh 2007.

¹⁰⁴ See again Bracton, *DeLegibus et Consuetudinibus Angliae*, London 1569, Lib. III, Cap. VIII.

¹⁰⁵ Kaser / Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, p. 192-197.

¹⁰⁶ Andrews, N., *English Civil Justice*, Cambridge 2009-2010, p. 21.

fulfilled their burden, according at all times to the judge¹⁰⁷. They can issue a summary judgement against the non-compliant party to avoid the trial¹⁰⁸. Thus, parties go on and on, producing more and more documents, summoning witnesses and making them sign affidavits in the purest medieval style of ratifying witnesses without seeing or hearing them. In this system, therefore, *onus probandi*, the subjective burden of proof, or the burden of production, makes perfect sense. Or does it?

We find ourselves with a system that theoretically uses the free assessment of evidence, but has retained absolute inquisitorial judicial powers in the pre-trial in a supposedly adversarial process. What is the explanation for all this? It would take a long time to specify, and merits further research, but of course fear of the unpredictability of the jury¹⁰⁹, and of course of summary judgment¹¹⁰, have played an important role. However, there is a much more contemporary logic to the way the process has been configured. Judicial process is a public service that does not fit well with neo-liberal logic, which aims to privatise everything, including litigation, so that the most powerful do not get placed on an equal footing with others in the eyes of a judge. The least powerful would end up suffering a terrifying inequality in an area where no one is looking out for them: alternative means of conflict resolution. Thus, ineffective mediations arise, their sole purpose being to wear down the weak with time and money, with arbitration in the hands of arbitration institutions influenced by major economic powers, or negotiations in general in which the vulnerable have everything to lose. In short, the judicial process becomes one more victim of neoliberalism, the process having maintained medieval procedural instruments so that, far from the liberal schemes of the 19th century, a court of law is once again a place that is alien to the vast majority of the population.

5. THE BURDEN OF PERSUASION: AN IMPOSSIBLE DESIRE

What about the burden of persuasion?¹¹¹ It is little more than a matter of faith. A chimera. An establishment of evidentiary thresholds: probable cause¹¹², preponderance of evidence¹¹³, clear and convincing evidence¹¹⁴, and beyond any reasonable doubt¹¹⁵, which are identical respectively to *semi-ple-*

¹⁰⁷ Civil Procedure Rules. Part. 24. Summary Judgment.

¹⁰⁸ See Rule 56, Summary Judgment, Federal Rules of Civil Procedure.

¹⁰⁹ Hans, V. P. / Eisenberg, T., "The Predictability of Juries", *DePaul Law Review*, 2011, 60, p. 375.

¹¹⁰ Robertson, "The Right to Appeal", 91, *The North Carolina Law Review*, 2012-2013, p. 1219.

¹¹¹ Dennis, *The Law of Evidence*, p. 441.

¹¹² IV Amendment of the US Constitution.

¹¹³ Redmayne, M., "Standards of Proof in Civil Litigation", *Modern Law Review* 62, no. 2, March 1999, p. 167.

¹¹⁴ Redmayne, M., "Standards of Proof in Civil Litigation", p. 187.

¹¹⁵ Laudan, *Truth, error and Criminal Law*, p. 29.

na probatio, probatio summaria or *probatio prima facie* broken down onto two levels, *plena probatio* and *probatio plenissima*. In short, a simple imitation of old realities in the system of legal evidence that fortunately no longer exist.

Such copying has not really been conscious, and so almost all the old medieval evidentiary standards from which they derive have been forgotten in the Anglo-Saxon sphere. They are not even cited, except for *probatio prima facie*¹¹⁶, with exactly the same meaning it had in the Roman-canonical process, i.e., the initial sufficiency of proof, observed at first sight.

The question to be elucidated behind these phrases, and others like them, is whether there can be anything scientific that escapes simple intuition. There undoubtedly was when, as we have seen, *plena probatio* and *semiplena probatio* were determined precisely. But when we look beyond simply fossilised schemes to achieve epistemic categories, it is extremely difficult, if not impossible. We can attempt to construct these levels on the basis of the plural formulation of hypotheses inherent to probability¹¹⁷, but this formulation will be more or less complete depending on effort, creativity or even the will of the person doing the work. This implies an element of maximum insecurity that is simply unacceptable. We already know that when it comes to reconstructing past events, we cannot draw conclusions as we would in the world of physics or chemistry because we cannot contrast it with other similar hypotheses. Thus, Bayes' theorem¹¹⁸ fails in this context.

This creative formulation of hypotheses is what police, prosecutors and judges have done throughout history. Drawing on their personal and professional experience, they try to put together the pieces at their disposal to create a puzzle that corresponds to that previous experience. They do this mainly by using representativeness heuristic¹¹⁹, i.e., making a rough statistical calculation that can be quite imprecise or even crude as it simply depends on their intuition governed by the use of the heuristic, in other words, their experience. This has given human beings a sense of justice on many occasions over the millennia. The time has come to find something better without insisting on the initial model or even passing it through the sieve of epistemology.

There are situations where data can completely confirm a fact without the need to go into further complexities. They are more frequent than it would seem, especially in civil proceedings, where documentary evidence is king, not only thanks to written documents, but also the ease with which we can access communications by e-mail, text messages or even recordings from se-

¹¹⁶ Herlitz, G. N., "The Meaning of the Term Prima Facie", *Louisiana Law Review* 55, no. 2, 1994-1995, p. 391.

¹¹⁷ See Ferrer Beltran, *Prueba sin convicción, passim*.

¹¹⁸ Cf. Edwards, W. / Lindman, H. / Savage, L. J., *Bayesian Statistical Inference for Psychological Research*, Psychological Review, 1963, 70, p. 193. Finkelstein, Michael O., *Basic concepts of probability and statistics in the Law*, New York 2009, p. 11. See, in a broad sense, Taruffo, *La prueba*, p. 200.

¹¹⁹ Kahneman, D. / Tversky, A., *Subjective probability: A judgment of representativeness*, in: "Kahneman / Slovic / Tversky (ed.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge 1982, p. 33.

curity cameras, and the simplicity of corroborating an alibi with the presence of our electronic devices at a certain place. Such data was inconceivable only 40 years ago, but today we have it, and therefore we can no longer ignore it and continue to rely predominantly on intuition, as the case has been traditionally.

Moreover, scientific evidence, especially biological evidence, has now allowed materials that were once useless to tell us a great deal about the participants in the places where the evidence is found. DNA fingerprints are relatively easy to obtain in a criminal context and can confirm the presence of a person who could only conceivably have been there if they were involved in the event.

We no longer have to rely on the intuitive assessment of the gestures or tone of voice of witnesses¹²⁰, and in the vast majority of cases, we can even dismiss these witnesses. Their testimony is always a blurred recollection often prepared by lawyers, removing any credibility, not to mention the intrinsic precariousness of their memory. Without documents or scientific evidence, we could only rely on whether someone had seen something. Today, this is no longer necessary. Documents and expert opinions are the best notaries of reality. Never in history has it been more attainable to judge with the greatest empirical, not intuitive, possibilities of justice.

Consequently, the future of evidence in the process must not depend on precarious standards that are little more than a working method, and which cannot create evidentiary thresholds. On the contrary: the process, and, more specifically, the evidence, must embrace science. The participation of economists, biologists, doctors and psychologists must be much more frequent in our trials, to the point that we cannot do without them, even when it comes to assessing intentionality in criminal proceedings or the basic facts of the subject matter of the trial. Their presence must be formalised, normalised, and not made dependent on the pleadings of the prosecutor or the parties.

After this, the judge will no longer be an omniscient being inspired by divinity, which is what he has tried to be since the times of ancient Egypt¹²¹. They will simply be a manager of the scientific evidence that is accumulating, a guarantor of fundamental rights and an applicator of the law to facts that are determined with increasing certainty by science. Their personal assessment, so often intuitive, will no longer depend on their intimate sense of conviction, to the best of their knowledge, but rather on the ability to correctly compile data from experts with whom they cannot enter into conflict as they do not have the scientific competence to do so.

¹²⁰ See Loftus, E. *Eyewitness testimony*, Harvard 1996. Mazzoni, G., *Psicologia della testimonianza*, Roma 2015, p. 108. Manzanero, J.A., *Psicología del testimonio*, Madrid 2008, p. 141-143.

¹²¹ Decoeur, H., «Maat, entre Cosmologie et Mythe: Le Principe Constitutionnel d'un Etat de Racine Chthonienne en Ancienne Egypte.» *Revue Juridique Themis*, vol. 45, n. 2, 2011, p. 343.

All this will illuminate a new process, *non secundum conscientiam, sed secundum probata peritorum*. In the field of evidence, it will only be possible to exercise the defence by discrediting these opinions with other scientific data.

6. BIBLIOGRAPHY

- ANDREWS, N., 2013: *Andrews on Civil Processes*, Cambridge: Intersentia, vol. 1.
- AZO, 1567: *Brocardica (aurea)*, rúbrica XX, Basilea
- AZO, 1610: *Summa Azonis*, Venecia
- BAR, L, 1867: *Recht und Beweis im Zivilprozesse*, Leipzig.
- BARBOSA MOREIRA, J.C., 1988: "Julgamento e Ônus da prova", in *Temas de direito processual*, segunda série, Sao Paulo: Saraiva, p. 75.
- BARTOLO, 1588: *Bartoli a Saxoferrato Commentaria*, in *II. partem infortiati*, Basilea, tít. IV, L. V, p. 468.
- BECCARIA, C., 1764: *Dei delitti e delle pene*, reed. de Acquarelli de Bussolengo 1996.
- BENTHAM, J., 1823: *Traité des preuves judiciaires*, Paris : Bossange Frères, t. II
- BESSE-MARCHEIS, 2015: "La vicinanza della prova", *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 16, p. 93. <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19962/14303>
- BLACKSTONE, W., 1768, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, London: Clarendon Press.
- BLACKSTONE, W., 1768, *Commentaries on the Laws of England*, Lib. III, London: Clarendon Press.
- BRACON, H., 1569: *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, London, Lib. III, Cap. VIII.
- BRUNI, F., 1546: *Tractatus de indiciis, et tortura*, Lyon.
- BULGARI, *Summa de iudiciis*, Tit. 53, p. 91, in WUNDERLICH, A., 1841: *Anecdota quae processum civilem spectant*, Göttingen.
- CALAMANDREI, P., 1939: "Il giudice e lo storico", *Rivista di diritto processuale civile*, XVII, p. 105 .
- CHIOVENDA, G., 1923, *Principi di Diritto Processuale*, 3ª ed. Napoli: Jovene.
- COHEN, L. J., 1977: *The probable and the provable*, Oxford.
- COLISH, M. L., 1999: *Medieval foundations of the western intellectual tradition, 400–1400*, London: Yale University Press, p. 25, 265-266, 319 .
- DE FANO, M., 1584 : *Negativa qualiter probanda*, in: AAVV, "Tractatus illustrium in utraque tum Pontificii, tum Caesaris iuris facultate Iurisconsultorum, De Probationibus", T. IV, Venecia, p. 12, n. 3.
- DECOEUR, H., 2011 : «Maat, entre Cosmologie et Mythe: Le Principe Constitutionnel d'un Etat de Racine Chthonienne en Ancienne Egypte.» *Revue Juridique Themis*, vol. 45, n. 2, p. 343 .
- DEI VECCHI, D., 2020: *Los confines pragmáticos del razonamiento probatorio*, Lima: Zela 2020.
- DENNIS, I.H., 2013: *The Law of Evidence*, Mytholmroyd: Sweet & Maxwell.
- DÖHRING, E., 1964: *La prueba, su práctica y apreciación*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- DURANTI, G., 1585: *Speculum iuris*, p. II, Veneci
- ECKHARDT, K.A., 1953: *Lex Salica, 100 Titel-Text*, Weimar: Hermann Böhlaus Nachfolger
- EDWARDS, W. / LINDMAN, H. / SAVAGE, L. J., 1963: "Bayesian Statistical Inference for Psychological Research", *Psychological Review*, 70, p. 193.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., 2007: "La valoración de las pruebas personales y el estándar

- de la duda razonable”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 15.
- FERRER BELTRAN, J., 2019: “La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario”, in NIEVA FENOLL, FERRER BELTRÁN, GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, p. 73.
- FERRER BELTRÁN, J., 2021: *Prueba sin convicción*, Madrid: Marcial Pons.
- FINKELSTEIN, M. O., 2009: *Basic concepts of probability and statistics in the Law*, New York: Springer, p. 11.
- GASCÓN ABELLÁN, M., 2005 “Sobre la posibilidad de alcanzar estándares de prueba objetivos”, *Doxa*, n. 28, p. 127 .
- GINTHER, M.; CHENG, E.K., 2018: “Surprise vs. Probability as a Metric for Proof”, *Seton Hall Law Review* 48, n. 4, p. 1081 .
- GLASER, J., 1883: *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß*, Leipzig: Duncker & Humblot, p. 85.
- GLASER, J., 1883: *Handbuch des Strafprozesses*, vol. I, Leipzig, Dunker & Humblot.
- GONZÁLEZ LAGIER, D., 2020: “¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba”, *Revista telemática de filosofía del derecho*, n. 23, p. 79.
- GORDON, W., 2007: “A Comparison of the Influence of Roman Law in England and Scotland”, in *Roman Law, Scots Law and Legal History: Selected Essays*, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- HALL, C. C., 1840: *De indiciiis, eorumque vi, ad probationem in causis poenalibus efficiendam*, Copenhagen.
- HANS, V. P. / EISENBERG, T., 2011: “The Predictability of Juries”, *DePaul Law Review*, 60, p. 375.
- HERLITZ, G. N., 1994-1995: “The Meaning of the Term Prima Facie”, *Louisiana Law Review* 55, no. 2, p. 391.
- HOSSFELD, F., 1665: *De indiciorum materia*, Altdorf.
- JAUMAR Y CARRERA, J., 1840: *Práctica forense*, Barcelona: Boet y cía.
- KAGEHIRO, D. K. / STANTON, C., 1985: “Legal vs. Quantified Definitions of Standards of Proof”, *Law and Human Behavior*, vol. 9, n. 2, p. 160.
- KAHNEMAN, D. / TVERSKY, A., 1982: *Subjective probability: A judgment of representativeness*, in: “KAHNEMAN / SLOVIC / TVERSKY (ed.), Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. Cambridge: Cambridge University Press, p. 33.
- KASER, M. / HACKL, K., 1996: *Das römische Zivilprozessrecht*, München: C.H. Beck.
- KLEINKNECHT, T. / MEYER, K. / MEYER-GOSSNER, L., 1995: *Strafprozeßordnung*, München: C.H. Beck.
- KOHLER, J. (CON HOLTZENDORFF), 1904: *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, vol. 3, Leipzig: Duncker & Humblot, p. 315.
- LARA PEINADO, F., 1997: *Código de Hammurabi*, Madrid: Tecnos.
- LAUDAN, L., 2012: *Truth, error and Criminal Law*, Cambridge University Press.
- LAUMEN, H-W., 2009, „Grundbegriffe der Beweislast“, in BAUMGÄRTEL / LAUMEN / PRÜTING, *Handbuch der Beweislast*, München: Heymanns, p. 27.
- LEIPOLD, D., 1997: *Comentario al §286 ZPO*, in: “STEIN/JONAS, Kommentar zur ZPO, Tübingen: Mohr Siebeck, p. 527.
- LOFTUS, E., 1996: *Eyewitness testimony*, Harvard: Harvard University Press.
- MANZANERO, A. L., 2008: *Psicología del testimonio*, Madrid: Pirámide.
- MAZZONI, G., 2015: *Psicologia della testimonianza*, Roma: Carocci, p. 108 .
- MITIDIERO, D., 2020: *O ônus da prova e seus inimigos*, Revista de processo, n. 306, p. 17.
- MONTERO AROCA, J., 1981: *La justicia municipal*, in: “Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona: Bosch, p. 91.
- MUELLER, C. B. / KIRKPATRICK, L. C., 2003: *Evidence*, New York: Wolters Kluwer.

- MUÑOZ SABATÉ, LL., 1967: *Técnica probatoria*, Barcelona: Praxis.
- MUÑOZ SABATÉ, LL., 1992: *Tratado de probática judicial*, Barcelona: Bosch.
- MUÑOZ SABATÉ, LL., 2008: *Summa de probática civil. Cómo probar los hechos en el proceso civil*, Madrid: Wolters Kluwer.
- NEWTON, E.F. (ed.), 1909: *Fallos de la Cámara Federal de Apelación de La Plata*, t. XV, La Plata, p. 275.
- NIEVA FENOLL, J. / FERRER BELTRÁN, J. / GIANNINI, L., 2019: *Contra la carga de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- NIEVA FENOLL J., 2014: “El mal nombre del principio inquisitivo”, *Justicia*, n. 1, p. 131.
- NIEVA FENOLL, J. 2014: “la cattiva reputazione del principio inquisitorio”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 68, n. 3, p. 943.
- NIEVA FENOLL, J. 2017: “La actuación de oficio del juez nacional europeo, *Justicia*, n. 1, p. 181.
- NIEVA FENOLL, J. 2020: “Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado”, *InDret* 3, p. 406.
- NIEVA FENOLL, J., 2018: “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”, *Revista Ítalo-española de Derecho Procesal*, n. 1, p. 129.
- NÖRR, K. W., 2012: *Romanisch- kanonisches Prozessrecht*, Berlin: Springer, p. 127.
- PARDO, M. S., 2018: “Epistemology, psychology, and standards of proof: An essay on risinger’s surprise theory”, *Seton Hall Law Review*, 48(4), p. 1039.
- PASSANANTE, L., 2020: “Per la difesa dell’onere della prova”, in Saccoccio; Cacace (ed.), *Europa e America Latina. Due continenti, un solo diritto*, Torino y Milano: Giappichelli, p. 798.
- PATETTA, F., 1890: *Le ordalie*, Torino: Bocca.
- PETERS, K., 1985: *Strafprozeß*, München: C.F. Müller.
- PEYRANO, J. W. (dir. y coautor), 2008: *Cargas probatorias dinámicas*, Buenos aires: Rubinzal-Culzoni.
- POTHIER, R. J., 1827, *Traité des obligations*, in *Ouvres de Pothier*, T.I, Paris.
- RAMOS, V. P., *La carga de la prueba en el proceso civil*, Madrid 2020.
- REDMAYNE, M., 1999: “Standards of Proof in Civil Litigation”, *Modern Law Review* 62, n. 2, marzo, p. 172.
- REDMAYNE, M., 1999: “Standards of Proof in Civil Litigation”, *Modern Law Review* 62, no. 2, Marzo, p. 167 .
- RISINGER, D., 2018: “Leveraging surprise: What standards of proof imply that we want from jurors, and what we should say to them to get it”, *Seton Hall Law Review*, 48(4), p. 965.
- ROBERTSON, C. B., 2012-2013: “The Right to Appeal”, 91 *The North Carolina Law Review*, p. 1219.
- ROSENBERG, 1923: L. *Die Beweislast*, Berlin: Otto Liebman.
- ROSENBERG, L. / SCHWAB, K.H. / GOTTWALD, P., 2011: *Zivilprozessrecht*, München, Beck.
- RUSSELL, B., 1952: “Is There a God?”, in SLATER, (ed.). *The Collected Papers of Bertrand Russell*, Vol. 11: Last Philosophical Testament, 1943–68 Routledge, p. 542.
- SASSOON, J., 2001: *Ancient Laws And Modern Problems: The Balance Between Justice and a Legal System*, London, p. 40.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., 1991: Comentario al art. 1252 del Código Civil, in: “Comentarios al Código Civil y compilaciones forales” (dir. Albaladejo), Madrid: Edersa, tomo XVI, vol. 2, p. 66.
- STRUVE, G.A., 1666: *De indiciis*, Jena.
- TARUFFO, M., 2005: *La prueba de los hechos*, Madrid: Trotta.
- TARUFFO, M., 2019: “Casi una introducción”, in NIEVA FENOLL, FERRER BELTRÁN, GIANNINI, *Contra la carga de la prueba*, Madrid: Marcial Pons, p. 18-21.
- WACH, A., 1872: “Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung”, *Kritische Viertel-*

- jahresschrift, 14, p. 357.
- WHITMAN, J. Q., 2005: *The origins of reasonable doubt*, New Haven y London: Yale University Press.
- WIGMORE, J. H., 1904: *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law*, Boston: Little, Brown.

